

Manlio Bellomo

Much Ado About Nothing*

Non sono chiare le ragioni che motivano una trattazione dai limiti cronologici tanto dilatati, né sono chiari i criteri con i quali l'A. ha selezionato la storiografia generale: scarna, in prevalenza di lingua tedesca, con alcune opere insignificanti. Mancano i classici della storiografia. Vi è il silenzio sulla canonistica, interrotto poche volte, e non sempre con buone scelte.

Nei capitoli 1-4 (Grecia, Roma, Bisanzio) l'esposizione è modellata sull'impianto della Pandettistica tedesca, con la giustificazione che ad oggi non se ne è pensato altro migliore. Ovvio che sia lecito e auspicabile proporre uno migliore. Ma resta il punto che allo storico non è concesso di applicare al passato ciò che il passato non ha pensato né praticato. Il rigore del metodo impone di utilizzare gli schemi del passato. E per quanto riguarda Roma antica vi è l'impianto tripartito in «persone», «cose», «azioni» (Gaio, Giustiniano), coevo e praticato.

L'A. cambia registro nei capitoli 6 e 7 (anni 500-1050) e tace della prassi che conosceva *ministerium* e *bannum* mentre dimenticava *imperium* e *dominium* (Boutrouche), in un'età «senza giuristi» (Bellomo). L'esposizione procede con dettagli su Spagna, Francia, Deutsches Reich, Italia, Inghilterra, Danimarca, Norvegia, Svezia, Polonia, Boemia, Ungheria e perfino Russia. È indefinita l'estensione dei territori designati con termini moderni, non espressivi delle antiche realtà geo-politiche per varianti di flussi migratori, labilità istituzionali, mobilità di confini. Le parole perdono significato.

Merita attenzione il cap. 7. Bene fa l'A. a centrare l'attenzione sulla «große Wende» della fine del sec. XI (altrove «rivoluzione», secondo Berman). Ma impernia il racconto su una supposta cristallizzazione dei ceti sociali, ed enfatizza la vitalità del sistema feudale e il fascino dei poteri centrali. La «große Wende» diventa una «päpstliche Revolution». Ma gli ordini monastici? E il *ius commune*? E le monarchie feudali o avviate alla modernità? Diverse, certamente: Spagna, Inghil-

terra, Francia, Germania, Scandinavia, Boemia, Ungheria, Russia. Neppure due righe sull'unico regno mediterraneo riconosciuto per la sola parola *Regnum*, essendo superfluo indicarlo come *Regnum Siciliae*: era il *Regnum* di Federico II, imperatore!

A metà del capitolo l'A. introduce *ex abrupto* il tema del *ius commune* e del *ius proprium*. Esagera quando qualifica Irnerio «der berühmteste Jurist Bolognas»: dimentica, almeno, Azzone, Accursio, Dino del Mugello, Iacopo Belvisi, Cino da Pistoia, Iacopo Bottrigari, Bartolomeo da Saliceto, Paolo di Castro per il *ius civile*, e Giovanni d'Andrea, Giovanni Calderini, Niccolò Tedeschi per il *ius canonicum*. Sbaglia quando scrive che Irnerio raccolse frammenti «des klassischen Rechts» di Roma, perché è noto che Irnerio restaurò (forse) e glossò i testi di Giustiniano, ed è problematico quanto vi sia di diritto classico in essi. È nuova e mai dimostrata la notizia che a Modena e Arezzo, e a Salerno per la medicina, vi siano state «Studenten-universitäten»: c'erano solo *scholae*.

Al di là di queste imprecisioni, comprensibili in un libro di molteplici contenuti, restano problemi centrali non risolti. Il primo: bene fa l'A. a mettere in evidenza il funzionamento di un meccanismo, di norme e di categorie e di valori, che consentiva la funzionale coesistenza del *ius commune* e del *ius proprium*. Il meccanismo dava anima al «sistema del *ius commune*» come rapporto fra i due diritti. L'A. lo dimentica nelle pagine successive e lascia in ombra legittime curiosità. Quale fu la funzione del *ius commune* nel confronto con le realtà feudali? Perché si diffusero in Europa e Oltremare scuole di diritto sul modello di Bologna? Quale fu il contributo del diritto canonico alla civiltà giuridica europea? Troppo poco, e marginale, i processi alle «streghe» o Giovanna d'Arco, mentre si dimentica Graziano.

Malgrado spunti interessanti l'A. vede il *ius commune* solo come sistema di norme precettive di *ius commune* e non come *sistema iuris* (*ius commune* - *ius proprium*) e mette in scena un «dramati-

* UWE WESEL, *Geschichte des Rechts in Europa. Von den Griechen bis zum Vertrag von Lissabon*, München: Verlag C. H. Beck 2010, IX, 734 p., ISBN 978-3-406-60388-4

schen Zusammenstoß» fra «diritto romano» (*sic*: non *ius commune*) e normative locali, e descrive tribunali, e altro, con speciale riguardo al processo a Galileo Galilei, e intanto ripropone l'impianto pandettistico dei primi capitoli. Tace dell'Italia, non della Russia. Con singolare visione pensa che l'umanesimo giuridico si impegnò ad espungere dal diritto romano la «kirchliche Dogmatik» che ne inquinava l'originaria purezza. Segue elenco di giuristi e filosofi di vari livelli: Grozio, Wolff, Bynkershoek, Vattel, Hübner, Pufendorf, Thomasius, Hobbes, Locke, e altri. Troppo, nel confronto con le età precedenti.

Per il 19. *Jahrhundert* l'A. pensa (segue Hobsbawm) a un «secolo breve» (1914–1991) e a un «secolo lungo» (1789–1914). Preferisce il secondo. Al centro Otto von Bismarck e Wilhelm II. E guerre e paci, e densità demografiche, Paesi industrializzati, economia: cornice per la storia del diritto. Dà notizie del *Verfassungsrecht* fondate sulle nuove costituzioni statali e sul parziale riconoscimento dei diritti civili ed elettorali: in Spagna, Inghilterra, Germania, Austria, Svizzera, Belgio, Danimarca, Svezia, Italia, Grecia, Russia. Compila l'elenco delle costituzioni di alcuni di questi Stati. Giudica il 1848 come l'anno che avvia alla decadenza l'assolutismo politico a fronte della nuova articolazione dei poteri statali: struttura dei tribunali, diritto e processo penale, patrie galere, disegni di carceri.

A seguire domina il tema della *Privatrechtsgeschichte*. L'A. accenna a F. C. von Savigny, cultore di un diritto romano che, «um sozusagen», era solo un «Grundlagenfach ohne direkte praktische Bedeutung» (*sic!*, 480), con l'implicita conseguenza che Savigny merita d'essere riguardato solo come fondatore di una sua «vom ihm selbst so genannte *historische Schule*». Ben altro altare per il *Pandektenrecht*, e per i suoi principali protagonisti (manca il Savigny del *System*) e massimo onore alla *Begriffsjurisprudenz*, supposta come vero fondamento dei codici europei (e il *Code Napoléon*, 1804?). Qui, finalmente, la stematizzazione delle materie è coerente con i tempi, ed è metodologicamente ineccepibile. Poi *Naturrecht*, *Positivismus*, *historische Schule*, *Pandektenrecht*: Paese per Paese, al solito modo. C'è anche il *Völkerrecht*, con una sproporzionata digressione sull'*Affäre Dreyfus* (7 pagine!): singolare omaggio nel contesto di una storia plurimillennaria.

Il 20. *Jahrhundert* non riserva sorprese: guerre e comparazioni fra potenze europee. La Germania

è collocata in un gruppo di *Mittelmächte* con l'Austria-Ungheria e la Turchia in opposizione a Inghilterra, Francia e Russia. Accenni alla *U-Boot-Krieg* (1917). Seguono *Weißer Armee* e *Rote Armee*, a tener vivi ardori bellici e a fondar giudizi su Paesi più o meno democratici e liberali. Per Hitler ampio spazio e un paragone con Napoleone, con dettagli sui disegni militari volti a garantire alla Germania il suo «Lebensraum im Osten».

Segue il solito schema. Il *Verfassungsrecht* è occasione per giudizi sui gradi di democrazia nei Paesi europei. L'A. pensa che «der schöne alte deutsche Begriff des Rechtsstaats hat sich nach dem 2. Weltkrieg ausgebreitet in Europa», con i benefici che si colgono per i *Menschenrechte*: molti in Germania, con perfezione ineguagliabile (574) malgrado l'eredità di Hitler, ma pochi in Italia a causa dell'eredità di Mussolini (572). Poi tabelle su codici penali, pena di morte, divorzio, omosessualità, aborto etc.

L'A. dà anche conto dell'avvento al potere di Hitler. Ricorda l'incendio del *Reichstag* (Berlino 27.2.1933) e il *Notverordnung* del 28 febbraio, che sancì la pena di morte contro i comunisti: ma fu poca cosa, perché le vittime «waren schließlich nur fünf» (603).

Quanto segue è reperibile su correnti enciclopedie. Sono sporzionate le notizie sul Processo di Nürnberg.

L'A. infine tenta un *Rückblick und Vergleich* per l'*Europäisches Recht*: due righe per Grecia e due per Roma, poco più per un medioevo concepito nel segno unificante della preminenza feudale. Poco spazio per l'età moderna e contemporanea. Una comparazione con Cina, India e Islam.

Dell'*Europäisches Recht* l'A. evidenzia, a ragione, «die Trennung von Recht und Religion ... für das kontinentale Kerneuropa». Ma di maggiore finezza, «distinzione» e non «separazione», era stato il giudizio di Graziano a Bologna, nel sec. XII, sicché Graziano si era guadagnato il Paradiso nella *Divina Commedia* di Dante. Ma la *Trennung* è invisibile nel discorso dalla «große Wende» in avanti, sperduta e perduta fra papi e imperatori, sovrani e principi, vescovi e abati, signorie di vario livello; come è sperduto e perduto il «sistema di *ius commune* e *ius proprium*», confinato ad esercizio universitario, sfuocato dietro un dominante mondo feudale e dimenticato nell'età dell'assolutismo benché sia stato il fenomeno unificante dell'*Europäisches Recht*.

■

Mario G. Losano

La circolazione mondiale delle norme giuridiche*

Questa vasta indagine sulla circolazione mondiale delle idee giuridiche si presenta come un'analisi della recezione o imposizione di forme giuridiche da una società all'altra, e non come una storia mondiale del diritto. In questo contesto, il diritto è inteso esplicitamente secondo la definizione di Hans Kelsen (solo diritto positivo; distinzione tra diritto e scienza del diritto; distinzione rispetto ad altre norme sociali, 6), cioè come un «artefact» umano, come una «tecnologia del cambiamento». Questo prodotto umano (e non divino né astratto-razionalistico) può quindi essere esportato. I principali ordinamenti giuridici – definiti in base a questo positivismo ben temperato – hanno conosciuto un'espansione che, il più delle volte, è stata un'imposizione. In questo l'Autore si differenzia da Alan Watson, secondo il quale vengono recepite le norme giuridiche che hanno dimostrato di funzionare bene (*Legal Transplants. An Approach to Comparative Law*, Scottish Academic Press, Edinburgh 1974, XIV, 106 pp.) (29 s.; 438).

L'architettura dell'opera di Halpérin suddivide i temi – vasti e necessariamente eterogenei – in una prima parte macro-storica e in una seconda analitica. La parte macro-storica comprende gli esempi classici delle espansioni giuridiche passate: il diritto romano, i diritti orientali (cinese, indiano, islamico) e, infine, le codificazioni e il colonialismo. Questi ordinamenti sono esaminati come esportatori del proprio modello giuridico. Perciò il Giappone, che fu più un recettore che un esportatore di modelli giuridici, non rientra in questo schema, pur essendo ben noto all'Autore (Halpérin, Naoki Kanayama, *Droit japonais et droit français au miroir de la modernité*, Paris: Dalloz 2007, 374 pp.). Poiché in ogni tempo i rapporti tra «circolazione dei diritti e imperialismo sono innegabili» (2), ampio spazio viene riservato alla storia contemporanea a partire dalla fine della Seconda guerra mondiale: la «globalizzazione sotto l'egemonia americana», i rinnovamenti costituzionali in ogni continente e il crescente peso delle norme internazionali e transnazionali rispetto alle tradi-

zionali norme statali, nonché l'emergere del c. d. «soft law».

Questi temi attuali fanno da cerniera tra la parte macro-storica e quella analitica, di dimensioni leggermente minori rispetto alla precedente, ma altrettanto densa. Ne sono oggetto i «trapianti costituzionali», le cui caratteristiche sono soprattutto «la garanzia dei diritti fondamentali e il contenzioso costituzionale» (249). Perciò questa parte inizia esaminando i fondamenti giuridici degli Stati democratici e, in particolare, la giustizia costituzionale; passa poi allo statuto delle persone (più resistente al cambiamento quando è d'origine religiosa), all'evoluzione attuale del diritto di proprietà, del diritto del lavoro e alle eguali opportunità. Per ognuno di questi temi la vastità del panorama esige la massima sinteticità: ad esempio, in 17 pagine il capitolo sul diritto del lavoro (382–399) inizia con il Codice del Lavoro francese, passa alla cogestione tedesca, al modello inglese e, di lì, a quelli di Common Law in Australia, negli Stati Uniti, in Canada, per concludersi con i modelli asiatici, latino-americani ed africani. Analoghe ramificazioni si incontrano in tutti i capitoli, rendendo così l'opera una fonte di comparazioni preziosa, anche se talora labirintica.

La globalizzazione esige ormai anche dai giuristi un approccio globale. I grandi temi di Halpérin ritornano anche nel comparatista Mauro Bussani (*Il diritto dell'Occidente. Geopolitica delle regole globali*, Torino: Einaudi 2010, 351 pp.) e, settorialmente, in numerosi scritti monografici. La vastità dei temi e la precisa sintesi di Halpérin traccia una mappa che può servire anche come punto di partenza per ricerche specifiche, secondo tre direttrici indicate dall'Autore stesso: la realizzazione di un atlante storico e mondiale del diritto; le storie culturali dei singoli diritti nazionali; le inchieste sul terreno per comprendere la circolazione delle regole giuridiche.

* JEAN-LOUIS HALPÉRIN, *Profils des mondialisations du droit*, Paris: Dalloz 2009, XII, 433 pp., ISBN 978-2-247-08274-2

Peter Collin

Selbstverwaltung auf der Suche nach Verwandten und Äquivalenten*

»Selbstverwaltung« war das Thema der Hofgeismarer Tagung der Vereinigung für Verfassungsgeschichte 2008. So interessant die einzelnen Referate auch waren, ihre unterschiedlichen Zugriffe und inhaltlichen Ausrichtungen gebieten es doch, nicht die einzelnen Aufsätze des Tagungsbandes zu referieren, sondern den Versuch zu unternehmen, aus der Vielfalt der Beiträge strukturierende Überlegungen herauszuarbeiten. Daher sei nur kurz auf die Themen der einzelnen Referate verwiesen. Gerhard Dilcher sprach über die mittelalterliche Stadt, Ludwig Elle über die Selbstverwaltung(sbestrebungen) der Sorben; Matthias Asche trug zur Autonomie der Hugenotten und Waldenser vor und J. Friedrich Battenberg zu der der jüdischen Gemeinden und Landjudenschaften im Heiligen Römischen Reich. Christoph Schönberger befasste sich mit französischen Parlamenten (vor der Revolution), Jörg-Detlef Kühne mit den Selbstverwaltungsvorstellung von Steins. Hans-Christof Kraus referierte zur englischen Selbstverwaltung und deren deutscher Rezeption, Thomas Simon behandelte die Föderalisierung Österreichs. Und schließlich trug Dieter Kugelmann zum Stellenwert des Selbstverwaltungsgedankens in der europäischen Kooperation und Integration vor. – Die folgenden Ausführungen beschränken sich darauf, diejenigen Aussagen herauszustellen, die sich in grundsätzlicher Weise zu Selbstverwaltungsverständnissen (1), zu den Realisierungsformen von Selbstverwaltung (2), zu den Ursachen von Selbstverwaltung (3) und zu Konzeptualisierungen von Selbstverwaltung (4) äußern.

1. *Selbstverwaltungsverständnisse*: Kann man über Selbstverwaltung nur als Gegenstück zur Staatsverwaltung (i. S. moderner Staatlichkeit) sprechen? Diese Frage musste schon wegen der

Einbeziehung des Mittelalters gestellt werden. Während Simon (264, auch Diskussionsbeitrag 340) sie bejahte, differenzierten andere, indem sie zwischen »moderner« und »vormoderner« Selbstverwaltung unterschieden (Asche 64). Für die mittelalterliche Stadt verteidigte Dilcher (12, 15) letztlich den Selbstverwaltungsbegriff: Von Selbstverwaltung könne man dann sprechen, wenn die Bürgergemeinschaft »als Subjekt handlungsfähig« ist. Prägend für die mittelalterliche Kommune sei allerdings, dass sie überhaupt das erste Gemeinwesen darstelle, welches in einem umfassenden Sinne Verwaltung betrieb. Battenberg (Diskussionsbeitrag 339) stellte die Frage, inwieweit überhaupt ein bestimmter Selbstverwaltungsbegriff für verschiedene Epochen Anwendung finden könne. Eine ein unterschiedliches Verständnis markierende Grenze zog er nicht – wie zu erwarten gewesen wäre und wie es Weitzel (Diskussionsbeitrag 344) durch die Formulierungen »urwüchsige« Freiheit und »abgeleitete« Freiheit zumindest implizit tat – zwischen Vormoderne und Moderne, sondern zwischen dem 19. Jahrhundert und davor und dem 20. Jahrhundert und danach. Für die letztgenannte Zeit bilanziert er: Von eigenen Angelegenheiten einer abgrenzbaren Gemeinschaft und von der Fähigkeit dieser Gemeinschaft, diese autonom zu regeln, könne kaum noch die Rede sein, denn »jede Entscheidung ist vernetzt mit gesamtstaatlichen und europäischen Interessen«. Hinzufügen kann man, dass dieser Prozess spätestens in dem Moment einsetzte, als infolge der Demokratisierung der Kommunalparlamente die zentral angebotenen Parteien zu maßgeblichen Akteuren auch in der Kommunalpolitik wurden und die Kommunen in umfassenden Maße in das sozialstaatliche Verteilungssystem eingebunden wurden.

* Selbstverwaltung in der Geschichte Europas in Mittelalter und Neuzeit. Tagung der Vereinigung für Verfassungsgeschichte in Hofgeismar vom 10. bis 12. März 2008, hg. von HELMUT NEUHAUS, Berlin: Duncker & Humblot 2010, 359 S., ISBN 978-3-428-83216-3

– In zeitlicher Hinsicht kann man wohl von zwei Zäsuren sprechen, welche zu einem Umdenken in Bezug auf das Begriffsverständnis veranlassen sollten: der Etablierung der kommunalen Autonomie Stein'scher Prägung zu Beginn des 19. Jahrhunderts und der Demokratisierung der kommunalen Verwaltung und ihrer Integration in den modernen Interventionsstaat zu Beginn des 20. Jahrhunderts. Dass diese zeitlichen Festlegungen nur eingeschränkt für den außerdeutschen Raum gelten, macht der Beitrag von Kraus zum englischen local government deutlich.

Begrifflicher Klärungsbedarf besteht aber nicht nur in zeitlicher Hinsicht. Die Beiträge zum Schutz nationaler Minderheiten (Elle), zur Integration von religiösen Minoritäten (Battenberg) oder Glaubensflüchtlingen (Asche) in das staatliche Gemeinwesen, zur Selbständigkeit von Gerichtsinstitutionen (Schönberger) oder zur Schaffung föderaler Strukturen (Simon) weisen einerseits natürlich einen gemeinsamen Bezugspunkt auf: die Schaffung von Handlungsfreiräumen für Personengruppen oder Institutionen bei der Wahrnehmung (ihrer) öffentlichen Angelegenheiten. Andererseits bieten sich für die Erfassung dieser Vorgänge auch andere Begrifflichkeiten an: Autonomie, Schaffung von Sonderrechtsräumen, Föderalismus, Exemption von allgemeinen Vorgaben durch Privilegien. Darauf wurde in den Beiträgen und Diskussionen immer wieder hingewiesen. Für die Verwandtschaften mit bzw. die Abgrenzung von Selbstverwaltung wurden unterschiedliche Erklärungsmuster angeboten.

Dabei sollte m. E. jedoch unterschieden werden: Wenn der Begriff Selbstverwaltung in der zeitgenössischen politischen oder juristischen Diskussion auftaucht, ist der Historiker gezwungen, sich hiermit auseinanderzusetzen; er hat zumindest zu begründen, warum er einen anderen Begriff zur Erfassung des betreffenden Phänomens wählt. Dies geschieht sowohl bei Elle zu den Autonomiebestrebungen der Sorben als auch bei Simon zur Föderalisierung Österreichs. Elle (insb. 46) macht dies mit Hilfe einer Intensitätsskala deutlich, in der sich Selbstverwaltung zeitgenössisch einordnen lässt: Berücksichtigung von Sprache und Kultur – Beteiligung an der Verwaltung bzw. Sonderbehörden – Autonomie – Selbstverwaltung – Eigenstaatlichkeit. Simon nähert sich dem Selbstverwaltungstopos auf zwei Wegen. Einerseits bettet er ihn in zeitgenössische Argumentationsstrategien ein (276 ff.): Wer das Einheitsstaatskonzept ver-

focht, ordnete die Verselbständigung der österreichischen Kronländer im 19. Jahrhundert eher als Selbstverwaltung ein, weil so der Konstruktion einer einheitlichen zentralen Staatsgewalt keine Gewalt angetan wurde; der Idee nationaler Selbstständigkeit anhängende Kräfte bevorzugten eher ein bundesstaatliches Deutungsmuster. Aus der Perspektive des historischen Vergleichs mit Deutschland nimmt Simon (257) hingegen eine andersartige Unterscheidung vor: Die Delegation öffentlicher Befugnisse durch den Staat – also von oben – war eher typisch für die Einrichtung von Selbstverwaltungseinheiten, der umgekehrte Vorgang, also die Abgabe von Macht durch die Einzelstaaten – wie in Deutschland –, entsprach eher dem Föderalismusmuster.

Während Untersuchungen für die Zeit ab dem 19. Jahrhundert sich also mit zwei begrifflichen Spielarten – Selbstverwaltung als zeitgenössischer Topos und als historische Analysekategorie – auseinandersetzen müssen, sind Bearbeiter der Vormoderne freier. Sie könnten den Selbstverwaltungsbegriff unbefangener für ihren Forschungsgegenstand konturieren, da sie nicht an zeitgenössische Begriffsverständnisse gebunden sind. Allerdings fällt auf, dass der Selbstverwaltungsbegriff keine prominente, jedenfalls keine forschungsleitende Rolle spielt. Gelegentlich ist bei den Beiträgen zu den Hugenotten und Waldensern bzw. zu den Landjudenschaften und jüdischen Gemeinden zwar auch von Selbstverwaltung die Rede (Battenberg 112, Asche 64), öfter jedoch von Autonomie oder wie bei Asche (so 65, 71) von »Selbstverwaltung und Autonomie«, ohne dass ein Unterschied sichtbar wird. Man könnte sich Kugelman anschließen, der »Autonomie« als den weiteren Begriff gegenüber »Selbstverwaltung« ansieht (Diskussionsbeitrag 59 f.), sinnvoll erscheint dies jedoch nur dann, wenn ein bestimmtes Selbstverwaltungsverständnis mit einem bestimmten Geltungsbereich zugrundegelegt werden kann und demzufolge überhaupt erst als Relationsgröße in Betracht kommt.

Aber auch der Begriff der Autonomie wirft Deutungsprobleme auf. Nimmt man ihn wörtlich, beinhaltet er nur Rechtssetzungsfreiheit (so dann auch Battenberg 134), problematischer wird es hingegen, wenn man ihn auf Jurisdiktionsprivilegien bezieht. Gewinnt man den Begriff aus zeitgenössischen Debatten, stößt man – jedenfalls im 19. Jahrhundert – auf komplexe Diskussionen zur Autonomie als privatrechtliches Institut oder zur

Autonomie als Selbstgesetzgebungsbefugnis der Fürstenhäuser und Korporationen;¹ Kühne (182) macht darüber hinaus darauf aufmerksam, dass Stein nicht nur von der Autonomie der Gemeinden, sondern auch der Hausväter sprach. – Schwierig ist es daher schon, den Adressatenkreis von Autonomie auszumachen. Zudem ist es nicht auszuschließen, dass Autonomie suggeriert wird, wenn man sich lediglich mit der Beziehung *einer* Personengruppe zur Herrschaftsgewalt befasst. Berücksichtigt man hingegen vielerlei Personengruppen und stellt fest, dass all diese Gruppen bestimmte Sonderstellungen genießen, neigt man eher dazu – wie Härter (Diskussionsbeitrag 95) oder Brandt (Diskussionsbeitrag 97 f.) –, von einer Vielzahl verschiedener Sonderrechtskreise zu sprechen.

2. *Realisierungsformen*: Nach heutigem Verständnis ist Selbstverwaltung Verwaltung (wenn auch mit einer normsetzenden Komponente), Autonomie ist im Wortsinne Selbstgesetzgebung. Die Beiträge zeigen aber, dass diese Eingrenzungen nicht sinnvoll sind, ohnehin kann für die Vormoderne eine strikte Funktionentrennung zwischen Exekutive, Judikative und Legislative nicht zielführend sein. Natürlich ist die Setzung eigener Ordnungen, also das Satzungsrecht, eine konstitutive Kernkompetenz vieler Spielarten von Selbstverwaltung bzw. Autonomie (so Dilcher 22 f. für die Städte), besonders bei Asche (82 f.) zeigt sich jedoch auch der Stellenwert jurisdiktioneller Autonomie. Dies ist jedoch nicht zwingend gleichzusetzen mit der unabhängigen Rechtsprechung durch eigene Gerichte, sondern kann auch die Zuweisung zu Sondergerichtsbarkeiten bedeuten (siehe auch Battenberg 125). Jurisdiktionelle Autonomie musste zudem nicht nur für autonome Rechtsprechung stehen, sondern konnte in einem umfassenderen Sinn regionale Autonomie verkörpern, wie Schönberger (163) für die französischen Regionalparlamente darlegte.

Zu differenzieren ist auch nach Autonomiesubjekten (Diskussionsbeitrag Asche, 343). Auf eine grundlegende Unterscheidung zwischen Selbstverwaltung von Räumen und Selbstverwaltung von Personen legt Neuhaus (Diskussionsbeitrag 337) Wert. Aber auch bei den Personen sind Unterscheidungen notwendig. So kann es sich um zwar gruppenbezogene, aber einzelpersonenadressierte Rechtsgarantien oder letztlich nur an Kollektive adressierte Rechte handeln (Diskussionsbeitrag Brandt 55). Auf Transformationen macht Battenberg (127) aufmerksam: Kollektivverbürgungen für Juden traten zunehmend an die Stelle von Einzelprivilegien. Ferner konnten Selbstverwaltungsobjekte nebeneinander agieren: die lokale Verwaltung der französischen Glaubensflüchtlinge neben der einheimischen Gemeindeverwaltung (Asche 81), städtische neben berufsgenossenschaftlicher Selbstverwaltung (Dilcher 28 f.).

3. *Ursachen von Selbstverwaltung und Autonomie*: Deutlich wird die Mannigfaltigkeit der Entstehungsgründe. Mittelalterliche städtische Selbstverwaltung konnte durch Privileg, Duldung oder im Ergebnis kämpferischer Auseinandersetzungen entstehen (Dilcher 20). Erklären lässt sich das Aufkommen von Freiräumen aber auch aus herrschaftlichem Desinteresse – Desinteresse an der Regelung bestimmter sozialer Angelegenheiten, welches die Entstehung »faktischer« Selbstverwaltung begünstigt (Battenberg 111 f.). Deutlich wird auch eine zeitliche Zäsur: Auch wenn schon mittelalterliche autonomieverleihende Privilegien als Teil territorialherrschaftlicher Strategien, z. B. im Zusammenhang mit der Erschließung neuen Landes, fungierten, wird im Verlauf der Frühen Neuzeit doch eine verstärkte politische Indienststellung sichtbar: Das Privileg kommt hier – wie schon Mohnhaupt in seiner Privilegienforschung betont hat² – als landesherrliches Steuerungsinstrument zum Einsatz: allgemein zur »Schaffung loyaler Untertanenverbände« (Asche 71), bei den Glau-

1 Umfassend dazu S. HOFER, Die Diskussion um den Begriff »Privat-Autonomie« in der ersten Hälfte des 19. Jahrhunderts, in: Selbstregulierung im 19. Jahrhundert – zwischen Autonomie und staatlichen Steuerungsansprüchen, hg. v. P. COLLIN u. a., Frankfurt a. M. 2011, 63–84; C. KREMER, Autonomie als Rechtsquelle. Die Diskussion über nicht-staatliche Rechtsetzungsbefugnisse in

der Rechtswissenschaft des 19. Jahrhunderts, in: Regulierte Selbstregulierung im frühen Interventions- und Sozialstaat, hg. v. P. COLLIN u. a., Frankfurt a. M. 2012, 3–32.

2 Siehe nur H. MOHNHAUPT, Vom Privileg zum Verwaltungsakt, in: Wissenschaft und Recht der Verwaltung seit dem Ancien Régime, hg. v. E. V. HEYEN, Frankfurt a. M. 1984, 41–58, 52; DERS., Die Unendlichkeit des Pri-

viliegenbegriffs, in: Das Privileg im europäischen Vergleich, hg. v. B. DÖLEMAYER, H. MOHNHAUPT, Bd. 1, Frankfurt a. M. 1997, 1–11, 9.

bensflüchtlingen sind es konkret solche Motive wie Aktivierung von Kapital, Technologietransfer, Peuplierung, aber auch der Nachweis christlicher Nächstenliebe für bedrängte Glaubensgenossen (Asche 72); auch Battenberg betont die ökonomischen Komponenten bei der Verleihung von Selbstverwaltungsrechten an Juden. Die Mobilisierung lokalen oder berufsständischen Wissens, gesellschaftlichen Engagements und privaten Eigeninteresses für Gemeinwohlzwecke wird sich wohl als durchgängiges Motiv für die Schaffung von Selbstverwaltungseinheiten seit dem 19. Jahrhundert ausmachen lassen. Allerdings ließen sich mit der Einräumung von Selbstverwaltungsrechten auch Demokratisierungsbestrebungen besänftigen und letztlich eindämmen; Simon (264 ff.) weist für den Fall des Kronlandföderalismus darauf hin, allgemein kann man aber auch für die Kommunen sagen, dass sich in der gemeindlichen Selbstverwaltung ein (wenn auch nicht egalitär-) demokratisches Muster der Regelung öffentlicher Angelegenheiten entfalten konnte, welches dem Volk auf Staatsebene versagt blieb. Auf der anderen Seite konnte Selbstverwaltung in Stellung gebracht werden gegen parlamentarische Konzepte – erinnert sei nur an Bismarcks Plan berufsständischer Vertretungen oder die antiparlamentarischen berufsständischen Gedankenspiele der Weimarer Zeit.

4. *Konzeptualisierungen und Transfers*: Soweit aus den Quellen herausgearbeitet, taucht der Begriff Selbstverwaltung im deutschen Sprachraum erstmals bei Schlettwein auf. Allerdings bezeichnet Schlettwein damit bloß einen bestimmten Bewirtschaftungsmodus von Domänen, mit dem heutigen Selbstverwaltungsverständnis hat seine Begriffsverwendung nichts zu tun.³ Auch bei Stein finden wir den Begriff noch nicht, worauf Kühne (181) noch einmal hinweist. Wenn man von einem Siegeszug eines Selbstverwaltungskonzepts in Deutschland sprechen kann, dann von dem des englischen Selfgovernment. Allerdings zeigt Kraus (224 ff.), dass diesem Transfer etwas sehr Ambivalentes anhaftete. Das traditionelle, die Vorherrschaft der ländlichen Eliten absichernde englische

Selbstverwaltungsmodell wurde in Deutschland in jener Zeit als Vorbild wahrgenommen, als es in England – auch in den Augen der dortigen Zeitgenossen – schon im Niedergang begriffen war; allerdings war man auch in Deutschland für dessen Schattenseiten nicht blind und ab Mitte des 19. Jahrhunderts war es unter den einflussreichen Publizisten nur Gneist, der es als Reformmodell pries. Preuss orientierte sich eher an den nach den 1830er Jahren demokratisierten englischen Strukturen. Ob man später von der Herausbildung eines spezifisch deutschen Selbstverwaltungsverständnisses sprechen kann, wird im Tagungsband mangels eines einschlägigen Beitrags kaum thematisiert. Feststellen lässt sich jedenfalls, dass die Idee der Selbstverwaltung über den kommunalen Bereich hinausgriff. Selbstverwaltung wurde zu einem wichtigen Argumentationstopos, sei es bei der Diskussion um die Organisation der Sozialversicherung (soziale Selbstverwaltung), sei es bei der eher gemeinwirtschaftlich konturierten Konzeptionen der Wirtschaftsverfassung, aber auch schon vorher bei der Etablierung von Handwerks-, Handels- oder Landwirtschaftskammern (wirtschaftliche Selbstverwaltung). Hier zeichnete sich die legitimatorische Grundlage eines später weite Bereiche beherrschenden Organisationskomplexes funktionaler Selbstverwaltung ab. – Ob sich hingegen ein europäischer Begriff von Selbstverwaltung entwickeln könnte, beurteilt Kugelmann eher skeptisch, jedenfalls wenn er darauf hinweist (303), dass die Organisationsvielfalt schon der Festschreibung einer europarechtlichen Garantie kommunaler Selbstverwaltung im Wege steht.

Als Fazit kann festgehalten werden: Die durchweg gehaltvollen Beiträge nehmen die Herausforderung, sich mit Selbstverwaltung zu befassen, in einer Weise an, dass ein eindrucksvolles Panorama entsteht. Gezeigt hat sich, dass sich ab dem Beginn des 19. Jahrhunderts mit einem höheren Maß an begrifflicher Sicherheit von Selbstverwaltung sprechen lässt. Ob dies daran liegt, dass nunmehr ein moderner Staat als Counterpart existierte oder ob die zeitgenössische Terminologie eine bessere Ori-

3 J. A. SCHLETTWEIN, Grundfeste der Staaten oder die politische Oekonomie, Gießen 1779 (NDr. Frankfurt a. M. 1971), 587: Als Selbstverwaltung wird die Bewirtschaftung der Güter des Monarchen durch dessen eigene Bedienstete bezeichnet – im

Unterschied zur Verpachtung, die für Schlettwein die ökonomisch vorteilhaftere Art der Betriebsführung ist. Der Begriff »Selbstverwaltung« wird hier also in einer negativen Konnotation verwendet.

entierung bietet, mag dahingestellt sein. Für das Mittelalter und die Frühe Neuzeit fehlt es nach wie vor an klaren definitorischen Leitlinien. Verschärft dürfte sich für diese Zeit auch die Frage stellen, ob man Selbstverwaltung mehr rechtshistorisch, sich an seinerzeitigen Rechtsinstituten orientierend, konturieren sollte oder mehr verwaltungshistorisch, bestimmte Phänomene typisierend.

Als Desiderata sind die internen Dimensionen von Selbstverwaltung (bzw. Autonomie) zu benennen: Wie gestalteten sich die Willensbildungsprozesse der Selbstverwalteten, inwiefern überwogen elitäre oder egalitäre Entscheidungsmuster? Sicher, für die mittelalterliche Stadt kam das zur Sprache (Diskussionsbeitrag Dilcher 33: eher oligarchische Formen; Diskussionsbeitrag Mohnhaupt 35: eher Honoratorentum) und es wurde auch die aristokratische Schlagseite des traditionellen englischen local government betont (Kraus 214), aber im Mittelpunkt des Untersuchungsinteresses standen die internen Aspekte nirgends. Ferner hätte man sich gewünscht, dass auf einer Tagung der Vereinigung für Verfassungsgeschichte jene Spielarten des Selbstverwaltungsdenkens mehr Berücksichti-

gung gefunden hätten, die verwaltungsrechtlich fundierte Organisationsformen mit verfassungsrechtlichen Organisationskonzepten verknüpften, also die korporativen Staatsvorstellungen vor allem der ersten Hälfte des 20. Jahrhunderts. Allerdings ist auch dem Rezensenten klar, dass man auf einer Tagung mit zehn Vorträgen (einer konnte nicht abgedruckt werden) nur ein begrenztes Spektrum erfassen kann. Hervorzuheben ist demgegenüber, dass der Band sich von der traditionellen Fixierung auf kommunale Selbstverwaltung gelöst und die Erklärungspotentiale eines historisch orientierten Selbstverwaltungsverständnisses für andere Spielarten »nichtstaatlicher« kollektiver Wahrnehmung eigener Angelegenheiten in die Debatte eingebracht hat. Es ist zu hoffen, dass weitere Forschungen an diese Fragestellungen anknüpfen. Vielleicht gewinnt man auf diese Art neue Antworten für die Untersuchung von Herrschaft. Gerade der Selbstverwaltungs begriff – als Suchbegriff – ist gut geeignet, verfassungs-, verwaltungs- und rechtshistorische Erkenntnisse miteinander zu verbinden.



Hartmut Leppin

Attische Rechtsgeschichte und juristisches Denken*

Das griechische Recht ist, so stellt der Verfasser dieser Passauer juristischen Dissertation zu Recht fest, nicht hinreichend erforscht worden. Althistoriker behandeln es nebenher mit, typischerweise ohne juristische Expertise; Spezialisten für antike Rechtsgeschichte wenden sich zumeist anderen Rechtskulturen zu. Zeitler will in diese Lücke vorstoßen, mit einem Schwerpunkt auf dem Prozess des Sokrates – nun gerade einer der meistdiskutierten Fälle griechischen Rechts. Doch sind diesem gerade knapp 30 Seiten von etwas mehr als

200 gewidmet. Der Hauptteil der Arbeit besteht darin, dass im Wesentlichen auf der Grundlage von Forschungsliteratur, darunter vielen einführenden Werken wie Jochen Bleickens *Athenische Demokratie* und Gehrke/Schneiders *Geschichte der Antike* das attische Recht dargestellt wird. Auch Bengtsons *Griechische Geschichte* wird herangezogen, selbst auf Beiträge aus dem *Lexikon der alten Welt* greift der Verfasser zurück. Nun wird man diese Bücher (oder doch einige davon) jedem Studierenden gerne empfehlen, aber kann ihr Zitat

* CHRISTOPH-MAXIMILIAN ZEITLER, Zwischen Formalismus und Freiheit. Das Rechts- und Richterbild im attischen Recht am Beispiel des Prozesses gegen Sokrates, Baden-Baden: Nomos 2010, 228 S., ISBN 978-3-8329-5262-4

wirklich das Gerüst einer Forschungsarbeit bilden, die nur gelegentlich durch Hinweise auf weitere Aufsätze und andere Bücher oder auch Quellen ergänzt wird? Wo doch fast jedes Ereignis, fast jede Institution im klassischen Athen hochumstritten ist? So entsteht ein scheinbar kanonischer, Forschungskontroversen weitgehend aussparender Überblick über die Geschichte des attischen Rechts, wobei der Verfasser bemüht ist, seine Ergebnisse nach juristischen Gesichtspunkten zu systematisieren. Diese Überlegungen haben durchaus eine gewisse anregende Wirkung; hier spürt man, wie sehr eine kompetente juristische Analyse die Forschung zum attischen Recht voranbringen könnte. Der Grundgedanke, dass mangelnder materieller Gehalt des attischen Rechts durch Formalismus ausgeglichen worden sei, ist nicht über-

raschend, wird hier aber besonders prägnant vorgetragen. Man hätte sich gewünscht, dass der Verfasser seinem Scharfsinn mehr Zeit gelassen hätte, einige Exempla gründlicher zu durchdenken. Und der Prozess des Sokrates? Der Verfasser schließt sich der Position derer an, die in dem Prozess keinen Justizmord sehen, übt aber an dem Verfahren doch fundamentale Kritik, denn er sieht in dem von ihm missbilligten Ergebnis eine Folge unter anderem des weiten Ermessensspielraums der attischen Richter, der in einer Sondersituation wie dieser den Fall nicht angemessen fassen konnte. Hier wird letztlich doch wieder attisches Prozessrecht an modernen Normen gemessen.



Ludolf Kuchenbuch

Mediävistik oder Mediävismus? Eine falsche Alternative!*

Nachzudenken ist über ein Buch, das längst – und mit Recht – Staub aufgewirbelt hat. Valentin Groebners (Luzern) *Essay* interveniert in Stoffwechsel und Kreislauf der Mediävistik, ja der Historie-Zunft überhaupt! Unaufhörlich fühlt sich der Leser als Kollege und Zeitgenosse zur Ader gelesen und geröntgt, gemästet und auf Diät gesetzt, und stets droht ihm auch noch die Freilegung uneingestandener Arroganz und unbewusster Leiden. Ein fachherzerfrischender Vorgang! Ein sanfter, zugleich aber unerbittlicher Appell zur Reform.

Groebner unternimmt eine faktengeleitete Zeitreise durch die Mittelalter-Imaginationen von Petrarca im 14. Jahrhundert bis zur Rittersaga in der Spielkonsole heute. Es geht um *Mediävismus*,¹ um

den politischen und kulturellen Umgang mit Versatzstücken des überkommenen Mittelalter-Wissens als Wesens-Mittelalter, um dessen Rückspiegelungsfunktionen für verschiedene Interessengruppen im Laufe der Moderne.

Wir MediävistInnen kennen diesen Sachverhalt natürlich. Uns stört das eventhafte Rauschen um uns herum und durch die Gemüter der Kulturkonsumenten hindurch. Aber wir haben ihm gegenüber unsere Prinzipien. 1. Wir sind traditionsbewusst, kennen und pflegen die Genealogie unseres Mittelalters und unserer Disziplin: Julian von Toledo, Cusanus, du Cange, Muratori, MGH, Migne, Kantorowicz, Bloch, Brunner, den Konstanzer Arbeitskreis, den Mediävistenverband usf.

* VALENTIN GROEBNER, Das Mittelalter hört nicht auf. Über historisches Erzählen, München: C. H. Beck 2008, 175 S., ISBN 978-3-406-57093-3

1 Ich habe bislang das Wort *Mediävismus* vorgezogen, das dem Englischen entlehnt ist. Vgl. meinen Überblick in: KUCHENBUCH, LUDOLF (2004), *Mediävismus und Okzidentalistik*. Die erinnerungskulturellen Funktionen des Mittelalters und das

Epochenprofil des christlich-feudalen Okzidents, in: JAEGER, FRIEDRICH, BURKHARD LIEBSCH (Hg.), *Handbuch der Kulturwissenschaften*, Bd. 1: Grundlagen und Schlüsselbegriffe, Stuttgart, 490–496.

2. Aber wir sind diszipliniert, mit überlieferungskritischer Akribie beschäftigt und kontrollieren uns dabei gegenseitig, voller Argwohn um die Niveauerhaltung bemüht. 3. Unsere Bewunderung für flott geschriebenes populäres Mittelalter hält sich in Grenzen. 4. Wir warnen vor den romanisierenden Motiven oder den diffamierenden Schlagwörtern, mittels derer Andere das Mittelalter missbrauchen. Wir sind selber entsprechend distanziert, hüten uns vor politischen Kniefällen, kritisieren vehement jeden billigen Verschleiss, jeden teuren Verkauf der Taten, Ideen und Schriften der Toten aus dem Jahrtausend von 500 bis 1500. *Summa summarum*: Wir insistieren intern und extern auf dem Wesensunterschied zwischen Mediävistik und Mediävismus.

Genau das ist unser Fehler, unser Missverständnis – meint Groebner. Genau deshalb scheint die Zukunft der Mediävistik-Zunft bedroht. Ihr eigener rigider Szientismus ist eine, möglicherweise die entscheidende Ursache für die Krise! Es wäre fatal, wenn sie in der Schmollecke verharren würde, in die sie sich selber hineinmanövriert hat und in der jeder seine *Bedeutungsverlustkompensationskompetenz* (154) pflegt. Groebners Therapie: vorbehaltlose *Erinnerungsarbeit*, kulturtheoretische *Selbstaufklärung*, multikulturelle *Adaptionsbereitschaft*, soziale *Bescheidenheit*.

Die *Erinnerung* nimmt den Löwenanteil seines Essays in Anspruch. Es geht ihm darum, die Beziehungen zwischen Zunft und Welt umfassend aufzuarbeiten, darum also, die unauflöslche, aber flexible und wandlungsreiche *Durchdringung* und *Verwiesenheit* zwischen populären Mittelalter-Imaginationen und professioneller Mittelalter-Arbeit bloßzulegen. Um diese Aufgabe zu lösen, tut Groebner dem Untertitel seines Essays – *Über historisches Erzählen* – alle Ehre an. In einer unverbrauchten, bildreichen und zugleich nachdenklichen Diktion bewegt er sich durch das Gestrüpp der Details, vor allem der deutschen. Begleitstoff haben ihm dabei die Antworten von acht mediävistischen KollegInnen verschiedener Altersstufen auf sein gezieltes Fragen im Sommer 2005 geliefert.

Im chronologischen Durchgang (Kapitel 1–8) sind ihm dann weniger die bekannten Leitvorstellungen vom Mittelalter wichtig. Ich rekapituliere das Geläufige trocken: Eine anti-antike kulturell mediokre Nahvergangenheit wird zwischen Antike und Jetzt gefunden (Renaissance und Humanismus). Die Glaubens- und Herrschafts-Über-

lieferungen in Theologie und Jurisprudenz werden als »Quellen« historisch-kritisch elaboriert (Konfessionalismus und Fürstenstaat). Die Vorgeschichte der Gegenwart wird ins gewalttätig-finstere und harmonisch-lichte Mittelalter gespalten (Aufklärung versus Romantik). Die patriotischen Herkunftsbilder von Volk, Staat, Kultur werden zum Nationalmittelalter homogenisiert (Europa im bürgerlich-industriellen 19. Jahrhundert bis zum Ende des 1. Weltkrieges). Es folgen diverse Neo-Mittelalter, in denen Ordnungs- und Harmoniekonzepte vom politisch-sozialen Ganzen gegen die Anarchien in Industrie und Demokratie kristallisieren (Zwischenkriegszeit). Sie werden dann zu volksgemeinschaftlichem und rassistischem Realisierungswahn und -programm verschoben und radikalisiert (Faschismus, Nationalsozialismus). Die Katastrophe überlebt eine vom Mittelalter-Verlust geprägte Abendland-Melancholie, gepaart mit strenger quellenbezogener Fachlichkeit (BRD). Aber in dieser Zeit der Ernüchterung wuchern die bekannten Muster von Mittelalter-Aufrufungen weiter, und sie formen sich dann zum mediävalen Infotainment in den Masken und Kostümen der Neuen Medien um.

Groebners Darstellung lebt von prägnanten Einzelgeschichten – sei es Petrarcas Umtriebigkeit bei der Konstruktion einer neuen dunklen Nahvergangenheit namens *medium tempus*, seien es Belloys antifeudal-patriotische *Bürger von Calais*, sei es Rankes romantische Begeisterung für die Mittelalter-Romane Walter Scotts, seien es Stefan Georges schwülstige Verse über *Das neue Reich* oder J. R. R. Tolkiens Welterfolge mit seinen *Hobbits* und dem *Herrn der Ringe*. All das bleibt dem wirklich vergnüglichen Lesen vorbehalten. Denn Groebner weiß eine belebende narrative Spannung durch sprechende Kapitel- und Abschnittstitel zu schaffen und durchzuhalten. Hier zum Beispiel nur Kapitel 5 über die *Zukunftsmediävistik* der europäischen Nationen mitten im 19. Jahrhundert: Stichwörter wie *Heldenvaterländer*, *Blut und Samen*, *Die große Beschleunigung* machen neugierig. In die breit gestreuten, locker gefügten anekdotischen Lesefrüchte und Kurzberichte aus der Mediävistik-Geschichte und dem weitgehend noch ungehobenen Schatz (oder Wust) der Mittelalter-Romane, -Dramen, -Gedichte, -Opern, -Malereien, -Pseudomythen, -Bauten (noch und noch), -Moden, -Feste, -Zeremonien sind einschlägige Forschungsleistungen zur Sache eingeflochten. Man bleibt also nicht nur gespannt, wie es weitergeht,

sondern kann sich dabei auch neue Namen merken (und im Literatur-Anhang nachschlagen) – sehr lohnend!

Der Haupteffekt der Erzählung ist die *Wiederverklebung* der Mediävistik mit dem Mediävismus. Sie bewegt sich während ihres gesamten Daseins unlösbar in den Konjunkturen und Krisen der Aufrufungen latenter Mittelalterbilder aus dem Fonds des kulturellen Gedächtnisses. Ihre zunehmende Professionalität, ihr disziplinärer Fortschritt in Quellenkritik und Methodendifferenzierung, ihre enormen thematischen Ausweitungen und Spezialisierungen, ihre Autonomisierung zum multidisziplinären Ensemble – all das ist *persuasiv*, offen oder unterschwellig, jeweils aber anders *gesteuert* (O.G. Oexle) von Mittelalterphantasien – Geschehnissen, Gestalten, Bauten, Symbolen, Wertideen, die alle im generalisierten Sinne als Wesensmittelalter wirken.

Nun zur theoretischen *Selbstaufklärung*. Sie begegnet verdichtet an zwei plausiblen Stellen. Die Zwischenbilanz über *Was heißt mittelalterlich* (103 f.) ist zwischen die Darstellung der rhetorischen Beschwörungen eines (kommenden) *Neuen Mittelalters* nach dem 1. Weltkrieg und der germanomanen Mittelalterexperimente der Nationalsozialisten plaziert, also an einer markanten Bruchstelle der Moderne. Groebner bietet hier eine *Elementelehre des Mediävismus*, deren fünf Dimensionen sich teilweise widersprechen, teilweise ergänzen. Die Berufung aufs Mittelalter beschwört 1. ein *Wir* der Herkunft und der Tradition nach. 2. aktualisiert sie nicht nur sachliche, sondern auch ethische *Differenzen* zum Hier und Jetzt. 3. ist sie geleitet von der Gewissheit, das Mittelalter als *gewesenes rekonstruieren* zu müssen. 4. *braucht* man dieses Konstrukt für die Bewältigung der Zukunft. Und 5. bietet sein Inhalt entsprechende *Steigerungen* von Qualitäten, die der Gegenwart fehlen – das Mittelalter als *der vereinende imperative Komparativ* (104) – und je simpler sein Sinn und dessen Steigerung, desto größer die Wirkung. Der geschichtliche Moment der NS-Zeit, in dem Mediävismus in germanomane Ver-Wirklichung umgeschlagen wird, zwingt dann Groebner zur systematischen Erfassung des Gesamtphänomens. Erst vom absurden Auswuchs aus wird das ganze Terrain überschaubar.

Wenig später, beim Übergang von der Mittelaltermelancholie der Nachkriegszeit zum neuen mediävalem Infotainment, diskutiert Groebner die typologische Trias der *rhetorischen Wege*, in

denen sich mediävistische Darstellungen bewegen (123–126). An erster Stelle steht die Erzählung der *Abstammung* – ihr sind die Massen der konfessionellen, etatistischen, nationalen und sozialstrukturellen Darstellungen zuzuordnen; stets geht es da um den Aufstieg vom Ursprung zum Jetzt (auch wenn nur ein Ausschnitt davon geboten ist). Anders die *Anverwandlung*, der identifikatorische Salto ins Damals von Personen, Ereignissen, Werken, der Vorläufer-Botschaften fürs Jetzt bietet. Nicht nur die Menge der Bio- und Monographien der Mediävistik, sondern viel mehr noch die der Mittelalterromane, -Filme, -Musiken, -Spiele usw. gehört hierher. Anders gerichtet als der Aufstiegs- bzw. der Einstiegsmodus ist schließlich der Aufruf des *Anderen Mittelalters*. Er führt zur Seite. Es sind die Erzählungen über Seltsames, Kontrastierendes, eher Einprägsames als Verständliches – das Fremde nebenan, ohne Appell an zeitliche Tiefe einer entlegenen Zeit oder an die systemische Kohärenz einer fremden Kultur. Obwohl auch dieser Erzähltypus tief in die Geschichte der Mittelalterimaginationen zurückreicht, hat er erst in den letzten Jahrzehnten rasante Fahrt aufgenommen. Der Verlusthabitus der älteren und die Erweiterungserfolge der aktuellen Mediävistik – Groebner spricht einmal treffend von *Techniken des Herausvergrößerns* – haben dazu ebenso beigetragen wie die Verführungs- und Verwertungskünste der mediävierenden Unterhaltungsindustrie.

Schließlich: *Bescheidenheit* und *Adaptionsbereitschaft*. Schlägt man nach Abschluss der Lektüre noch einmal zum Beginn des Essays zurück, dann erscheint das Ganze als eine Katharsis und als ein Lernprozess. Das dem chronologischen Durchgang vorangestellte aktuelle Befindlichkeitsmuster der Mediävistik – ihre nur zögernd eingestandenen gelehrten Sehnsüchte nach der verlorenen mittelalterlichen Welt angesichts einer *bässlichen* bzw. *unbehaglichen* Gegenwart, ihre masochistisch anmutenden Empfindungen über den wachsenden Relevanzverlust des Fachs und über die Schrumpfungen der Mittelalteranteile in den schulischen und universitären Curricula, ihr herablassender Neid auf die spektakulären Erfolge von Stories, Filmen, Computerspielen, Mittelaltermärkten usw. – am Ende steht der Mediävist blass da im aufgeklärten Geschichtslicht. Nicht nur fachlich, auch identitätspolitisch ist das Mittelalter irrelevant geworden: Weder die Konfessionen bzw. die Kirchen noch die Nationen noch die Regierungen noch die Klassen können es gebrauchen, mit ihm

ernsthaft Punkte machen. Hantiert werden die Mediävisten nun von den Königen und Kartellen des Infotainments. Die Tourismus- und die Fantasybranchen als Animatoren und Verpackungsgiganten haben das Mittelalter auf ihrer Seite – sie beleben die Stoffe, sie erzählen die Geschichten, sie bebildern die Vorstellungen, sie erregen die Gemüter.

Wo wäre nun heilend für die Zunft anzusetzen? Groebner meint, man habe mit dem *Eingeständnis* zu beginnen, dass kein *mediävistisches* Thema (mehr) *von sich aus* interessant sei, weder für das interne Fachgetriebe noch für die gegenwärtige und künftige Erinnerungskultur und Konsumkonjunktur. Ganz anders dagegen die Pisten und Terrains des Mediävismus. In ihnen bewege sich das Mittelalter als ständiger und notwendiger Rückspiegel der europäischen, sicher teilweise der mondialisierten Moderne. Gerade hier erweise sich, wie intensiv umgeben man von den leitenden Mittelalterimaginationen sei und wie wenig man sich aussuchen könne, was das Interesse leiten könne oder besser: sollte. Dies zu leugnen hieße, klüger sein zu wollen als die Geschichte! Zu solcher Bescheidenheit habe jedoch die Einsicht und der Wille zu kommen, die Kritik der *Exklusivität des Okzidents* zu befördern. Ihrem Engst-Okzidentalismus sei zuzuschreiben, dass die Mediävistik zunehmend in den Schatten der Irrelevanz rücke. In der so fachrationalen Mediävistik wuchere die wertrationale Überlegenheitsmentalität christlicher Europäer fort, die dauerhaft blind, unbarmherzig und ausbeuterisch gemacht habe gegenüber all den *Anderen* in der pluridimensionalen Vielfalt im Mittelalter – und in der Moderne dazu. Neugier genau auf diese Anderen und ihre teilweise sehr erfolgreichen Übebenspraktiken könne nicht nur der Mediävistik per se entscheidend nützen, sondern taue auch dazu, den Mediävismus besser zu verstehen und auf ihn zu reagieren. Das sei die – längst fällige – professionelle Adaption, die nicht nur dem mittelalterlichen, sondern auch dem dritten Jahrtausend Rechnung trüge.

Längst habe ich die Referentenrolle aufgegeben und begonnen, meine Diktion einzuschmuggeln

und das Thema fortzuspinnen. Aber genau so ist ja mit so anregenden Versuchen wie dem von Groebner umzugehen! Als reflexiver Okzidentalist sollte ich diesen Analyseerträgen und ihren Botschaften zustimmen und sie unterstützen. Ja! Aber!

Zunächst das Ja. Das Mittelalter ist nicht nur ein entzweites Geschwisterpaar, wie O. G. Oexle ermittelt hat, sondern auch ein zusammenverwachsener Zwilling. Großartiger Grundsatz! Groebners Rückverklebung ist fachgeschichtlich Gold wert. Wer diese Wendung nicht mitmacht, verleugnet (oder zerstört) seine Selbstbegründung als Mediävist.

Aber! Was mich irritiert, ist die Gleichartigkeit dieses Gebildes aus Wertpolarität und Funktionsvermischung im Verlauf der Moderne. Ich plädiere für mehr immanente Geschichte. Meine Frage: Wie ist in die Symbiose von Entzweigung und Verwachsenheit noch mehr Wandel zu bringen? Bislang habe ich zwei Argumente.

Mir kommt die Erzählung der Sinnbeziehungen und Leistungsbewegungen von Mediävismus und Mediävistik zu homogen vor. Groebners Modifikationen und Brüche passen in eine *lange* Geschichte der Moderne, in der zwei für mich entscheidende Umbrüche unterschätzt erscheinen. Einerseits ist dies die Ausfaltung von Wirklichkeitsdimensionen in distinkte Wissenschaften und Denkfelder im Laufe der Sattelzeit (1750–1850) – ich meine die Ausdifferenzierung und Autonomisierung von Religion, Staat, Wirtschaft und Gesellschaft als Basisideologeme und Leitdisziplinen der Moderne. Ich fühlte mich als Autor eines analogen Essays angehalten, mehr über die Bedeutungsverschiebungen beider Doppelheiten innerhalb dieser Felder herauszubekommen. Besonders die Folgen der Befreiung des Christseins – von der rituellen Mitgliedschaft in der Kirche zur selbstbestimmten Gläubigkeit – für alles »Mittelalterliche« wären da zentral wichtig. Ähnlich die Entfeudalisierung der Stände-Distinktionen unter den neuen Geboten von Gleichheit und Privateigentum.

Der dritte Umbruch,² Groebner verortet und fixiert ihn als *dezentralisierte, geträumte Alterität* nach dem Zusammenbruch der konfessions- und nations- und volksgeschichtlichen Erzählungen

2 Als zweiten Umbruch verstehe ich den sowohl von Groebner wie von O. G. Oexle herausgearbeiteten Moment der Selbsterschütterung der Fortschrittmoderne durch ihre offensichtlichen (internen) Verwüs-

tungsfolgen um die Wende vom 19. ins 20. Jahrhundert.

nach 1945, steht m. E. stärker im Zeichen einer Ausweitung der *Warenverhältnisse* in alle Felder der Zirkulation der immateriellen, symbolischen Güter. Mittelalter-Imaginationen unterliegen nun einer Wandlung von *Orientierungsideen* zu *Unterhaltungspartikeln*. Dadurch entsteht eine m. E. neuartige Unbegrenztheit der mediävalen *Aufrufungen*, derer sich eine von sich selbst emanzipierte Mediävistik – als Mediävistik? – mit kritischer Verve anzunehmen hätte. Um beide Fortspinnungen begrifflich aufzunehmen: Ich würde mich noch mehr auf die Semantik der Entzweigungszeit der Mittelalterideologie und auf den Konsumwert fiktiv mittelalterlicher Unterhaltungsstoffe konzentrieren.

Zuletzt noch ein innerdisziplinäres Argument zur Bewältigung der Krise der gebeutelten Mediävistik. Viel zu wenig gesprochen und geplant wird noch über die Erschließung der prall gefüllten

archäologischen Depots in Hunderten von Museen und der mittelalterlichen Bau- und Bild-Monumente allerorten einerseits, und über die statistische Aufarbeitung digitalisierter Dokumentbestände andererseits. Was da »wartet«, ist im Grunde kaum geheuerlich. Eine energische Erweiterung um diese Aufgabenfelder würde nicht nur das »verstehende« Durchschnittsgebaren der Mediävistik herausfordern, sondern ihr auch höhere Akzeptanz in der kulturpolitischen Öffentlichkeit bescheren – eine methodische und funktionale Modernisierung steht an. Aber diese Pisten technischer und sachlicher Erneuerungen der Mediävistik waren, zugegeben, nicht Groebners Thema. Sein Verdienst: die programmatische Verklebung von Mediävismus und Mediävistik. Sie ist und bleibt auf der Agenda!



Thomas Gergen

Zwischen Lateinisch und Katalanisch

Juristische Translation im mallorquinischen Buch der Könige*

»Buch der Könige« (*Llibre dels Reis*) nannte Josep Maria Quadrado kurz und prägnant das »Buch der Freiheiten und Privilegien des Königreichs Mallorca«, nachdem er es im Jahre 1840 entdeckt hatte. Seine Edition des *Còdice de los Reyes, o sea, el Rey de los Códices en el Archivo de Mallorca* folgte allerdings erst in der Zeitschrift »Museo Balear de Historia y Literatura, Ciencias y Artes« von 1886 (S. 361–392). Lange Zeit war das Buch aus der Entstehungszeit zwischen den Jahren 1334 und 1341 wenig beachtet, allenfalls wurde seine hochwertige Bebilderung zur Kenntnis genommen. Der vorliegende Band schließt nunmehr diese lang anhaltenden Forschungs- und Wissenslücken in kultur-, kunst-, archiv- und vor

allem rechtshistorischer Hinsicht. Er beinhaltet Studien und Transkriptionen der Freiheiten und Privilegien aus katalanischen und lateinischen Repertorien sowie eine katalanische Version der Usatges de Barcelona. Die Usatges waren schon seit der *Carta de població* von 1230 geltendes Straf- und Strafprozessrecht im Königreich Mallorca, denn Kapitel 14 besagte: »*in causis iniuriarum, dampnis vulneribus illatis, procedatur secundum Usaticum Barchinone*«. Um besser zu verstehen, wie der Rechtskosmos zur Zeit der Redaktion des Buches der Könige ausgesehen hat, ist es nötig, den König selbst in seiner Zeit zu charakterisieren: Jaume III. von Mallorca (geboren 1315 in Catania), der in der Schlacht von Lluçmajor im Jahre 1349 starb, kon-

* *Llibre dels Reis. Llibre de franqueses i privilegis del regne de Mallorca* (Còdex número 1 de l'arxiu del regne de Mallorca), *Estudis i transcripcions*, dir. de RICARD URGELL HERNÁNDEZ, Palma de Mallorca: Ed. UIB [u.a.] 2010, 415 S., ISBN 978-84-9716-697-3

zedierte seinen Untertanen zahlreiche Freiheiten, die die Geschworenen (*jurats*) der Stadt und des Königreichs von Mallorca aus verschiedenen Quellen (*«dispersi posita in diversis cartis et scripturis»*) zusammen stellten, um sie davor zu bewahren, in Vergessenheit zu geraten. Es handelt sich um eine für Mallorca einzigartige und frühe Rechtsaufzeichnung. Gleichwohl ist bekannt, dass das Buch der Könige schon Vorläufer hatte; denn 1288 sandten die Geschworenen von Ibiza Guillem de Banyoles nach Mallorca, um die von Jaume I. eingeräumten Freiheiten zu notieren. Außerdem war es stets wichtig, dass mallorquinische Kaufleute die Privilegien ihres Herkunftslandes, wie etwa Steuerprivilegien, in anderen Ländern beweisen konnten, um dort keine Rechtsnachteile zu erleiden; dies konnten sie im Allgemeinen mit Hilfe von Rechtssammlungen tun.

Der Kodex 1 des »Arxiu del Regne de Mallorca« zerfällt in zwei Teile: Der erste enthält eine Sammlung von durch das Königreich Mallorca konzidierten Privilegien und Freiheiten. Diese sind in der Originalsprache auf Lateinisch verfasst, während der zweite Teil vornehmlich ins Katalanische übersetzte Privilegien umschließt. Ein Vergleich des ersten mit dem zweiten Teil lässt indes erkennen, dass nicht einfach vom Lateinischen ins Katalanische übersetzt wurde, sondern dass 13 Bestimmungen, die zwischen den Jahren 1279 und 1325 entstanden waren, sich nicht im lateinischen Text finden. Herausgearbeitet werden kann, dass die Dokumente in beiden Teilen bzw. Sprachen nicht in strenger chronologischer Reihenfolge angeordnet sind, was auch beweist, dass in beiden Sprachen gleichzeitig gearbeitet und gewissermaßen simultan übersetzt worden sein musste. Die von Jaume I. und Jaume II. in der ersten Phase seiner Regentschaft verliehenen Privilegien wurden schon zu Ende des 13. Jahrhunderts ins Katalanische übersetzt. Die Bestimmungen dieser Monarchen, welche im *Llibre de la cadena* von Ibiza

zusammengeführt worden waren (das wiederum anhand eines Kodex, den 1288 die Konsuln in Mallorca besaßen, verfasst wurde), erfuhren ebenso eine katalanische Übersetzung und standen mithin bereits in katalanischer Sprache zur Verfügung. Kritisch anzumerken bleibt, dass der Leser vielleicht mehr Details zu den angewandten Kriterien hinsichtlich der Sprachenauswahl erwartet hätte; hier liegt m.E. noch ein Desiderat.

Wann wurde der im Vergleich zu anderen Kodizes reich bebilderte Kodex in der Rechtspraxis angewandt? Vermutlich vor allem bei feierlichen Gelegenheiten wie Eidesleistungen von Amtsträgern. Dafür spricht, dass zwischen lateinischer und katalanischer Version man neben den *Usatges de Barcelona* und einer Kurzchronik auch einige Fragmente der Evangelien zwecks Eidesleistung sowie einen liturgischen Kalender mit einer Tafel findet, mit der jeweils das Osterfest bestimmt werden konnte. Dass der Kodex für die »*Universitas Civitatis et Regni Maioricarum*« verfasst war, resultiert auch daraus, dass er im Unterschied zu früheren und zeitgleichen Kodizes nicht bloß die katalanische Version, ggf. mit lateinischer Übersetzung, sondern an erster Stelle den lateinischen, gefolgt an zweiter Stelle von einer katalanischen Version enthält, die wiederum leichterem Zugang zur Materie ermöglichte. Die deutlich sichtbaren Marginalglossen verraten des Weiteren einen gewissen, nicht alltäglichen Gebrauch des Kodex in der Rechtspraxis. Keinesfalls sollte das Buch eine vollständige Sammlung des gesamten mallorquinischen Rechtes sein, sondern bildete die Freiheiten und Privilegien ab, die die Einwohner der Stadt und des Königreiches von Mallorca, also die »*Universitas Civitatis et Regni Maioricarum*«, begünstigen sollten. Das Buch vereint das damalige konzidierte Recht und sollte künftig als Quellengrundlage für Einzelstudien stets herangezogen werden. ■

Ludolf Pelizaeus

Beeindruckende (Zwischen-)Bilanz*

Der vorliegende Band geht auf eine Tagung in Berlin von 2008 zurück, auf der eine Bilanz der seit 1979 laufenden Inventarisierung der ungefähr 70000 noch erhaltenen Reichskammergerichtsakten gezogen wurde. Daher verstehen sich die Beiträge teilweise als Überblick oder Bilanz für bisher geleistete Arbeit oder sind als Beiträge zu verstehen, in denen das erfasste Material zur Anwendung gelangen soll.

Dabei sind die fünf Abschnitte des Bandes nach einem einleitenden Abschnitt stets in zwei Referate und einen Kommentar eingeteilt. So werden nach der Einführung zum Projekt insgesamt die Bereiche »Personengruppen« von Werner Trossbach und Anette Baumann, »Streitgegenstände« von Anja Amend Traut, Ralf Peter Fuchs und Frank Kleinhagenbrock, »andere Höchstgerichte« von Eva Ortlieb, Siegrid Westphal, Paul L. Nève und Nils Jörn und schließlich die »Erfassung des Raums« durch Bernd Schildt, Jürgen Weitzel, Ingrid Männl und Maximilian Lanzinner abgehandelt. Abschließend findet sich noch ein Inventar der RKG-Akten und eine Übersicht zur Überlieferungssituation. Durch die Kommentare nach jedem Block aber werden die unterschiedlichen Abschnitte verklammert.

Alle beteiligten Forscherinnen und Forscher haben verschiedentlich zum Themenbereich des Reichskammergerichts veröffentlicht, so dass sie alle bereits mit der Thematik in Kontakt gekommen sind. Andererseits führt dies aber auch dazu, dass in manchen Beiträgen mehr, in anderen weniger auf frühere Ergebnisse zurückgegriffen wird. Damit stellen nicht alle Beiträge in gleicher Weise Neuland durch eigene Forschungen dar.

Insgesamt ergeben sich drei Schwerpunkte des vorzustellenden Buches: Bilanzen, Einzelstudien und schließlich umfassende Betrachtungen. Schon

in der Einleitung wird von Friedrich Battenberg und Bernd Schildt gefordert, dass die Forschung das Reichskammergericht stärker im Zusammenhang mit anderen europäischen Institutionen zu betrachten habe und die beteiligten Personengruppen stärker zu beleuchten seien. Das erste Desiderat wird lediglich im vorliegenden Band von Paul Nève angeschnitten, das zweite von Anette Baumann. Damit bleiben beide durchaus wichtigen Desiderata leider noch recht unkonturiert.

Während sich der Beitrag von Bernhard Diestelkamp vornehmlich als Rückblick auf geleistete Arbeit versteht, der Struktur und Aufbau sowie den Nutzen der Datenbank der Reichskammergerichtsakten nachvollziehbar machen soll, ist der Beitrag von Raimund J. Weber ein aus der praktischen Erfahrung entlehnter Aufsatz, der eindringlich die Bedeutung von Kommissionsakten und die Wichtigkeit der Erfassung betont. Bernd Schildt hingegen verweist auf die weiterhin vorhandenen Schwierigkeiten trotz des gegebenen Verzeichnisses. Besonders die uneinheitlichen zeitgenössischen Begriffe und die noch fehlenden Inventare seien hier zu nennen. Der zweite von ihm beigezeichnete Beitrag arbeitet ähnliche Probleme heraus, weil sich derzeit nur Teilergebnisse in Bezug auf Herkunft der Verfahren, Verfahrensgegenstände und Sozialstatus treffen lassen. Andererseits ist dies freilich ganz erheblich mehr, als man noch vor zwanzig Jahren hierzu sagen konnte.

Durch den Aufsatz von Eva Ortlieb kann man konkrete Informationen zum Parallelprojekt der Verzeichnung der Akten des Reichshofrats erhalten. Die Ausführungen von Siegrid Westphal, die folgen, bieten einen Forschungsüberblick zum Reichshofrats, verbunden mit dem Ausblick, die Adelsforschung stärker in die Untersuchung von Prozessen mit einzubeziehen.

* FRIEDRICH BATTENBERG, BERND SCHILDT (Hg.), Das Reichskammergericht im Spiegel seiner Prozessakten: Bilanz und Perspektiven der Forschung, Tagung 10.4.–13.4.2008 in Berlin (Quellen und Forschungen zur höchsten Gerichtsbarkeit im Alten Reich 57), Köln [u. a.]: Böhlau 2010, 427 S., ISBN 3-412-20623-9

Eher am Einzelfall orientieren sich die Beiträge von Weitzel, Männl, Fuchs, Nève und Jörn. Durch Jürgen Weitzel wird erneut die Bedeutung der Exemtionen für die Abwesenheit vom RKG hervorgehoben, während sich Ralf Peter Fuchs lediglich auf die Rezeption bei Geyler von Kaisersberg und Ingrid Mänel sich fast ausschließlich auf die Juristenlandschaft im 15. Jahrhundert bezieht. Sie lässt damit das RKG weitgehend heraus. Die vergleichenden Beiträge von Nève zur Sollicitatur am RKG und von Nils Jörn zum Wismarer Tribunal und der Verzeichnung der Prozessakten sind interessante Vergleiche, die aber auf einen ebenso zugeschnittenen Bereich begrenzt bleiben.

Größere Entwürfe, die auch eine ganze Palette von Ergebnissen aufweisen können, stellen hingegen die Aufsätze von Troßbach, Baumann, Amend-Traut, Kleinhagenbrock und Lanzinner dar. Werner Troßbach geht besonders auf die Landbevölkerung als Zeugen ein, indem er herausstellt, wie Untertanenprozesse in die Kameraljudikatur einfließen. Es ist aber bedauerlich, dass er für seine Ausführung weder die Datenbank der Reichskammergerichtsakten noch Archivalien heranzieht. Dies ist bei dem Aufsatz von Anette Baumann anders, deren Beitrag schon deswegen wichtig ist, weil sie zeigen kann, wie ein Zehntel der Prozesse vor dem RKG unter Beteiligung von Frauen geführt wurde und damit auf einen großen, weitgehend vernachlässigten Bestand verweisen kann, der von allgemeiner Bedeutung für die Forschung ist. Anja Amend-Traut leistet auf einer breiten und fundierten Quellenbasis eine Untersuchung über Divergenz der Rechtspraxis zur Normativität in den Zivilverfahren und sieht in der Entwicklung der Rolle des Reichskammergerichts bei Wirtschaftsprozessen ein Desiderat der Forschung. Bei Frank Kleinhagenbrock wird die schon an anderer

Stelle bereits hervorgehobene Bedeutung von Austrägen für den Frieden nach 1648 betont und gezeigt, dass es für die Wahl zwischen RKG und RHR keine konfessionellen Präferenzen gab, sondern eher Beziehungsnetzwerke wichtig waren. Seine umfangreiche Quellenarbeit macht aber gerade auch seinen Aufsatz zu einem wichtigen Beitrag, weil er diese Beobachtungen für Hohenlohe exemplifizieren kann. Diese von Kleinhagenbrock angesprochene Bedeutung von Netzwerken findet sich auch im Aufsatz von Maximilian Lanzinner wieder, hier freilich für die Beziehungsnetzwerke von Juristen. Sie, die sie ihre eigene Sprache hatten, vermochten dieses Instrument auch gerade im Diskurs am Reichstag einzusetzen.

Der Band ist wichtig, weil er eine Bilanz zieht und damit Fortschritte jahrelanger Forschung und Erfassungstätigkeit abbildet. Es werden bisherige Ergebnisse zusammengefasst, an anderer Stelle entwickelte Beobachtungen erneut am Einzelfall oder an einem territorialen Raum exemplifiziert oder neue mögliche Bereiche wie die Verbindung zur Adelforschung, der internationale Vergleich oder die Rolle bei Wirtschaftsprozessen aufgezeigt. Zu Datenbanken und ihren Möglichkeiten in der Zukunft, zu den Möglichkeiten durch die Digitalisierung von Quellenmaterial äußert sich der Band hingegen leider nicht, wenngleich auch dieser Bereich sehr wichtig gewesen wäre, da eben die gestellten Fragen sich gerade neuer Fragemethoden bedienen sollten. Aber eine 430 Seiten umfassende Bilanz ist schon beeindruckend und kann eben nicht alle Bereiche umfassen, so dass zu hoffen ist, dass die angesprochenen Forschungsbereiche weiter verfolgt werden.



Isabella Löhr

Die Ökonomie des Urheberrechts*

Mit dieser zweibändigen Monographie zu »Geschichte und Wesen des Urheberrechts«, mit dessen erstem Teil der Autor an der Universität München promoviert wurde, legt Eckhard Höffner einen mit dem modernen Buchdruck im 16. Jahrhundert einsetzenden, empirisch gesättigten Vergleich der Entwicklung von Autorenschutzrechten in Deutschland, England und Frankreich bis zur Mitte des 19. Jahrhunderts vor. Das Ziel des historischen Vergleichs sieht Höffner in den unterschiedlichen wirtschaftlichen und rechtlichen Rahmenbedingungen in den Vergleichsländern, die die Herausbildung einer modernen Gesetzgebung zum geistigen Eigentum bzw. zum Urheberrecht im Besonderen prägten, und mit deren Rekonstruktion er der Frage nachgehen will, inwieweit die relative Marktmacht der Verleger, Konkurrenzbeziehungen untereinander, ihr Verhältnis zum Staat und die soziale und politische Stellung der Autoren sich in den jeweiligen Gesetzeswerken historisch-konkret niederschlugen. Dabei ist, das sei vorweggenommen, der Vergleich nicht ausgewogen, weil die Herausbildung der Rechtsfigur des *copyright* und des *droit d'auteur* primär als Vergleichsfolie zur Schärfung des deutschen Falls herangezogen werden. Dies hat zur Folge, dass Höffner nur an wenigen Stellen die grenzüberschreitenden Beziehungen zwischen den Vergleichseinheiten berücksichtigt – eine Ausnahme ist hier der Einfluss der französischen Rechtstradition auf die Diskussionen um die und die Herausbildung der Theorie vom geistigen Eigentum in Deutschland seit dem ersten Drittel des 19. Jahrhunderts. Dies ist insofern bedauerlich, als auf diese Weise und in Übereinstimmung mit der bisherigen Forschung die Untersuchungseinheiten statisch geraten, die prägende Rolle bi- und multilateraler Verträge zum überregionalen Schutz von Autoren und Verlegern sowie die Bedeutung von Ex- und Importen von Büchern im europäischen

Maßstab nicht reflektiert wird – besonders dieser letzte Aspekt wäre für die ökonomische Analyse der Wirksamkeit von Urheberrechten im zweiten Teilband relevant gewesen.

Höffner kombiniert eine Begriffs- und Theoriegeschichte des geistigen Eigentums mit einer wirtschaftsgeschichtlichen Untersuchung der dahinterstehenden Buch- und Medienmärkte einschließlich der Herausbildung moderner Auffassungen von individueller Autorschaft und der Werkherrschaft des kreativen Individuums über seinen Text. Der erste Teilband setzt dieses Vorhaben in einer Mischung aus chronologischer und systematischer Analyse um. Der Autor beginnt mit der Erfindung des Buchdrucks und arbeitet sich über die Konsequenzen der neuen Vervielfältigungstechniken mit Blick auf die Wandlung von Buchinhalten, die Praxis des Nachdrucks, die Verknüpfung von Druckprivilegien mit Zensurmaßnahmen über die Herausbildung von buchhändlerischen Organisationsformen bis zur Entstehung der Rechtsfigur des geistigen Eigentums in Deutschland in der zweiten Hälfte des 19. Jahrhunderts vor. In dieser äußerst kenntnisreichen, manchmal zu intensiv in die Erörterungen des historischen Kontextes abschweifenden Darstellung – so zum Beispiel im Abschnitt zum Zunftwesen – lässt Höffner die Geschichte von Verleger- und Autorenschutz Revue passieren, wobei seine Aufmerksamkeit auf dem schwierigen Verhältnis zwischen dem Recht des Verlegers und dem Recht des Autors liegt, dessen verschiedene Stadien er vom Druckprivileg bis zur Unterordnung des Verlagsrechts als vom Urheberrecht am Ende des 19. Jahrhunderts abgeleiteter Kategorie verfolgt. Anschaulich und eloquent – sieht man einmal von der Verwendung von Zeitformen ab – analysiert Höffner diese Geschichte, indem er die von anderen Autoren während der letzten Jahrzehnte in Einzel- oder Teilstudien bereits vorgelegten Ergebnisse zusam-

* ECKHARD HÖFFNER, Geschichte und Wesen des Urheberrechts, 2 Bde, München: Verlag Europäische Wirtschaft 2010, je 434 S., ISBN 978-3-930983-16-2; 978-3-930983-17-9

menführt und diskutiert. Diese Leistung ist dem Buch im höchsten Maße positiv anzurechnen, weil es die bis dahin leider vielfach zerstreuten Forschungsergebnisse bündelt, sie in medien-, sozial- und wirtschaftsgeschichtliche Kontexte einordnet und das auf eine Art und Weise, die besonders Lehrende schätzen werden, die die Geschichte des geistigen Eigentums außerhalb rechtsgeschichtlicher oder rechtswissenschaftlicher Institute vermitteln.

Allerdings bringt die Lektüre auch einige verwirrende Leseindrücke mit sich, die möglicherweise dem Umstand geschuldet sind, dass Höffner sich überwiegend mit den bekannten Aspekten der Geschichte des Urheberrechts auseinandersetzt. Dies springt besonders in der Einleitung des ersten Teilbandes ins Auge, bei der man vergeblich nach einer überzeugenden Schilderung der Forschungslücke sucht, während der Autor sich große Mühe gibt, die bisherige Forschung als von dogmatischen Denkfiguren und anachronistischen Argumentationen geleitet darzustellen – was insofern erstaunlich ist, als eben diese Forschungen wesentlich die Materialgrundlage für die auf die Einleitung folgenden knapp 800 Seiten der Monographie bilden. Davon ausgenommen sind die reichsstädtischen Druckerordnungen aus dem 16. und 17. Jahrhundert sowie umfangreiche, vom Autor erstellte Tabellen und Statistiken über die Entwicklung von Autorenhonoraren, Buchpreisen und Produktionskosten der Verlage, mit denen er vor allem im zweiten Teilband arbeitet, der eine ökonomische Analyse der Wirkungen des Urheberrechts unternimmt. In seinem zentralen Anliegen, die vielfach bekannten rechtstheoretisch und -dogmatisch inspirierten Geschichten des Urheberrechts durch eine wirtschaftsgeschichtliche Analyse zu ergänzen, die den Blick auf den »Verteilungskampf um die ökonomischen Chancen« lenkt (Teilbd. 2, 41), betont Höffner besonders im ersten Teilband, dass sich im Zeitalter des Privilegienwesens keine ausschließlichen Rechte für Autoren oder Verleger durchsetzten, weil diese wirtschaftspolitisch wenig sinnvoll waren. Als sich Ausschließlichkeitsrechte in Form von Urheberrechten im 19. Jahrhundert durchzusetzen begannen, waren die Triebkräfte dieser Entwicklung die Verleger, die in der Sonderstellung der Autoren ein Mittel für die Ausweitung ihrer eigenen gewerblichen Nutzrechte sahen. Dieser These, die sich einer sozialgeschichtlichen Verschiebung des Blicks von den Rechtsinhalten auf die Akteure und ihre Interessen verdankt, ist

weitestgehend zuzustimmen, wengleich sie den mit der Urheberrechtsgeschichte vertrauten Leser nicht vom Stuhl reißt, ist sie doch gerade in der jüngeren Forschung zur Geschichte des englischen *copyright* weitgehend etabliert. Allerdings verwundert es, warum der Autor aus diesen Überlegungen den Umkehrschluss zieht, dass die Institution des geistigen Eigentums keine Erfindung des späten 18. und 19. Jahrhunderts, sondern ein spätmittelalterliches Relikt der Wirtschaftspolitik sei, das vor allem wirtschaftspolitische Steuerungsfunktionen erfüllte: »Wenn sich die Alleinbefugnis von der Methode der Erteilung löst und der Staat nicht mehr ordnend in die Verteilung der Befugnisse eingreift, sondern nur die Existenz des Ausschließlichkeitsrechts garantiert, indem er rechtliche Mittel gegen eine Beeinträchtigung zur Verfügung stellt, bleibt der Kern übrig, eine Ausprägung des geistigen Eigentums« (Teilbd. 1, 245). Hier stellt sich die Frage, warum so viel Mühe auf die Dekonstruktion und Begrenzung der Rechtsfigur des geistigen Eigentums verwendet wird, wenn diese gleichzeitig in ihrer theorie-, begriffs- und normengeschichtlichen Spezifik entgrenzt, in eine wirtschaftsgeschichtliche Analyse-kategorie transformiert und dann in die Frühe Neuzeit projiziert wird.

Wie bereits erwähnt, beschäftigt der zweite Teilband sich mit den ökonomischen Grundlagen des geistigen Eigentums. Hier stellt der Autor die gängigen Annahmen auf den Prüfstand, dass das Urheberrecht wirtschaftlich sinnvoll sei, weil erst der Anreiz für das exklusive Verwertungsrecht Autoren überhaupt zum Schreiben motiviere. Dagegen stellt Höffner liberale Wirtschaftsmodelle, die geistiges Eigentumsrechte als Monopolrechte klassifizieren und entsprechend deren Abträglichkeit für die Entwicklung eines freien und pluralen Marktes für Druckwerke in Zweifel ziehen. Dieser Teilband basiert auf volkswirtschaftlichen Theoriemodellen, die nach einer umfangreichen Einführung auf das geistige Eigentum »angewandt« werden. Die Analyse beruht auf Daten über die Entwicklung von Buchpreisen, die Anzahl von Neuerscheinungen, Auflagenhöhen und die Entwicklung von Autorenhonoraren, die Höffner zeitlich mit der Durchsetzung von Urheberrechten in Beziehung setzt. Das Ergebnis zeigt einen Rückgang der Zahl von Neuerscheinungen und der Höhe von Autorenhonoraren mit der reichsweiten Einführung von Schutzstandards nach 1837. Zur Konsolidierung dieser Beobach-

tung vergleicht Höffner seine Ergebnisse für den Deutschen Bund mit der Entwicklung des englischen Buchmarktes, wobei er hier zu der Feststellung kommt, dass der dortige Buchmarkt seit der Einführung des ersten landesweiten Autorenschutzes, des *Statute of Anne* 1710, einer regressiven Entwicklung unterlegen und »im Vergleich zu Deutschland über den gesamten Zeitraum hinweg unterentwickelt und rückständig« gewesen sei (Teilbd. 2, 385).

Die Kritik an dem von Befürwortern behaupteten volkswirtschaftlichen Nutzen des Urheberrechts ist derzeit in aller Munde und mit Blick auf die dringend notwendigen Reformen des Urheberrechts ohne Zweifel eines der Kernprobleme, das es anzugehen gilt. Deswegen ist die Studie von Höffner wichtig, weil sie der Diskussion an dieser Stelle neue und kritische Impulse verleiht – das spiegelt sich nicht zuletzt in der freudigen Aufnahme der Thesen des zweiten Teilbandes in den Medien. Allerdings ist die These, wie Höffner sie präsentiert, in vielerlei Hinsicht problematisch. Erstens vermisst man bei seiner zentralen Verlaufskurve über die Entwicklung von Novitäten in Deutschland und Großbritannien Erklärungen zur Quellengrundlage. Zweitens projiziert Höffner Kategorien aus der Gegenwart in das späte 18. und frühe 19. Jahrhundert. Es ist zum Beispiel problematisch, für die Zeit vor 1845 von einem lebendigen Markt für wissenschaftliche Literatur zu sprechen, obwohl ein professioneller Wissenschaftsbetrieb zu diesem Zeitpunkt noch gar nicht existierte. An dieser Stelle zeigen sich auch die Probleme, die mit der Reduktion komplexer sozial- und mediengeschichtlicher Sachverhalte auf wirtschaftliche Faktoren einhergehen: Höffner beklagt die fehlende Innovation im englischen Wissenschaftssystem im 19. Jahrhundert und führt dies direkt auf die Wirkung des 1814 novellierten englischen copyright zurück. Ein Blick in die Literatur zur Wissenschafts- und Universitätsgeschichte hätte hier weitergeholfen, denn das besondere Merkmal der britischen Universitäten in diesem Zeitraum war gerade das Fehlen einer auf Forschung, wissenschaftliche Innovation und Publikation ausgerichteten Universität, in der nicht die Wissensvermehrung, sondern die Einübung von Soziabilität im Vordergrund stand, was ab den 1870er Jahren verstärkt zu Reformdiskussionen und letztlich der teilweisen Übernahme des Modells der deutschen Forschungsuniversität führte. Hier zeigen sich die Fallstricke einer den

historischen Kontext abstrahierenden wirtschaftlichen Analyse, die komplexe soziale Konstellationen auf die angeblich vernünftige Rationalität des freien Marktes zurückführen will und dabei erstens ihren Gegenstand zu wenig historisch kontextualisiert und zweitens den komplexen kulturgeschichtlichen Überbau ignoriert, der gerade im Bereich der Medien, Wissenschafts- und Literaturgeschichte eine maßgebliche Rolle spielt. Das gleiche gilt für die oben erwähnte Verlaufskurve, die einen Einbruch der Novitäten laut Messkatalog in der zweiten Hälfte der 1840er Jahre verzeichnet: Hier findet man keine Überlegungen, welchen Einfluss die Revolution und die massiv intensivierte Zensur in diesem Zeitraum gespielt haben könnte – und die Koinzidenz zwischen dem Einbruch dieser Verlaufskurve und der 1848er Revolution kann nicht übersehen werden. Selbst wenn es hier keinen Zusammenhang geben sollte, diese Problematik hätte diskutiert werden müssen.

Am Ende der Lektüre bleibt ein gespaltener Eindruck zurück: Einerseits tappt Höffner in diesem zweiten Teilband in die Falle, die er der bisherigen Forschung im ersten Teilband vorwirft, nämlich Modelle in die Vergangenheit zu projizieren und zu wenig auf die historischen Besonderheiten Rücksicht zu nehmen. Das unterläuft ihm erstens, sobald er von einem wissenschaftlichen und literarischen Markt für Neuerscheinungen ausgeht, dessen Verständnis an modernen Medienmärkten geschult zu sein scheint. Zweitens bleibt die ausschließliche Erklärung dieser Medienmärkte nur mit ökonomischen Modellen eindimensional. Es ist kein Zufall, dass Vertreter der neuen Kulturgeschichte wie Natalie Zemon Davies oder Roger Chartier diese Disziplin anhand der Geschichte des Lesens, der Bücher und der Literalität entwickelt haben. Diese Forschungsansätze, die die Geschichtswissenschaft seit den 1990er Jahren grundsätzlich herausgefordert haben, zu ignorieren, ist dem ökonomischen Erklärungsansatz zwar förderlich, verschließt sich aber einer komplexen Analyse, die der Gegenstand erfordert. Auf der anderen Seite ist die These von Höffner, dass das geistige Eigentum ein Monopolrecht ist und als solches durchaus negative Effekte auf die Verbreitung von Kunst, Literatur und Wissen haben kann, gerade mit Blick auf gegenwärtige Diskussionen wichtig und sollte Gehör finden – so will der Autor sein Buch auch verstanden wissen, wie die abschließenden Empfehlungen zur Gestal-

tung von Urheberrechten zeigen. Allerdings hätte man sich diese These als Leser gerne in einem auf die wesentlichen Argumente konzentriertem, deutlich gekürzten Buch gewünscht, das Teilergebnisse nicht durch drastisch überzeichnende

Formulierungen verzerrt und das relevante Forschungsergebnisse aus Nachbardisziplinen aufgenommen hätte.



Jan Schröder

Rechtsphilosophie?*

Es ist nicht ganz leicht zu sagen, wovon die vorliegende »History of the Philosophy of Law in the Civil Law World, 1600–1900« überhaupt handelt. Die acht »Kapitel« des Bandes bestehen aus Beiträgen in englischer Sprache von *Merio Scattola* über die Rechtswissenschaft des Heiligen römischen Reiches im 17. und 18. Jahrhundert, von *Jean-Louis Halpérin* über französische Rechtswissenschaft in derselben Zeit, von *Maximiliano Hernández Marcos* über begriffliche Aspekte der juristischen Aufklärung in Europa, von *Damiano Canale* über die vielen Gesichter der Rechtskodifikation im modernen Kontinentaleuropa, von *Paolo Becchi* über deutsche Rechtswissenschaft im frühen 19. Jahrhundert (Krise des Naturrechts, Historismus und Begriffsjurisprudenz), von *Luca Mannori / Bernardo Sordi* über Verwaltungsrechtswissenschaft), von *Maurizio Fioravanti* über Konstitutionalismus und von *Hasso Hofmann* über die Entwicklung des deutschen Rechtsdenkens von Jhering bis Radbruch. Die Themen reichen also, jedenfalls nach dem deutschen Sprachgebrauch, weit über die Rechtsphilosophie hinaus in die Geschichte der Rechtstheorie, der Rechtswissenschaft, einzelner Rechtsgebiete und des Rechts überhaupt hinein.

Dass ein Band von wenig mehr als 400 Seiten nicht alle diese Gegenstände erschöpfen kann, springt in die Augen. Was nun aber dem Werk

seinen inneren Zusammenhalt geben soll, ist nicht zu erkennen. Der Reihenherausgeber Enrico Pattaro meint, es gebe drei Arten von Rechtsphilosophie, die der Philosophen, der Juristen und der Rechtsphilosophen, von denen der Band die letzten beiden erfasse (S. XV). Mit dieser ad hoc erfundenen Terminologie lässt sich nichts anfangen und sie rechtfertigt nicht den inkohärenten Inhalt des Buches. Die Bandherausgeber dagegen versprechen in ihrem Vorwort eine »history of the basic legal concepts« (S. XX). Aber der einzige Beitrag, der etwas Derartiges enthält, ist der von Hernández Marcos geschriebene Abschnitt, in dem jedoch selbst der Gesetzesbegriff (»law«? oder »Recht«?) nur für die Aufklärungszeit dargestellt ist und schon der des Gewohnheitsrechts fehlt. Der Leser muss sich damit abfinden, dass er eine Reihe heterogener Beiträge zur neuzeitlichen kontinentaleuropäischen Rechtsgeschichte vor sich hat, die sich kaum aufeinander beziehen, ganz unterschiedliche Anknüpfungspunkte (Orte, Zeiten, Rechtsgebiete, Phänomene der Rechtsgeschichte wie Kodifikationen oder Verfassungen) haben und die in ihrer Summe weder die Sache noch die einzelnen Rechtsordnungen (Nord- und Osteuropa fehlen völlig, Südeuropa weitgehend und selbst Deutschland und Frankreich werden nicht durchgehend berücksichtigt) auch nur annähernd voll-

* CANALE, DAMIANO, PAOLO GROSSI, HASSO HOFMANN (eds.), *A History of the Philosophy of Law in the Civil Law World, 1600–1900 (A Treatise of Legal Philosophy and General Jurisprudence, ed. by Enrico Pattaro, vol. 9)*, Dordrecht [u. a.]: Springer 2009, XXII, 409 S., ISBN 978-90-481-2963-8

ständig behandeln. Dieses Fehlen eines plausiblen Konzepts wäre vielleicht entschuldbar, wenn es sich lediglich um einen der zahllosen, im Druck des Wissenschaftsbetriebs entstandenen Tagungsbände handelte, die zu einem diffusen Generalthema disparate Beiträge versammeln. Aber hier sollte doch offenbar für die englischsprachige Welt eine repräsentative Darstellung der kontinentalen Rechtstheoriegeschichte (oder noch mehr) entstehen. Das ist nicht gelungen, und wer über diesen Gegenstand etwas Zusammenhängendes lesen möchte, sollte das Buch gar nicht erst in die Hand nehmen.

Das soll nicht heißen, dass der Band nicht auch einige sehr lesenswerte Beiträge enthielte. So schildert Merio Scattola einleuchtend die Entwicklung von der nur ordnenden, das Gegebene pietätvoll bewahrenden Jurisprudenz der frühesten Neuzeit zu einer produktiven, forschenden (Natur-)Rechtswissenschaft und erweist sich in seiner lehrreichen Darstellung der verschiedenen Naturrechtsschulen des 17. und frühen 18. Jahrhunderts erneut als souveräner Kenner dieser Materie. Mannori und Sordi geben einen schönen, gedankenreichen und gut geschriebenen Überblick der Geschichte des Verwaltungsrechts und seiner Wissenschaft, der durch seinen rechtsvergleichenden Ansatz (Frankreich, Deutschland, Italien, England) besonderes Profil gewinnt. Der Beitrag von Hasso Hofmann ist ein interessanter und ganz selbständiger Versuch zu einer Frühgeschichte der neueren deutschen Rechtsphilosophie; dass dabei der Höhepunkt des »Neo-Idealismus« in den 1920er Jahren und die »Reine Rechtslehre« nicht mehr zur Sprache kommen, war wegen der zeitlichen Begrenzung des Bandes wohl nicht zu vermeiden. Und aus Paolo Becchis Aufsatz kann man immerhin lernen, dass Hegel durchaus nicht, wie oft angenommen wird,

ein unbedingter Anhänger der Kodifikationsidee war. – Aber andere Beiträge sind sehr viel schwächer, reproduzieren oft nur Bekanntes und leider auch zuweilen altbekannte Fehlvorstellungen, wie etwa, in den Aufklärungskodifikationen sei nur die Wortlautinterpretation zulässig gewesen (90 ff.) und es habe im späten 18. Jahrhundert ein »relatives« Naturrecht gegeben (105). Wenig überzeugend ist vor allem die Abhandlung des Mitherausgebers Damiano Canale, der die Kodifikationen nur daran misst, ob sie die Gedanken von Freiheit und Gleichheit durchsetzen, dabei aber ihren Standort in der Privatrechtsgeschichte vernachlässigt. Fehler wie »Achenwald and Putter« (147), »Friedrich Karl von Zeiller« (175) sind störend, und so grobe Schnitzer wie die Bezeichnung einiger »other Church rules and principles« als »Codex canonicum« und »Codex Gratiani« (136) sollten in einem Werk dieser Art wirklich nicht vorkommen.

So kann der Band selbst dann, wenn man ihn nur als das nimmt, was er ist, nämlich eine Sammlung nicht zusammenhängender Abhandlungen zur neuzeitlichen europäischen Rechtsgeschichte, nicht befriedigen. Ob sich darüber hinaus bei dem derzeitigen Stand des Wissens die Geschichte der kontinentaleuropäischen Rechtstheorie überhaupt zusammenhängend und einigermaßen vollständig darstellen ließe, mag man bezweifeln. Wenn das aber nicht der Fall ist, dann hätte man einen Versuch wie den vorliegenden lieber gar nicht erst unternemen sollen. Der Band kostet im Buchhandel 426,93 Euro. Dafür bekommt man auch schon einen ordentlichen alten Druck von Hugo Grotius' »De iure belli ac pacis«.



Petr Kreuz

Straf- und Sozialdisziplinierung aus böhmischer Sicht*

Die Erforschung der Sozialgeschichte der Kriminalität sowie die Historische Kriminalitätsforschung weisen in der tschechischen Historiographie eine Tradition auf, die bis in die erste Hälfte der 1970er Jahre zurückreicht. Die einzelnen Forscher befassten sich zunächst insbesondere mit der Problematik der frühneuzeitlichen Kriminalität, die sich im Schriftgut der in den böhmischen Städten amtierenden Gerichte widerspiegelte, unabhängig davon, ob es sich um königliche (Jaroslav Pánek, Jindřich Francek, Bohumír Roedl, Petr Kreuz, Hana Hrachová u. a.) oder patrimoniale Städte (J. Pánek, J. Francek, Eva Procházková u. a.) handelte. Beachtliche Aufmerksamkeit wurde auch den Editionen der aus dem Vollzug des städtischen Straf(Inquisitions)gerichts wesens hervorgegangenen Schriftstücke geschenkt, insbesondere den sog. Pech- bzw. schwarzen Büchern (J. Pánek, J. Francek, B. Roedl u. a.). Erst annähernd seit der Mitte der 90er Jahre begann die nachfolgende Generation der tschechischen Forscher sich auch mit dem patrimonialen Gerichtswesen zu beschäftigen und ihre Aufmerksamkeit auf das Studium der kleineren Kriminalität zu lenken, die in den erhaltenen Schriftstücken der Patrimonialgerichte und anderer obrigkeitlicher Justiz- und Verwaltungsbehörden erfasst ist. Diese Forschung wurde zum ersten Male durch die methodischen Anregungen der thematisch ähnlich ausgerichteten westeuropäischen, nicht zuletzt der deutschsprachigen Forschung beeinflusst; anfangs kamen die Impulse vor allem aus dem Gebiet der historischen Anthropologie (Pavel Himl). Einer umfassenderen Rezeption der von der ausländischen Forschung ausgehenden Anregungen begegnen wir in einer unlängst erschienenen, der Kriminalität in Südböhmen in den Jahren 1650–1770 gewidmeten Monographie von Jaroslav Čechura, die auf

Schriftstücken aus der Tätigkeit der Stadtgerichte der patrimonialen Städte und sonstiger patrimonialer Provenienz basiert (siehe meine Besprechung in ZRG GA 129 [2012] 671–672). Einen weiteren markanten Schritt in Richtung Rezeption der ausländischen Historischen Kriminalitätsforschung stellt die hier rezensierte Monographie Pavel Matlas' dar, der als Mitarbeiter des Staatsregionalarchivs (SOA) in Třeboň (Wittingau) tätig ist.

Matlas geht in seiner Arbeit insbesondere von einer eingehenden Erforschung des umfassenden Archivfonds Velkostatek (Grundherrschaft) Hluboká nad Vltavou (Frauenberg) aus, der im SOA Třeboň liegt. Die Grundherrschaft Hluboká bezeichnet der Autor als typische (»modellhafte«) südböhmische Herrschaft mit charakteristischer landwirtschaftlicher und handwerklicher Produktion. Unter anderem mit Rücksicht auf die Verwaltungsentwicklung der untersuchten Herrschaft und auch auf die vorhandene Quellenbasis wählte Matlas ungefähr die Jahre 1660 bis 1770 aus, für die zwar ein relativ umfangreiches Spektrum an Quellen zur Verfügung steht, die aber größtenteils nicht vollständig bzw. lücken- oder bruchstückhaft sind. Unter diesen Quellen kommt in Bezug auf den Forschungsgegenstand den aus der Tätigkeit der Patrimonialgerichte hervorgegangenen Schriftstücken neben den Urteilmanualen des Appellationsgerichts in Prag und der obrigkeitlichen Amtskorrespondenz die größte Bedeutung zu. Das vorrangige Anliegen des Autors ist zu »... verifizieren, ob und eventuell in welchem Umfang oder in welcher Form es möglich ist, das theoretische Konzept von Oestreich [d. h. Sozialdisziplinierung – Anm. P.K.] auf das Studium der historischen Entwicklung nicht nur West-, sondern auch Mitteleuropas anzuwenden« (36).

* PAVEL MATLAS, *Shovívavá vrchnost a neukáznění poddaní? Hranice trestní disciplinace poddaného obyvatelstva na panství Hluboká nad Vltavou v 17.–18. století* [Nachsichtige Obrigkeit und nicht zuchtgewohnte Untertanen. Die Grenze der Straf-

disziplinierung der untertänigen Bevölkerung auf der Domäne Hluboká nad Vltavou/Frauenberg im 17.–18. Jahrhundert.], Praha: Argo 2011, 325 S., ISBN 978-80-257-0382-3

Im Einführungsteil seines Werkes bietet Matlas eine relativ bündige, aber nichtsdestoweniger gestraffte und sehr qualifizierte Übersicht der westeuropäischen Nachkriegsforschung über die Kriminalitätsgeschichte. Er untersucht eingehend die Entwicklung und Rezeption des Konzepts der Sozialdisziplinierung, mit welchem in den 1960er Jahren der Historiker und Soziologe Gerhard Oestreich hervorgetreten ist, und weist dabei unter anderem auch auf Zusammenhänge von Oestreichs Theorie mit der Rationalisierungstheorie Max Webers und dem Zivilisationskonzept von Norbert Elias hin. Bei den Arbeiten zur Sozialgeschichte der Länder der Böhmisches Krone, die in den letzten zwei Jahrzehnten das Konzept der Sozialdisziplinierung verwendeten, handelt es sich in den meisten Fällen, wie der Autor nachweist, um Arbeiten ausländischer Forscher (Thomas Winkelbauer, Sheila Ogilvie, Matthias Weber).

Matlas entwirft dann die Geschichte der Domäne Hluboká nad Vltavou (Frauenberg) seit der Mitte des 16. Jahrhunderts bis zum letzten Drittel des 18. Jahrhunderts. Die genannte Herrschaft wurde im Jahre 1661 durch Johann Adolf Graf von Schwarzenberg von Don Baltasar de Marradas erworben. Der Autor untersucht vorwiegend die wirtschaftliche, soziale und die Bevölkerungsentwicklung der Domäne im Zeitraum 1660–1770 eingehend.

Den Schwerpunkt der Arbeit bildet das zweite Kapitel, in dem Matlas auf der Grundlage eingehender Erforschung und Analyse der aus der Tätigkeit des patrimonialen Gerichtswesens hervorgegangenen Schriftstücke nähere Angaben über die Kleinkriminalität auf der Herrschaft Hluboká am Ende des 17. und im ersten Drittel des 18. Jahrhunderts machen kann. Er widmet seine Aufmerksamkeit meist den Sittlichkeitsdelikten, deren Anteil in den patrimonialen Gerichtsschriftstücken im in Frage kommenden Zeitraum nicht ganz zwei Fünftel betrug. Das häufig vorkommende Delikt der Unzucht wurde (im Vergleich mit damaliger Rechtspraxis) in der Gerichtspraxis eher milder bestraft und in der Regel im Rahmen der Strafgewalt der Patrimonialgerichte geahndet, am häufigsten durch Zwangsarbeit, die einige Tage bis einige Monate dauern konnte, allenfalls durch eine Körperstrafe (Prügel), nur ausnahmsweise durch Verbannung aus der Herrschaft. Vergleichsweise sehr mild wurde auf der Herrschaft Hluboká in der Praxis auch der Ehebruch geahndet, obwohl es erst seit dem Jahre 1708 (als das Strafgesetzbuch

Kaiser Josephs I. – die *Josephina* – in Kraft trat) *de iure* möglich war, wegen dieses Delikts eine andere Strafe als die Todesstrafe aufzuerlegen. Hinter der Tatsache, dass die Obrigkeit oft nicht willens war, die Ehebrecher aus den Reihen ihrer Untertanen an die städtischen Kriminalgerichte auszuliefern, sondern ihre Fälle von den Patrimonialgerichten verhandeln ließ (also unter ihrer direkten Kontrolle), standen nach Matlas vor allem finanzielle Gründe, die manchmal begleitet waren durch Bestrebungen, im Bewusstsein der Untertanen das Bild einer gerechten und barmherzigen Obrigkeit zu festigen. Der Autor zeigt, dass sich im Laufe des untersuchten, mehr als hundert Jahre währenden Zeitraums die Strafstrategien der Obrigkeit wandelten. Die strafrechtlichen Sanktionen als Mittel der Sozialdisziplinierung der Untertanen wurden in der fraglichen Zeit durch andere Zwangsmaßnahmen ökonomischen und außerökonomischen Charakters ergänzt, zu denen Beschränkung der Freizügigkeit der Untertanen, Bestrebungen ihre legale Migration zu unterbinden, Regulierung der Eheschließungen unter den Untertanen, regelmäßige Visitationen der Herrschaft usw. gehörten. Der Autor kommt insgesamt zum bemerkenswerten und überzeugend belegten Schluss, dass es der Obrigkeit trotz der allmählichen Verschärfung der strafrechtlichen Repression, die durch eine Reihe von anderen Zwangsmitteln begleitet war, nicht gelang, die untertänige Bevölkerung zu disziplinieren. Die Sozialdisziplinierung auf der Herrschaft Hluboká war im Wesen zum Scheitern verurteilt.

Im dritten Kapitel seiner Arbeit charakterisiert Matlas die Gründe für das Versagen der Sozialdisziplinierung auf der untersuchten Herrschaft im verfolgten Zeitraum. Eine der Hauptursachen dieses Versagens findet er im Einklang mit den Meinungen ausländischer Forscher (unter anderem von Michael Stolleis und Karl Härter) in der schwachen Exekutivmacht spätmittelalterlicher und frühneuzeitlicher Institutionen. Eine ausschlaggebende Rolle spielte hier auch, dass in Böhmen nach dem Dreißigjährigen Krieg die Entwicklung nicht durch eine wirtschaftliche und politische Stärkung des Bürgertums, sondern durch Herrscherabsolutismus und die damit verbundene Bildung des zentralistischen Staates und des intensiven Konfessionalisierungsdrucks geprägt wurde. Die unmittelbare Ursache des Versagens der Sozialdisziplinierung sieht der Autor auch in der Struktur und dem Funktionieren der Patrimonialverwaltung sowie in

der Stellung der dörflichen Selbstverwaltungen und ihrer Repräsentanten auf der untersuchten Herrschaft. Matlas führt zahlreiche Belege dafür an, dass insbesondere die Repräsentanten der dörflichen Selbstverwaltungen fast keinen materiellen Anreiz zur Realisierung und Durchsetzung von obrigkeitlichen Anordnungen auf dem Gebiet der Disziplinierung und Regulierung des Verhaltens der Untertanen hatten. Dasselbe gilt (wenn auch in geringerem Maße) für die Mitglieder der Stadträte der Patrimonialstädte und der Marktflecken, von denen manche noch nach der Mitte des 18. Jahrhunderts vollständige Analphabeten waren. Die ungenügende finanzielle Bewertung der Repräsentanten der dörflichen und städtischen Selbstverwaltungen hatte nicht nur die laxe Ausübung der ihnen vertrauten Ämter, sondern auch zahlreiche Veruntreuungen und Korruptionsfälle zur Folge und untergrub die ohnehin niedrige Autorität dieser Repräsentanten in den Reihen der untertänigen Bevölkerung. Die städtischen Gerichte der Patrimonialstädte und Marktflecken verfügten zudem nicht über ausreichendes Exekutivpersonal, beginnend mit dem Henker und bei den Gerichtsdienern oder Bütteln endend. Zum Misserfolg der Sozialdisziplinierung trug nach Matlas auch die gegenseitige Solidarität der Untertanen bei, »die kollektive Stille«, die »...eine grundlegende Verteidigungsstrategie darstellte, die jede innerlich sich schließende Gemeinschaft von Untertanen vor unwillkommenen Eingriffen der obrigkeitlichen Institutionen in die inneren Angelegenheiten der Gemeinde schützte und das Verhalten ihrer Einwohner in ihren Beziehungen mit den obrigkeitlichen Behörden bestimmte« (157). Der Fehlschlag der genannten Bestrebungen ist auch auf selbstregulierende Mechanismen der sozialen Kontrolle und der Prävention devianten Betragens innerhalb der von den Untertanen gebildeten Kommunität (insbesondere einer Dorfgemeinde) zurückzuführen.

Der Autor gelangt zum Schluss, dass sich die Sozialdisziplinierungsbestrebungen auf normativer Ebene sowohl in West- als auch in Mittel- und Osteuropa belegen lassen (171). Die allgemeine Ursache des offenbaren Scheiterns in der untersuchten südböhmischen Herrschaft war nach Matlas ein »ganz unterschiedlicher sozialökonomischer Rahmen«, innerhalb dessen die Sozialdisziplinierung in Westeuropa auf einer Seite und in Mitteleuropa auf der anderen Seite verlief. Neben den allgemeinen sozialökonomischen Fak-

toren sieht Matlas die Ursache des Versagens der Sozialdisziplinierung auf der Herrschaft Hluboká in den zahlreichen Mängeln der Patrimonialverwaltung und im vollends unbefriedigenden Funktionieren von Gemeindegeldverwaltungen.

Einen untrennbaren Bestandteil der vorliegenden Publikation bildet ein umfassender Überblick über die benutzten Quellen und die Literatur. Was die Quellen anbelangt, schöpfte Matlas seine Angaben, wie schon angedeutet, vor allem aus dem Archivfonds Velkostatek (Grundherrschaft) Hluboká nad Vltavou und weiter aus der Matrikelsammlung im SOA Třeboň. Der Literaturüberblick (an die 700 Titel vorwiegend ausländischer, deutschsprachiger Literatur) legt Zeugnis ab von der soliden Orientierung des Autors nicht nur an der Geschichte der untersuchten Region, sondern auch an der relevanten ausländischen Forschung. Die Publikation wird durch ein Verzeichnis der Abkürzungen, eine Auflistung der Bildbeilagen und ein Personennamenregister abgeschlossen.

Das Hauptpositivum des rezensierten Werkes liegt darin, dass sich der Autor bei der Interpretation des umfangreichen Quellenmaterials (das nicht nur gründlich erforscht, sondern auch einer detaillierten Analyse unterworfen wurde) um eine breiter gefasste Anwendung von Konzepten und Anregungen aus der ausländischen Forschung bemüht, als es bisher bei tschechischen Historikern üblich war, die sich mit der Geschichte der Kriminalität und verwandten Themen beschäftigten. Auch Matlas' Arbeit mit den Quellen ist als präzise und fehlerlos anzusehen. Anders gesagt: Die vorliegende Arbeit legt Zeugnis ab von des Autors umfassender und sauber durchgeführter Erforschung der Quellen und von seiner breiten und verlässlichen Vertrautheit mit der einschlägigen Literatur.

Ein gewisser Mangel der Arbeit hängt mit der an einigen Stellen zutage tretenden Skepsis zusammen, mit der der Autor an rechtshistorische bzw. rechtliche Aspekte der untersuchten Problematik herangeht. In einzelnen Fällen ist es, meiner Ansicht nach, ein Ergebnis zu geringer Kenntnis der Rechtsbezüge des behandelten Themas.

Matlas berührt nur am Rande das Konzept der Normdurchsetzung, an dessen Formulierung sich am Anfang der 90er Jahre maßgeblich u. a. der ehemalige Direktor des Max-Planck-Instituts für europäische Rechtsgeschichte Dieter Simon beteiligte. Wenn auch dieses Konzept bevorzugt bei der Erforschung der europäischen Rechtsgeschich-

te der zweiten Hälfte des 20. Jahrhunderts angewandt wurde, bin ich der Meinung, dass die Anwendung dieses Konzepts die vom Autor geleistete Interpretation des frühneuzeitlichen Quellmaterials bedeutend bereichern würde. Wie vor einiger Zeit insbesondere von M. Stolleis aufgezeigt wurde, lässt sich das oben genannte Konzept mit Erfolg auch bei dem Studium von frühneuzeitlicher Rechts- und Sozialgeschichte in Anwendung bringen.

Fehlerhafte Darstellungen oder Ungenauigkeiten lassen sich im rezensierten Werk nur sporadisch und nur bei wirklich sorgfältiger Lektüre ermitteln.

Trotz der genannten Einwände, die teilweise auch als eine Anregung zur Diskussion verstanden

werden sollten, stellt die Monographie von P. Matlas einen wertvollen, bedeutenden Beitrag von hoher Qualität zum Studium der Geschichte der Kriminalität und Sozialdisziplinierung in den böhmischen Ländern dar. Besonders hervorzuheben ist die Tatsache, dass sich das rezensierte Werk in weitaus größerem Maße als bisher in der tschechischen Forschung üblich mit den Ergebnissen der ausländischen, vor allem der deutschen Forschung auseinandersetzt, die es nicht nur rezipiert, sondern auch schöpferisch weiter entwickelt und in manchem methodisch und inhaltlich bereichert.



Diemut Majer

Unbehaglich*

Die Frage, ob das Strafrecht geschlechterbezogen ist, beschäftigt die Forschung seit vielen Jahrzehnten und ist in zahlreichen Veröffentlichungen bejaht und nachgezeichnet worden. Der vorliegende Band greift die Thematik erneut aus der Sicht der Gender-Forschung auf, die mehr und mehr »das Recht« als Steuerungsinstrument gesellschaftlicher Verhältnisse entdeckt. Die Beiträge, die überwiegend aus der Feder von in der Gender-Forschung erfahrenen Sozialwissenschaftlern, Juristen, Germanisten, Kulturwissenschaftlern und Historikern stammen, kommen übereinstimmend zu dem Ergebnis, dass die Strukturen des Strafrechts geschlechterbezogen sind: Die Wahrnehmung und Bewertung von gegen Frauen gerichteten und von Frauen begangenen Delikten erfolge aus der jeweils männlichen Perspektive bzw. nach dem traditionellen Rollenbild von Mann und Frau und sie wirke sich meist zu Ungunsten der Frauen

aus. Selbst bei Zuerkennung strafmindernder Umstände habe sich dies oft wirkungsgeschichtlich negativ für die Frauen ausgewirkt.

Die insgesamt zwölf Beiträge wollen vor allem den historischen Wurzeln dieser Unterscheidungen nachgehen, die sie gemäß den Gender-Theorien u. a. dem sozialen Umfeld, den Vorurteilen in der Gesellschaft und dem jeweiligen Zeitgeist zuschreiben. So zeigt der Beitrag zum »Kindsmord in historischen und juristischen Diskursen des 18. Jahrhunderts« (A. Lingner), dass nach vorherrschender Meinung die (angeblich) unkontrollierte Sexualität der Frauen an den Kindstötungen schuld sei. Zum Thema »Sexualstrafrecht und Geschlechterordnung im frühzeitlichen Österreich« (S. Hehenberger) stellt die Autorin fest, dass die Kategorie »Geschlecht« erst mit der Abschaffung der Patrimonialgerichtsbarkeit im 19. Jahrhundert Eingang in das Strafrecht fand, vor dieser

* GABY TEMME und CHRISTINE KÜNZEL (Hg.), Hat Strafrecht ein Geschlecht? Zur Deutung und Bedeutung der Kategorie Geschlecht in strafrechtlichen Diskursen vom 18. Jahrhundert bis heute, Bielefeld: Transcript 2010, 275 S., ISBN 978-3-8376-1384-1

Zeit also die späteren Diskriminierungspraktiken nicht nachweisbar sind. So wurden gegen Frauen oft sogar geringere Sanktionen wegen der »Einbettung« der Frauen in familiäre und soziale Bezüge verhängt. Negative Zuschreibungen zeigt auch der Beitrag zum »Bild der ostdeutschen Mutter in Kindsmordfällen der 1990er Jahre« (D.J. Prickett) auf: Den Täterinnen sei eine Sonderrolle als »Rabemutter« zugeschrieben worden; dies sei auf den Abbau des sozialen Systems der DDR und vor allem die hohe Arbeitslosigkeit zurückzuführen. Bezüglich der Geschichte des Vergewaltigungstatbestands in § 177 StGB (1997) konzidiert I. Kratzer zwar Fortschritte (wie z. B. die Einbeziehung von Gewalt in der Ehe, auch Männer als Opfer), kritisiert aber, dass immer noch »antiquierte« Auslegungsmethoden vorherrschten, die allerdings nicht näher benannt werden, vermutlich aber die oft zu hörende Meinung betreffen, die Frauen hätten die Vergewaltigung irgendwie »provziert«. Die Autorin erwähnt allerdings nicht, dass sich das Blatt offenbar zu wenden scheint und in Verfahren gegen sog. Prominente, auch schon im polizeilichen Ermittlungsverfahren, den Angaben der Frau mehr Glauben als denen des Mannes geschenkt wird (Fälle Strauss-Kahn 2011, Kachelmann 2011 usw.), mit oft fatalen Folgen für den Mann, z. B. beruflicher Ruin, Freiheitsstrafen usw. Zur »Urteilspraxis des Volksgerichtshofs in geschlechter-geschichtlicher Perspektive« (K. Holtmann) sowie zu den »Geschlechtsspezifischen Zuschreibungspraktiken der NS-Rechtsprechung im Krieg« (M. Löffelsender) kommt diskriminierendes Denken sehr deutlich zum Ausdruck, indem Frauen von vornherein negative Charaktereigenschaften (»Willensschwäche«, »Pflichtvergesenheit« u. a.) zugeschrieben werden (was strafverschärfend wirkte), was dann an Beispielfällen beschrieben wird.

Die von Holtmann herangezogenen Volksgerichtshofurteile stammen allerdings ausschließlich aus dem Jahr 1944. Die Fokussierung auf die Opferrolle der Frauen durch NS-Strafgerichte läuft freilich Gefahr, verallgemeinert zu werden; Frauen waren auch Täterinnen (Kompisch, 2008). Von besonderem Interesse ist der Beitrag von M. Lücke zur »Prostitution in der Weimarer Republik«. Bis in die 1960er Jahre, so der Autor, sei die Prostitution als ausschließlich weiblich begriffen worden, während die männliche Prostitution immer unerwähnt geblieben sei. Für die Weimarer Zeit erkennt der Autor im Jugendwohlfahrtsgesetz von

1922, das die staatliche Fürsorgeerziehung für verwahrloste Jugendliche einführte, eine verschärfte »Aufsicht des Staates« gegenüber Jugendlichen, die bei Mädchen stärker als bei Jungen gewesen sei. Er erwähnt allerdings nicht das primäre Anliegen des Gesetzgebers, die (oft unerfahrenen) Mädchen, insbesondere im Großstadtmilieu, zu schützen und vor sittlichen Gefahren zu bewahren. Diesem Ziel diene es auch, dass der Begriff der »Verwahrlosung« bei Mädchen schon bei unentgeltlicher Heterosexualität angenommen wurde, während männliche Jugendliche nur vor Homosexualität (also nicht bei heterosexueller Aktivität) geschützt werden sollten. D. Oberlies und I. Elz zeigen die unterschiedlichen »Lesarten« von Statistiken (»Kriminalität, Geschlecht und amtliche Statistiken«). So weist z. B. die bundesweite polizeiliche Kriminalitätsstatistik seit vielen Jahren eine geringere Delinquenz von Frauen auf, was zur abschließenden Frage Anlass gebe, ob nicht auch Opfer- und Tätersein ein Geschlecht haben – freilich ist für jede Statistik die jeweilige Interpretation entscheidend, sind doch reine Zahlen wenig aussagekräftig. Zum Schluss plädiert M. Althoff in ihrem Beitrag »Intersektionalität« dafür, alle Kriterien der sozialen Ordnungssysteme (Alter, Religion usw.) hinsichtlich ihres Einflusses auf die Rechtspraxis zu untersuchen; die Rechtssoziologie hat dies allerdings bereits in zahlreichen Forschungen eingelöst.

Die Beiträge vermitteln zum Teil einen unausgewogenen Eindruck. Einerseits bleiben sie hinter dem Untertitel des Werks (strafrechtliche Diskurse) zurück, indem sie lediglich Normengeschichte oder Strafurteile referieren, andererseits gehen sie über den Titel hinaus, indem sie das Thema Frauen und Strafrecht auch unter kultur- und sozialwissenschaftlichen Perspektiven erläutern. Einige Beiträge sprechen »neutral« von Differenzierungen im Strafrecht, andere entlarven sie als männlich strukturiert, d. h. als repressiv. Diese Unsicherheit in der Zuschreibung von Kausalfaktoren für die Rolle der Frau in der Gesellschaft führt zu grundsätzlichen Überlegungen, die G. Smaus in ihrem Beitrag »Welchen Sinn hat die Frage nach dem Geschlecht des Strafrechts?« aufgreift. Auch sie stellt fest, dass das Strafrecht »selektiv« sei. Das Strafrecht sei hauptsächlich an männliche Adressaten gerichtet, die in männlich organisierten Systemen tätig sind. Die Gesellschaft habe bisher den Frauen (untergeordnete) Bereiche zugewiesen, die das Strafrecht »wenig interessieren«. Müssen wir, fragt sich der

Leser, wenn die Frauen in Führungspositionen aufsteigen, damit rechnen, dass sie dann mehr und andere Delikte begehen werden, die ihrer Machtposition entsprechen? Weiter will die Autorin »die Schutzfunktion des Strafrechts (Leben, Eigentum, körperliche Unversehrtheit)« nur als Ausdruck von »Staat und freier Marktwirtschaft«, nicht aber als Schutz des Individuums verstanden wissen, da sich auch in der Privatsphäre die Macht des Patriarchats ausbreite.

Spiegeln sich hier mangelnde rechtsgeschichtliche Kenntnisse wider oder sind die Thesen als Rückfall hinter die Ideen von 1789 oder gar als eine Position »links« von der herkömmlichen Gender-Forschung zu betrachten? Oder soll diese Forschung überhaupt abgeschafft werden? Denn wenn das Strafrecht zugleich als Ausdruck von Macht und sozialen Verhältnissen gedeutet wird, löse sich, so die Autorin, dann nicht die ganze Gender-Kategorie auf? Frauen sind ja kein abtrennbarer Teil der Gesellschaft, sondern immer auch Teile dieser Verhältnisse.

Von solchen Grundfragen und Selbstzweifeln sind die Herausgeberinnen allerdings weit entfernt. Sie verstehen die Beiträge als Teil einer »großen Idee«, als ein Mega-Projekt zur Bedeutung der Kategorie Geschlecht im Strafrecht, das »Mikro-, Meso- und Makroebene« sowie das ganze

»Strafrechtssystem und seine Rezeption im Alltag« umfassen müsse. Eine Unzahl von Methoden – historische, kulturwissenschaftliche, soziologische, literaturwissenschaftliche, medienwissenschaftliche und kriminologische – soll dabei eingebunden und miteinander verschränkt werden. Dazu sollten »Inszenierungsräume wie Tatort, Polizeibeamte, Gefängnisse und die Kommunikation zwischen den Beteiligten« mit einbezogen werden. Die Beschreibung solcher Megaprojekte, die weder fachliche noch methodische Grenzen kennen, erregt Unbehagen. Ärgerlich sind auch gestelzte Begriffe wie »Intersektionalität« oder »Infantizid«, mit denen offenbar die deutsche Sprache aus den jeweiligen Textstellen verbannt werden soll. Unbehagen erzeugt schließlich auch, dass die Meinungen der untersuchten gesellschaftlichen »Akteure« lediglich referiert und nicht hinterfragt werden.

So scheinen sich alle Ergebnisse in unzählige Subjektivismen aufzulösen, die auf negative Zuschreibungen gegenüber den Frauen fokussiert sind, was angesichts des o. a. methodischen Grundansatzes allerdings nicht verwunderlich ist. Der Band liefert jedoch immerhin einige Erkenntnisse auf rechtsgeschichtlichen Spezialgebieten, die durchaus lesenswert sind. ■

Rebecca Saskia Knapp

Wie bestraft man die *freie Tochter der Natur*?*

Als ein janusköpfiges Element im Grenzbereich von Natur und Kultur bildet Feuer einerseits ein wesentliches Element technischen Fortschritts, kann aber andererseits lebensnotwendige Grundlagen zerstören. Die historische Forschung hat die zentrale Rolle von Feuergefahr und Sicherheitsstrategien allerdings erst relativ spät thematisiert

und vorwiegend unter umwelt- und sozialhistorischen Gesichtspunkten diskutiert. So ist im Spätmittelalter und der Frühen Neuzeit ein deutlicher Anstieg der Normierung von Sicherheit etwa durch *Feuerpolicy*-Ordnungen zu verzeichnen, die in den letzten Jahren Gegenstand wissenschaftlicher Arbeiten wurden, die insbesondere Gefahr

* MICHAEL JOHANNES PILS, Die rechtsgeschichtliche Entwicklung der Brandstiftung. Ein Beitrag zum Umgang mit Gefahren (Augsburger Schriften zur Rechtsgeschichte 12), Berlin: LIT 2010, VII, 611 S., ISBN 978-3-8258-1538-7

und Risiko von Schadensfeuern, die praktische Umsetzung von Feuerschutz und die Produktion von Sicherheit untersuchten.

Zum Thema Brandstiftung liegt nun die Dissertationsschrift von Michael Pils vor, der dieses Delikt – das er zu Recht als Forschungsdesiderat identifiziert – aus rechtshistorischer Perspektive analysiert. Doch auch wenn der Gefahrenbegriff von ihm ausdrücklich im engeren juristischen Sinne auf das Gefährdungsdelikt der Brandstiftung bezogen wird, so macht sich der fehlende Blick auf weitere mit dem Schadensfeuer verknüpfte Lesarten von Gefahr und Sicherheit in nahe stehenden Disziplinen doch als ein Mangel bemerkbar; die fehlende empirische Rückbindung lässt manche Analyse des rechtlichen Diskurses etwas frei schwebend und verliert damit deutlich an Erklärungskraft.

Grundsätzlich soll dennoch festgehalten werden: Aufgrund der tradierten Sonderrolle des Elements Feuer und des Blicks auf den Stadtbrand als *Ausnahmestand* im Gegensatz zum *Normalzustand* ist es legitim, auch dem Delikt der Brandstiftung aus rechtshistorischer Perspektive besondere Aufmerksamkeit innerhalb der Bandbreite normativ erfasster Delikte einzuräumen. Die Tatsache, dass Brandstiftung zu keiner Zeit und in keiner Gesellschaftsform problemlos normativ integrierbar war, wird bereits bei der Schilderung der Grundprobleme des Delikts zu Beginn einleuchtend dargestellt und mit Quellenbeispielen belegt (5–23). Die folgende Untersuchung konzentriert sich dann auch lediglich auf die rechtliche Konstruktion, Interpretation und Bestrafung des Delikts in unterschiedlichen Normen bzw. juristischen Diskursen und kreist dabei um die folgenden Fragen:

Wurde das Feuer, durch Menschenhand in ein Schadensfeuer gewandelt, überhaupt in Rechtsdokumenten als Gefahr gesehen? Wann war ein *incendium* gefährlich und wann harmlos? War eine Strafe angemessen und wenn ja, in welcher Höhe? Wie veränderten sich Einschätzungen und Beantwortungen dieser Fragen im Laufe der Jahrhunderte? Die Monographie fragt auf der Metaebene danach, »welche unterschiedlichen Konzeptionen die Rechtsgeschichte für den Umgang mit der Brandstiftung und mit der Gefährlichkeit bereithält« (20). Ruft man sich diese Frage in der folgenden detailreichen »Analyse der Brandstiftung« (Teil II 31–465) im Römischen Recht (A), den Volksrechten (B), während dem Zeitalter der Gottes- und Landesfrieden (C), vom 13. bis 15. Jahrhun-

dert (D) und während der Frühen Neuzeit (E und F) bis zum heutigen geltenden Recht (Teil III) in Erinnerung, so kann der interessierte Leser aufschlussreiche und fundiert recherchierte Erkenntnisse gewinnen, wobei Kapitelzusammenfassungen die detaillierte Erkenntnisleitung unterstützen.

Die Studie schöpft dabei aus einem großen Literatur- und Druckquellenfundus, den der Verfasser erschließt und analysiert; allerdings hätten Beispiele aus der Implementierungspraxis die oftmals zu theoretisch bleibende Analyse bereichern können.

Durch Vergleiche verschiedenster Rechtsquellen werden Kontinuitäten und Diskontinuitäten des Regelkontingents für das Brandstiftungsdelikt erarbeitet. Hierbei werden nicht nur sämtliche *klassischen* Stationen der Rechtsentwicklung und der rechtsgenealogische Zusammenhang berücksichtigt; vielmehr werden auch durch eine erfreuliche europäische Perspektive (Teil II D I) die Gleichzeitigkeit verschiedener Interpretationen und Rechtstypen für Brandstiftung dargestellt und erhellende Erkenntnisse aus vergleichender Perspektive hervorgebracht. Dies gilt insbesondere für die Ergebnisse zur Frühen Neuzeit, für die der juristische Gelehrten Diskurs zur Brandstiftung anhand bisher nahezu unbeachteter Werke nachgezeichnet und überzeugende Entwicklungstendenzen synthetisiert werden (275–468).

Das Gesamtergebnis, dass eine Fülle unterschiedlicher Modelle der Deliktregelung zu unterschiedlichen Zeiten und Umständen aufgegriffen oder korreliert wurden, scheint voraussehbar, spiegelt aber dennoch den interpretativen Spielraum von Recht wider. Die Konsequenzen für einen Delinquenten konnten je nach Etablierungsgrad von Herrschaftsstabilität und institutionalisierten Schutzmechanismen stark divergieren.

Das Delikt der Brandstiftung passt sich in der *longue durée* letztlich mit geringem Widerstand in die großen Linien der Rechtsentwicklung ein, wobei in der Arbeit die Besonderheit des Brandstiftungsdelikts als unverhältnismäßig übersteigert erscheint. Zwar wird der Sonderstatus des Delikts der Brandstiftung durch den Verfasser einleuchtend begründet, allerdings wäre es häufig ertragreicher und erkenntnisfördernder gewesen, hier und da einen Vergleich zu anderen Delikten anzustellen. Es erscheint fraglich, ob der rechtshistorische Ansatz, dass Recht (etwa das Völkerrecht) stets ein Hybridgebilde aus älterem (Römischem) Recht

und regionalen und zeitgemäßen Denkmustern ist, am Beispiel des Delikts der Brandstiftung verifiziert werden muss.

Die chronologische und vornehmlich deskriptive Konzeption der Studie bietet letztlich wenige Thesen und übergeifende Deutungen. Insofern stellt sich die Frage, ob eine bloß auf die normative Dimension der Brandstiftungsproblematik seit dem Römischen Recht bis heute abstellende Analyse einen entscheidenden Erkenntnisgewinn erbringt. Man gewinnt vielmehr den Eindruck, dass auf dem Weg durch die behandelten Jahrhunderte konkrete Thesen und Analysen verloren gegangen oder in der Flut der Fußnoten unterge-

gangen sind. Letztlich kommen Detailanalyse und »Durchmarsch« durch die Rechtsgeschichte kaum zur Deckung. Dennoch sei abschließend die Bedeutung einer solchen Detailstudie zum Thema »Umgang mit Feuergefahr durch Brandstiftung« nochmals hervorgehoben, zumal sich diese gut in aktuelle Forschungstrends einfügt. Die dargelegten Ergebnisse vermögen daher nicht nur für ein rechtshistorisches Fachpublikum Wissenslücken zu schließen, sondern bereichern auch die aktuellen historischen Forschungen, die sich mit Feuerisiko und Feuersicherheit.



Oliver Lepsius

Von Wahlrecht bis Watergate*

Historische Darstellungen zum U. S. Supreme Court gibt es inzwischen fast wie Sand am Meer; die Entscheidungen sind durch- und ausgeleuchtet, die Richter biographisch abgearbeitet. Es müsste doch schon alles gesagt, nichts Originelles mehr zu berichten sein. Und doch: Die Geschichte des Supreme Court wird immer wieder neu und anders erzählt, so nun von Lucas Powe, Verfassungshistoriker an der University of Texas. Was fällt auf?

Erstaunlich wenig geht es um materielles Recht. Kaum je steht eine Verfassungsbestimmung und ihre Auslegung im Mittelpunkt. Um Normdiskurse geht es nicht. Vielmehr wird das Agieren des obersten Gerichtshofs als eines Verfassungsorgans im jeweiligen politischen und sozialen Umfeld erläutert: wie das Gericht auf die politischen Ziele der jeweiligen Präsidenten reagierte, wie es von Wahlergebnissen, politischen Umschwüngen und der öffentlichen Meinung beeindruckt war, wie es sich selbst als einen rechtspolitischen Akteur versteht, dessen Entscheidungen letztlich auf Prestige und Akzeptanz, nicht hingegen auf Macht oder Befehl gegründet sind. Powe schreibt eine Institu-

tionengeschichte mit einem auch gegenwartsbezogenen Erkenntnisinteresse. Insofern ist es ein sehr amerikanisches Buch und vom Ansatz her in den USA nicht unbedingt originell. Denn die Entscheidungen des U. S. Supreme Court sind nicht als Ausdruck der textlichen Verfassungsbindung verständlich, können also nicht rein juristisch und schon gar nicht dogmatisch erklärt werden. Die Ergebnisse und Begründungen der Gerichtsentscheidungen werden von der US-amerikanischen Verfassungsrechtswissenschaft heute überwiegend mit der Fortschreibung und Weiterentwicklung von Verfassungsverständnissen erläutert, über die nur noch schwerlich materieller Konsens besteht. Warum eine Entscheidung so und nicht anders erging, erklärt man mit einer Mischung aus persönlichen Präferenzen der Richter, institutionellen Entscheidungsspielräumen sowie präjudiziellen Festlegungen. Die Urteile lassen sich also mit normwissenschaftlichen Mitteln nicht verstehen, sondern sind das Ergebnis von kontextuell bedingten Faktoren. Powe nun zeigt, dass dies keine neuere Entwicklung ist, sondern von Anbeginn so war.

* LUCAS A. POWE, JR., *The Supreme Court and the American Elite, 1789–2008*, Cambridge, Mass.: Harvard University Press 2009, X, 421 S., ISBN 978-0-674-03267-5

Er erläutert die Geschichte des U.S. Supreme Court anhand seiner Entscheidungen und diese wiederum im Kontext der ihnen zugrunde liegenden Konflikte: Das Gericht begreife sich als Akteur in einem letztlich politischen Umfeld mit der Folge, dass es mal weitere, mal engere Handlungsspielräume habe und diese mal nutze, mal nicht. Es ist beeindruckend, wie viele Rechtsfragen, von Rassentrennung bis Antitrust, von Wahlrecht bis Watergate behandelt werden. Ein Fall jagt den nächsten, und doch bindet Powe die Vielfalt der Judikatur zu eingängigen Abschnitten, die letztlich über die maßgeblichen Personen, nämlich die Richter und die Präsidenten, immer wieder aber auch den Kongress, zusammengehalten werden. Dabei schreibt er keine Erfolgsstory, sondern interessiert sich auch für die Schattenseiten, etwa für die schwierigen Anfangsjahrzehnte, als die Staaten die Kompetenzen der Bundesgerichtsbarkeit bekämpften. Endlose Zuständigkeitsstreite prägten anfänglich die Rechtsprechung. John Marshall traf große Entscheidungen, aber die übrigen Richter blieben Blasslinge aus der dritten Reihe (58 ff.). Nach 1840 waren sie überwiegend Jacksonian Democrats und verfochten mit den Südstaaten strenge föderative Kompetenzgrenzen. Der unrühmliche Dred Scott-Fall konnte nicht anders entschieden werden, um die Sezession des Südens zu vermeiden (109). Nach dem Bürgerkrieg wuchs im Gericht eine konservative Mehrheit heran, die »due process« nicht im Sinn der Bürgerkriegs-Amendments als Freiheitsgarantie der Schwarzen verstand, sondern auf wirtschaftliche Eigentumsinteressen bezog (133 ff.). Immer wieder eindrucksvoll ist dann das Einknicken der wirtschaftsliberalen Mehrheit vor Franklin D. Roosevelts New Deal (203 ff.), ferner der bürgerrechtsliberale Nachkriegsaktivismus des Warren-Courts (255 ff.), der mit Gespür für das Durchsetzbare eingefädelt und dann mit Gespür für das Akzeptable bewahrt wurde. Bei allen Höhen und Tiefen verfestigt sich beim Leser der Eindruck, das Gericht agiere weise, wenn es sich im Einklang mit den gesellschaftspolitischen Mehrheiten bewege. Beim Problem der omnipräsenten »countermajoritarian difficulty« plädiert Powe im Zweifel für die richterliche Selbstbeschränkung – und das darf man auch als Gegenwartsauftrag an das momentan konservativ

verfestigte Gericht lesen nach dem Motto, die Institution pflegt in die Krise zu geraten, wenn sie meint, eigene Wertvorstellungen gegen die demokratischen Mehrheiten durchboxen zu müssen.

Bisweilen neigt man dazu, den Beitrag des U.S. Supreme Court für die amerikanische Rechtsentwicklung zu glorifizieren. Eine solche Sicht findet in diesem Buch keine Nahrung, im Gegenteil: Nicht ein machtvoller Hüter der Verfassung wird hier beschworen, sondern die Vorzugswürdigkeit einer demokratisch selbstbeschränkten Gerichtsbarkeit nahegelegt. Die historische Darstellung fußt also auf einem Institutionenvorverständnis der dritten Gewalt, das wiederum mit der Geschichte evolutionär gerechtfertigt wird. Auch wenn es um Fälle aus dem 19. und 20. Jahrhundert geht, man liest das Buch mit einer Gegenwartsbrille. Das mag an der kontextuellen Einbettung der Rechtsstreite liegen, dem repräsentativen und analogiefähigen Charakter bestimmter Konflikte, der fortwirkenden Relevanz älterer Präjudizien für zukünftige Fälle oder schlicht dem Umstand geschuldet sein, dass die Geschichte einer Institution geschrieben wird, die ihre Legitimation, Wirkmächtigkeit und normative Selbstbindung eben aus ihrer Geschichte bezieht. Das gegenwartsbezogene Erkenntnisinteresse ist daher legitim – mit der Folge, dass die Rechtsgeschichtsschreibung nicht nur politisch kontextualisiert, sondern selbst einen rechtspolitischen Zweck verfolgt. In Deutschland würde man Verfassungs- oder Institutionengeschichte so wahrscheinlich nicht schreiben (können). Professionelle Historiker mögen dies dem Buch von Powe (und mit ihm zahlreichen anderen US-amerikanischen rechtshistorischen Werken) entgegenhalten, sollten dabei aber eines nicht übersehen: In kaum einer Rechtsordnung ist die historische, evolutionäre Dimension des Rechts so wichtig für sein Verständnis in der Gegenwart und seine Anleitung in der Zukunft wie in der US-amerikanischen. Das verschafft rechtshistorischen Untersuchungen ein breites Publikum und bindet die institutionenorientierte Verfassungsgeschichte in Gegenwartsdiskurse ein. Das Buch ist leicht zu lesen und dürfte auch Nicht-Juristen keine Zugangsschwierigkeiten bereiten.



Peter Collin

Historische Partizipationsstaatlichkeit*

Spätestens seit den 1980er Jahren ist Partizipation ein mächtiges Schlagwort. In neuerer Zeit kann man damit sogar Wahlen gewinnen. Wo herkömmliche Legitimationsmodi der repräsentativen Demokratie an Kraft verlieren oder zu verlieren scheinen, sucht man nach Ersatz. Das Prinzip der Legitimation durch allgemeine Wahl der Vertretungskörperschaften funktioniert da nicht, wo es solche Vertretungskörperschaften nicht gibt – bzw. diese, wie in der EU, auf weiten Gebieten nicht über die Entscheidungsprärogative verfügen – oder sie als verkrustet angesehen werden und/oder dort, wo die Mobilisierung des Bürgers zwischen den Wahlterminen nötig erscheint. Bürger-schaftliche Partizipation hat einen ambivalenten Charakter. Sie kann Belebung oder Gefährdung von Demokratie sein, wobei dies auch vom jeweils zugrundegelegten Demokratieverständnis abhängt.¹

Will man den Stellenwert von Partizipation für ein modernes funktionsfähiges Gemeinwesen beurteilen, muss man sich in aller Nüchternheit eines fragen: Welche Auswirkungen hat es auf die gute Ordnung der öffentlichen Angelegenheiten, wenn eine Verwaltung ohne Bürgerbeteiligung, Transparenz und Publizität arbeitet? Mit anderen Worten: War z. B. die Verwaltung der Bundesrepublik der 1970er Jahre – ohne Informationsfreiheitsgesetz, ohne (ausgebaute) Öffentlichkeitsbeteiligung und ohne webbasierte Präsentation ihrer Organisation und ihrer Leitbilder – »schlechter« als die gegenwärtige, die mit all diesen Attributen versehen ist? Das sind Fragen, die nicht nur die gegenwartsbezogene Verwaltungswissenschaft beschäftigen sollten. Denn sie verweisen auf das Selbstverständnis und auf Fremdbilder administrativer Rationalität auch in historischer Perspektive.

Lässt sich hergebrachte (»obrigkeitliche«, »hierarchische« »Arkan«-) Verwaltung als Gegenstück zu moderner (»transparenter«, »kooperativer« und »bürgerorientierter«) Verwaltung konstruieren? Folgt man den Verfechtern neuer Verwaltungsreformkonzepte,² ist dies eine pure Selbstverständlichkeit. Vor Augen haben diese offensichtlich das tradierte Bild der preußischen, obrigkeitlichen Verwaltung. Schon mit Blick auf die preußische Verwaltung sind Relativierungen angebracht. Noch stärker in Frage zu stellen sind derartige Kontrastierungen aber, wenn man sich anderen historischen deutschen Verwaltungsmodellen zuwendet.

Der Autor des hier zu rezensierenden Buches unternimmt es – in bewusster Distanz zur (wenn auch nicht mehr so stark) borussisch geprägten Verwaltungsgeschichte –, die Genese eines Verwaltungsmodells zu präsentieren, welches als das südwestdeutsche, hier als das badische, bezeichnet werden kann. Neu ist die Zuwendung zum badischen Modell nicht. Dessen ausgeprägt liberale Bezüge hat schon Nolte³ für die Gemeindeebene herausgestellt, Sydow⁴ (der im Literaturverzeichnis nicht auftaucht und soweit ersichtlich auch nicht rezipiert wird, obwohl das für die Rechtsschutzfunktion der Bezirksräte angezeigt gewesen wäre) hat sie für den Bereich der Verwaltungskontrolle herausgearbeitet. Neu ist allerdings, dass sich der Autor einer bisher vernachlässigten Verwaltungsebene zuwendet: der unteren staatlichen Ebene, der Bezirksverwaltung. Das ist auch deshalb originell, weil zwei Organisationsmuster hier nicht unmittelbar greifen: das der hierarchischen Verwaltung für die Ministerialebene und das Selbstverwaltungsprinzip für die Gemeindeebene. Der Autor selbst spricht von einem »Mischsystem«, welches er untersucht (13): keine Selbstverwal-

* RÜDIGER VON KROSIGK, Bürger in die Verwaltung. Bürokratiekritik und Bürgerbeteiligung in Baden. Zur Geschichte moderner Staatlichkeit im Deutschland des 19. Jahrhunderts (1800–2000: Kulturgeschichte der Moderne 2), Bielefeld: transcript Verlag 2010, 262 S., ISBN 978-3-8376-1317-9

1 Siehe B. KOHLER-KOCH, Zivilgesellschaftliche Partizipation: Zugewinn an Demokratie oder Pluralisierung der europäischen Lobby?, in: Die Entzauberung partizipativer Demokratie, hg. v. DEMS., Frankfurt, New York 2011, 241–271, 243 ff.

2 Siehe z. B. W. JANN, Politik und Verwaltung im funktionalen Staat, in: Politik und Verwaltung auf dem Weg in die transindustrielle Gesellschaft.

Carl Böhrer zum 65. Geburtstag, hg. v. W. JANN u. a., Baden-Baden 1998, 253–280, 261 ff.

3 P. NOLTE, Gemeindebürgertum und Liberalismus in Baden 1800–1850, Göttingen 1994.

4 G. SYDOW, Die Verwaltungsgerichtsbarkeit des ausgehenden 19. Jahrhunderts. Eine Quellenstudie zu Baden, Württemberg und Bayern, Heidelberg 2000.

tung, aber eine Verwaltung mit Selbstverwaltungselementen, oder: »partizipativen« Elementen.

Eine derartige Struktur bildete sich freilich erst mit dem »Gesetz über die Organisation der inneren Verwaltung« von 1863 heraus, welches den staatlichen Bezirksämtern einen Bezirksrat zur Seite stellte, der aus sechs bis neun ehrenamtlichen Mitgliedern bestand. Für die Zeit davor, als die Bezirksverwaltungen noch fest in die hierarchisch-bürokratisch organisierte Staatsverwaltung eingegliedert waren (was allerdings durch die Verwaltungspraxis und die damit einhergehenden Kompromisszwänge abgemildert war), macht er den Leser mit der öffentlich und binnenadministrativ ablaufenden Reformdiskussion vertraut, die auch auf die »volkstümliche« Umgestaltung dieser Verwaltungsebene zielte. Folgende Aspekte scheinen hier besonders hervorhebenswert: 1. Sobald die Selbstverwaltungsdiskussion sich auch auf die Verwaltungsebenen oberhalb der Kommunen erstreckte, geschah dies mit einer besonderen Akzentsetzung. Die Stimmung tendierte weniger in Richtung der Schaffung autonomer Körperschaften, sondern eher zur Integration ehrenamtlicher Bürgerbeteiligung in die staatliche Verwaltung; das erst später prominent gewordene Gneist'sche Konzept schimmert hier schon hervor. 2. Das englische »self-government«-Modell (in seiner zeitgenössischen Reflektion) wurde durchaus ernsthaft zur Kenntnis genommen – allerdings nicht völlig unkritisch, seine aristokratische Schlagseite wurde durchaus registriert. 3. Die Diskussionen über Mündlichkeit und Öffentlichkeit vor allem der 1830er und 1840er Jahre sind bisher breit in der Prozessrechtsgeschichte untersucht worden; der Autor zeigt für Baden, wie sie auch in die Verwaltungsreformdiskussion ausstrahlten. 4. Stets spielte das Effizienzargument eine Rolle, entweder indem man auf die geringeren Kosten einer reformierten Verwaltung oder auf die verwaltungspraktischen Vorteile der Nutzung des Bürgerwissens hinwies.

Für die den Autor interessierende Verwaltungsebene, die Bezirke, waren die wesentlichen Strukturelemente, die dann das Verwaltungsgesetz von 1863 installierte, in der Reformdiskussion schon vorgedacht. Man kann sagen, dass es sich um eine Frucht liberalen Verwaltungsdenkens (wie es teilweise auch in der Administration herrschte) handelte. Hervorzuheben ist das erhebliche Ausmaß an selbstständigen Polizeibefugnissen, welche dem Bezirksrat zugewiesen waren: gesundheitspolizeiliche, straßenpolizeiliche, wasserpolizeiliche usw. –

also Ausübung von Polizeigewalt durch weitgehend autonome Einrichtungen.

In den Abschnitten über die Tätigkeit der Bezirksräte nach 1863 arbeitet der Autor auch plausibel heraus, wie neue Akzente in Bezug auf den Verwaltungsstil gesetzt wurden. Die Verhandlungen des Bezirksrats fanden teilweise öffentlich statt, seine Angehörigen traten, soweit dies die Quellen zu erkennen geben, eher ohne autoritäre Attitüde auf, setzten wohl auch mehr auf Verhandlung als auf Befehl. Auch die Verwaltungspublizistik öffnete sich: Die 1869 gegründete »Badische Zeitschrift für Verwaltung und Verwaltungsrechtspflege« richtete sich an ein breiteres Publikum, nicht nur an Verwaltungsbeamte.

Vordergründig ergibt sich der Eindruck, der Autor reite auf einer Welle. Die Arbeit ist offensichtlich vom Glauben an die nicht nur theoretisch, sondern auch praktisch legitimierende Wirkung von Partizipation und Transparenz getragen. Dies entspricht dem gegenwärtigen Meinungsbild in Verwaltungswissenschaft und Verwaltungsrechtswissenschaft. Andererseits kann er überzeugend nachweisen, dass die badische Verwaltungsreform von einer breiten öffentlichen Zustimmung getragen wurde, dass der Zeitgeist den Boden für diese Reformen bereitete. »Partizipation« (in Gestalt der Integration von Bürgern in die Verwaltungsorganisation) und »Transparenz« (vor allem durch mündliches und öffentliches Verfahren) waren auch in der Perspektive der Zeitgenossen ausschlaggebende Legitimationsfaktoren. Damit werden allerdings auch die Unterschiede zur gegenwärtigen Ausrichtung der Verwaltungsreformdebatte deutlich. Moderne Konzepte verlegen Partizipation in eher flexiblere und punktuelle, vor allem projektbezogene Formen der Bürgerbeteiligung. Transparenz soll vor allem durch Akteneinsichtsrechte und durch stärkere Publizität des Verwaltungshandelns sichergestellt werden. Die Realisierungsformen also ändern sich, die Wirkmächtigkeit von Legitimationsnarrativen wie Öffentlichkeit und Bürgernähe lässt sich aber auch historisch verorten. Dies herausgearbeitet zu haben, ist ein nicht zu unterschätzendes Verdienst von Krosigks Arbeit.

Da der Autor allerdings keine Behördengeschichte des Bezirksrates schreiben wollte, sondern erklärtermaßen die diskursiven Dimensionen und Strukturprobleme partizipativer Staatlichkeit im Mittelpunkt standen, hätten sich Seitenblicke auf andere Realisierungsformen von Partizipation empfohlen – nicht um die Arbeit aufzublähen,

sondern zur besseren Standortbestimmung des von ihm untersuchten Partizipationsmodells. Die Selbstverwaltungsebenen Kommune und Kreis werden von ihm berücksichtigt, nicht allerdings verfahrensrechtliche Beteiligungsformen, die auch in Baden bei bestimmten Verwaltungsprojekten vorgeschrieben waren.⁵ Dass dies kaum geschehen ist, mag auch daran liegen, dass der Autor zwar die moderne verwaltungswissenschaftliche Literatur aufmerksam wahrgenommen und auch deren methodische Anregungen verarbeitet hat, weniger jedoch Untersuchungen mit verwaltungsrechtshistorischem Bezug, wozu z. B. die Arbeiten von Cancik, Fisahn oder Wegener⁶ zählen. Zwar be-

schäftigen sich diese Arbeiten vor allem mit Preußen, aber die dort gestellten Fragen auch im badischen Kontext zu stellen, wäre nicht ohne Reiz gewesen. Auch eine Auseinandersetzung mit den für dieses Thema durchaus einschlägigen historischen Konturierungen des Staat-Bürger-Verhältnisses bei Baer⁷ wäre sicher lohnenswert gewesen. An dem Fazit, dass das Buch nicht nur eine Forschungslücke schließt, sondern auch eine innovative Art von Verwaltungsgeschichtsforschung darstellt, vermag dieser Befund freilich nichts zu ändern. ■

Roy Garré

Ottocento svizzero tra giurisdizione federale e cantonale*

Il 12 marzo 2000 popolo e cantoni della Confederazione svizzera hanno accolto a larghissima maggioranza una incisiva riforma della giustizia (art. 191a della Costituzione federale) che ha portato nel giro di pochi anni all'entrata in funzione di nuovi tribunali della Confederazione in ambito penale (2004), amministrativo (2007) ed infine anche nel campo dei brevetti (2012). Accanto al Tribunale federale, in quanto Corte suprema della Confederazione (v. adesso l'agile presentazione di A. WURZBURGER, *Le Tribunal fédéral*, Ginevra 2011), sono dunque sorti dei nuovi tribunali di prima istanza con giurisdizione federale che hanno arricchito il panorama giudiziario svizzero in termini certo inimmaginabili nel periodo studiato da

Goran Seferovic e da Mirko Lenarcic in queste due interessanti tesi di laurea, la prima dell'Università di Zurigo (relatore Andreas Kley, succeduto alla tristemente scomparsa Marie Theres Fögen), la seconda dell'Università di San Gallo (relatore Lukas Gschwend). A quell'epoca il *paradigma cantonale* era infatti di gran lunga predominante a livello giurisdizionale, per cui al Tribunale federale creato per la prima volta con la Costituzione del 1848 spettavano compiti decisamente contenuti, difficilmente paragonabili alla fascia di competenze che ricadono ora nella giurisdizione federale. Eppure è proprio in quell'epoca che vengono poste le basi per una ripartizione delle competenze fra Confederazione e cantoni, i cui criteri essenziali

- 5 Beispiel: die öffentliche Auslegung von Straßenfluchtplänen und die Anhörung der Betroffenen nach Art. 2 Ziffer 2 Gesetz, die Anlage der Ortsstraßen und die Feststellung der Baufluchten (...) betreffend, vom 20. Februar 1868 (Großherzoglich Badisches Regierungs-Blatt S. 286).
- 6 P. CANKIK, *Verwaltung und Öffentlichkeit in Preußen*, Tübingen 2007; A. FISAHN, *Demokratie und Öffentlichkeitsbeteiligung*, Tübingen 2002;

- B. W. WEGENER, *Der geheime Staat. Arkantradition und Informationsfreiheitsrecht*, Göttingen 2006.
- 7 S. BAER, »Der Bürger« im Verwaltungsrecht. Subjektkonstruktionen durch Leitbilder vom Staat, Tübingen 2006.

- * GORAN SEFEROVIC, *Das Schweizerische Bundesgericht 1848–1874. Die Bundesgerichtsbarkeit im frühen Bundesstaat*, Zürich u. a.: Schulthess 2010, 366 S., ISBN 978-3-7255-5981-7
- MIRKO LENARCIC, *Das Strafrecht des Kantons Aargau von 1803 bis 1868 mit Schwerpunkt auf dem Kanton-Aargauischen Gesetzbuch über Kriminal-Verbrechen vom 19. Christmonat 1804*, Zürich u. a.: Dike 2011, 401 S., ISBN 978-3-03751-329-3

sono ancora validi oggi, seppur in termini *quantitativi* completamente rinnovati. La concezione di fondo è infatti molto simile ed è in stretta relazione con la filosofia del federalismo svizzero, così come si è sedimentato a partire dalla Costituzione del 1848, attraverso la riforma totale del 1874 ed infine con quella del 1999. Una concezione istituzionale che rifiuta qualsiasi centralismo anche solo lontanamente imparentato a quello della cosiddetta Repubblica elvetica «una ed indivisibile» del convulso periodo 1798–1803, ma che comunque ammette l'importanza della coesistenza di giurisdizioni cantonali e federali. Da subito la nuova Confederazione svizzera, sorta dalla guerra civile del Sonderbund (1847), riconosce la necessità di avere organismi federali non soltanto in ambito legislativo, esecutivo ed amministrativo, ma anche giudiziario. In questo senso è chiara la volontà di rompere con la secolare esperienza della *Dieta federale*, poco importa se quella della vecchia Confederazione prerivoluzionaria, quella del periodo della Mediazione napoleonica (1804–1814) o quella successiva. Piuttosto, se si vuole cercare una genealogia immediata, è forse nell'originale quanto sfortunato «Progetto Rossi», che questa va cercata. Tale progetto costituzionale prende il nome dal relatore che lo presentò alla dieta nel 1833, Pellegrino Rossi (1787–1848), il grande uomo politico e studioso di origine carrarina, che proprio in quegli anni era uno dei maggiori protagonisti della politica svizzera (v. L. LACCHÈ, *Per la patria comune*, Manduria/Bari/Roma 1997). Quale novità più importante il progetto in esame prevedeva la transizione da una Confederazione di Stati ad uno Stato federale, retto da organi costituzionali autonomi e non più da una dieta vincolata alle istruzioni dei governi cantonali. Esso prevedeva la separazione dei poteri, la creazione di un organo legislativo di 44 membri (due per cantone), di un Consiglio federale di cinque membri presieduto da un Landamano quale organo esecutivo e, per l'appunto, di un Tribunale federale di nove membri quale organo giudiziario. Il progetto fu certo destinato a naufragare, ma ciò non toglie che l'idea di una giurisdizione federale autonoma e solida venne comunque ripescata nella Costituzione del 1848 e che da lì via non venne più seriamente messa in discussione. In questo senso intravediamo da subito una volontà della Confederazione di prendere in mano direttamente determinate tematiche giurisdizionali, in primis in ambito penale, che coinvolgono direttamente gli interessi

del nuovo Stato federale appena sorto dalle ceneri della guerra civile del Sonderbund. È a questo tema che è dedicata la valida e ben documentata dissertazione di Goran Seferovic, dal titolo *Das Schweizerische Bundesgericht 1848–1874. Die Bundesgerichtsbarkeit im frühen Bundesstaat*. L'autore presenta questa nuova istituzione giudiziaria federale nelle sue più variegata sfaccettature. Dapprima illustrando le sue basi costituzionali e legislative (13–34), ma poi soprattutto entrando nel merito di una perspicua casistica (43–263) che denota subito quali fossero gli interessi in gioco. Così ad esempio, anche se la gran parte dei reati rimasero di competenza cantonale, emerse subito un nucleo di fattispecie, che costituiscono ancora oggi il nocciolo duro della giurisdizione penale federale (v. art. 23 cpv. 1 del Codice di diritto processuale penale svizzero del 5 ottobre 2007), che il nuovo Stato federale non volle lasciare alle autorità di perseguimento penale cantonali, ma che, comprensibilmente, decise di avocare a sé, sia sotto il profilo investigativo-accusatorio (226–227) che giudiziario in senso stretto (21–22). Giudicati direttamente da un'autorità giudiziaria federale erano in particolare i casi in cui un'autorità federale rimandava al giudizio penale i propri impiegati, i casi di alto tradimento contro la Confederazione, di rivolta o di violenza contro le autorità federali, i delitti contro il diritto delle genti, nonché i delitti politici che fossero cagione e conseguenza di turbolenze tali da rendere necessario l'intervento federale armato (v. art. 104 della Costituzione federale del 1848 nonché il Codice penale federale della Confederazione Svizzera del 4 febbraio 1853). Certo non è soltanto in ambito penale che si manifesta l'esigenza di una giurisdizione federale, ma è indubitabile la centralità dello *ius puniendi* in quanto forte espressione della statualità, per cui è comprensibile che i costituenti del 1848 non volessero fare compromessi di sorta in questo campo, anche se poi, alla prova dei fatti, furono solo 22 gli incarti penali iscritti nel ruolo della cancelleria delle Assise federali (composte da tre giudici federali togati e dodici giurati, 228) nel periodo in esame (21–22, 285–286), a cui vanno aggiunti un numero equivalente di ricorsi per cassazione, comprendenti però anche determinati ricorsi contro sentenze cantonali in materia di diritto penale amministrativo (22, 217–226). La parte del leone, fra i 1100 casi sottoposti al Tribunale federale (35–36), la fecero comunque i gravami contro le commissioni di stima, i quali rappre-

sentavano un buon 70% dei contenziosi (36, 109–125). L'analisi dell'autore non è tuttavia meramente quantitativa ma anche, e soprattutto, qualitativa. Sulla base di prezioso materiale d'archivio, egli si china su diversi casi esemplari in ambito civile (43–76), amministrativo (77–180), costituzionale (181–215) e penale (217–263). Casi trattati da un tribunale ancora privo di sede stabile (l'attuale sede di Losanna fu scelta soltanto dopo l'adozione della Costituzione federale del 1874 mediante decreto federale del 26 giugno di quello stesso anno, finalmente integrato nell'art. 14 cpv. 1 della legge sull'organizzazione giudiziaria federale del 22 marzo 1893), composto all'inizio da 11 giudici, di alta estrazione politica e non di rado anche membri dell'Assemblea federale, i quali venivano convocati soltanto quando necessario (a Berna per le riunioni plenarie ordinarie, altrimenti nel luogo ritenuto adatto dal Presidente, rispettivamente per i processi penali nel distretto di commissione del reato), richiamando in questo (ma solo in questo) i tribunali arbitrali della vecchia Confederazione incaricati di regolare i contenziosi fra i cantoni (v. MARCEL SENN, *Arbitrato*, in *Dizionario storico della Svizzera*, vol. 1, Locarno/Basilea 2001, pag. 440 e seg.; in una più ampia prospettiva v. K.-H. LINGENS, *Internationale Schiedsgerichtsbarkeit und Jus Publicum Europaeum, 1648–1794*, Berlino 1988). Per il resto nella gran parte delle questioni giuridiche i cantoni restavano sovrani ed autonomi. È quanto bene osserviamo nella dissertazione di Mirko Lenarcic dedicata al primo Codice penale promulgato da un cantone svizzero dopo il fallimento della Repubblica elvetica e la conseguente abrogazione del Codice penale del 1799: il *Kanton-Aargauisches Gesetzbuch über Kriminal-Verbrechen vom 19. Christmonat 1804*. L'autore sottolinea giustamente l'importanza per il neonato Canton Argovia, artificialmente composto come era da quattro territori geograficamente e storicamente eterogenei (3–7; 45–51), di marcare subito presenza nell'ambito penale, prima ancora che per contrastare la criminalità in quanto tale, per combattere le tendenze politiche destabilizzanti ereditate dal precedente regime. In questo la scelta argoviese, se si eccettua la grande rapidità di azione, non si distingue molto da quella adottata nella gran parte dei cantoni, sia di vecchia che di nuova origine. Ma è soprattutto in questi ultimi che si faceva pressante all'inizio dell'Ottocento la necessità di codificare al più presto il diritto penale (ancora prima che quello civile) in quanto classica

manifestazione della sovranità statale. A differenza dei cantoni della vecchia Confederazione essi dovevano infatti partire letteralmente *da zero* nel costruire lo Stato, per cui era quasi inevitabile che fra i tanti cantieri aperti vi fosse subito quello del penale. Non sorprende così che un altro cantone di recente formazione come il Canton Ticino abbia osservato con attenzione quanto succedeva ad Argovia e che i codificatori ticinesi del 1816 abbiano preso in considerazione anche il Codice argoviese come fonte di ispirazione per il proprio lavoro, poco importa se in maniera risultata poi marginale. Si tratta purtroppo di un aspetto affrontato soltanto di transenna dall'autore, sia nei suoi risvolti giuspolitici che tecnici, come traspare dalla superficialità dell'accenno, a pagina 278, al Codice penale della Repubblica e Cantone del Ticino del 1816, dove viene ignorata completamente la letteratura, anche recentissima, esistente in merito (v. in particolare *Il codice sgradito. Atti del Convegno del 17 novembre 2006 sul Codice penale ticinese (1816)*, in *Archivio storico ticinese* 142/2007 nonché G. RONCORONI, *La legislazione penale ticinese dal 1816 al 1873 con particolare riguardo al Codice del 25 gennaio 1873*, tesi di laurea bernese, Pisa 1975). In questo senso all'autore è senz'altro riuscita una valida opera di ricostruzione dei lavori legislativi che hanno portato all'emanazione sia del Codice del 1804 che delle susseguenti riforme (compresa la *Peinliche Strafgesetz für den Kanton vom 11. Hornung 1857*, v. 292–299), anche in ambito organizzativo e processuale (299–309), fino al 1868, ed è rimarchevole la ricchezza di informazioni contenute nel lavoro. Per contro egli ha omesso di inserire nel suo osservatorio importanti aspetti, sia di storia politica sovracantonale che di storia sociale argoviese, che avrebbero senz'altro permesso di consolidare il suo discorso. Accenni sono certo presenti, come si nota ad esempio dall'annesso con la stampa anastatica della statistica criminale dal 1807 al 1856 (377–401), ma purtroppo nel complesso l'analisi non decolla limitandosi ad aspetti descrittivi non certo equiparabili alla profondità e serietà con cui l'autore ha invece scavato nella «Entstehungsgeschichte» della legislazione penale argoviese (v. in part. 119–176). Pochi anche i riferimenti agli studi usciti su altre codificazioni cantonali, si pensi a E. PETRIG SCHULER (*Der Weg zum Strafrecht des Kantons Schwyz im 19. Jahrhundert*, tesi di laurea, Zurigo 2001) o a P. GILLIÉRON (*Le Code pénale vaudois de 1843 (partie générale) ou l'éclectisme comme expression de la pensée pénale libérale*, tesi di

laurea, Losanna 2005), che avrebbero forse permesso di inserire il discorso in un contesto intercantonale più ampio, di cui erano già del resto consapevoli importanti osservatori dell'epoca come JOHANNES SCHNELL (v. in particolare il suo studio, per altro citato dallo stesso M. Lenarcic, *Die neuen Strafgesetzentwürfe von Neuenburg, Bern, Solothurn, Aargau, Zug, Glarus, Zürich und St. Gallen*, in *Rivista di diritto svizzero* 5/1856, pag. 39–84). Questo non allo scopo di cercare altre genealogie, oltre a quelle, soprattutto austriache (più che la *Josephina* del 1787, in vigore nella Fricktal per un breve periodo anche dopo la separazione dall'Austria, v. 83–99, soprattutto la *Franciscana* del 1803, a proposito della quale l'autore ha però mancato di consultare l'importante raccolta di studi curata da S. VINCIGUERRA nel 2001) convincentemente evidenziate dall'autore (165–176), ma per meglio inserire la codificazione argoviana nella *rete di cantieri cantonali* che portò in ultima analisi alla lenta maturazione di un discorso scientifico nazionale, sfociato nella petizione presentata il 27 settembre 1887 dalla Società svizzera dei giuristi (SSG) a favore del superamento della frammentazione giuspenalistica cantonale (v. C. Strooss, *Die schweizerischen Strafgesetzbücher zur Vergleichung zusammengestellt und im Auftrage des Bundesrathes*

herausgegeben, Basilea/Ginevra 1890, pag. IX). Quella petizione, formulata a Bellinzona in occasione della prima riunione della SSG tenutasi a sud delle Alpi, non fu infatti un fulmine a ciel sereno, ma fu il prodotto di una decennale sedimentazione di un discorso giuridico *intercantonale* formatosi parallelamente al rigoglioso proliferare nei singoli cantoni di sempre nuove codificazioni. Lo stesso Canton Argovia era del resto all'avanguardia nella promozione di iniziative volte ad una maggiore concentrazione di competenze a livello federale, come dimostrato dall'esito delle varie votazioni popolari in merito (v. H. STAEHELIN, *Argovia*, in *Dizionario storico della Svizzera*, vol. 1, Locarno / Basilea 2002, pag. 490). Impossibile pensare che questa tradizionale apertura mentale della popolazione argoviana non trovasse riscontro in una parallela attenzione scientifico-giuridica a quanto accadeva negli altri cantoni. Nel complesso si trattava di avvenimenti che, se non portarono ad un rovesciamento del paradigma giurisdizionale cantonale, contribuirono comunque ad una sua lenta erosione, seppur con effetti che si manifesteranno in maniera tangibile soltanto nel corso del Novecento. ■

Michael Stolleis

Selbstvergewisserung*

Die Wissenschaftsgeschichte des öffentlichen Rechts, ein noch schwaches Pflänzchen im Garten der Rechtsgeschichte, kann erfreuliche Zuwächse verzeichnen, und zwar aus der Schweiz. Zum einen sind in Band 130 (2011) der Zeitschrift für Schweizerisches Recht zwei große, fast Buchformat erreichende Aufsätze erschienen, von Anne-Christine Favre, *Cent ans de droit administratif: de la gestion des biens de police à celle des risques environnementaux*, 227–330 sowie von Benjamin Schindler, *100 Jahre Verwaltungsrecht in der*

Schweiz, S. 331–437.¹ Zum anderen gibt es das hier zu würdigende Werk von Andreas Kley, der in Zürich Öffentliches Recht, Verfassungsgeschichte sowie Staats- und Rechtsphilosophie lehrt. Nimmt man diese drei Arbeiten zusammen und fügt noch die Verfassungsgeschichte der Schweiz des unvergessenen Alfred Kölz (1944–2003) hinzu, dann kann geradezu von einem Quantensprung gesprochen werden.

Kley legt seine Darstellung als großes Kompendium an, er erörtert alle denkbaren Themen des

* ANDREAS KLEY, *Geschichte des öffentlichen Rechts der Schweiz*, Zürich, St. Gallen: Dike 2011, XVI, 550 S., ISBN 978-3-03751-352-1

1 Hierzu meine Besprechung in: *Die Öffentliche Verwaltung* Heft 23 (2011) 936 f.

öffentlichen Rechts, nennt ebenso alle Namen und fügt Kurzbiographien und Biobibliographien der Schweizer Professoren und Dozenten des 19. und 20. Jahrhunderts an. Das aus den Akten, aus genauer Lektüre und teilnehmender Beobachtung gewonnene Bild ist instruktiv, gerade für diejenigen, welche die Szene von außen betrachten. Die deutschsprachige Schweiz und die sogenannte Romandie werden beide behandelt, allerdings mit einem gewissen auch sachlich begründeten Übergewicht der Universitäten Basel, Bern und Zürich.

Am Anfang steht die verfassungsgeschichtliche Zäsur des Wiener Kongresses, aus dem die moderne Schweiz hervorging. Auch das im heutigen Sinn »wissenschaftliche« öffentliche Recht beginnt erst im 19. Jahrhundert. Um dies zu illustrieren, setzt Kley mit der etwas bizarren Figur des Jakob Schollenberger ein, dem letzten Vertreter der alten »Staatswissenschaften«, der nun von der wissenschaftlichen Moderne an den Rand gedrängt wurde. Deren Bannerträger finden sich in Zürich (1833) und dem dominierenden Bern (1834), während Basel erst 1891 folgt. Auch die Romandie schließt sich der neuen Richtung spät an, so Genf (1873), Lausanne (1890), Neuchâtel (1909) und Fribourg (1889). Schon damals zeichneten sich zwei Lager ab, einerseits das freisinnige und liberale, das sich an den Idealen der Französischen Revolution und an Kant orientierte, andererseits das eher konservativ-nationalistische, das die Leitideen der Historischen Rechtsschule favorisierte. Aber solche Zuordnungen verlaufen nicht entlang der Konfessionsgrenzen, sie sind oft trügerisch und gelten nicht für alle Lebensphasen. Menschen ändern bekanntlich ihre Meinungen und folgen den Trends ihrer Lebenswelt.

Mit dem ausgehenden 19. Jahrhundert gewinnt die Darstellung an Breite und es zeigt sich, dass eigentlich alle aus der deutschen Wissenschaftsgeschichte bekannten Bewegungen sich auch in der Schweiz finden, nur eben mit zeitlichen und inhaltlichen Verschiebungen und Modifikationen, die gerade für den deutschen Leser reizvoll sind. Man sieht den Rechtspositivismus vorrücken, er-

lebt die Abwanderung der Volkswirtschaftslehre aus den Juristischen Fakultäten, den Aufstieg des modernen Interventions- und Sozialstaats – Letzteres mit deutlicher Verzögerung im Vergleich zu Deutschland. Ebenso kommt es am Anfang des 20. Jahrhunderts, wesentlich durch Fritz Fleiner, zur Herausbildung eines wissenschaftlichen Verwaltungsrechts. Dabei spielte naturgemäß Frankreich ebenso eine Vorbildrolle wie der beide Sphären vermittelnde Otto Mayer. Dass aber, nebenbei, das französische Verwaltungsrecht aus der Kanonistik entstanden sei, wie Kley im Anschluss an Jean-Louis Mestre, Gabriel Le Bras und andere annimmt, ist als These nur haltbar, wenn man darunter die europaweite Vorformung des modernen Staates durch die mittelalterliche Kanonistik seit dem 12. Jahrhundert versteht.² Denn konkret entsteht das Verwaltungsrecht wesentlich aus der frühmodernen »guten Policey«, bis es – in Frankreich wie in Deutschland – mit dem modernen Verfassungsstaat des 19. Jahrhunderts in »Administrativrecht« und dann »Verwaltungsrecht« übergeht. Vor 1800 gibt es weder die Bezeichnung noch die Sache. Auch wird man bei den verwaltungsrechtlichen Autoren der zweiten Hälfte des 19. Jahrhunderts Bezugnahmen auf die Kanonistik wohl vergeblich suchen.

Damit ist der scharfe konfessionelle Gegensatz berührt, der die Schweiz prägte und mit der Dreibzw. Viersprachigkeit korrespondiert. Nur langsam wurde er über die Brücke der Geschichte und des Nationalgefühls eingeebnet. Die katholisch geprägte Juristenwelt blieb länger praxisorientiert und interessierte sich weniger für eine theoretische Durchdringung des Stoffs. Viel länger als in Deutschland, dessen konfessionelle Gruppenbildungen im 20. Jahrhundert stärker durchgerüttelt und abgeflacht wurden, blieb die »Glaubensrichtung« auch für die Besetzung von öffentlichrechtlichen Lehrstühlen in der Schweiz relevant, sogar bis in die siebziger und achtziger Jahre. Das rechtfertigt es, dem schweizerischen »konfessionellen Paradox« in diesem Buch einen eigenen Abschnitt des Kirchen- und Staatskirchenrechts zu widmen. Dort zeigten sich auf protestantischer

2 In diesem Sinne ROUMY, F., M. SCHMOECKEL, O. CONDORELLI (Hg.) (2011), *Der Einfluss der Kanonistik auf die europäische Rechtskultur*, Bd. 2: Öffentliches Recht, Köln, Weimar, Wien.

Seite so tiefgehende kulturkämpferische Vorbehalte gegen die römische Kirche, dass es erst seit 2004 wieder eine reguläre diplomatische Vertretung der Schweiz beim Vatikan gab.

Lange spielte auch die wissenschaftliche Pflege des Völkerrechts nur eine Nebenrolle. Aber seit die Schweiz mit den völkerrechtlichen Innovationen und den internationalen Bureaus im 19. Jahrhundert sowie mit dem Völkerbund nach dem Ersten Weltkrieg eine zentrale Stellung einnahm, gewann auch die Völkerrechtswissenschaft an Gewicht, dies nun vor allem in Lausanne und Genf. Sie war, wie auch in anderen Ländern, mit Selbstverständlichkeit nahe am Regierungshandeln und mit diesem verflochten. Kley nennt hier vor allem Max Huber, den »Schweizer Völkerrechtler des 20. Jahrhunderts« und Präsidenten des Internationalen Roten Kreuzes, sowie den wichtigen Theoretiker Paul Guggenheim. Seit 1914 gab es eine schweizerische Vereinigung für internationales Recht, seit 1927 auch das »Institut des Hautes Études Internationales« in Genf.

Die Nähe zur politischen Praxis zeichnet bis zur Gegenwart das öffentliche Recht in der Schweiz aus. Seit dem 19. Jahrhundert gibt es ohne Unterbrechung eine direkte Interaktion von Politik, Universität und Öffentlichkeit. Bei den Themen der direkten Demokratie und des Wahlrechts, bei der Vorbereitung von Gesetzen in der Justizabteilung des Bundes, den zunehmenden Interventionen in die Wirtschaft und dem Aufbau des Sozialstaats wurden Öffentlichrechtler als Experten eingeschaltet oder sie agierten in Doppelrollen als Wissenschaftler, Politiker oder publizistische Akteure. Diese Zusammenarbeit intensivierte sich naturgemäß während des Ersten Weltkriegs, in der Zwischenkriegszeit und während des Nationalsozialismus. Die allgemeine Krise des Liberalismus und die Hinwendung zu autoritärem Denken erfasste auch die Schweiz. Kley nennt hier freimütig Namen, etwa Jacob Wackernagel, den frü-

hen Werner Kägi und den auf bedenklichen Bahnen wandelnden Hans Huber. Diese Hinwendung zu mehr Staatsintervention, vorsorglichen Notstandsregelungen, Vollmachtenpraxis und Begrenzungen der direkten Demokratie um der Effektivität von Gesetzgebung willen folgte den Drohungen des Krieges und der allgemeinen ökonomischen Entwicklung, war aber in der Schweiz viel gemäßigter und pragmatischer als in Deutschland. Auch verstummten die liberalen und auf Rechtsstaatlichkeit dringenden Stimmen sowie die Warnrufe gegen Faschismus und Nationalsozialismus eigentlich nie. So erlebte das öffentliche Recht der Schweiz nach 1945 keinen personellen Bruch, sondern eher eine gewisse Entspannung des (beschützenden) Konservatismus und eine Rückkehr zu einer vermittelnden Linie zwischen Positivismus und Naturrecht, Liberalismus und Sozialstaat, wie sie etwa von Dietrich Schindler sen. (1890–1948) vertreten wurde. Persönlichkeiten wie Zaccaria Giacometti (1893–1970), André Grisel (1911–1990), Max Imboden (1915–1969),³ Richard Bäumlin (* 1927) und andere bestimmten nun die demokratische, liberale und sozialstaatliche Grundrichtung. Die Vorbehalte gegenüber direktdemokratischen Verfahren wurden wieder abgebaut. Wie in Deutschland und in Österreich gewannen das Wirtschaftsverwaltungsrecht und die neuen Spezialgebiete des Verwaltungsrechts weiteren Raum, ebenso das Völkerrecht und die Rechtsvergleichung. Bald rückten als »große Themen« die Totalrevision der Bundesverfassung, das Übergreifen des Demokratieprinzips in die Verwaltung sowie gesellschaftliche Einrichtungen, die Bewältigung der Spannungen zwischen Rechts- und Sozialstaat, vor allem aber die Entfaltung der Grundrechte als weit über die individuellen Abwehrrechte hinausgreifendes Medium gesellschaftlicher Umgestaltung ins Zentrum des Interesses. Die »Drittwirkung« der Grundrechte, ihre »objektive« Dimension und das Angewiesensein der Bür-

3 Imboden erhält in § 32 noch ein fast monographisches Kapitel, in dem nicht nur der etwas absonderlich wirkende Einfluss der Tiefenpsychologie C. G. Jungs auf das Staatsrecht (Rechtsstaat als Vater, Sozialstaat als Mutter), sondern vor allem Imbodens verwaltungsrechtliche Leistungen und sein Engagement für eine Revision der Bundesverfassung gewürdigt werden.

ger auf die staatliche Sicherung von Entfaltungsräumen der Grundrechte waren hier wie dort die zentralen Themen, verbunden mit Sorgen vor einer allzu beliebigen »Abwägungsjurisprudenz«. Ebenso gab es wie in Deutschland deutliche Warnungen vor einer finanziellen Überlastung des staatlichen Systems. Was die schweizerische von der deutschen Diskussion aber deutlich unterscheidet, ist die Zurückhaltung gegenüber der Neigung, dem Gesetzgeber verfassungsrechtliche Pflichten aufzuerlegen. Offenbar ist der eingewurzelte Respekt der politischen Klasse vor dem Souverän »Volk« größer als in Deutschland, wo das Bundesverfassungsgericht das letzte Wort zu haben pflegt. Schließlich müssen zu den Themen des öffentlichen Rechts auch die Öffnung zum Europarecht und der weitere Bedeutungszuwachs des internationalen Rechts gezählt werden. Innenpolitisch gibt es in der Schweiz die zuvor unbekannte Frage, ob Volksabstimmungen eventuell die völkerrechtlichen Bindungen der Schweiz verletzen könnten. Hier finden sich gewiss Besonderheiten, aber insgesamt führt die damit verbundene Öffnung gerade auch zu deren Abschleifung. Die Schweiz ist längst keine Insel mehr, wenn sie es als nord-südliches Transit- und europäisches Kernland je wirklich war.

Der Autor, der in Zürich auch Rechtsphilosophie vertritt, ist an Theorie- und Methodenfragen besonders interessiert. Er beschließt sein Buch zunächst rückblickend mit einer Tour d'horizon über das 19. und 20. Jahrhundert zu Naturrecht und Positivismus, um bei einem »gemäßigten Positivismus« (425) zu enden. Mit dem Übergang in die Gegenwart wird die Darstellung allerdings etwas diffus und eklektisch. Es ist hier schwer zu unterscheiden, ob der Autor noch berichtet oder eigene Positionen entwickelt, ob er bei der historischen Beschreibung bleibt oder sich in Reflexionen über Diskurstheorie, Metatheorie, Juristensprache und ähnliche Themen verliert. Vielleicht ist dieser Eindruck aber auch ein wichtiges Signal für eine wachsende Unsicherheit, in welcher Richtung es mit dem öffentlichen Recht weitergehen soll. Die von der Wissenschaft überwiegend befürwortete, von der Politik teilweise bekämpfte Integration in Europa und die unaufhaltsame Globalisierung der Kommunikation und der Wirtschaft lösen die gewohnten Denklinien auf. Die kollektive Identität der schweizerischen Öffentlichrechtler ist eine schwächer werdende Fiktion. Wiewohl sie natürlich in ihren Kantonen und Konfessionen, ihren

akademischen Traditionen und ihrem Habitus verwurzelt sind, gibt es zentrifugale Kräfte. Auch lässt offenbar generell die Bindekraft des historischen und nationalen Elements nach. Der Rütli-Schwur, Tells Apfelschuss und Winkelrieds Selbstopfer gelten heute eher als Mythen des 19. Jahrhunderts, nicht mehr als Fundamente des eidgenössischen Selbstverständnisses.

Am Ende dieses Überblicks über ein eindrucksvolles Pionierwerk muss allerdings auch gesagt werden, dass sich das Buch gelegentlich im Unterholz des akademischen Betriebs verliert. Die Details über die Beteiligung von Assistenten beim Schreiben, über Plagiate, über die Funktionsweise des Schweizerischen Nationalfonds, die Involvierung von Professoren in die Gutachtenpraxis, das Anwachsen allgemeiner Betriebsamkeit und anderes sind keine Spezifika des öffentlichen Rechts, sondern eher Ausdruck einer von der Politik vorangetriebenen Berufsorientierung der Ausbildung sowie einer Ökonomisierung der Forschung, die zugleich einen Mangel an Grundlagenorientierung impliziert. Das sind Themen von unterschiedlicher Gewichtigkeit, aber sie betreffen alle Rechtsgebiete gleichermaßen. Es sind Merkmale einer Transformation der Universität, die in ihrer schweizerischen Ausprägung ohnehin immer näher an den politischen und wirtschaftlichen Realien orientiert war als die deutsche, welche bisher stärker idealistisch und »humboldtisch« geprägt war und nun den Umbruch umso schmerzlicher erlebt.

Schließlich die Beziehung der Schweizer Öffentlichrechtler zur Vereinigung der »Deutschen« Staatsrechtslehrer. Sie war seit der Gründung von 1922 nicht einfach, zumal wegen des doppeldeutigen Adjektivs »deutsch« als sprachliches oder nationales Merkmal. Nach den Erfahrungen des Nationalsozialismus wurde die Distanz notwendig noch größer. 1963 entstand eine Vereinigung der schweizerischen Staats- und Verwaltungsrechtslehrer, die gewiss ihre innerschweizerischen Aufgaben erfüllt, aber nicht den wünschenswerten Austausch mit Deutschland und Österreich bieten kann. Inzwischen sind die Vorbehalte wohl geschwunden, aber die »deutschsprachige« Vereinigung ist an Umfang so gewachsen, dass ein transnationales und transdisziplinäres Gespräch – schon innerhalb des öffentlichen Rechts – an faktische Grenzen stößt. Die von Kley berichteten Problemfälle und Ärgernisse liegen nun schon Jahrzehnte zurück und verlieren entsprechend an Bedeutung, speziell für die heute maßgebende jüngere Genera-

tion. Andreas Kley gehört zu ihr und es ist ihm hoch anzurechnen, dass er nicht nur zwei Jahrhunderte schweizerische Wissenschaftsgeschichte mit allen Details gemeistert und in lesbare Form gebracht hat, sondern dass es auch mit Offenheit und kritischem Bewusstsein geschehen ist. Dieses Buch ist das bedeutende Dokument einer Selbstvergewisserung des Fachs, geschrieben an der Schwelle zu einer auch die Schweiz immer stärker

erfassenden Europäisierung sowie im Kontext der uns alle erfassenden Globalisierung. Noch mehr als jetzt werden dann der Schwur auf dem Rütli sowie die Helden Tell und Winkelried Zeichen historischer Erinnerung, aber keine Orientierungspunkte für die Zukunft sein. ■

Thorsten Keiser

Der Volljurist als Fixstern im Rechtsuniversum*

Raymond Saleilles (1855–1912) gilt als einer der größten Juristen seiner Epoche und Wegbereiter der französischen Rechtswissenschaft in ein neues Jahrhundert. Auch außerhalb Frankreichs hat sein vielschichtiges Werk in letzter Zeit historische Aufmerksamkeit erfahren, unter anderem mit Schwerpunkt auf der Rechtsvergleichung (Alfons Aragonese) oder Saleilles' Beurteilung der deutschen Rechtswissenschaft (Birte Gast). Der Florentiner Rechtshistoriker Marco Sabbioneti hat nun eine umfassende Monographie über Privatrechtsdogmatik und politisch-religiöse Grundeinstellungen des französischen Juristen vorgelegt, dessen Werk oft schlagwortartig mit – aus deutscher Sicht – kulturhistorischen Epocheneinteilungen wie »Belle Epoque« oder »Modernismo« in Verbindung gebracht wird.

Wie nicht anders zu erwarten, ist der historische Kontext von den seit der zweiten Hälfte des 19. Jahrhunderts in mehreren europäischen Ländern verbreiteten Krisendiagnosen geprägt. Das große Thema der Zeit war neben der sozialen Frage die Kritik an Formalismus, Abstraktion, Individualismus oder – in den Worten Sabbionetis – »giusnaturalismo razionalistico« (61 ff.), wobei das im Code civil ausgeprägte Systemdenken gemeint ist (62 f.). In diesem Spannungsfeld bewegt

sich die Analyse von Saleilles' Werk, das in einem ausklingenden bürgerlichen Zeitalter entstanden ist. Die Sensibilität für interdisziplinär-geistesgeschichtliche und transnationale Zusammenhänge, welche die Publikationen der Reihe »Per la storia del pensiero giuridico moderno« insgesamt auszeichnet, ist auch in dem vorliegenden Werk in hohem Maße vorhanden.

Sabbioneti beschreibt eingehend Saleilles' Auseinandersetzungen mit der deutschen historischen Rechtsschule und die daraus gezogenen Konsequenzen. Dabei unterbricht er immer wieder den eleganten Fluss seines italienischen Textes, um Saleilles im französischen Original zum Klingen zu bringen, was die Darstellung anschaulicher macht. Wie etwa Jhering oder Durkheim (351), versuchte Saleilles, das Recht als konkretes, in bestimmten sozialen Milieus erwachsendes historisches Phänomen zu begreifen (65). Das bedeutete für ihn jedoch, anders als etwa für Duguit (438 ff.), keine Absage an die Kodifikation und die Figur des subjektiven Rechts als eines ihrer zentralen Elemente. Sabbioneti stellt Saleilles als gemäßigten Methodenkritiker dar, der, obgleich Anhänger einer damals weit verbreiteten organologischen Rechtsauffassung, nie die Basis des positiven Rechts verließ. Seine Rechtskritik war also eher

* MARCO SABBIONETI, *Democrazia Sociale e Diritto Privato. La Terza Repubblica di Raymond Saleilles (1855–1912) (Per la storia del pensiero giuridico moderno 91)*, Mailand: Giuffrè 2010, XXXVII, 682 S., ISBN 978-88-14-15470-6

rechtspolitisch gemeint und sollte neuen Gesetzen den Weg ebnen, nicht zuletzt einem neuen Code civil, der manchen bei seinem Jubiläum 1904 als in die Jahre gekommenes Rechtsmonument erschienen war (301). Das bekannte Motto »au delà du code civil mais par le code civil« (295 ff.) wird von Sabbioneti in seinen zahlreichen Facetten beschrieben.

Legitimationsbasis der neuen Gesetze sollte nach Ansicht von Saleilles nicht mehr der »voluntarismo giuridico settecentesco« (308 ff.), sein, also Rousseaus *volonté générale*, sondern eine objektive, finalistisch-organische Rechtsauffassung. Anregungen für dieses Modell seien nicht zuletzt von Jhering ausgegangen (161–167). Für Saleilles ergaben sich aus dieser Abkehr vom Voluntarismus vor allem Konsequenzen für die Rechtsanwendung: Bei der Auslegung sei nicht in erster Linie der Wille eines Gesetzgebers zu rekonstruieren, sondern das Recht als »principe d'ordre social« zu beachten (310). Mit dieser Begründung war dem Recht ein autonomes Entwicklungspotential zugeschrieben. Es konnte sich gesellschaftlichen Veränderungen anpassen. Diese eindringlichen Beobachtungen Sabbionetis lassen Saleilles' auf den ersten Blick in die Nähe rechtssoziologischer Ansätze des 20. Jahrhunderts rücken. Organisches Recht bedeutete für ihn *Law in context*, sollte aber nicht von den folgenorientierten *contra legem*-Interpretationen eines Richterkönigs an die Verhältnisse angepasst werden (311), sondern in erster Linie von einem gesellschaftliche Entwicklungen präzise beobachtenden Gesetzgeber. Das unterschied Saleilles' *méthode historique* von den wesentlich freieren Auslegungsideen Génys (322–345).

Insgesamt werden die Positionen Saleilles' durch Vergleiche mit anderen zeitgenössischen Autoren nuanciert und differenziert dargestellt, was die Lektüre des Buches sehr gewinnbringend macht. Wenn es überhaupt Schwachstellen gibt, dann liegen sie in der Beschreibung von Berührungspunkten Saleilles' mit der deutschen Rechtswissenschaft des 19. Jahrhunderts, zu der Sabbioneti vor allem über Sekundärliteratur Zugang gefunden zu haben scheint, was aber angesichts der ansonsten umfassenden Primärquellenverarbeitung weniger ins Gewicht fällt.

Neben seiner methodischen Grundhaltung beschäftigt die aktuelle rechtshistorische Forschung insbesondere Saleilles' Verhältnis zur Religion. Paolo Grossi und Alfons Aragonese haben sich bereits dieser Frage der Verbindung von Recht,

Religion und Methode bei dem religiösen Juristen Saleilles in einem laizistischen Staat gewidmet. Sabbioneti schreibt Saleilles' methodischer Reflexion ein »theologisches Fundament« zu (167–200). Gerade das Plädoyer für eine Wandelbarkeit des Rechts sei von Saleilles' Beobachtungen neuer theologischer Auffassungen geprägt gewesen (172, 175, 181), welche im religiösen Dogma einen unveränderbaren Wesenskern von dessen veränderbaren Auswirkungen und Anwendungen unterschieden (181). Ein solches Substanz-Ausfluss-Schema hätte Saleilles freilich nicht nur in theologischen Schriften finden können. Sabbioneti zeigt zwar, wie sich Saleilles selbst in theologische Studien vertiefte und wiederum seine (juristische?) *méthode historique* auf die Bibel anwendete (186). Am Ende überwiegt aber der Eindruck eines Juristen, der sich an Diskussionen reformkatholischer Theologie beteiligte. Das Bild eines von theologischer Dogmatik in seiner juristischen Methodik entscheidend beeinflussten Juristen bleibt etwas diffus.

Sabbionetis Werkbeschreibung bewegt sich im Koordinatensystem der Florentiner Schule Paolo Grossis. Saleilles wird als Anhänger einer Gegenbewegung zum »assolutismo giuridico« beschrieben, also jenes von Grossi charakterisierten Entwicklungszustands der Monopolisierung des Rechts im staatlichen Gesetz. Die Sympathie, die Kritikern dieses Zustands entgegengebracht wird, ist auch bei Sabbioneti deutlich spürbar. Gerade wenn von der *école de l'exégèse* und der *sécheresse* (z. B. S. XIII–XIX, 128) ihrer Auslegungsmethoden die Rede ist, meint man eine Identifikation mit den Vorwürfen aus dem 19. Jahrhundert herauszuhören. Einige mögen darin einen Mangel an kritischer Distanz sehen. Andererseits verleiht diese bis zu einem gewissen Grad teilnehmende Haltung der Darstellung von Staat und Individuum, Kirche und Recht, Methode und Politik zusätzliche Dynamik.

Sabbioneti hat mit seinem wertungsfreudigen, gelehrten und sprachmächtigen Werk die juristische Ideengeschichte erheblich bereichert. Darüber hinaus ist das Buch ein ergiebiger Informationsfundus zu Saleilles und seiner Zeit.

Das eindringliche Panorama endet mit einer für deutsche Leser kuriosen Sprachverwirrung: Die Darstellung schließt mit einem Epilog, in dem unbefangen die Frage nach der aktuellen Relevanz von Saleilles' Ideen diskutiert wird. Sabbioneti will vor allem Saleilles' Juristenbild in die Gegenwart

hinübergerettet wissen. Der *jurisconsulte*, der Saleilles' Idealtypus entspricht und dem auch die Sympathie Sabbionetis gilt, wird dabei mit dem deutschen Wort »Volljurist« gekennzeichnet (666). In einer von Zentrifugalkräften zerrissenen Rechtswelt sei der »giurista inteso come *Volljurist*« (666) der einzige, der dem Recht seine Mitte wiedergeben könne. So wird der »jurisconsulte« und

damit auch der »Volljurist« zum Gegenbild des »giurista ›technocrate« (170). Mit Blick auf die aktuelle deutsche Juristenausbildung, die jährlich tausende Volljuristen hervorbringt, sollte man vielleicht sagen: Schön wär's!



Zülâl Muslu

L'asymétrie de la rencontre de deux mondes*

La question de la juridiction dont relèvent les plaideurs étrangers résidant en Orient est une des plus délicates et des plus disputées par les Etats. Si en Occident le droit exclusif de chaque Etat de rendre la justice sur son propre territoire était définitivement assis au XIX^{ème} siècle, il était beaucoup moins établi dans l'Empire ottoman, où le pluralisme juridique – et juridictionnel – avait encore droit de cité, expliquant en partie la cohabitation des tribunaux locaux et des tribunaux consulaires. A travers cette question du conflit juridictionnel, celle de la rencontre de deux mondes se dessine en filigrane. Cette relation entre les immigrants européens et les autochtones a longtemps été analysée sous le seul prisme du choc des civilisations sur fond d'exploitation occidentale assurée par les capitulations. Mais une nouvelle approche plus nuancée, portant le regard sur le rôle du local dans le processus normatif et la construction de l'histoire, s'est progressivement imposée depuis une longue décennie. C'est précisément dans cette nouvelle lignée que s'inscrit l'ouvrage de Johannes Berchtold, fondé sur sa thèse de doctorat soutenue en 2006 à l'université de Zürich, et dont le titre peut être traduit par « Droit et Justice dans les tribunaux consulaires: Exterritorialité britannique dans l'Empire ottoman 1825–1914 ».

L'auteur revient d'abord sur l'acceptation du terme « Exterritorialität », que nous avons traduit

ici par « exterritorialité » et non par « extraterritorialité », comme on le rencontre couramment de nos jours. Ces différents vocables, souvent indistinctement employés, couvrent pourtant des réalités différentes. En effet, tandis que le premier concerne les privilèges et les immunités du corps diplomatique, le second renvoie à l'immunité de juridiction attachée à la nationalité des justiciables et non au territoire où ils se trouvent. Berchtold explique comment la fiction juridique d'exterritorialité, qui ne visait initialement selon Grotius que les diplomates et les résidents étrangers temporaires, a *de facto* aussi englobé les résidents devenus pour beaucoup permanents au cours du XIX^{ème} siècle. Fondée sur le régime capitulaire, l'exterritorialité aboutit ainsi à une structure juridictionnelle consulaire parallèle aux juridictions locales, entre lesquelles les conflits de compétence étaient régis par la célèbre maxime *actor sequitur forum rei* – le for étant donc entendu non pas comme le lieu de résidence mais bien comme le tribunal compétent du défendeur (237–251). Cette clarification terminologique et conceptuelle est assez rare, aussi dans les ouvrages de droit international, pour suffire à elle seule à rendre hommage à cette monographie historique très bien documentée.

La question de savoir si et dans quelle mesure les droits d'exterritorialité constituent dans les faits un véritable privilège d'immunité juridique trace le fil

* JOHANNES BERCHTOLD, *Recht und Gerechtigkeit in der Konsulargerichtsbarkeit: Britische Exterritorialität im Osmanischen Reich 1825–1914*, München: Oldenbourg, 2009, 317 S. ISBN 978-3-48658946-7

rouge de l'ouvrage. Cette problématique couvre une période courant de 1825 à 1914: Tandis que 1825 marque le placement des tribunaux consulaires britanniques dans l'Empire ottoman sous le contrôle de leur Ministère des Affaires étrangères, 1914 est l'année de l'abrogation unilatérale des capitulations par la Sublime Porte, que l'auteur a préféré – à raison – à l'année de leur abrogation officielle avec le Traité de Lausanne en 1923. Berchtold tente de reconstruire cette « vérité juridique » des privilèges d'extraterritorialité (21) en se fondant essentiellement sur des sources des *British National Archives* à Kew (Londres). Ce corpus est sans doute trop monolithique – l'auteur ne s'en cache pas – pour satisfaire les ambitions louables de l'ouvrage. Au-delà de proposer une perspective exclusivement britannique, il suggère surtout un point de vue trop officiel pour pouvoir pertinemment appréhender la perception de la communauté britannique. Toutefois, considérant les difficultés plus générales relatives aux sources, auxquelles les études sur l'Empire ottoman sont souvent confrontées, il s'agit ici plus d'un regret que d'un reproche à l'adresse d'une étude, qui, également alimentée par des actes judiciaires notamment issus des tribunaux consulaires de Smyrne et Constantinople, n'en demeure pas moins une analyse empirique minutieuse.

Articulé en cinq chapitres, l'ouvrage s'ouvre sur une analyse de l'extraterritorialité et des tribunaux consulaires à travers leurs fondements historique et socio-économique. Explorant d'abord les capitulations, Berchtold agrmente ce chapitre-cadre d'une intéressante analyse sociale des protégés britanniques en ce XIX^{ème} siècle ottoman, par laquelle il témoigne par exemple des divergences entre les différentes vagues de la migration britannique (81). Le décor conceptuel et contextuel ainsi planté, l'auteur examine, dans le deuxième chapitre, les tribunaux comme institution judiciaire. Se faisant, il nous apporte de précieuses informations sur son organisation, son fonctionnement, son domaine de compétence et par conséquent, ses relations avec les tribunaux locaux, notamment en cas d'affaires mixtes (113–118).

Dans les deux chapitres suivants, l'auteur se concentre sur sa préoccupation principale, à savoir la pratique judiciaire et l'étendue concrète de l'extraterritorialité, qu'il appréhende via la jurispru-

dence et l'exécution des sentences des tribunaux consulaires. Si cette étude empirique se révèle instructive – témoignant par exemple de l'accueil délicat des décisions des tribunaux consulaires par les communautés britanniques locales elles-mêmes (191–209) –, la volonté annoncée de l'auteur d'étudier ce versant pratique sous l'angle d'un potentiel « transfert juridique » (23) nous paraît fallacieuse. En effet, un service consulaire étant d'abord le prolongement d'un Etat à l'étranger, dont le principal objectif est la protection de ses concitoyens, l'on peut légitimement se demander si la continuité entre le droit anglais et le droit consulaire britannique à laquelle conclut l'auteur n'est pas simplement intrinsèque à l'essence même d'une juridiction consulaire. Ainsi le concept de transfert juridique semble mal se prêter en droit à une réalité pourtant effective d'extension normative.

Enfin, après l'étendue de l'extraterritorialité, c'est sur ses limites que se clôt l'ouvrage. Dans la mosaïque judiciaire ottomane, l'auteur fait le choix de s'attarder essentiellement sur une juridiction ottomane originale: les tribunaux civils et commerciaux mixtes, qui prendront le nom de *Mahkeme-i Ticaret*. Ceux-ci présentent d'autant plus d'intérêt, qu'ils ne sont ni l'outil de revendications nationalistes, ni le simple produit de l'extraterritorialité. L'auteur, qui bouscule certaines allégations communément admises, démontre que si les conflits de compétence et les rivalités étaient bien réels, ces différentes juridictions ont également travaillé dans le sens d'une certaine coopération (270–273).

Il nous est bien entendu impossible de rendre compte de toutes les qualités de ce travail méticuleux et du regard neuf et nuancé de son auteur, qui tente un constant dialogue entre actes étatiques et cas pratiques. L'on se doit cependant de souligner que cet ouvrage consacré à l'extraterritorialité, dans un XIX^{ème} siècle marqué par l'expansionnisme européen, est aussi un bon outil d'étude comparative. Ainsi Johannes Berchtold, qui se présente comme n'étant ni juriste ni ottomaniste, ne nous en offre pas moins une monographie historique de référence, qui transcende les frontières géographiques et disciplinaires.



Andreas Roth

Fauler Kompromiss oder mutiges Reformwerk?*

Das Buch enthält eine Querschnittsanalyse des StGB-Entwurfs von 1922 und stellt sich die Grund-
satzfrage, ob dieser Entwurf das Werk eines mutigen
Reformers ist oder in der Tradition der viel-
fältigen Kompromisslösungen steht. Gesucht wird
die Antwort vor dem Hintergrund der rechtspoliti-
schen sowie strafrechtstheoretischen Situation der
damaligen Zeit und der Entwicklung der Straf-
rechtsreform, nämlich durch einen Vergleich mit
dem RStGB, dem Vorentwurf von 1911, dessen
Gegenentwurf sowie den Entwürfen der Jahre
1913 und 1919.

Der hier thematisierte Radbruch-Entwurf hebt
sich schon dadurch von den anderen ab, dass er die
Rechtsangleichung mit Österreich anstrebt, wes-
halb Ferdinand Kadecka, der Gesandte des öster-
reichischen Innenministeriums, als Co-Redaktor
fungiert. Nach Radbruchs eigener Aussage ist er
überdies von seinem Lehrer Franz v. Liszt und dem
Hamburger Hochschullehrer Moritz Liepmann,
einem Schüler Adolf Merkels, speziell von dessen
kurz vorher veröffentlichter Monographie über die
Reform des deutschen Strafrechts, beeinflusst wor-
den.

Was ist das Besondere an dem Entwurf? Im
Allgemeinen Teil bleibt erstmals der grob untaug-
liche Versuch straflos, und die Milderung des Ver-
suchs gegenüber der Vollendung ist nur noch
fakultativ vorgesehen, womit die Reste der alten
Erfolgshaftung beseitigt werden. Ideal- und Real-
konkurrenz werden nicht mehr unterschieden,
auch die damit verbundene automatische Straf-
schärfung bzw. -milderung sind aufgehoben und
dem Richter ein stärkerer Spielraum eingeräumt.
Im Besonderen Teil hebt die Verfasserin die Ent-
kriminalisierung bei den Sittlichkeitsdelikten her-
vor. Hier verwirklicht Radbruch die Feuerbach's-
che Trennung von Recht und Moral, steht damit

aber in einer noch längeren Tradition, denn in der
Aufklärung hatte etwa Hommel bereits Ähnliches
gefordert: Homosexualität, Sodomie und Ehe-
bruch sollen straflos bleiben, die Strafbarkeit ist
eingeschränkt bei Kuppelei. Letztere wird aller-
dings gegenüber Minderjährigen bei Radbruch
mit verschärfter Strafe belegt. Die allgemeine
Lebensgefährdung wird als neues Gefährdungs-
delikt eingeführt, genauso der Missbrauch von
Rauschmitteln – dies dann doch wieder eine Mora-
lisierung. Abgeschafft sind die Ehrenstrafen, die
Aberkennung der bürgerlichen Ehrenrechte und –
im Anschluss an die Rechtslage in Österreich – die
Todesstrafe, die jedoch durch Anordnung gemäß
Art. 48 WRV möglich bleibt. Bei der Höhe der
Geldstrafe, die im Entwurf im Vordergrund steht,
sollten die wirtschaftlichen Verhältnisse berück-
sichtigt werden, ohne dass ein fester Umrech-
nungsschlüssel zur Freiheitsstrafe aufgenommen
wurde. Dass die Übertretungen ein eigenes Buch
bilden, um das Polizeirecht vom Kriminalrecht zu
trennen, ist kein Trend der Liberalisierung, son-
dern eine Modernisierung, die letztlich die Zunah-
me der Sanktionsquantität verschleiert. Hinsicht-
lich der Strafzumessung finden sich die Kategorien
v. Liszts: der Gelegenheits-, der Zustands- und der
Gewohnheitsverbrecher. Gerade bei Letzterem ten-
diert der Entwurf mit seiner Subjektivierung zu
einem Täterstrafrecht. Eine Eigenart Radbruchs ist
die Privilegierung des Überzeugungstäters, eines
seiner Lieblingsthemen (nach eigener Angabe eine
»Gewissensfrage«), das er auch auf dem 34. Deut-
schen Juristentag vehement verteidigte. Für diesen
Tätertyp war die neue Strafe der Einschließung
vorgesehen, unklar blieb, wie der notwendige
Befund zur Feststellung der die Privilegierung
begründenden Überzeugung gewonnen werden
sollte. Hier wird eine Kategorie geschaffen, die

* FRIEDERIKE GOLTSCHKE, Der Entwurf
eines Allgemeinen Deutschen Straf-
gesetzbuches von 1922 (Entwurf
Radbruch) (Juristische Zeitgeschich-
te Abteilung 3: Beiträge zur moder-
nen deutschen Strafgesetzgebung.
Materialien zu einem historischen
Kommentar 35), Berlin, New York:
De Gruyter 2010, 423 S.,
ISBN 978-3-89949-831-8

wenig durchdacht erscheint, aber in den Trend zur Versubjektivierung passt. Die Sicherungsverwahrung, die mit der Strafe kombinierbar sein sollte, erinnert an aktuelle Diskussionen, ist damals aber klar auf den Einfluss v. Liszts zurückzuführen. Die in diesem Zusammenhang maßgebliche Kategorie bildet der Gewohnheitsverbrecher, der durch den Rückfall identifiziert werden sollte.

Die Verfasserin betont stärker die Diskontinuität in Radbruchs Vorhaben und begründet dies nachvollziehbar mit der Zusammenarbeit mit Österreich, inhaltlich sei ein Bruch mit herkömmlichen Vorstellungen bei der mangelnden Abgrenzung von Vorsatz und Fahrlässigkeit sowie bei den Beteiligungsformen zu beobachten. Grundsätzlich zeige sich ein größeres Vertrauen gegenüber dem Richter und eine Begrenzung der Erfolgshaftung. Im Besonderen Teil seien dagegen die Kontinuitäten dominanter. Zu Recht wird in der Aussonderung der Übertretungen keine Entkriminalisierung gesehen, weil die Obergrenze der Inhaftierung ja sogar verdoppelt wurde. In der Straftheorie verfolge der Entwurf eine vermittelnde Lösung, tendenziell sei er allerdings eher der soziologischen Schule zuzurechnen, was sich insbesondere bei unbestimmten Strafurteilen zeige.

Was »bringt« die Beschäftigung mit einem Entwurf, der neben anderen in der damaligen Epoche steht und wie diese ebenfalls nicht Gesetz geworden ist? Vor allem – und so liest sich das Buch auch

über weite Strecken – geht es um einen Beitrag zur Person des Strafrechtspolitikers Radbruch. Darüber hinaus lassen sich aber auch Züge des Strafrechtsdenkens in der ersten Hälfte des 20. Jahrhunderts erkennen, die in den vergleichenden Passagen mitunter unmittelbar angesprochen werden. Was die Kontinuitäten angeht, vor allem hinsichtlich eines Blicks in die Zukunft, hätte die Analyse noch etwas konkreter werden können: Zu denken wäre an den Umgang mit den Gewohnheitsverbrechern oder dem – fatalen – Hang zu unbestimmten Tatbestandsbildungen, wofür das Delikt der Lebensgefährdung nur ein Beispiel ist.

Was den Gegensatz zwischen dem – positiv besetzten – Reformwerk auf der einen Seite und dem eher anrühigen Kompromissprodukt auf der anderen angeht, ist vielleicht eine gewisse Relativierung nötig: Der Radbruch-Entwurf enthält eine Reihe von Aspekten, die den Weg zu einem modernen Strafrecht weisen – etwa die begrüßenswerte Entkriminalisierung bei den Sittlichkeitsdelikten. Andererseits hat er genauso wie das heutige Strafrecht eine verhängnisvolle Tendenz dazu, durch Differenzierung, beispielsweise durch täterbezogene Lösungen, Strafrechtsbegrenzungen beiseite zu schieben. Diese beiden Seiten aufgezeigt zu haben, ist ein Verdienst des vorliegenden Buches.



Walter Pauly

Sprache, die für uns dichtet und denkt*

Mit Schillers Wort von Sprache, die selbst dichtet und denkt, rekurrierte Ernst Forsthoff¹ zeitweise auf einen unverfügbaren Eigenwert der Rechtssprache jenseits positivistischer Legalitätsmanöver, auswechselbarer Naturrechtsideologien, aber auch eines mehr oder weniger beliebigen,

bestimmte Gegebenheiten akzentuierenden oder idealisierenden konkreten Ordnungsdenkens. Gegenüber solcher Funktionalisierung und – nahe Heidegger'schem Jargon – »technischer Zurichtung« bei ständiger »Veränderung der Wertskala der Zwecke« wollte Forsthoff die Wissenschaft der

* FLORIAN MEINEL, *Der Jurist in der industriellen Gesellschaft*. Ernst Forsthoff und seine Zeit, Berlin: Akademie Verlag 2011, 557 S., ISBN 978-3-05-005101-7

1 FORSTHOFF, ERNST (1940), *Recht und Sprache*, Halle (Saale), 9. Zitat Forsthoff wie in Überschrift unter Abwandlung von Schillers Distichon (»Sprache, die für Dich dichtet und denkt«).

»Belehrung durch die Sprache selbst überlassen«. Er plädierte für eine »Wiederherstellung der juristischen Hermeneutik als Disziplin von eigener logischer Struktur«,² stark angelehnt an Savigny und, wie Florian Meinel betont, »seiner Zeit um zwanzig Jahre voraus« (262). Angesichts der Missbrauchsanfälligkeit der selbst ideologischen Vorstellung einer wahren Sprache kann man mit dem Brieffreund Fritz von Hippel eine weitere Steigerung der Sprachverwirrung monieren und Forsthoffs Appell an die hermeneutische Tugend mit Meinel als »juristische Durchhalteparole im Weltbürgerkrieg der Ideologien« auffassen (263 f.). Tiefschichtiger interpretiert Meinel sodann aber die von Forsthoff gesuchte Anlehnung an die Sprachphilosophie von Hamann und Herder im Sinne einer theologischen Rechtsbegründung, die die göttlich gestiftete und nicht menschlich gemachte Sprache wie Ordnung dem instrumentalistischen Zugriff des Exegeten entrücken soll (264). Übrigens hat Forsthoff dieses rechtstheologische Moment in seiner unveröffentlichten rechtsphilosophischen und ebenfalls an Savigny orientierten Studie »Die Institutionen als Rechtsbegriff« (1944/47) fortgeschrieben, bezugnehmend jetzt vornehmlich auf vorgeordnete organische Ordnungszusammenhänge, wie sie auch schon in »Recht und Sprache« aufgeschienen waren. Jede Institution sollte neben einem sachlichen ein personales Element in Form eines bestimmten Menschenbildes aufweisen, das der evangelische Pfarrerssohn nach der Lehre Martin Luthers durch Fehlsamkeit und Erlösungsbedürftigkeit bestimmte und von da aus die Einordnung individueller Willensautonomie in Strukturen objektiver, überindividueller, gleichwohl geschichtlich wandelbarer Bindungen anthropologisch rechtfertigte (291). Den alles ins Provisorische und Diskutable schiebenden »modernen Massendemokratien«, einschließlich der auf »Herrenkult« aufbauenden »massendemokratischen Diktaturstaaten«, schrieb Forsthoff eine geradezu antiinstitutionelle Verschleißkraft zu (292 f.). Dass auch dieser Versuch, dem juristischen Denken einen neutralen, ideologiefreien Raum zu vindizieren, nicht gelingen konnte, weil sich hinter dem institutionellen Rechtsdenken ebenfalls ein eigenes geschichtliches Legitimitätskonzept versteckte (298), leuchtet theoretisch ein und unterstreicht den Standort im Zeitalter der Ideologien.

Auf der Linie seiner institutionellen Rechtslehre entstand in Forsthoff ein vehementer Kritiker des Grundgesetzes und seines Schöpfers, der »Bonner Pädagogischen Akademie«, da man »politische Wunschzettel« ausgefüllt habe statt die Verfassung der Wirklichkeit abzulauschen, d. h. mit der Verfassungsgebung »die innere, den Verhältnissen bereits innewohnende Ordnung oder Ordnungstendenz« zu treffen und in Normen und Institutionen zu befestigen (324, 326). Meinel zeigt, wie Forsthoff sukzessive seine Kritik abschwächte, ja sich auf das Grundgesetz einließ und es mit seinem spezifischen Rechtsstaatsverständnis ernst zu nehmen und gegenüber sozialstaatlichen Gefährdungen zu stabilisieren versuchte. Entgegen einem verbreiteten Missverständnis habe Forsthoff dabei keine »Höherwertigkeit« des Rechtsstaats gegenüber dem Sozialstaatsprinzip angenommen, sondern beide explizit auf »verschiedenen Ebenen rechtlicher Formgebung« angesiedelt, hier der Eingriffs-, dort der Teilhabelogik folgend, und deswegen beide als voneinander zu trennende Teilordnungen behandelt (375). Anders als die künstlich Staat und Gesellschaft sphärisch scheidende rechtsstaatliche Verfassung verharre das Sozialstaatsprinzip nicht im status quo, ja unterlaufe geradezu verfassungsrechtliche Grenzziehungen und ergebe als Verfassungsgarantie eines Plans oder Programms kaum Sinn (377 f.). Sein Entfaltungsraum lag für Forsthoff im Verwaltungsrecht und seine legitimatorische Potenz, die mit dem alle versorgenden Teilhabeparadigma die Legitimität der politischen Verfassung aussteche, wollte er nicht noch verfassungsrechtlich überhöhen, nein im Gegenteil durch das Rechtsstaatsprinzip parieren. So blieb die Eigentumsordnung unantastbar und die Güterverteilung allein über die Steuerhoheit korrigierbar (392). Forsthoffs »System rechtstechnischer Kunstgriffe« entbirgt also doch mehr als reinen »juristischen Ästhetizismus«, unbeschadet der Benn'schen »Steigerung des Konstruktiven zur gezüchteten Absolutheit der Form« (385). Im Siegeszug der materialen Verfassungstheorie musste Forsthoff zwangsläufig eine von der Smend-Schule inspirierte »Umbildung des Verfassungsgesetzes« unter Zerstörung juristischer Formalstrukturen und »Diskreditierung der Legalität« im Geiste des »massendemokratischen Sozialstaats« erkennen, getragen von einer Karlsruher »Situationsjurisprudenz« mit

2 Ebd. 5, 10 f. und 18.

letztlich aus- und vertauschbaren Werthierarchien (410 ff.). Meinel rekonstruiert nicht nur die bereits im Tonfall heftige Auseinandersetzung umfassend unter Einbeziehung u. a. auch der sowohl von Martin Heidegger wie Jürgen Habermas gespeisten Kritik der Wertphilosophie, sondern er zeigt auch, wie Forsthoff selbst pessimistisch das Ende der überkommenen Stellung des Juristen alten Schlages im der Abhängigkeit verfallenen Staat der Industriegesellschaft dämmerte. Bemerkenswert erscheint seine Rekonstruktion der Forsthoffschen Position als »Mythologie des Juristen und des juristischen Denkens« (469), wobei Forsthoff schwermütig den Fall des Juristen in die sinnlose Existenz eines bloßen Rechtsfachmanns in einer Welt ohne Ruhelagen, getrieben von nunmehr eher technischen als sozialen Realisationsschüben, registrierte. Auch insoweit belegt Meinel Forsthoffs Nähe zum vielfach kongenialen Arnold Gehlen und markiert eine immer wieder anzutreffende beachtliche Distanz zu Carl Schmitt, mit dem sich der Kontakt in der Nachkriegszeit nicht zuletzt über die 1972 jedoch mangels Teilnehmern zum Erliegen gekommenen Ebracher Seminare intensiviert hatte.

Noch ganz im Banne der Weimarer Lehren seines Doktorvaters Schmitt hatte der Heidelberger Privatdozent wohl im Mai 1933 auf Herrenchiemsee die ungeachtet späterer Distanzierungen bis heute fest mit seinem Namen verbundene Broschüre »Der totale Staat« aus jungkonservativer Perspektive niedergeschrieben, durchsetzt mit etatistischen Vorbehalten, die nach massiver Kritik auch aus Parteikreisen in der zweiten Fassung von 1934 im Wege weitgehender Anpassung abgeschmolzen wurden (87 ff.). Seine zeitgleichen Angriffe auf formalrechtliche Strukturen bürgerlicher Provenienz verbunden mit dem Plädoyer für eine art- und seinsmäßige Rückbindung des Richters im totalen Staat führten das juristische Selbstverständnis auf einen »toten Punkt« (97), von dem sich Forsthoff dann Mitte der dreißiger Jahre innovativ absetzte, einhergehend mit einer Distanzierung von Schmitt sowie einer schwierig zu beurteilenden Abstandnahme vom NS-System, die in

lose Verbindungen zur Verschwörung des 20. Juli 1944 (228 f., 238 ff.) mündete. Zu den bahnbrechenden Neuorientierungen gehörte namentlich Forsthoffs zunächst eher deskriptives Konzept der Daseinsvorsorge, das Meinel bereits bei Léon Duguit angedacht findet (114) und das ursprünglich seine verwaltungsrechtliche Ausformung in der Figur der »Daseinsverantwortung« erhalten hatte (154). Gründlich rekonstruiert die auch insoweit ausgesprochen gedanken-, bezüge- und materialreiche Berliner Dissertation die Entwicklungsstufen von Forsthoffs Verwaltungsrechtsdenken, ausgehend von einem eher konventionell gehaltenen Manuskript der Verwaltungsrechtsvorlesung aus dem Freiburger Sommersemester 1931 über einen im Nachlass befindlichen, auf das Jahr 1942 datierten Entwurf einer Monographie zum Thema »Aufgabe und Methode der Verwaltungsrechtswissenschaft« hin zum 1950 in erster, 1973 in zehnter Auflage erschienenen »Lehrbuch des Verwaltungsrechts«. Präsentiert wird die Geschichte des Scheiterns einer Neusystematisierung des Verwaltungsrechts ausgehend vom Schlüsselbegriff der Daseinsvorsorge (142), weshalb Forsthoff schließlich zu Otto Meyers Rechtsformenansatz zurückkehrte, womit zwar die Gliederung des formalen rechtsstaatlichen, nicht aber die Beherrschung des »unformalen« sozialstaatlichen Verwaltungsrechts gelingen konnte. Als der Staat, unfähig eine eigene Ordnungsidee zu artikulieren, seinen Platz von der Industriegesellschaft angewiesen bekam, bedurfte es einer Umschreibung der Daseinsvorsorge, die nun auch die Eigenvorkehrungen der Industriegesellschaft umfasste (220 f.), wobei Forsthoff der Sache nach den nachsorgenden Gewährleistungsstaat voraussah (195). Bestechend bei der nahezu fünfhundertseitigen Entfaltung der einzelnen, in stetem Wandel begriffenen Theoriegeflechte wirkt die enorme Begriffs- und Beschreibungskraft Forsthoffs, wodurch die Staats- und Verwaltungsrechtslehre als beständiges Sprachspiel erscheint, das die Illusion einer selbst dichtenden und denkenden Sprache hervorzurufen vermag.

■

Josephine Asche

Historisch brüchig, moralisch politisch*

Seit die Idee der Menschenrechte zu Beginn des letzten Jahrhunderts endgültig Einzug in den politischen Diskurs gehalten hat, ist sie aus dem öffentlichen Sprachgut nicht mehr hinwegzudenken. Ihre Argumente werden immer dort geführt, wo moralisch-ethische Standpunkte gesucht und vertreten werden, ihre Rhetorik ist die gemeinsame Währung nationaler wie auch internationaler Debatten.

Daneben sind die Menschenrechte aber auch Gegenstand eines regen wissenschaftlichen Diskurses, der eine Begrifflichkeit, die tagespolitisch als selbstverständlich hingenommen wird, in ihrer Validität und Eigenart hinterfragt. Die Liste entsprechender Publikationen ist lang und dennoch scheint das Thema noch lange nicht ausdiskutiert. Mit dem jüngst erschienenen Sammelband »Moralpolitik – Geschichte der Menschenrechte im 20. Jahrhundert« beginnen nun auch die Geschichtswissenschaften, sich Gehör zu verschaffen. Dies unterstreicht zum einen die ungeminderte Aktualität der Problematik und erschließt ihr darüber hinaus neue Zugänge.

Auf knapp 400 Seiten präsentieren sich 14 von Stefan-Ludwig Hoffmann herausgegebene Beiträge unter dem Leitgedanken, Menschenrechte als Gegenstand moralisch unterlegter Politik verständlich zu machen und in ihrer Geschichtlichkeit nachzuvollziehen.

Der historisierende Ansatz ist hierbei nicht völlig unproblematisch, denn die Verlockung, die Geschichte der Menschenrechte in retrospektiver Prophetie als die naturwüchsige Entfaltung essentialistischer Kulturpotentiale nachzuzeichnen, ist groß.

Dessen ist Hoffmann sich bewusst und präsentiert »Moralpolitik« daher in seiner Einführung als klaren Gegenentwurf zu schematisierten Darstellungen, welche der heutigen Menschenrechtsidee rückwirkend eine einheitliche Genealogie unterlegen. Vielmehr bemüht sich der vorliegende Band, das geschichtliche Werden der Menschenrechte in

all seiner Brüchigkeit, Kontingenz und fehlenden Teleologie klar herauszustellen.

Entsprechend werden Menschenrechte als zeit-historisches Phänomen internationaler Politik zugänglich gemacht, die in dieser Eigenschaft – wie jede andere Form der Politik auch – den Wechselfällen der Macht unterworfen sind (250). Die politische Relativität menschenrechtlicher Normen arbeitet besonders der Beitrag von Mikael Madsen heraus, welcher der Frage nachgeht, wie im Rahmen der Europäischen Menschenrechtskonvention ein subtiles Zusammenspiel von Recht und Politik die Setzung menschenrechtlicher Normen prägte. Dabei geht er davon aus, dass entgegen dem Normalfall, in dem nach der Abfassung einer Konvention Recht und Politik getrennte Wege gingen, die Anwendung des europäischen Menschenrechtsregimes zunächst unter dauernder politischer Einmischung stattgefunden habe (182). Nichtsdestoweniger wurden im Laufe der Jahre durch institutionelle Verfestigung zwischen den Mitgliedsstaaten auch *Rechtsbeziehungen* geschaffen, bis sich letztere langsam von der Politik emanzipierten und Kommission und Menschenrechtshof politneutral zu arbeiten beginnen konnten.

Die Interdependenz der Variablen Politik und Recht wurde aber auch in anderen Zusammenhängen sichtbar. Ihnen widmen sich die weiteren fünf Beiträge des ersten Teils des Bandes unter dem Schlagwort »Emergenz der Menschenrechte«. Thematisch breit aufgestellt schildern sie die Entwicklung des Menschenrechtsverständnisses ab 1945 in einem multipolaren Spannungsfeld aus dem moralischen Wiederaufbau Europas (Mazower, Moyn, Wildenthal), dem Systemkonflikt des Kalten Krieges (Amos, Madsen) und der Dekolonialisierung in Afrika und Asien (Sluga).

Je nachdem auf welche ideologische Hintergrundfolie man die Menschenrechtsidee projizierte, changierte ihre Erscheinung: Universalismus und Kulturrelativismus, Kolonialismus und Anti-

* Moralpolitik. Geschichte der Menschenrechte im 20. Jahrhundert, hg. von STEFAN-LUDWIG HOFFMANN, Göttingen: Wallstein Verlag 2010, 437 S., ISBN 978-3-8353-0639-4

kolonialismus, Kapitalismus und Sozialismus – jede dieser Ideologien rezipierte die Menschenrechtsidee und speiste ihre Modifikationen erneut in den politischen Diskurs ein. Auf diesem Wege entwickelte sich zwar eine universalistische Menschenrechtsrhetorik, hinter deren allgemeiner Sprache sich aber vielfältige widersprüchliche Deutungen der Menschenrechte verbargen (142). So katalysierten die Kernkonflikte des 20. Jahrhunderts zwar das Konzept der Menschenrechte, homogenisierten es jedoch zu keiner Zeit.

Dies arbeiten die ersten Beiträge von »Moralpolitik« multifokal heraus und ihre Lektüre verdeutlicht, wie vielschichtig und auch konfliktreich das Konzept moderner Menschenrechte bereits in seiner Entstehung war.

Unter der Überschrift »Nationale Souveränität und die Verrechtlichung der Welt« führt der zweite Teil des Buches diesen Gedanken weiter. In acht Aufsätzen wird dokumentiert, dass auch die Verfolgung praktischer Menschenrechtspolitik – selbst wenn diese Schweigen über ihre konzeptionellen Motivationen bewahrte – keinesfalls spannungsfrei vonstatten ging. Die maßgebliche Konfliktlinie verlief dabei zwischen transnationaler Menschenrechtsidee und dem althergebrachten Prinzip nationaler Souveränität. Zwar hatten sich die Menschenrechte und ihr Schutz über das Engagement der Vereinten Nationen und die Kodifizierung völkerrechtlicher Menschenrechtsstandards nach 1945 zusehends auf die internationale Ebene verlagert, doch von der Entwicklung eines umfassenden globalen Rechtssystems blieb man weit entfernt. Nachdem sich nach 1945 für eine historische Sekunde die Vision eines »neuen Legismus« (226) aufgetan hatte, in der Vernunft statt Macht, Recht statt Gewalt und internationale Institutionen anstatt Staaten regieren sollten, trübte sich bald das Bild. Denn schnell zeichnete sich ab, dass die Staatengemeinschaft nicht gewillt war, ihre jeweilige Souveränität durch das transnationale Phänomen der Menschenrechte über realpolitische Interessen hinaus einschränken zu lassen. Das Souveränitätsprinzip wirkte zusehends als natürlicher »Feind der Menschenrechtsgesetzgebung« (364), wie Dirk Moses in seinem Beitrag konstatiert. Aber auch die weiteren sieben Arbeiten kommen jeweils zu ähnlich ernüchternden Ergebnissen oder zeigen sich allenfalls vorsichtig optimistisch (252). So fragt Kevin Grant, inwieweit eine Berufung auf die Prinzipien der Menschenrechte den Weg dafür frei machte, die Sklaverei im britischen Empire

zwischen den Jahren 1885 und 1956 gegen den Widerstand des souveränen britischen Staates abzuschaffen. Letztlich stellt er abgeklärt fest, dass die UN trotz »ihres Einsatzes für die Menschenrechte [...] auf die Verteidigung staatlicher Souveränität festgelegt blieben« (225). Ähnliche Schlüsse zieht Fabian Klose, in dessen Beitrag die Orientierung britischer und französischer Menschenrechtsspositionen an kolonialpolitischen Bedürfnissen klar zutage tritt. Beide Staaten setzten sich in den Dekolonialisierungskriegen unter Berufung auf ihre nationale Souveränität über solche Menschenrechtsnormen hinweg, zu denen sie sich noch kurz zuvor in völkerrechtlichen Dokumenten bekannt hatten (270).

In spiegelbildlicher Bezugnahme nutzten die Völker Afrikas und Asiens das Vokabular internationaler Menschenrechte zunächst als moralisches Argument in ihrem Kampf um Unabhängigkeit. Andreas Eckerts Beitrag stellt jedoch heraus, dass die Menschenrechte ihre befreiende Kraft oft abrupt verloren, sobald die Souveränität des Kolonisators einmal abgeschüttelt und durch die eigenstaatliche Souveränität der jungen Nation ersetzt worden war. Sie wurden regelmäßig in ein machtpolitisches Instrument der ehemaligen Kolonialherren umgedeutet und hatten insofern dem neuen Paradigma des Selbstbestimmungsrechts der Völker nachzustehen (313). Eine von Dirk Moses diagnostizierte »Fetischisierung staatlicher Souveränität« (365) in den früheren Kolonien hemmte zugleich die Weiterentwicklung internationaler Menschenrechtsschutzmechanismen und zwang die aktive Menschenrechtspolitik in Ausweichbewegungen, die den Weg politisch neutraler humanitärer Hilfe wählten, um sich nicht dem Vorwurf der Einmischung in innere Staatsangelegenheiten auszusetzen.

So gelang es der Idee der Menschenrechte bislang nur in den seltensten Fällen, sich reibungslos über die Grenzen der Staaten und Ideologien zu bewegen, sondern geriet an jeder Markung in Konflikt mit deren Eigentümlichkeiten und Politiken. Der entstandene Abrieb scheint das, was heute als internationale Menschenrechte wahrgenommen wird, entscheidend zu prägen.

Legt der Leser »Moralpolitik« aus der Hand, verbleibt er in leichter Verwirrung über die Frage, was sie denn nun genau sind, diese Menschenrechte des 20. Jahrhunderts.

Genau darin liegt aber die Stärke dieses Buches, das sich jeglicher Letzterklärungsversuche enthält,

aber eine Reihe unverbraucher Perspektiven anbietet, aus denen sich die Idee der Menschenrechte neu beleuchten lässt. Zum einen gelingt es hierdurch, die Menschenrechte zu entmystifizieren und in ihrer Historizität begreifbar werden zu lassen. Zugleich zeigt der Band aber auch die

Vielschichtigkeit der geschichtlichen Phänomenologie eines Begriffes auf, der zuweilen in all seiner Vertrautheit zu verflachen droht.



Stefan Kroll

Strategisch oder ethisch? Geschichten des Humanitarismus und der humanitären Intervention*

Humanitarismus und humanitäre Intervention müssen sich gleichermaßen die Frage nach Motivation und Rechtfertigung gefallen lassen. Sind Motive einer Intervention hinreichend humanitär, um von einer humanitären Intervention zu sprechen? Und im Rahmen welcher normativen Muster erscheinen sie als legitim? Zwei neue Bücher nähern sich dem Themenkomplex auf unterschiedliche Weise.

Mit Blick auf den Humanitarismus unterscheidet Michael Barnetts Monografie *Empire of Humanity: A History of Humanitarianism* zwei Grundformen des Humanitarismus. Während der reine Humanitarismus es als seine Aufgabe begreife, Menschen in extremen Notsituationen zu helfen, ohne dies an politische Ziele und Verbindungen zu knüpfen (*»Emergency Humanitarianism«* 37), verfolgten einzelne humanitäre Organisationen seit jeher auch längerfristige ethische, rechtliche und politische Ziele wie die Beendigung von Kriegen, die Durchsetzung der Menschenrechte, die Förderung guter Regierungsführung (*»Alchemical Humanitarianism«* 39).

Am Beispiel der Menschenrechte zeigt sich, dass die Beziehung von Humanitarismus, Recht und Politik durchaus von Spannungen gekennzeichnet ist. Während der *Alchemical Humanitarianism* die Durchsetzung der Menschenrechte auf seiner Agenda habe, seien diese für den auf die Not xierten *Emergency Humanitarianism*, wie Barnett hervorhebt, »a four letter word, so to speak« (197). Barnett zitiert einen Helfer, der lieber mit einem Soldaten ein Bier als mit einem Menschenrechtaktivisten einen Kaffee tränke (16, 198). Menschenrechtler klagen an und stellen bloß, dies führt nicht selten dazu, dass Zugänge für humanitäre Nothilfen verschlossen werden. Darüber hinaus stellen politische Einflüsse das Prinzip der Unteilbarkeit humanitärer Hilfe ganz grundsätzlich in Frage. So etwa im Falle der Kosovo-Intervention, im Zuge derer nur eine Konfliktpartei auf den Einsatz der humanitären Industrie zählen konnte (186–194).

Barnett verdeutlicht, dass solche Spannungen weniger einzelnen Fällen geschuldet sind als vielmehr dem Humanitarismus an sich: Er sei Aus-

* MICHAEL BARNETT, *Empire of Humanity: A History of Humanitarianism*, Ithaca and London: Cornell University Press 2011, XI, 296 S., ISBN 978-0-8014-4713-6; BRENDAN SIMMS, D. J. B. TRIM, *Humanitarian Intervention: A History*, Cambridge: Cambridge University Press 2011, 408 S., ISBN 978-0-521-19027-5

druck einer Welt, deren Ziel die Zivilisierung sei (9), weshalb er zugleich Emanzipation und Paternalismus fördere (11) und daher am Ende ebenso die Bedürfnisse der humanitären Helfer befriedigen wolle wie die der Adressaten humanitärer Hilfe (14). Man kennt dies aus Carl Schmitts »Begriff des Politischen«, den Barnett allerdings nicht in seine Betrachtungen einbindet.

Das Motiv des Paternalismus zeigt sich auch in humanitären Interventionen, deren rechtliche und historische Dimension sich bei Barnett aber nicht ausreichend abbildet. So bezeichnet Barnett die humanitäre Intervention als eine rechtliche Rechtfertigung, ohne zu erkennen, dass diese selbst einer solchen bedarf (186). Ein anderes Mal sieht er in der *Responsibility to Protect* lediglich eine Neubenennung des Konzeptes, ohne zu klären, dass hiermit eine juristische Erweiterung verbunden ist (4). Schließlich scheint Barnett die humanitäre Intervention primär als ein Phänomen des späten 20. Jahrhunderts zu begreifen, womit er die lange Geschichte der Idee in Völkerrecht und politischer Theorie verkennt.

Diese Aspekte werden durch den von D.J.B. Trim und Brendan Simms herausgegebenen Sammelband *Humanitarian Intervention: A History* präziser erfasst. Die Autoren widmen sich, wie Trim und Simms in ihrer Einleitung hervorheben, der Langzeitgeschichte des Konzeptes, welches seit dem 19. Jahrhundert als *humanitarian intervention* bezeichnet werde, »that is, action by governments (or, more rarely, by organizations) to prevent or stop governments, organizations or factions in a foreign state from violently oppressing, persecuting, or otherwise abusing the human rights of people within that state« (1).

(Rechts)theoretisch wird die Intervention – notwendigerweise – als Ausnahmefall formuliert. Hierauf weisen die Herausgeber hin, wenn sie betonen, dass Interventionen als Bruch der konventionellen Muster internationaler Beziehungen angesehen würden (5). Der Status der Ausnahme wird durch die empirischen Beobachtungen des Bandes allerdings in Frage gestellt. Mit Blick auf das westfälische Prinzip der Souveränität, das Masternarrativ des modernen Völkerrechts schlechthin, spricht Trim schließlich von einer »Überbewertung«, es könne kaum von einer neuen Souveränität nach 1648 gesprochen werden: »The historical studies in this volume confirm that the concept of Westphalia as originating a system of states whose sovereignty was absolute simply is not true, and that,

in consequence, the idea that the modern international system derives solely from Westphalia is, at best, highly dubious« (381 f.). Diese Beobachtung ist nicht nur für die Frage der Intervention, sondern für die Theorie der internationalen Beziehung insgesamt von Bedeutung.

Zurück aber zu den Motiven. Simms stellt fest, dass Staaten in die inneren Angelegenheiten anderer Staaten interveniert hätten, »either to secure strategic advantage, or to protect the rights of coreligionists, or the political liberties of the population, or of all three reasons combined« (91). In Erweiterung der in der Einleitung formulierten Definition (s. o.) sieht Simms hier also nicht nur den Schutz universaler menschlicher Rechte als Begründung für Interventionen, sondern auch strategische politische Ziele.

Auch John Bew diskutiert die Verbindung strategischer und humanitärer Motive. Bew weist zunächst neuere politische Theorien zurück, die in Anlehnung an Carl Schmitt in der humanitären Intervention eine Rückkehr der Tradition des »gerechten Krieges« erkennen. Humanitäre Interventionen seien komplexer als die bloße Applikation eines moralischen Universalismus. Am Beispiel der politischen Entwicklungen in Europa zu Beginn des 19. Jahrhunderts argumentiert Bew, dass es insbesondere realistische Überlegungen waren, die Interventionen begründeten (118). Diese Perspektive eines realistischen Humanitarismus stützt grundsätzlich auch David Rodongo, der an zwei weiteren Beispielen die strategischen Motive europäischer Großmächte beleuchtet (der Interventionen im osmanischen Libanon und in Syrien, 1860–1861, sowie in Mazedonien, 1903–1908).

Der Eindruck vor allem strategisch motivierter Interventionen wird durch verschiedene Beiträge relativiert. Matthias Schulz zeigt am Fall des Russisch-Osmanischen Krieges von 1877 zwar eine »imperialistische Mentalität« der Akteure auf, identifiziert aber zugleich humanitäre Motive (202). Ähnliches formuliert Mike Sewell, der in Hinblick auf den spanisch-amerikanischen Krieg von 1898 im Kern humanitäre Anliegen verifiziert (303). Abigail Green bespricht mit der Intervention der Großmächte in der »Judenfrage« (1840–1878) den Fall einer Intervention zum Schutz eines Volkes, dessen Identität sich von der der Intervenierenden unterscheidet (139). Ebenfalls interessant sind Sophie Quinn-Judges Betrachtungen zur vietnamesischen Intervention in Kambodscha (1978–1989), die zwar keineswegs als humanitär begründet wurde, die

aber gerade in dieser Hinsicht als Erfolg betrachtet werden könne (344). Vertieft wird die Frage nach den Motiven humanitärer Interventionen schließlich durch Beiträge, die an unterschiedlichen Fällen auf die Bedeutung der medialen Öffentlichkeit (William Mulligan) oder der Religion (Gideon Maier und Andrew C. Thompson) verweisen.

Religion und Glaube sind wiederum auch bei Barnett von zentraler Bedeutung. Mit Blick auf die individuelle Motivation humanitärer Helfer stellt Barnett fest, dass diese transzendentalen (20), meist religiösen Bedürfnissen entspringe (18, 237–239). Barnett erkennt hierin die Evidenz des Scheiterns des Säkularisierungsparadigmas (20). Dies erscheint voreilig, beschreibt Barnett doch an anderer Stelle, wie sich Organisationsformen humanitärer Einsätze durch die Verwendung bürokratischer Techniken wandelten. Aus soziologischer Perspektive wäre es lohnend gewesen, die individuellen religiösen Motive mit der Beobachtung der Rationalisierung des humanitären Feldes zu kontrastieren, um dies dann *gestützt* auf Säkularisierungstheorien zu klären.

Abschließend noch ein kritisches Wort zu den methodischen Standards beider Bücher. Der Sammelband reklamiert nicht explizit, methodisch Innovatives zu leisten. Dennoch erscheint die Historisierung des Konzeptes der humanitären Intervention durchaus originell (3) – zumal sie in mehrfacher Hinsicht global ansetzt. Die Beiträge bewegen sich zeitlich von der Frühmoderne bis in die Gegenwart; räumlich in Afrika, Asien, den Amerikas und Europa, wodurch sie auch kulturell unterschiedliche religiöse Kontexte mit einbeziehen. Insgesamt wird der Anspruch der Herausgeber

erfüllt, die Potentiale eines Forschungsfeldes aufzuzeigen, dem weitere Arbeiten folgen müssten, bevor eine Synthese erfolgen könne (8).

Barnetts Geschichte des Humanitarismus begründet die Originalität ihres Ansatzes ausdrücklich mit einer globalen Perspektive (7), um dann aber an anderer Stelle nicht-westliche Erscheinungsformen der Humanität als Untersuchungsgegenstand auszuschließen (15). Insgesamt ist die Quellengrundlage bei Barnett begrenzter, als es auf den ersten Blick erscheint. Zu Beginn dankt der Autor verschiedenen internationalen humanitären Organisationen für ihre Unterstützung, insbesondere die Öffnung der Archive findet Erwähnung (X), allerdings stützt sich das Buch im Folgenden nur vereinzelt auf dort eingesehenes Material. *Empire of Humanity* basiert vielmehr auf verschiedenen publizierten, meist aktuellen Quellen: Büchern, Zeitungen, Newslettern, Internetseiten.

Klassikerzitate – Emmerich de Vattel (50), Edmund Burke (61), Eglantyne Jebb (83) – werden aus der Sekundärliteratur zitiert, ebenso wie Instruktionen für Missionare (69) oder Flugblätter des Internationalen Komitees des Roten Kreuzes (82) aus dem 19. Jahrhundert. Henry Dunants *Souvenir de Solferino* wird, wohl ob der zentralen Bedeutung für den Gegenstand des Buches, ganz ohne Quelle wiedergegeben (77). Michael Barnetts Geschichte des Humanitarismus ist eine Synthese, deren Anspruch und Stärke in der Theorie liegen. Dieser Ansatz ist ebenso legitim wie notwendig, er sollte dem Leser aber auch deutlich werden. ■

Julian Krüper

Blick zurück nach vorn*

Das Recht erhebt einen umfassenden Geltungsanspruch. Es generiert diesen Anspruch aus Erfahrungen der Vergangenheit und will auf Zukünftiges einwirken. Diese Fähigkeit des Rechts, zukunftsgerichtete und vergangenheitsgrundierte Regelungen zu treffen, ist ein wesentlicher Prüfstein seiner Normativität. Situiert ist es dabei allerdings fest in der Gegenwart. Es löst Probleme im ›Jetzt‹. Daher gilt: Je weitreichender Aspekte des Vergangenen oder des Zukünftigen an sich Gegenstand des Rechts werden, je mehr das Recht also seine angestammte Position in der Gegenwart verlässt, desto mehr knirscht es im Gebälk der rechtlichen Dogmatik. Wir beobachten dieses Knirschen im Umweltrecht, dem es bis heute kaum gelungen ist, anspruchsvolle Konzepte des Nachweltsschutzes gegen die (angeblich) drängenden Sachlogiken der Gegenwart durchzusetzen. Und wir beobachten es auf jenem Feld, auf dem das Recht den Versuch unternimmt, sich dem Historischen in einem anspruchsvolleren Sinne entgegenzustellen. Es ist dieses Feld, in dem die Dissertation Jeannine Drohla ihre Wurzeln hat. Sie hat sich die spannungsreiche und konfliktträchtige Situation des Rechts zwischen Vergangenheitsbezug und Gegenwartsgeltung zum Thema gewählt. Es ist eine dogmatische Situiertheit zwischen subjektivem Rechtsschutz in der Gegenwart (allgemeines Persönlichkeitsrecht) und objektiven Zwecken der Vergangenheitsbewältigung (Aufklärung). Es ist diese thematische Radizierung, die es rechtfertigt, die Arbeit als eine Forschung zum geltenden Recht in einer rechtshistorischen Zeitschrift zu besprechen. Denn es geht ihr um das Problem, ob und wie das Recht einen Beitrag zur Aufarbeitung der DDR-Diktatur leisten kann. Zugespitzt formuliert: Taugt das Recht als Mittel der historischen Aufarbeitung?

Es ist der titelgebende Begriff der Aufarbeitung, unter dem sich die Untiefen der geschilderten

Problemlage auf tun. Die DDR-Bürgerrechtler, die buchstäblich in letzter Sekunde ein Zusatzprotokoll zum Einigungsvertrag durchsetzten, das den gesamtdeutschen Bundestag zum Erlass des Stasi-Unterlagengesetzes (StUG) verpflichtete, wollten es nach der Wiedervereinigung besser machen und die Fehler, die die Aufarbeitung des nationalsozialistischen Unrechts kennzeichneten, nicht wiederholen. Neben die Verarbeitung durch die Strafjustiz sollte eine mit den Mitteln des Rechts erzwungene und rechtlich angeleitete kollektive Aufarbeitung treten. Dabei ging es vor allem um jenes Unrecht, das die Mitarbeiter des Ministeriums für Staatssicherheit, das »Schild und Schwert der Partei«, zu verantworten hatten und das in den Stasi-Akten verkörpert ist. Um das StUG also ist es der Arbeit zu tun und Drohla wählt sich mit den §§ 32, 34 jenes Gesetzes zwei Vorschriften, die mit der Herausgabe von Akten an Presse und Forscher nicht nur relevante Praxisfelder des Gesetzesvollzugs betreffen, sondern in denen sich paradigmatisch das Spannungsverhältnis von Aufarbeitungsinteresse und Persönlichkeitsschutz verdichtet. Die Arbeit ist darin in doppelter Hinsicht ein Beitrag zur juristischen Zeitgeschichte – in ihrer juristischen Außenperspektive auf das historische Problem der Unrechtsaufarbeitung insgesamt und in ihrer Innenperspektive auf die rechtsdogmatischen Konsequenzen des Umsetzungsauftrags, beispielsweise im Streitfall zwischen Helmut Kohl und der Stasi-Unterlagenbehörde um die Herausgabe seiner Akten.

Mit Recht handelt die Arbeit die StUG-Genese nur cursorisch ab und lässt eine Reihe von praxisrelevanten und zeitgeschichtlichen Einzelfragen des StUG unbeachtet bzw. verweist auf schon vorhandene Forschung.¹ Drohla legt damit den Kernkonflikt des Gesetzes zwischen Aufarbeitung und Persönlichkeitsrecht frei. Die Autorin konzipiert den Kernbereich ihres Themas dabei stark vom

* JEANNINE DROHLA, *Aufarbeitung versus Allgemeines Persönlichkeitsrecht – §§ 32, 34 Stasi-Unterlagengesetz* (Schriften zum öffentlichen Recht 1185), Berlin: Duncker & Humblot 2011, 430 S., ISBN 3-428-13199-1

1 Etwa bei ENGEL, ALBERT (1995), *Die rechtliche Aufarbeitung der Stasi-Unterlagen auf der Grundlage des StUG*.

Abwägungsparadigma her und setzt dementsprechend einen Schwerpunkt auf die Herausarbeitung des abwägungsrelevanten Materials. Dass die Autorin dabei bisweilen nicht scharf zwischen der Handlungsfreiheit einerseits und dem allgemeinen Persönlichkeitsrecht aus Art. 2 Abs. 1 i. V. m. Art. 1 Abs. 1 GG andererseits zu trennen scheint, ist bisweilen irritierend (260 ff.). Hier wäre eine gezieltere Formulierung ihrer eigenen Sicht auf das durchaus uneindeutige Verhältnis von Handlungsfreiheit und Persönlichkeitsrecht, jedenfalls aber eine größere begriffliche Tiefenschärfe erhellend gewesen.

Aus der zeitgeschichtlich-rechtshistorischen Perspektive sind aber vor allem die Überlegungen zur rechtlichen Fassung der Aufarbeitungsidee von besonderem Interesse, insbesondere weil Persönlichkeitsrechtsfragen schon Gegenstand anderer Schriften geworden sind.² Die Autorin unternimmt hier ernsthafte Ansätze in der Untersuchung einer verfassungsrechtlichen Verankerung einer Aufarbeitungspflicht. Deren Bestehen verneint sie wohl zu Recht und plädiert stattdessen für einen »einfachgesetzlichen Verfassungsschutz« der durch Aufarbeitung betroffenen Verfassungsrechtspositionen. Dies Ergebnis ist auf der Grundlage der in der Arbeit untersuchten Ansatzpunkte durchaus folgerichtig. Allerdings hätte man der Arbeit hier noch mehr Mut gewünscht in der Herausarbeitung dessen, was Aufarbeitung im Recht und durch das Recht sein kann, was sie leisten kann und was nicht. Man hätte sich hier also ein weiterreichendes Ausschreiten des Aufarbeitungshorizonts vorstellen können – ein Ausschreiten, welches die Arbeit im ersten Abschnitt notwendig historischer und theoretischer arrondiert hätte. Wegmarken, die Orientierung geboten hätten, sind dabei durchaus gegeben: Zu denken wäre einmal an den medienwissenschaftlich und kulturtheoretisch grundierten Ansatz in den Arbeiten Cornelia Vismanns. Deren Auseinandersetzung mit den Stasi-Akten hätten auch die Überlegungen Drohlas inspirieren können. Die von Vismann verarbeiteten Gedanken zur Archivologie hätten

Ansatzpunkte zum gedächtniswissenschaftlichen Diskurs in der Geschichts- und Kulturwissenschaft geboten. Doch auch wenn man die juristisch unkonventionellen Ideen Vismanns nicht teilt: Ein stärker rechtsgeschichtlicher Zugang hätte sich in den Arbeiten von Inga Markovits und ihrer These von dem »selective memory« des Rechts gefunden.³ Raum für eine in diesem Sinne theoretischere und geschichtlichkeitsbezogenere Auseinandersetzung hätte die nicht eben kurze Arbeit durchaus geboten. Sie thematisiert wenig Problematisches bisweilen eher breit (z. B. Grundfragen der Abwägungslehre, 57–92; den Aufarbeitungsauftrag aus der Zusatzvereinbarung zum Einigungsvertrag, 116–129) und im Ergebnis wenig Ergiebige recht ausführlich (z. B. den Auftrag zur Aufarbeitung aus geltendem Verfassungsrecht, 130–174). Der funktionellen Grundfrage nach der Aufarbeitung als objektivem Belang des Rechts hätte man sich indes durchaus breiter zuwenden können (95–104). Dies nimmt dem Ergebnis einer »nur« einfachrechtlichen Verankerung der Aufarbeitungspflicht etwas von seiner Überzeugungskraft. Indes: Die Arbeit zeigt ihre Autorin als eine der wenigen wirklichen Fachleute der StUG-Praxis, auf deren spezifische Expertise auch ein stärker zeitgeschichtlich radizierter Forschungsansatz nicht verzichten kann. Dies zeigt sich beispielhaft in den kenntnisreichen und differenzierten Auseinandersetzungen mit den Fällen Kohl und Gysi (34 ff. und öfter), vor allem aber im letzten Teil der Arbeit (316 ff.), der sich der rechtstechnischen Umsetzung der Aufarbeitung durch Herausgabe von Akten an Forschung und Presse zuwendet.

Die Arbeit Drohlas ist jenseits ihrer fundierten positivrechtlichen Überlegungen ein Beitrag zur juristischen Zeitgeschichte. Sie ist auch eine Erinnerung daran, dass historische Aufarbeitung weniger eine Aufgabe der unmittelbar Betroffenen als der nachfolgenden Generation(en) ist. Die Arbeit ist eine Aufforderung an die rechtshistorische Forschung, über das geleistete Maß hinaus Aufarbeitung des DDR-Unrechts (auch mit den bescheide-

2 Etwa bei BONITZ, KAI (2009), Persönlichkeitsrechtsschutz im Stasi-Unterlagen-Gesetz.

3 Zu allem vgl. VISMANN, CORNELIA (2011), Akten, 5. Aufl.; EBELING, KNUST, STEPHAN GÜNZEL (Hg.) (2009), Archivologie; MARKOVITS, INGA

(2001), in: Law and Society Review 35 (2001) 513 ff.

nen Mitteln des Rechts) zu leisten und die Aufarbeitung als Rechtsidee weiter zu etablieren und zu explizieren. Der Euphorie der frühen Jahre nach der Wiedervereinigung und einem ebenso beständigen wie bescheidenen Grundrauschen rechtshistorischer Forschung in den Folgejahren sollte eine zweite rechtshistorische Aufarbeitungsphase folgen. Die gleichbleibend hohe Zahl an Anträgen auf Akteneinsicht an die Stasi-Unterlagenbehörde

zeigen, dass die Historisierung der DDR-Diktatur keineswegs abgeschlossen ist. Sie dauert an und braucht rechtshistorischen Sachverstand. Es ist ein Verdienst der Arbeit Drohla, diesen Zusammenhang beleuchtet und Pfade ausgelegt zu haben, die weiter zu beschreiten sind – auch und gerade von rechtshistorischen Expeditionen. ■

Ulrich Jan Schröder

Von rechtlicher Vergegenwärtigung kommunistischer Vergangenheit*

Die rechtsförmige Bewältigung von Leid, Ungerechtigkeit und Unrecht, die durch die kommunistischen Regime der DDR, Osteuropas und der UdSSR verursacht wurden, ist Gegenstand zahlreicher rechts- und geschichtswissenschaftlicher Studien. Untersucht werden die Aufarbeitung des Unrechts durch Strafrecht und die Regelung von Restitution sowie Entschädigung im Fall von Enteignungen. Oft wird – auch infolge der Spezialisierung der jeweiligen Wissenschaftler – das Genre des Länderberichts gewählt. Untersuchungen, die in vergleichender Absicht auch die Aufarbeitung nationalsozialistischen Unrechts einbeziehen, gehen von einer Vergleichbarkeit aus, ohne dass darüber ein neuer Historikerstreit entbrannt wäre.

Aus der Fülle der vorliegenden Studien darf nicht darauf geschlossen werden, die Thematik sei ausgeschöpft. Dem steht schon entgegen, dass sich die Vergangenheitsbewältigung im Fluss befindet. Der Gesetzgeber kann erstmals oder novelierend tätig werden, eine Regierung sich von früherer Gesetzgebung distanzieren (wie in der Ukraine geschehen), und Gerichte können auch heute noch Entscheidungen mit historischem Kontext fällen. Die Untersuchung, inwieweit das kollektive Gedächtnis gerade mit den Mitteln des

Rechts gespeist, stabilisiert oder sabotiert wird, inwiefern es vielleicht auch ein »bewusstes Vergessen« gibt, ist das erklärte Ziel des vorliegenden Bandes, der die Vorträge einer rechtswissenschaftlichen Fachtagung der Deutschen Gesellschaft für Osteuropakunde dokumentiert. Zu Wort kommen Rechtswissenschaftler, Historiker und Slawisten aus Deutschland, Österreich, Polen, Russland, Tschechien und Ungarn.

Rechtsförmige Bewältigung der Vergangenheit kann durch Sanktionierung der Täter, durch Wiedergutmachung an den Opfern eines Unrechtsregimes, aber auch in Form allgemeiner, etwa parlamentarischer oder gerichtlicher Verdikte über den Charakter staatlicher Institutionen oder einer Ein-Parteien-Herrschaft geleistet werden. Im Zusammenhang strafrechtlicher Sanktionierung stellt sich die Frage nach deren rechtsstaatlichen Schranken: *nullum crimen sine lege* bzw. Rückwirkungsverbot oder Verjährungsgrenzen. Eine Überprüfung auf eine frühere Beteiligung am Unterdrückungsapparat (sogen. Lustration) kann auf Antrag oder von Amts wegen, im Einzelfall oder flächendeckend, bereichsspezifisch für den öffentlichen Dienst, aber auch gesamtgesellschaftlich hinsichtlich Parteifunktionären, kirchlichen Würdenträ-

* ANGELIKA NUSSBERGER, CAROLINE VON GALL (Hg.), *Bewusstes Erinnern und bewusstes Vergessen*, Tübingen: Mohr Siebeck 2011, 400 S., ISBN 978-3-16-150862-2

gern, Gewerkschaftsführern etc. erfolgen. Werden die Akten des Staatssicherheitsdienstes eines Landes öffentlich zugänglich gemacht, wird das Persönlichkeitsrecht der Täter beeinträchtigt. Eine Wiedergutmachung an den Opfern mag durch deren persönliche Rehabilitierung nach strafrechtlicher Verfolgung oder anders gearteten Repressalien erfolgen. Eine vermögensrechtliche Restitution von Enteignungen kann insbesondere dann auf Hindernisse stoßen, wenn Dritte Eigentum gutgläubig erworben haben.

Dieselben Fragen einer Aufarbeitung alten Unrechts wurden in den verschiedenen ehemaligen kommunistischen Staaten zum Teil sehr unterschiedlich geregelt oder verfassungsgerichtlich beurteilt. Das tschechische Verfassungsgericht habe zur Verjährung solcher Straftaten, die in der kommunistischen Zeit *de facto* nicht bestraft wurden, eine naturrechtliche Position vertreten, erläutert dessen Vizepräsident *Pavel Holländer*: Wenn der Staat Straftaten nicht verfolgen will, sei die Verjährung eine Fiktion und laufe nicht. Das ungarische Verfassungsgericht hat 1992 genau gegenteilig entschieden, einen Verstoß gegen rechtsstaatliche Prinzipien angenommen und dem Täterschutz Vorrang gegeben, wie *Gábor Halmai* ausführt. Da die ungarische Verfassung festlegt, dass das strafrechtliche Rückwirkungsverbot der Unverjährbarkeit von nach Völkerrecht strafbaren Verbrechen nicht entgegensteht, billigte das Verfassungsgericht aber ein 1993 erlassenes Gesetz zur Verfolgung der 1956 begangenen Kriegsverbrechen und Verbrechen gegen die Menschlichkeit. Das ungarische Beispiel zeigt, dass Parlamente, Gesetzgeber und Gerichte, insbesondere Verfassungsgerichte, desselben Staates in Sachen Vergangenheitsbewältigung nicht unbedingt an einem Strang ziehen. In Russland gab es weder eine strafrechtliche Aufarbeitung noch eine Überprüfung von Staatsbediensteten. Initiativen zu Berufsverböten für Angehörige des Apparats der KPdSU scheiterten 1992 und 1997.¹ Der ehemalige Verfassungsrichter *Anatolij*

L. Kononov geht auf diese Leerstelle nicht weiter ein. Allerdings schildert er, dass das russische Verfassungsgericht 1995 den Art. 64 Strafgesetzbuch der RSFSR für insoweit verfassungswidrig erachtet hat, als die Flucht eines Sowjetbürgers unter strafbaren Vaterlandsverrat subsumiert wurde. Als epochale Zäsur wertet er die 1992 ergangene Entscheidung des Verfassungsgerichts über die Verfassungswidrigkeit von Erlassen Präsident Jelzins gegen die KPdSU, die unter dem Eindruck des Putsches im August 1991 ergangen waren. Innerhalb des Prozesses sei es zu einer umfassenden kritischen Aufarbeitung des Verhältnisses der Kommunistischen Partei zum Staat gekommen, darüber hinaus habe das Verfahren einen regelrechten »Archivboom« ausgelöst. An die Stelle individueller Sanktionierung bzw. Rehabilitierung trat eine eher ins Allgemeine gehende, historisierende Aufarbeitung, deren zentrales Ergebnis war, dass der Staat die Beute einer Partei geworden war. *Tamara G. Morščakova*, ehemalige stellvertretende Vorsitzende des Verfassungsgerichts, stellt fast schon resignativ fest, man habe in Russland nicht aus der Geschichte gelernt (beispielhaft ist ihre Kritik an den 2011 durch Gesetz umfangreich erweiterten Befugnissen des Föderalen Sicherheitsdienstes), besonders stehe eine Tradition von Gewalt der Liberalisierung und Entwicklung von Rechtsstaatlichkeit entgegen. Nach der Wende der 1990er Jahre, so *Morščakova*, hätte man sich von der am imperialen Gedanken orientierten Geschichte Russlands und der Sowjetunion lösen müssen.

Der Gesetzgeber kann sich als autoritärer Geschichtsschreiber versuchen. In der Ukraine wurde 2006 ein Gesetz verabschiedet, das die Hungerkatastrophe 1932/33 als einen Genozid am ukrainischen Volk bezeichnet und dessen öffentliche Leugnung unter Strafe stellt. Das Gesetz wirkte vor allem symbolisch, betont *Albrecht Sproede*, und hatte die Bedeutung einer außenpolitischen Demonstration gegenüber Russland. Der neue ukrainische Präsident *Janukowyč* hat sich

1 Vgl. HIMMELREICH, ANTJE (2010), Die rechtliche Aufarbeitung der kommunistischen Vergangenheit in der Russischen Föderation, in: KÜPPER, HERBERT, FRIEDRICH-CHRISTIAN SCHROEDER (Hg.), Die rechtliche Aufarbeitung der kommunistischen Vergangenheit in Osteuropa, Frankfurt a. M., 187 ff.

dagegen zweideutig zu der Hungerskatastrophe geäußert. *Caroline von Gall* zeichnet Gesetzentwürfe russischer Duma-Abgeordneter nach, deren letzter vom April 2010 vorsehe, die öffentlich geäußerte Befürwortung oder Leugnung der in den Nürnberger Prozessen festgestellten nationalsozialistischen Verbrechen unter Strafe zu stellen, und damit inhaltlich auf der Linie des Rahmenbeschlusses 2008/913/JI der EU liege.

Breiten Raum nehmen zwei Themenkomplexe ein, die auf den ersten Blick nicht mit Vergangenheitsbewältigung in Verbindung gebracht werden: die Grenzziehung der Nachfolgestaaten der UdSSR und Jugoslawiens sowie die Behandlung von Minderheitenrechten in Osteuropa. Gegenwärtige Konflikte um *Grenzen* haben in dem trivialen Sinn eine historische Dimension, als Grenzen Produkte historischer Entscheidungen und Vorgänge sind. Wenn die historische Legitimität aktueller Grenzen angezweifelt wird, handelt es sich um ein Thema der Vergangenheitsbewältigung. Als Beispiel einer umstrittenen Grenzziehung gilt auch die bis 1929 vorgenommene Aufteilung des Fergana-Tals zwischen den damaligen Unionsrepubliken Usbekistan und RSFSR, zu der die Autonome Sowjetrepublik Kirgisien gehörte. Den Vorwurf, die Bolschewiki hätten willkürlich, ohne Achtung ethnischer Mehrheitsverhältnisse das Gebiet zurechtgeschnitten, widerlegt *Otto Luchterhandt* minutiös. Der heutige juristische Ort für diese Überlegungen wird nicht ganz deutlich, zumal in postsowjetischer Zeit Abkommen geschlossen wurden bzw. – zwischen Kirgistan und Usbekistan – verhandelt worden sind. Deutlich wird, dass frühere autoritäre Grenzziehungen erhebliche Angriffsflächen bieten können. Die Einräumung von *Minderheitenrechten* kann als Wiedergutmachung für historisches Unrecht verstanden werden. Der Oberste Sowjet der Russischen Föderation hat am 26. April 1991 ein Gesetz über die Rehabilitierung der unterdrückten Völker erlassen. *Nina Waschkau* sieht die rechtliche Lage der Russlanddeutschen dennoch pessimistisch. Ferner mag die historische Tiefendimension den Schutz von

Minderheiten verstärken, wenn etwa Kulturerbe-Konventionen der UN einschlägig sind. *Vladimir A. Krjažkov* verweist allerdings auf den Umstand, dass im nationalen Recht das Kulturerbe der indigenen Völker in Russlands Norden keine besondere Regelung erfahren habe, und *Carmen Schmidt* legt die nahezu unüberwindlichen Hindernisse für private Vereinigungen dar, die in Russland vorgesehene »Kulturautonomie« zu erlangen.

Juristische und historische Vergangenheitsbewältigung unterscheiden sich kategorial, auch wenn die russische Geschichtsschreibung in der postsowjetischen Zeit immer mehr in den Sog der Politik geraten ist (*von Gall*) oder wenn Ämter für historische Aufarbeitung staatlichen Stellen zuarbeiten (für Tschechien *Martin Schulze Wessel*). Der Unterschied ist derjenige zwischen den Idealtypen. Die Aufarbeitung der Geschichte wird durch das Verfassungsrecht nicht programmiert (vgl. *Angelika Nussberger*). Amnestien, Gerichtsurteile und selbst völkerrechtliche Verständigungen nehmen nur selektiv, punktuell und immer absichtsvoll auf die Vergangenheit Bezug. Ein Strafgericht, das individuelle Schuld feststellen soll, urteilt nicht über die Geschichte in ihrem Zusammenhang (unmissverständlich *Friedrich-Christian Schroeder*). Der Historiker will mehr, und er hätte die Zeit dazu, weil er nicht wie die Gerichte unter Entscheidungszwang steht. Auch der Gesetzgeber soll zwar historisch informiert agieren, doch zielt er selbst dann, wenn ein Gesetz die Vergangenheit bewertet, auf eine Gestaltung der Zukunft. Die (Wieder-)Herstellung von Gerechtigkeit, etwa durch Restitution von Vermögen oder Rehabilitation, setzt eine moralische Bewertung der Vergangenheit voraus, die bewusst von den Maßstäben der Gegenwart ausgeht. Dieser Wille zur Gerechtigkeit in der Gegenwart legitimiert den Gesetzgeber. Der Historiker sollte hingegen ein Abstandsgebot zur Gegenwart einhalten, um der Vergangenheit gerecht werden zu können.



Ralf Kölbel

Kriminologie als Profiteurin?*

Öffnen Kriminologen ein Buch, das seinen Inhalt mit »Historische Kriminalitätsforschung« überschreibt, erwarten sie, auf Vertrautes zu stoßen. Immerhin gilt »Kriminalitätsforschung« als ureigenster Gegenstand ihrer Profession. Gerd Schwerhoff entspricht diesen Erwartungen: Seine Einführung handelt von Mord und Totschlag, Raub und Diebstahl ebenso wie von Anzeige und Verhör, von Prozess und Bestrafung. In der Annahme, angesichts dieses Sujets dann folgerichtig die Deutungsmuster, Theorien und Konzepte ihres Fachs wiederzufinden, werden Kriminologen von Schwerhoff dagegen eher enttäuscht. Zwar ist das theoretisch-kriminologische Denken gewiss nicht in ein Stadium gelangt, um dem historischen Blick die analytischen Instrumente diktieren zu können, doch weitgehend missachtet zu werden, hat es ganz sicher auch nicht verdient. Diese Lücke in Schwerhoffs Darstellung ist zu bedauern, weil sich das informative und materialreiche Werk damit seiner eigenen Potenziale begibt – und wenigstens für die kriminologischen Leser nicht den an sich möglichen Nutzen erzielt.

Dies gilt umso mehr, als gar nicht recht klar ist, wo denn nun eigentlich die Grenze zwischen beiden Disziplinen verläuft. Von Schwerhoff werden »soziale Devianz und soziale Kontrolle« als Gegenstand der historischen Kriminalitätsforschung reklamiert. Strafrecht und Delinquenz sollen wegen deren kultureller Variabilität hiervon nur einen Teilbereich darstellen (was nichts daran ändert, dass sich das forschungspraktisch untersuchte Feld in der Regel gleichwohl an einem strafrechtlichen Vorverständnis orientiert). All das kennzeichnet freilich gleichermaßen die Kriminologie. Diese auf gegenwärtige Phänomene zu verweisen (33), beschreibt zwar deren konventionelle Ausrichtung treffend, markiert aber keineswegs einen verbindlichen Zuständigkeitshorizont.¹ Auch der Anspruch, Devianz und Kontrolle als »Sonden« allgemeinerer gesellschaftlicher Prozesse zu thematisieren (etwa Seite 113), betrifft Gemein-

samkeiten statt einer Differenz. Nicht einmal durch ihre geschichtswissenschaftliche Methodik hebt sich die historische Kriminalitätsforschung ab, weil sich die Kriminologie dieser Mittel gleichermaßen zu bedienen vermag (zumindest sie ohnehin all ihre Instrumente von ihren »Bezugswissenschaften« entleiht). So dürfte der substanzielle Unterschied gering sein – sich nämlich auf verschiedene Interessenschwerpunkte beschränken und sich in den »zeitgeschichtlichen Phasen« in Gänze verlieren.

Ähnlich wie in seiner 1999 erschienenen Einführung (»Aktenkundig und gerichtsnotorisch«) gibt Schwerhoff einen Überblick über Themen und typische Arbeiten der historischen Kriminalitätsforschung, erörtert ausgewählte Devianzphänomene und diskutiert die Beziehungen zwischen Kriminalität und Öffentlichkeit. Geboten wird dabei eine beeindruckend reichhaltige Empirie, wengleich die Zusammenstellung der vielzähligen Studien in bisweilen irritierender Weise zwischen Zeiten und Regionen changiert. Eine Versöhnung mit der Rechtsgeschichte hat die historische Kriminalitätsforschung hierbei schon lang nicht mehr nötig (49 f. zur elementaren wechselseitigen Beziehung), weshalb denn auch Schwerhoff in die Darstellung des sich herausbildenden Strafrechts die Entwicklung der Prozess- und Strafpraxis sowie der Rechtsmobilisierung beinahe organisch zu integrieren vermag (81 ff., 95 ff.).

Im Methodenkapitel werden Gerichtsakten zum »Gravitationszentrum« der stattfindenden Forschung ernannt. Problematisch sei dies mit Blick auf den institutionellen Zwangskontext der Aktenführung und die Eigenlogik der Verschriftlichung (65 ff.). Gleichwohl zeigt sich Schwerhoff offenbar grundsätzlich bereit, die Akten als »Zeugnisse« tatsächlicher Verhältnisse (40) und als »Dokumentation der angefallenen Verbrechen« (42) zu lesen. Dass sich über die jeweils registrierte Wirklichkeit nun aber unweigerlich die Weltsichten, Erkenntnismöglichkeiten und praktischen

* GERD SCHWERHOFF, *Historische Kriminalitätsforschung*, Frankfurt a.M., New York: Campus 2011, VI, 234 S., ISBN 978-3-593-39309-4

1 Einen eindrucksvollen Beleg hierfür bietet das im Mai 2011 erschienene Themenheft »Violence in Evolutionary and Historical Perspective« des *British Journal of Criminology*.

Dokumentationszwecke der aktenführenden Institution legen müssen, wirft die unangenehme Frage auf, ob sich derartige Quellen tatsächlich zur Rekonstruktion von »Realdevianz« eignen – oder ob sie nicht vielmehr nur »Beiträge zur Konstruktion des Kriminellen« (46) abgeben. Derart limitiert sind natürlich ganz besonders die quantifizierenden historischen Daten, die immer nur institutionelles Verhalten erfassen (angemessene Würdigung auf S. 58 ff., weniger sensibel dann aber S. 113 ff.). Von daher überzeugt die sich andeutende Präferenz für Quellenkombination und eine qualitative mikrohistorische Forschungslogik. Dass Schwerhoffs Aktenskepsis dabei aber nicht in voller (gebotener) Schärfe ausfällt, muss überraschen, weil er das kriminalsoziologische Etikettierungskonzept wiederholt rezipiert – und es doch gerade dieser Ansatz ist, der die institutionelle Wirklichkeitskonstruktion in amtlich erzeugten Materialien besonders konsequent sichtbar gemacht hat.

Die Attraktivität des Labeling Approachs für die historische Kriminalitätsforschung ist im Übrigen verständlich, weil damit die geschichtliche »Flüchtigkeit« der Definitions- und Kriminalisierungsprozesse klar in den Fokus gerät (35 ff.). Dass dies aber ausreicht, um sekundärdeliktische Karrieren oder gar primärdeliktische Strukturen erklären zu können, verdient angesichts des kriminalsoziologischen Diskussionsstandes dann doch manchen Zweifel. Allerdings nimmt Schwerhoff sämtliche »Kriminalitätsforschung«, die er nicht mit dem Attribut »historisch« assoziiert, ohnehin nur selektiv wahr. Dies macht sich an etlichen Stellen abträglich bemerkbar. So kreist die Erörterung von Gewalt in einem (durchaus instruktiven) Zirkel von Ehre, Affekt und Konflikt (120 ff.) – und hätte doch durch Rückgriff auf kriminologische Ansätze (etwa zur sozialen Desintegration) an zusätzlicher Substanz gewinnen können. Oder, um weitere Beispiele zu nennen: Bei den Über-

legungen zur Funktion der Justiz (105 ff.) hätte es sich angeboten, die kriminalsoziologischen Arbeiten von David Garland zu berücksichtigen. Und das Potenzial der historischen Kriminalitätsforschung, die »vielbeklagte Vernachlässigung der Opfer zu überwinden« (130), muss man so lange bezweifeln, wie dies ohne viktimologische Konzepte auskommen will. Schließlich ist die Bedeutung von subkulturellen und Kriminalisierungseffekten für »kriminelle Karrieren« im Feld der »organisierten Kriminalität« (136 ff.) ganz gewiss von Belang – doch wäre für den schattenwirtschaftlichen Teil des Phänomens eben auch der staatliche Part berücksichtigungswürdig (namentlich die Illegalisierung, Verknappung oder Verteuerung eines gesellschaftlichen Bedarfs).

All dies soll den Gewinn nicht bestreiten, den der Leser durch die kenntnisreiche und gut lesbare Darstellung erzielt. Wer in der historischen Kriminalitätsforschung nicht zu Haus ist, findet bei Schwerhoff einen sehr guten Einstieg (und zur etwaigen Vertiefung einen umfangreichen Literaturapparat). Zugleich wird aber auch eine Gelegenheit verschenkt: Die historische Kriminalitätsforschung erschließt spezifisch kontextuiertes, empirisches Material, das eine reizvolle Möglichkeit zur Überprüfung und Fortentwicklung der kriminologischen Erklärungs- und Interpretationsmuster öffnet. Deshalb hat die Kriminologie ein Interesse, dieses Wissenschaftsfeld als Bezugsdisziplin zu vereinnahmen und ihren Ertrag eben auch für ihre Zwecke verwerten zu können. Dafür gibt Schwerhoff in genau jenem Maße eine informative Übersicht über den Stoff, wie das eine Einführung zu leisten vermag. Doch was die konzeptionelle Ebene anlangt, lässt das Buch die kriminologischen Leser im Stich.



Matthias Schwaibold

Die Gestaltung der Gestaltungsrechte*

»Gut Ding will Weile haben«: Seit Jahren im Verlagsprogramm ebenso regelmäßig angekündigt wie dann verschoben, erschien Hattenhauers Habilitationsschrift im November 2011. Der Rezensent will die Leser dieser Zeitschrift nicht annähernd so lange warten lassen wie der Autor ihn. Das zusammenfassende Urteil vorweg: Hattenhauer hat ein lesenswertes Buch geschrieben, facetten- und gedankenreich, trotz des (erz-)dogmatischen Themas stets klar und verständlich, nie langweilig und nirgendwo redundant und mit einem sicheren Blick für die wesentlichen historischen Zusammenhänge; seine Kritik an den (vielen) Autoren, die die Dinge anders sehen, ist immer zurückhaltend, dabei elegant formuliert, und erscheint nie besserwisserisch, gleich wie seine eigentliche Botschaft – die der Rezensent allerdings nicht teilt (meinen Einwand versuche ich am Ende kurz darzulegen).

Just zum hundertjährigen Jubiläum des Begriffs der Gestaltungsrechte, den Emil Seckel in einem Vortrag bzw. dann einem Festschriftenaufsatz 1903 schuf, hatte Christian Hattenhauer seine Arbeit schon 2003 der Universität Münster vorgelegt; offensichtlich haben Feinschliff, Ziselieren und Polieren weitere 8 Jahre in Anspruch genommen, denn die Werke aus den Jahren 2004 bis 2011 sind im Literaturverzeichnis weder besonders zahlreich noch scheinen sie einen Einfluss auf die Konzeption gehabt zu haben. Hattenhauer geht historisch vor: Im ersten Teil (5–196) führt er in sieben Kapiteln aus dem römischen Recht zum BGB. Zunächst zeigt er die Vorläufer einseitiger privater Rechtsgestaltung aus dem antiken römischen Recht, namentlich die Rücktrittsrechte und die Kündigung. Sie waren aber zu wenig zahlreich und vor allem zu sehr auf den »Rechtsakt« bezogen, als dass sich allein schon daraus eine Dogmatik der Gestaltungsrechte hätte ergeben können (5–45). Auch war dem römischen Fallrecht die Herausbildung abstrakter Dogmen fremd. Noch

weniger ist dafür aus den Quellen des deutschen (germanischen) Rechts zu gewinnen (47–55). Auch Kanonistik, *usus modernus* und Naturrecht, ja nicht einmal die Pandektistik alleine bringen den Durchbruch, sondern liefern lediglich einzelne Entwicklungselemente. »Dass sich über ein Gestaltungsgeschäft durch einseitiges Handeln des Gestaltungsberechtigten die Rechtslage ändert ..., ist eine relativ junge Erscheinung« (57). Sie setzt Verschiedenes voraus, das sich weder zwangsläufig noch zeitgleich oder flächendeckend ergeben hat: zunächst die Ausbildung der Begriffe des Rechtsgeschäfts und der Willenserklärung, dann aber auch die Loslösung vom aktionsrechtlichen Denken und der rechtsgestaltenden Erklärungen aus dem Prozess ins materielle Recht. Schließlich ist sie auch Ausdruck des politischen Liberalismus, der den Richter nicht überall an Stelle oder als Vertreter des fürsorglichen Staates haben will, sondern der Willensmacht (oder Willkür) des Einzelnen Bahn bricht. Für den Bereich Deutschlands und der Schweiz vereinigen sich die wichtigsten Entwicklungslinien erst in der 2. Hälfte des 19. Jahrhunderts: Anfechtung, Rücktritt, Verrechnung usw. werden zu Gestaltungsrechten in den Händen einer Partei. Was für uns seit über 100 Jahren ganz selbstverständlich ist, haben andere Rechtsordnungen anders oder nicht mit gleicher Konsequenz gelöst: So ist nach einer durchaus in Teilen bis heute nachwirkenden Konzeption namentlich des französischen Rechts (dazu 205 ff.) die Vertragsauflösung nicht Sache der Parteien, sondern Ergebnis einer entsprechenden Klage, eines Gestaltungs-klagerechts und des richterlichen Auflösungsentscheids, gleich wie sich die Verrechnung nicht zwangsläufig als *eo ipso* wirksame Erklärung darstellen muss, sondern der Durchsetzung im Prozess bedarf. Gesetzgeberische Teilentscheide (im Zürcherischen Privatrechtlichen Gesetzbuch, im Allgemeinen Deutschen Handelsgesetzbuch, vor allem aber im Sächsischen

* CHRISTIAN HATTENHAUER, *Einseitige private Rechtsgestaltung. Geschichte und Dogmatik* (Heidelberger rechtswissenschaftliche Abhandlungen 4), Tübingen: Mohr Siebeck 2011, XXVIII, 530 S., ISBN 978-3-16149789-6

BGB und dann im Schweizerischen OR) bereiteten ab 1850 das Terrain für die grundlegende Weichenstellung im BGB. Zwar erwachsen bis in die Beratungen hinein aus der (spätpandektistischen) Lehre und seitens der Vertreter des rheinischen Rechts noch Widerstände, aber Rücktritt, Anfechtung und Verrechnung bedurften nicht mehr der richterlichen Bestätigung, sondern wurden grundsätzlich durch Parteierklärung wirksam. Hattenhauer schildert (57–185) nicht nur die spannungsreiche Entwicklung zwischen dem Beginn der historischen Rechtsschule (Savigny) und ihrem Ende (Eisele/Dernburg/Windscheid), sondern widerlegt auch im Vorbeigehen wesentliche Überlegungen, die Pascal Pichonnaz in seiner Habilitationsschrift über die »Compensation« (Fribourg, 2001) aufgestellt hatte (171 ff.). Die Verrechnung wurde nicht etwa von der Lehre, sondern gegen diese von Gesetzgebung und Praxis zur rechtsgestaltenden Willenserklärung gemacht.

Als Emil Seckel den Begriff der »Gestaltungsrechte« kurz nach dem Inkrafttreten des BGB vorschlug, konnte er seinerseits auf diverse Versuche ihrer dogmatischen Erfassung zurückgreifen: Als »Rechte des rechtlichen Könnens« oder als »Begründungsrechte« oder »Rechte auf Rechtsänderung« waren sie schon in den Jahren zuvor Gegenstand scharfsinniger Überlegungen geworden – aber erst als »Gestaltungsrechte« machten sie dann eine eindruckliche Karriere (187–196).

Dieser widmet sich der 2. Teil (197–460, Kapitel 8 bis 13). Es entwickelte sich im Anschluss an Seckels »Entdeckung« (202) bzw. eben in Fortführung, Verfestigung und Verfeinerung seines Gedankens eine eigentliche »Lehre vom Gestaltungsrecht«, überall dort spürbar, wo eine Rechtsordnung vom Einfluss der typisch deutschen Zivilrechtsdogmatik geleitet wird (oder auch darunter leidet). Die begriffliche Erfassung trieb die schönsten Äste und Blüten: Von »Sekundärrechten« über »ausfüllende« und »einbrechende« Gestaltungsrechte hin zur Frage der Unwiderruflichkeit, der Übertragbarkeit und Bedingungsfeindlichkeit. Neue Gestaltungsrechte gerieten sozusagen in das Prokrustesbett der jahrzehntelang gewachsenen Dogmatik, zugleich setzte sich das deutsche »Modell« zumindest ansatzweise auch in Rechtsordnungen durch, die bei Erlass der einschlägigen Kodifikationen noch auf einem anderen Stand der Lehre und Gesetzgebung – insbesondere demjenigen des Code civil – waren. Die Brüsseler Gesetzgebungsaktivitäten tragen ihrerseits zu einer

Verbreitung jedenfalls von verbraucherschützenden Widerrufsrechten bei – eine Entwicklung, die Hattenhauer ausdrücklich begrüßt (226). Den Weg zumindest ins EGBGB fand das Gestaltungsrecht erst 1995.

Das 9. Kapitel (229 bis 258) ist der »herkömmlichen Lehre vom Gestaltungsrecht« gewidmet. Es gehört zu den subjektiven Rechten, kann in Begründungs-, Änderungs-, Regelungs- und Aufhebungsrechte unterteilt werden, aber damit ist die Dogmatik noch längst nicht am Ende ihres Lateins bzw. ihrer Begriffs- und Definitionslust angekommen, nicht einmal mit der Frage nach einem »numerus clausus« von Gestaltungsrechten. Dem aber stehen – und es kündigt sich Hattenhauers Botschaft an – Art. 2 Abs. 1 GG und die Vertragsfreiheit entgegen (241). Auch über das Verhältnis von Bedingung und Gestaltungsrecht haben sich viele Autoren tiefeschürfende Gedanken ohne praktische Folgen gemacht, was den Österreicher Theo Mayer-Maly offenbar zum hübschen Spruch von »Glanz und Elend der Begriffsjurisprudenz« veranlasste. Schließlich gehört zu den häufig traktierten Themen die Frage, wie man Einrede (bzw. Einwendungen) und Gestaltungsrechte in ihrem gegenseitigen Verhältnis sieht, ob Gestaltungsrechte abtretbar seien und der Gestaltungsgegner des Schutzes, und wenn ja wieweit, bedürfe.

Den »Schwächen« der gerade dargestellten herkömmlichen Lehre widmet sich das 10. Kapitel (259–304), das dazu dient, den »Mythos Gestaltungsrecht« zu entmystifizieren und das mit ihm verknüpfte »rechtskonstruktive Denken« zu kritisieren. Dass sich mit Regeln der Rechtsanwender die Arbeit erleichtert (263), ist jedenfalls – entgegen dem Kontext, in dem Hattenhauer dies in erneutem Vorgriff auf seine Hauptthese sagt – kein tragfähiger Einwand. Denn »mühsam eine Wertung unter Berücksichtigung der Besonderheiten des Einzelfalls vorzunehmen« (a. a. O.), kann man zwar fordern und schreiben, aber damit schafft man sich nur neue, und insgesamt wohl größere Probleme (dazu dann meine Schlussbemerkung). Namentlich in Auseinandersetzung mit Böttcher (dem offenbar ersten und nach Seckel einflussreichsten »Dogmatiker« des Gestaltungsrechts) listet Hattenhauer die zahlreichen Überlegungen auf, welche zu einer »Missachtung des Rechtsverhältnisses« geführt hätten. Statt dessen, so seine Schlussfolgerung, gelte »in dubio pro libertate«, und den Dogmen ist mit Art. 2 Abs. 1 GG zu Leibe zu rücken (281). Aber die privatautonome Ver-

wirklichung von Parteirechten ist – entgegen Hattenhauer – weder der Maßstab noch die Antwort.

Das 11. Kapitel handelt von der Bedingungs- und Befristungsfeindlichkeit des Gestaltungsgeschäfts (283–304) – nach dem Gesagten verwundert es nicht, dass Hattenhauer beides für unmaßgebliche Produkte konstruktiven Denkens hält. Auch der Unwiderruflichkeit bereitet er im 12. Kapitel, nach ausführlicher Darstellung, dasselbe Schicksal (305–402). Dieses Kapitel erscheint nach Umfang und Dichte der Kernpunkt der »geltendrechtlichen« bzw. »zivilistisch-dogmatischen« Bemühungen Hattenhauers zu sein. Indessen greift auch hier die Schlussfolgerung wieder zu kurz: »In der Konsequenz einer Überantwortung der Rechtsgestaltung an die Parteien liegt eine an deren Interessen orientierte Flexibilität der Rechtsausübung« (402). Schließlich wird im 13. Kapitel (404–460) der Unübertragbarkeit des Gestaltungsrechts der Garaus gemacht, mit dem durchaus konsequenten Ergebnis, dass »das ›Dogma‹ der Unübertragbarkeit des Gestaltungsrechts ... im Widerspruch zur Privatautonomie« stehe.

Auf den Seiten 461 bis 468 formuliert Hattenhauer zusammenfassend seine Ergebnisse, 469 ff. folgen dann Quellen-, Literatur-, Rechtsquellen-, Personen- und Sachverzeichnis. Es ist bemerkenswert, mit welcher Leichtigkeit er zusammenfasst, was er vorher ausgebreitet hat: »Statt Wertung begegnet das konstruktive Argument« (464) oder »Alles in allem erweisen sich die herkömmlichen ›Dogmen‹ der Lehre vom Gestaltungsrecht als unzutreffend« (468), lediglich als »Ordnungsbegriff« sei es anzuerkennen. Die herkömmliche Lehre hindere »die in einer Interessen- bzw. Wertungsjurisprudenz allein maßgebliche Beurteilung der Sachfragen nach den Interessen der Parteien und beeinträchtigt unzulässigerweise die Privatautonomie. Erforderlich ist immer eine Interessenbewertung im Einzelfall, die an Stelle von griffigen, der Bequemlichkeit des Rechtsanwenders entgegenkommenden Regeln treten muss« (468).

Hier setzt nun der – grundlegende – Widerspruch des Rezensenten an: Gewiss haben Begriffe und Dogmatik eine »dienende« Funktion und dürfen nicht einfach Selbstzweck werden. Aber, so banal es klingen mag, muss es gesagt werden: Das Recht besteht aus Normen und Begriffen, und die Rechtsordnung dient nicht einfach den Interessen von Parteien, die an einem Vertrag beteiligt sind, sondern darüber hinausgehend allen Rechtsgenossen (um diesen altertümlichen Ausdruck zu

verwenden) und dem friedlichen – geordneten – Austragen von Interessengegensätzen. Zur Steuerungsfähigkeit des Rechts gehört auch die Prognostizierbarkeit von – gerichtlichen – Entscheidungen, und die wiederum dürfen nicht zum jeweils beliebigen, völlig einzelfallbezogenen und insoweit auch zufälligen Ergebnis einer konkreten Interessenwertung werden: Wer – wie Hattenhauer – der konstruktiven Funktion von Begriffen die Einzelfallbetrachtung entgegensetzt, der entzieht der Dogmatik und ihrem Instrumentarium, damit letztlich aber auch der Norm und ihrer Anwendung die Verallgemeinerungsfähigkeit und vernachlässigt die Postulate der Rechtssicherheit und Rechtsklarheit. Dass diese Prinzipien die Privatautonomie begrenzen, wie namentlich der *numerus clausus* des Gesellschafts- und Sachenrechts sowie des Familien- und Erbrechts zeigen, ist eine häufige und selbstverständliche Erscheinung. Das Grundgesetz und die Vertragsfreiheit sind keine Argumente gegen Begriffe und Dogmen, sondern lediglich der Ersatz eines Dogmas durch ein anderes – nämlich das der (uneingeschränkten) Privatautonomie und der (schränkenlosen) privaten Normsetzung. Wo sich die Parteien einig sind (z. B. über die »begriffswidrige« Rücknahme einer Gestaltungserklärung oder deren Bedingung und Befristung), hindert niemand, dass ihr Wille geschehe; indessen ist doch mit dem Konflikt und der Anrufung des Richters zugleich erklärt, dass sich die Parteien nicht (länger) einig sind. Wie soll aber der Richter zwischen widerstreitenden Interessen entscheiden, wenn nicht unter zumindest teilweiser Missachtung der Autonomie der einen Seite, die er durch sein Urteil zu etwas zwingt, was sie nicht freiwillig tun wollte? Und warum sollen für die richterliche Entscheidung nicht – in der Sprache von Art. 1 Abs. 3 des Schweizerischen Zivilgesetzbuches – »bewährte Lehre und Überlieferung«, also auch Dogmen und Begriffe helfen dürfen? Sie als bloße Bequemlichkeit für den Rechtsanwender abzutun, verkennt ihren durchaus nützlichen Beitrag, den sie für die Einheitlichkeit und Widerspruchsfreiheit einer Rechtsordnung leisten.

Was alles nichts daran ändert, dass Christian Hattenhauer einen konsistenten Gegenentwurf geschrieben hat, der sowohl dem Rechtshistoriker wie dem Geltendrechtler ausgesprochen viele Anregungen und Einsichten vermittelt.

