

# Buchbesprechungen

*Rolf Knieper, Gesetz und Geschichte. Ein Beitrag zu Bestand und Veränderung des Bürgerlichen Gesetzbuchs, Baden-Baden (Nomos-Verlag) 1996, 261 Seiten, DM 76,-*

Knieper hat aus Anlaß der 100jährigen Wiederkehr der Verabschiedung des BGB im Reichstag ein Buch über die vor allem philosophischen Voraussetzungen des BGB und dessen Fortentwicklung in diesem Jahrhundert geschrieben, das Nachdenken und Respekt verdient. Damit verbindet er eine rechtshistorische Abhandlung, die erstaunt, weil sie unter souveräner Außerachtlassung praktisch der vollständigen rechtshistorischen Literatur zur Entstehung und Entwicklung des BGB erfolgt. Der rechtshistorische Leser – um das Ergebnis vorwegzunehmen – schwankt zwischen dem Respekt über unerwartete Einsichten und der Verärgerung über Passagen, in denen über Dinge spekuliert wird, über die aus der rechtshistorischen Forschung einiges bekannt ist. Es ist daher sehr schwer, das Buch als Rechtshistoriker zu würdigen, wenn der Verfasser gewissermaßen im einsamen Dialog mit der idealistischen Philosophie (Kant und Hegel) die Vorstellungen herausarbeitet, die dem BGB zugrunde lagen bzw. hätten zugrunde liegen müssen, um dann die Entwicklung zu skizzieren, die das 20. Jahrhundert im Privatrecht nach seiner Auffassung kennzeichnete.

Die Gliederung ist ein wenig umständlich formuliert. Teil I (S. 11–22) behandelt die grundlegende Frage, wie »Entstehungs- und Entwicklungsbedingungen des (Privat)Rechts mit samt seinen Legitimationsversuchen« erklärt werden können und wie man so einen Beitrag zur Analyse der Gesellschaft leisten könne, in der dieses Recht gelte (S. 16). Am Ende spricht Knieper auch von der Rolle der Rechtsprechung und deren tatsächlicher oder erwünsch-

ter Flexibilität; denn Rechtsfortbildung sei – so ein Leitmotiv – Durchsetzung sozialer Bedürfnisse (S. 19).

In den folgenden Kapiteln behandelt Knieper zunächst die Entstehung des Gesetzes (Teil II, S. 23–54), um sodann zu den zentralen Fragen zu kommen, nämlich der Freiheit des Menschen (unter Berücksichtigung von Personen-, Familien- und Erbrecht, S. 55–114). Daran schließt sich Freiheit und Gebundenheit des Vertrages an (S. 115–198). Im abschließenden Teil V rücken Freiheit und Gebundenheit des Eigentums in den Mittelpunkt. Im Grunde realisiert Knieper auf allen Ebenen seines Werkes, wie sich die genannte Freiheit und Gebundenheit einerseits aus philosophischen Prinzipien speist und sich andererseits an den Realitäten z. B. des Marktes bricht und brechen muß.

Die Entstehungsgeschichte des Gesetzes kommt im Grunde über den Stand von Wieackers Privatrechtsgeschichte nicht hinaus. Die alten, inzwischen zweifelhaft gewordenen Konzepte, die mitteleuropäischen Gesetze seien auf das sog. Besitzbürgertum zugeschnitten gewesen, werden wiederholt; Konzepte, die gewiß nicht falsch sind, die man heute aber doch etwas differenzierter betrachtet. Auch die beiden wesentlichen Kritiken am BGB (Menger und Gierke S. 27 ff.) werden zwar zutreffend und sehr elegant formuliert wiedergegeben, doch bleibt Gierke (S. 32) der Präfaschist, was weder Gierke noch den späteren Nationalsozialisten historisch gerecht wird (S. 32 ff.). Hier ist wiederum bedauerlich, daß Knieper die verschiedenen Abhandlungen, die zu Gierke und gerade auch über diese Frage geschrieben wurden, offenbar nicht kennt.<sup>1</sup>

<sup>1</sup> Helga Spindler, Von der Genossenschaft zur Betriebsgemeinschaft. Kritische Darstellung der Soziallehre Otto v. Gierkes, Frankfurt a M (= Rechtshistorische Reihe

Der folgende Abschnitt ist interessant, weil Knieper im Ergebnis zu Recht meint, daß die Kritiken in bezug auf fehlende Modernität, Sozialität und Gesellschaftsreform das BGB nicht hätten treffen können. Hier findet sich (bis S. 42) eine in vielen Punkten zutreffende Analyse, etwa, daß in den Warenverkehrsgesellschaften identische Probleme einer Lösung bedurften, so daß – wie schon Zitelmann meinte – die Kontinuitäten zu anderen europäischen Gesetzbüchern größer seien als die Brüche.

Ein spannender Unterabschnitt ist der sozialen Frage (S. 42 ff.) gewidmet. Sehr zutreffend beginnt Knieper mit einem Savigny-Zitat<sup>4</sup>, in dem dieser die Behauptung aufstellt, daß die »Herrschaft des Rechtsgesetzes« zu Ungleichheit führen müsse. Der Reiche könne den Armen untergehen lassen durch versagte Unterstützung oder harte Ausübung des Schuldrechts. Die dagegen notwendige Hilfe finde nur im Bereich des Öffentlichen Rechts statt. Dieser These war ja auch die erste Kommission gefolgt und hatte dafür erhebliche Kritik einstecken müssen. Die Bezugnahme Kniepers auf Max Weber, der ein berechenbares Recht gefordert habe und das BGB als eines von Rechtstheoretikern und selbstherrlichen besserwisserischen Bürokraten gesehen habe, wird freilich nicht ganz richtig eingeordnet. Weber ging es zunächst darum, die Legende der Lückenlosigkeit zu bekämpfen, welche zeitgleich mit ihm schon Radbruch<sup>5</sup> desavouiert hatte. Abgesehen davon sah Weber jedoch in dem Gesetz einen Ausdruck formeller Rationalität, die sich zwar auch auf anderem Wege hätte erreichen lassen, doch kritisierte er weniger das Gesetz, sondern die kurz nach der Jahrhundertwende einsetzende rechtliche Praxis der Materialisierung. Nun kann ich nicht den Anspruch

erheben, in dieser kurzen Rezension die Position Webers darzustellen<sup>4</sup>, doch zeigt diese Kritik bereits, wie stark Knieper mit der großen Leichtigkeit seiner Feststellungen über schwierigste Fragestellungen hinweggeht, die in der neuesten Rechtsgeschichte oder der juristischen Zeitgeschichte heftig diskutiert werden. Überzeugend hingegen finde ich demgegenüber seine Feststellung, daß sich im Gesetzestext nicht nur Spuren philosophischer Lehren finden, sondern auch große Ambivalenzen, wie es bei einem solchen Gesetz auch nicht anders sein kann. Ist doch jedes Gesetz im politischen Raum der Ausdruck eines Kompromisses, sozusagen gefrorene Kompromiß-Politik. In bezug auf die Entstehungsgeschichte sieht Knieper nicht, daß das BGB *nicht* als Reformkodifikation konzipiert war. Zudem sitzt er sogleich einer alten Legende auf, daß nämlich das BGB von einem unerbittlichen Individualismus etc. geprägt worden sei. Gegen diese Legende hatte sich schon Planck in mehreren Publikationen gewandt.<sup>5</sup> Werner Schubert hat in einem grundlegenden<sup>6</sup> Aufsatz dazu Stellung genommen, und es bricht sich heute zunehmend die Erkenntnis Bahn, daß nicht in der Materialisierung des Zivilrechts das Heil für das 20. Jahrhundert zu suchen war, sondern in der Tat in der staatlichen Intervention. Das hatte die Kommission in die Formulierung gekleidet, die soziale Frage sei bereits durch das Öffentliche Recht in Angriff genommen. Max Weber hatte – was Knieper sieht – vor dieser Materialisierung des Zivilrechts gewarnt, weit stärker noch an einer anderen Stelle als der in »Gesetz und Geschichte« zitierten.<sup>7</sup> An dieser Stelle wäre es sinnvoll gewesen, die Rechtshistoriker anzuführen, die sich intensiv mit diesen Fragen auseinandergesetzt haben. Zu nennen sind etwa nur

Bd. 16) 1982, S. 177 ff.; Albert Janssen, Otto von Guericke Methode der geschichtlichen Rechtswissenschaft. Studien zu den Wegen und Formen seines juristischen Denkens, Dissertation Göttingen 1971, S. 3 ff.; Joachim Ruckert, Das »gesunde Volksempfinden« – eine Erbschaft Savignys?, in: ZRG GA 103 (1986), S. 209; Rainer Schröder, Zur Rechtsgeschäftslehre in nationalsozialistischer Zeit, in: Peter Salje (Hg.), Recht und Unrecht im Nationalsozialismus, Münster 1985, S. 10, 32 Anm. 1.

2 Friedrich Carl von Savigny, System des heutigen römischen Rechts, Bd. 1, 1840, S. 371

3 Gustav Radbruch, Rechtswissenschaft als Rechtsschöpfung. Ein Beitrag zum juristischen Methodenstreit, in: Archiv für Sozialwissenschaft und Sozialpolitik 22 (1906), S. 355–370; Rainer Schröder, Die deutsche Methodendiskussion um die Jahrhundertwende: Wissenschaftstheoretische Präzierungsversuche oder Antworten auf den Funktionswandel von Recht und Justiz, in: Rechtslehre 1988, S. 323–367

4 Joachim Ruckert, Die Unmöglichkeit und Annahmeverzug im Dienst- und Arbeitsvertrag, in: Zeitschrift für Arbeitsrecht 1983, S. 1 ff.; Rainer Schröder, Die Entwicklung des Kartellrechts und des kollektiven Arbeitsrechts durch die Rechtsprechung des Reichsgerichts vor 1914, Ebelbach 1988, S. 516 ff.

5 Gottlieb Planck, Zur Kritik des Entwurfs eines bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich, in: AcP 75, S. 327–429, ders., Die soziale Tendenz des bürgerlichen Gesetzbuches, in: DJZ 1899, S. 181 ff.

6 Werner Schubert, Das bürgerliche Gesetzbuch von 1896, in: Herbert Hofmeister (Hg.) Kodifikation als Mittel der Politik. Vorträge und Diskussionsbeiträge über die deutsche, schweizerische und österreichische Kodifikationsbewegung um 1900, Wien/Graz/Köln (Wiener rechtsgeschichtliche Arbeiten Bd. XVI) 1986, S. 11 ff.

7 Max Weber, Rezension zu Philipp Lotmar, Der Arbeitsvertrag nach dem Privatrecht des deutschen Reiches, 1. Bd. (1902), in: Archiv für soziale Gesetzgebung 17 (1902), S. 723 ff.

Benöhr<sup>8</sup>, Stolleis<sup>9</sup> und vor allem die bahnbrechende Untersuchung von Michael John<sup>10</sup>, in der dieser dargelegt hat, daß das BGB bei einer stärkeren Berücksichtigung politischer Aspekte unter keinen Umständen verabschiedet worden wäre. Man muß sich dazu nur die Situation im Reich vor Augen führen. Im Reichstag besaßen die Oppositionsparteien (von den Polen über das Zentrum bis hin zur Sozialdemokratie und den Linksliberalen) die Mehrheit und im Bundesrat natürlich die konservativen Vertreter der Landesfürsten, so daß alles andere als eine Vereinheitlichungskodifikation zum Scheitern verurteilt gewesen wäre.

Wenn in dem folgenden, an sich sehr interessanten Kapitel: »Die Dimension des Öffentlichen« (S. 50) behauptet wird, mit einer Frontstellung gegen die Philosophie Kants und den politischen Liberalismus habe Hegel die Freiheit auf die privaten Freiheiten der Person, des Eigentums und des Gewerbes beschränkt, unter Vernachlässigung der politischen Autonomie, und damit sei »der Unterschied zwischen privater und politischer Freiheit in der Welt« gewesen, so ist das gewiß ahistorisch, wenn nicht gar falsch. Erstens zweifle ich, ob Hegels Thesen in diesem Sinne zu verstehen sind, und zweitens war die Abkoppelung der politischen Freiheiten von den (vereinfacht so genannten) wirtschaftlichen nicht ein Produkt der Hegelschen Philosophie, sondern Beschreibung der politisch/verfassungsrechtlichen und wirtschaftlichen Realität nach Napoleon!<sup>11</sup>

Knieper ist offenbar die Einführung sozialer Zwecke in das Privatrecht sympathisch, da es in der Lage sei, das Private mit dem Öffentlichen zu versöhnen. Diese Frage kann man – wie der Autor – mit Hegel und Habermas diskutieren, doch läßt sich so die *Entstehung* des Gesetzes nicht kritisieren. Diese Kritik

am knieperschen Ansatz ändert natürlich nichts daran, daß unstreitig eine ungleichgewichtige Verhandlungs- und Marktmacht besteht. Doch dem Gesetzgeber des BGB mit Hilfe dieser Philosophen-Zitate gewissermaßen vorzuwerfen, sie hätten das Problem nicht erkannt, geht wohl nicht an. Im übrigen erscheint mir die Stellungnahme Kniepers zu diesen Fragen nicht völlig einsichtig, weil – jedenfalls S. 52 f. – letztlich offen bleibt, ob Knieper die Betonung des Sozialen im Bürgerlichen Recht sympathisch oder unsympathisch ist.

Der personenrechtliche Teil (S. 55 ff.) beginnt mit der Rechtsfähigkeit, deren Dogmengeschichte zutreffend und knapp geschildert wird. Sodann folgt (S. 59) wieder die Auseinandersetzung mit Savigny und den idealistischen Philosophen. Im folgenden entfaltet Knieper dann den Begriff der juristischen Person. Er meint abschließend (S. 66 u.), die »Rechtssubjektivität des Menschen als physische Person und die Rechtssubjektivität der juristischen Person sind je für sich normative, positiv rechtliche Konstrukte.« Darüber ließe sich trefflich streiten.

Im Anschluß hieran wendet sich Knieper der Stellvertretung zu, die er ein »juristisches Wunder« nennt (S. 67). Zunächst wird die Freiheit besprochen, die, was schon die idealistischen Philosophen als Selbstverständlichkeit betrachteten, nicht mit Willkür zu verwechseln sei. Anders als diese Philosophen betrachteten die klassischen Zivilgesetzbücher die »Normativität der Freiheit als Nützlichkeit« und d. h. als zweckgerichtete Vernunft. Das kann man – wenn ich diesen genitivus partitivus richtig deute – wohl bezweifeln. Hingegen ist der Bezug zu Freud wichtig: »Die ganz unpersönliche Not des Lebens, die Knappheit der Güter, die Versagung der Realität... sind die großen Lehrmeister und die reale Macht. Sie haben der Gesellschaft als eine der wichtigsten Erziehungsaufgaben vorgegeben, das infantile Lustprinzip, den Sexualtrieb zu bändigen, einzuschränken, einem individuellen Willen zu unterwerfen, der mit dem sozialen Geheiß identisch ist, denn das Motiv der menschlichen Gesellschaft ist im letzten Grunde ein ökonomisches.« (S. 72 f.). In der Tat: Der Preis der ökonomischen Vernunft ist hoch. Doch wenn Knieper hieraus schlußfolgert, gesellschaftsfähig sei nur, »wer die Kriterien der nützlichen Freiheit in zweckorientierter Vernunft erfüllt«, dann erscheint das rechtlich

<sup>8</sup> Hans-Peter Benöhr, Verfassungsfragen der Sozialversicherung nach den Reichstagsverhandlungen von 1881 bis 1889, in: ZRG GA 97, S. 94–163, ders., Soziale Frage, Sozialversicherung und sozialdemokratische Reichstagsfraktion 1881–1889, in: ZRG GA 98, S. 95–156, ders., Wirtschaftsliberalismus und Gesetzgebung am Ende des 19. Jahrhunderts, in: ZfA 8 (1977), S. 187–218

<sup>9</sup> Michael Stolleis, Gemeinwohlformeln im nationalsozialistischen Recht, Berlin 1974, S. 100 ff.

<sup>10</sup> Michael John, Politics and the law in late nineteenth-century Germany. The Origins of the Civil Code. Oxford Historical Monographs, Clarendon Press Oxford 1989

<sup>11</sup> Dieter Grimm, Die verfassungsrechtlichen Grundlagen der Privatrechtsgesetzgebung, in: Coing (Hg.), Handbuch der Quellen und Literatur der neueren europäischen Privatrechtsgeschichte III: Das 19. Jahrhundert, Tb. 1, München 1982, S. 17–176.

– abgesehen von dem Fall des Verschwenders – mehr als zweifelhaft.

Immer wieder finden sich analytisch scharfe Bemerkungen zu dogmatischen Figuren, wie etwa vom mittelbaren Besitz (S. 77), der überraschenderweise mit Positionen aus der kantischen Metaphysik der Sitten konfrontiert wird. Von Kants Überlegungen, ob der Mensch Eigentümer von sich selbst werden könne, springt Knieper zu der Frage, daß die Entfaltung der Individualität und Selbstbestimmung auch dazu geführt habe, die eigene Person als quasi dingliches Recht zu vermarkten, was heute der Markt und, ihm stets folgend, das Recht bejahen.

Im folgenden Abschnitt: »Die Korrespondenz von vernünftiger Person und mechanisierter Welt« liegt eigentlich nur ein heutiger Nachvollzug dessen, was die Pandektenwissenschaft im 19. Jahrhundert längst gesehen hatte. Die Setzung des natürlichen Menschen gegen das Subjekt ist ebenso interessant wie die Darstellung der Frage, wie der Mensch in der neuzeitlichen Vernunft geschaffen worden sei. Hier greift Knieper (S. 81 ff.) auf das Naturrecht einerseits und die Geschichte der Zivilisierung des Menschen andererseits zurück. Elias wird ausgiebig zitiert und kritisiert. Freilich verwendet Knieper im Hinblick auf die Hexenverfolgungen ein inzwischen mehrfach als falsch nachgewiesenes Modell: »... ein bevölkerungspolitisches Kalkül, gepaart mit der Absicht der Unterdrückung von Sexualität«, habe »diesen Prozeß ausgelöst, nicht ohne allerdings einen für die Produktionsverhältnisse höchst willkommenen Effekt zu erzeugen.« Dieses bevölkerungspolitische Kalkül hat es nie gegeben, es ist eine Schimäre, die von Heinsohn, Knieper und Steiger in die Welt gesetzt wurde, ohne daß sie sich am Material nachweisen ließe. Auch die weiteren Ausführungen zu Hexen und Hebammen sind leider schlicht falsch. Es wäre ein Akt der wissenschaftlichen Fairneß gewesen, hier zumindest die vielfältigen kritischen Stimmen in Auszügen zu zitieren und darauf hinzuweisen, daß die praktisch einhellige wissenschaftliche Meinung diese Auffassung für verfehlt hält<sup>12</sup>.

Sodann folgt ein Blick auf die Familie, wiederum mit einer charakteristischen Zitatenmischung aus idealistischer Philosophie,

Marxisten, Historikern des Zivilisationsprozesses und juristischen Materialien wie den Motiven. Natürlich auch hier wieder einleuchtende Beobachtungen, so (S. 99) die, daß das Recht in das Innere der Familie eingedrungen sei, was aber – wie Knieper selbst zitiert – schon Ihering gesagt hatte. Auch der Abschied von der patriarchalischen Familie wird thematisiert, freilich immer wieder mit historischen Ungenauigkeiten. So wird (S. 102) behauptet: »Im 19. Jahrhundert wurden die Verhältnisse von Ehemann und Ehefrau, von Eltern und Kindern auf Liebe gegründet.« Das ist ein Satz, der zumindest sehr schichtabhängig und in dieser Allgemeinheit sehr zweifelhaft ist. Kann man das Problem der Familie wirklich wie folgt so beschreiben: »Triebbeherrschung, Realitätsprinzip und zweckorientierte Vernunft des guten Hausvaters waren bestimmt durch ökonomische Notwendigkeit und durch die Erinnerung an eine gewaltsame Zurichtung. Ihnen entsprach die Legalität des kategorischen Imperativs und die Moral des Respekts vor fremdem Eigentum, der Gesetzestreue, der Verlässlichkeit in Vertragsbeziehungen, der Präzision und Vorhersehbarkeit menschlichen Handelns im Privatrecht und im Wirtschaftsverkehr.« Wie war das dann mit der Liebe...?

Richtig freilich die Bemerkung, daß die Familienrechtsreform kein Dokument der menschlichen Selbstbestimmung sei (S. 107). Über den Staat als Sittlichkeit und die Schematisierung des Zivilrechts kommt Knieper zu einem resignativen Schluß: »Nachdem die Hoffnungen der Aufklärungs-Philosophie und der Zivilrechtswissenschaft des 19. Jahrhunderts sich offensichtlich nicht realisieren, daß nämlich der Mensch alles daran setzen werde, auch moralische Person zu werden, steht die externe Normativierung des Rechtssubjekts auf der juristischen Tagesordnung.« Die Analyse des Zivilrechts führt den Verfasser zu dem Ergebnis, »daß Autonomie und Freiheit der Person in einer Zeit die rechtsphilosophische und -dogmatische Diskussion beherrschte, als das Individuum in den festen, unauflöselichen, despotischen, gesetzlich sanktionsbewährten Bindungen der patriarchalischen Familie und ihrer Sittlichkeit gefesselt und gehalten war.«

Der vierte Teil ist dem allgemeinen Teil und dem Schuldrecht gewidmet. Den Schwerpunkt bilden zunächst das Verhältnis von Freiheit und Bindung und die seit langem

<sup>12</sup> Detaillierte Auseinandersetzung bei Gunter Jerouschek, *Des Ratsels Lösung? – Zur Deutung der Hexenprozesse als staatsterroristische Bevölkerungspolitik*, in: KJ 1986, S. 443–458

umstrittene Frage, wie der freie Wille sich rechtlich binden könne. Nach Darstellung der philosophischen Grundpositionen kommt Knieper unter Abwägung der Willens- und Erklärungstheorie zu dem Ergebnis, daß die Rechtspolitik und damit der Gesetzgeber für die Bindung in Willenserklärung und Vertrag verantwortlich sei. Diese Darstellung ist höchst lesenswert! Um die Grenzen der Willensherrschaft, um die Selbstbindung geht es im folgenden (S. 127 ff.). Hier wird vom Vernunftrecht der Aufklärungsphilosophie gehandelt, von den Veränderungen im 19. Jahrhundert und endlich vom Abschied vom freien Willen. All das natürlich nicht rechtssoziologisch oder empirisch untermauert, sondern immer wieder – und einmal sei es gesagt »nur« – unter Verweisung auf philosophische oder juristische Autoritäten.

Im Anschluß hieran (S. 139 ff.) behandelt Knieper die notwendige Unvollständigkeit des Gesetzes, über die sich eigentlich alle Juristen stets einig waren. Es folgen (S. 141 ff.) Beispiele für Rechtsfortbildung, so u. a. zum sächsischen Holzstoffkartell. »Begründet haben die nicht volkswirtschaftlich gebildeten Richter die Entscheidung mit volkswirtschaftlichen Überlegungen zur Verderblichkeit niedriger Preise und Überproduktion sowie mit einigen Hinweisen auf das dem Eigentum vorgeliehende deutsche Gesamtinteresse.« Knieper kritisiert die Entscheidung mit dem Hinweis auf die US-amerikanische Diskussion sowie das Prinzip der Gewerbefreiheit. Gäbe es zu dieser Entscheidung nicht Dutzende von Büchern und Aufsätzen, dann könnte man diese Interpretation stehen lassen. Tatsächlich war aber alles ganz anders, wie neuere kontextabhängige Interpretationen der Entscheidung zeigen. Die Rechtsprechung befand sich in einem unglaublichen Zwiespalt und rekurrierte auf die bedeutendsten Ökonomen ihrer Zeit. Da Sozialisten und Vertreter der Wirtschaft in ihrem Urteil, Kartelle seien unschädlich, übereinstimmten, akzeptierte man ganz vorsichtig diese frühen Kartelle als volkswirtschaftlich nützlich.<sup>13</sup> Die Kritik an solchen rechtsfortbildenden Entscheidungen verkennt den Entschei-

<sup>13</sup> Rainer Schroder (Fn. 4); Hans Pohl (Hg.), Kartelle und Kartellgesetzgebung in Praxis und Rechtsprechung vom 19. Jahrhundert bis zur Gegenwart, Wiesbaden 1985; Knut Wolfgang Norr, Die Leiden des Privatrechts: Kartelle in Deutschland von der Holzstoffkartellentscheidung zum Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen, Tübingen 1994

dungszwang und das daraus folgende Dilemma der Richter. Der Satz: »Eine demokratisch nicht legitimierte Gesetzesänderung nach Beratungen in Richterzimmern ist ein Verfassungsverstoß.« beschwört eine Position, die bereits Gustav Radbruch 1906 kritisiert hatte.<sup>14</sup> Richterliche Rechtsfortbildung ist seit langem ein legitimer, freilich nie unproblematischer, gelegentlich höchst fragwürdiger Akt der Anpassung des Gesetzes an veränderte Realitäten und somit der Flexibilisierung der normativen Lage. Daß die von den Gerichten angegebenen Gründe durchaus nicht immer die »wahren und wirklichen« sind, hat jüngst für den Bereich des Persönlichkeitsrechts Stefan Gottwald<sup>15</sup> nachgewiesen.

Im Kontext des Zusammenhangs von Familien- und Schuldrecht beschreibt Knieper die Reform des Familienrechts als »De-Institutionalisierung, Subjektivierung, Autonomisierung«, der eine Reform des Schuldrechts gegenüberstehe, die bezeichnet wird als »Institutionalisierung, Objektivierung, Deautonomisierung«. Auch hier finden sich wieder viele überlegenswerte Fragen zur Modernisierung besonders des Familienrechts (S. 149 ff.), nach denen (S. 158) wieder das Willensprinzip und die Selbstbestimmung des Menschen sowie der Entgeltcharakter der Privatrechtsbeziehungen erörtert werden. Zur Klärung werden sowohl Duguit als auch Habermas herangezogen, um dann »das Schuldverhältnis von menschlicher Selbstbestimmung und Willensfreiheit zu lösen.« (S. 178). Die rechtshistorischen Erläuterungen greifen freilich ein wenig zu kurz, wenn behauptet wird, es sei auf den Willen im römischen Recht nicht angekommen. Daß im folgenden z. B. die Überlegungen zum Kontrahierungszwang und zum faktischen Vertrag wiederum aus ihrem historischen Kontext gerissen werden<sup>16</sup> (unabhängig davon,

<sup>14</sup> Vgl. Fn 3

<sup>15</sup> Stefan Gottwald, Das allgemeine Persönlichkeitsrecht. Ein zeitgeschichtliches Erklärungsmodell, Berlin (Berliner Juristische Universitätschriften, Zivilrecht 11) 1996

<sup>16</sup> Rainer Schroder, Zur Rechtsgeschäftslehre in nationalsozialistischer Zeit (Fn 1), S. 8–44; jungst Peter Lambrecht, Die Lehre vom faktischen Vertragsverhältnis, Tübingen (Beiträge zur Rechtsgeschichte des 20. Jahrhunderts 10) 1994, starkerer Kontextbezug in den neueren Untersuchungen zur Dogmatik von Hans-Peter Haferkamp, Die heutige Rechtsmissbrauchslehre – Ergebnis nationalsozialistischen Rechtsdenkens?, Berlin (Berliner Juristische Universitätschriften, Reihe Zivilrecht, Bd. 1) 1995, Ralf Kobler, Die »clausula rebus sic stantibus« als allgemeiner Rechtsgrundsatz, Tübingen 1991.

daß die Frage scharfsinnig debattiert wird), ist bezeichnend für den Stil des Autors (S. 187ff.). Die Beiträge zu dogmatischen Streitfragen etwa im Rahmen der vorvertraglichen Haftung etc. sind jedenfalls sehr beachtlich.

Der kürzeste Teil befaßt sich mit Freiheit und Gebundenheit des Eigentums, also vornehmlich dem Sachenrecht (S. 199 ff.). Bei den Spekulationen über die Herkunft des Abstraktionsprinzips fehlen erneut die bekannten historischen Darstellungen.<sup>17</sup> Die Rechtsfigur des gespaltenen Eigentums geht auf die Glossatoren zurück und entspricht im 18. Jahrhundert der völlig h. M.<sup>18</sup> Die Eigentumsdiskussion, die sich in das 19. Jahrhundert hineinzieht, findet ihren Anfang bereits in der naturrechtlichen Debatte.<sup>19</sup>

Zu Kniepers Darstellung über Freiheit und Bindung des Eigentums, über die Debatte zwischen Germanisten und Romanisten und die Rezeption einiger Ideen im Nationalsozialismus ließe sich viel sagen. Auf die grundlegende Darstellung von Kroeschell dazu, wie es zum absoluten Eigentumsbegriff des § 903 kam, greift Knieper leider nicht zurück.<sup>20</sup> Spannend hingegen ist die Schilderung der Entwicklung weiterer Rechtsobjekte, interessant (S. 228) die Kritik am Bundesverfassungsgericht: »In dieser Situation und Struktur ist es illusionär, sozialpolitische Probleme und interpersonale Konflikte durch Verdinglichung und Blockagen lösen zu wollen und den Schein zu verallgemeinern, daß nun alle

Menschen, wenn schon nicht Brüder, so doch wenigstens Eigentümer geworden seien.« Am Ende geht es um Geld, nämlich die Transsubstantiation der Gegenstände in Geld. Insgesamt lasse sich ein Bedeutungsverlust des Sachenrechts, nicht aber des Bürgerlichen Rechts insgesamt feststellen. Das Schuldrecht stehe heute im Mittelpunkt der privatrechtlichen Beziehungen – tendenziell selbst im Familienrecht. Das Geld akzentuiere diese Bewegung. Keynes Auffassung, daß man nur durch eine Verstaatlichung der Investitionen der langfristigen Arbeitslosigkeit Herr werden könne, sei im Jahre 1996 keinesfalls widerlegt.

Eine Gesamtbeurteilung des Werks fällt nicht leicht. Der Verfasser zieht Linien von aufklärungs- und idealistischer Philosophie über das BGB bis in unsere Tage, während Rechtshistoriker und andere sich eher der Detailarbeit verschreiben, weil die langen Linien brüchig geworden sind.<sup>21</sup> Freilich neigt die Kritik von Spezialisten immer dazu – zumal wenn deren Werke nicht berücksichtigt sind – zu scharf auszufallen. Doch leider berücksichtigt der Verfasser die vielfältigen und z. T. sehr gediegenen Studien zur Entstehungsgeschichte des BGB, zu seinen Voraussetzungen und zu seinen Wirkungen nicht. Das Literaturverzeichnis ist im engeren rechtshistorischen Sinne äußerst unbefriedigend.<sup>22</sup>

17 Hans Kiefner, Der abstrakte obligatorische Vertrag in Praxis und Theorie des 19. Jahrhunderts, in: Coing/Wilhelm (Hg.), Wissenschaft und Kodifikation des Privatrechts im 19. Jahrhundert II, München 1977, S. 74 ff.; Filippo Ranieri, Die Lehre von der abstrakten Übereignung in der deutschen Zivilrechtswissenschaft des 19. Jahrhunderts, in: ebda., S. 90 ff.; Wilhelm Felgentraeger, Friedrich Carl v. Savignys Einfluß auf die Übereignungslehre, Berlin 1927; Stephan Buchholz, Abstraktionsprinzip und Immobilienrecht Zur Geschichte der Auffassung und der Grundschuld, Frankfurt a. M. (Ius Commune Sonderheft 8) 1978.

18 Hans Hattenhauer, Grundbegriffe des bürgerlichen Rechts, München 1982, S. 115 ff.; Dietmar Willoweit, Dominium und proprietas Zur Entwicklung des Eigentumsbegriffs in der mittelalterlichen und neuzeitlichen Rechtswissenschaft, in: Historisches Jahrbuch 1974, S. 213–231; Kurt Seelmann, Die Lehre des Fernando Vasquez de Menchaca vom dominium, Köln/Berlin/Bonn/München 1979; Maximiliane Kriechbaum, Actio, ius und dominium in den Rechtslehren des 13. und 14. Jahrhunderts, Ebelsbach (Münchener Universitätschriften Abhandlungen zur rechtswissenschaftlichen Grundlagenforschung 77) 1996.

19 Diethelm Klippel, Politische Freiheit und Freiheitsrechte im deutschen Naturrecht des achtzehnten Jahrhunderts, Paderborn 1976.

20 Karl Kroeschell, Zur Lehre vom »germanischen Eigentumsbegriff«, in: Festschrift für Hans Thieme zum 70. Geburtstag, Wien 1977, S. 34 ff.

21 Joachim Ruckert, Kant-Rezeption in juristischer und politischer Theorie (Naturrecht, Rechtsphilosophie, Staatslehre, Politik) des 19. Jahrhunderts, in: Martyn P. Thompson (Hg.), John Locke und Immanuel Kant Historische Rezeption und gegenwärtige Bilanz, Berlin (Philosophische Schriften Band 3) 1991, S. 144–215.

22 Nur einige weitere der nicht erwähnten, einschlägigen Arbeiten seien genannt: Justus Wilhelm Hedemann, Werden und Wachsen im Bürgerlichen Recht, Berlin (Schriften des Vereins Recht und Wirtschaft III, Heft 2) 1913; Werner Schubert, Die Entstehung der Vorschriften des BGB über Besitz und Eigentumsübertragung, Berlin (Münsterische Beiträge zur Staats- und Rechtswissenschaft 10) 1966; Dietmar Willoweit, Historische Grundlagen des Privatrechts, in: JuS 1977, S. 292 ff., 373 ff.; Hans-Peter Benohr, Die Grundlage des BGB Das Gutachten der Vorkommission von 1874, in: JuS 1977, S. 79–82; Ulrich Spellenberg, Vom liberalen zum sozialen Privatrecht?, in: Kritik 5 Recht im sozialen Rechtsstaat, Opladen 1973, S. 23–67; Hans-Georg Mertens, Die Entstehung der Vorschriften des BGB über die gesetzliche Erbfolge und das Pflichtteilsrecht, Berlin (Münsterische Beiträge zur Rechts- und Staatswissenschaft 16) 1970; Thomas Vormbaum, Die Rechtsfähigkeit der Vereine im 19. Jahrhundert Ein Beitrag zur Entstehungsgeschichte des BGB, Berlin/New York (Münsterische Beiträge zur Rechts- und Staatswissenschaft 21) 1976; Dietmar Brandt, Die politischen Parteien und die Vorlage des Bürgerlichen Gesetzbuches im Reichstag, Dissertation Heidelberg 1975; Andreas Kaiser, Industrielle Revolution und Privatautonomie, in: KJ 1976, S. 60–74; Vom Reichsjustizamt zum Bundesministerium der Justiz, Festschrift

Dennoch liest man diese Konstitution von Rechts-Geschichte mit Spannung. Den größten Gewinn bringt das Werk in der Verbindung von philosophischen Konzepten mit einzelnen dogmatischen Problemen, so z. B. in der Diskussion um die Willentheorie. Einerseits zeigt der Verfasser, was vielen Rechtshistorikern abgeht, nämlich die Einbeziehung philosophisch-ökonomischer Konzepte bis hin zu psychologischen und sozialpsychologischen Studien.<sup>23</sup> Auf der anderen Seite läßt er im Grunde jede Form von Empirie mit Ausnahme juristischen Alltagswissens unberücksichtigt. Trotz dieser Mängel, die zu verschweigen auch bei Wohlwollen unredlich wäre, handelt es sich um ein äußerst interessantes Buch; vielleicht ist heute ein Gesamtüberblick nicht mehr anders zu bewältigen.<sup>24</sup> Ein Buch jedenfalls, das man lesen sollte, das anregt und über das man diskutieren kann.

Rainer Schröder

zum hundertjährigen Gründungstag des Reichsjustizamtes am 1. Januar 1877, Köln 1977 (Beiträge von Hans Hattenhauer, Alexander Luderitz, Peter Landau u. a.), Dirk Blasius, Bürgerliches Recht und Bürgerliche Identität. Zu einem Problemzusammenhang in der deutschen Geschichte des 19. Jahrhunderts, in: Festschrift Schieder, München/Wien 1978, S. 213–224; Hans Schulte Nölke, Das Reichsjustizamt und die Entstehung des Bürgerlichen Gesetzbuches, Frankfurt a. M. (Ius Commune Sonderhefte. Studien zur Europäischen Rechtsgeschichte 71) 1995; Rainer Schröder, Abschaffung oder Reform des Erbrechts? Die Begründung einer Entscheidung des BGB-Gesetzgebers im Kontext sozialer, ökonomischer und philosophischer Zeitströmungen, Ebelsbach (Münchener Universitätschriften, Abhandlungen zur rechtswissenschaftlichen Grundlagenforschung 46) 1981; ders., Der Funktionsverlust des bürgerlichen Erbrechts, in: Heinz Mohnhaupt (Hg.), Zur Geschichte des Familien- und Erbrechts. Politische Implikationen und Perspektiven, Frankfurt a. Main 1987, S. 282–294, ders., Die Richterschaft am Ende des zweiten Kaiserreiches unter dem Druck polarer sozialer und politischer Anforderungen, in: Festschrift für Rudolf Gmur zum 70. Geb., hg. von Arno Buschmann, Bielefeld 1983, S. 201–253

- <sup>23</sup> Anders beispielsweise die Untersuchungen Joachim Ruckerts, Idealismus, Jurisprudenz und Politik bei Friedrich Carl von Savigny, Ebelsbach (Münchener Universitätschriften. Abhandlungen zur juristischen Grundlagenforschung 58) 1984 oder ders., August Ludwig Reyschers Leben und Rechtstheorie 1802–1880, Ebelsbach (Münchener Universitätschriften. Abhandlungen zur rechtswissenschaftlichen Grundlagenforschung 13) 1974.
- <sup>24</sup> Horst Heinrich Jakobs, Wissenschaft und Gesetzgebung im bürgerlichen Recht nach der Rechtsquellenlehre des 19. Jahrhunderts, Paderborn/München/Wien/Zürich (Rechts- u. Staatswissenschaftliche Veröffentlichungen der Görres-Gesellschaft. Neue Folge, Hft. 38) 1983 mit sehr krit. Rez. Regma Ogorek, Volkgeist »Spätlese«, in: Rechtshistorisches Journal 4 (1985), S. 3–17

Holger Scharpenack, Das »Recht auf Entwicklung«. Eine völkerrechtliche Untersuchung der konzeptionellen und normativen Strukturen eines »Menschenrechts auf Entwicklung«, Frankfurt a. M./Berlin/Bern/New York/Paris/Wien (Peter Lang-Verlag) 1996, 333 Seiten, DM 89,-

Die Diskussion über Bestand und Geltung von Menschenrechten ist bekanntermaßen bei deren dritter Generation<sup>1</sup> angelangt, die in ihrer Verquickung von individuellen, kollektiven und neuen »Staatenrechten« eigener Art<sup>2</sup> als Fremdkörper erscheinen. Auf einer anderen Ebene wird die Frage nach der »richtigen« Entwicklung seit Jahrzehnten kontrovers erörtert<sup>3</sup>.

Die Arbeit von Scharpenack verfolgt die Fragestellung der rechtlichen Einordnung des Rechts auf Entwicklung (S. 25). Methodisch wird dabei in vier Schritttolgen zunächst die historische Entwicklung und Entstehungsgeschichte des Rechts auf Entwicklung nachgezeichnet (S. 27 ff.), um anschließend die Konzeption und den Inhalt eines solchen Rechts zu untersuchen (S. 61 ff.). Im dritten Teil widmet sich der Autor den feststellbaren Strukturen eines Rechts auf Entwicklung in seiner Funktion als Anspruchsrecht in der Entwicklungshilfepraxis (S. 111 ff.), um vor diesem Hintergrund schließlich der Frage nach der Normqualität nachzugehen (S. 143).

In seiner Aufbereitung der Historie des Rechts auf Entwicklung läßt Scharpenack den neuartigen Charakter eines solchen Rechts deutlich werden, nämlich die – im Gegensatz zu den Menschenrechten der ersten beiden Generationen – Inpflichtnahme der Industrieländer. Hieraus erkläre sich u. a. deren ablehnende Haltung gegenüber der Erklärung der Generalvollversammlung der Vereinten Nationen vom 4. 12. 1986<sup>4</sup> (S. 42 f., 45).

Obwohl auch in der Rio-Deklaration von

<sup>1</sup> Den Begriff »Generation« lehnt ab Karl Joseph Partsch, Hoffen auf Menschenrechte. Rückbesinnung auf eine internationale Entwicklung, Zürich 1994, S. 144

<sup>2</sup> Vgl. Eibe Riedel, Recht auf Entwicklung (und Drittgenerationsrechte), in: Rudiger Wolfrum (Hrsg.), Handbuch der Vereinten Nationen, 2. Aufl. München 1991, S. 658

<sup>3</sup> Siehe Vittorio Hosle, Soll Entwicklung sein? Und wenn ja, welche Entwicklung?, in: Klaus M. Lesinger/Vittorio Hosle (Hrsg.), Entwicklung mit menschlichem Anlitz, München 1995, S. 9 ff., Dieter Noblen/Franz Nuscheler, Was heißt Entwicklung?, in: dies. (Hrsg.), Handbuch der Dritten Welt – Band 1, 3. Aufl., Bonn 1993, S. 55 ff

<sup>4</sup> VN GV Resolution 41/128 v. 4. 12. 1986, abgedr. in VN 1987, S. 213, vgl. hierzu auch Holger Scharpenack, S. 42 ff.

1992 nicht erörtert worden sei, ob das dort als Prinzip 3 festgehaltene *Recht auf Entwicklung* als Menschenrecht innerhalb des internationalen Rechtssystems Bestand haben könne bzw. wie es auszugestalten sei (S. 49), ist Scharpenack der Auffassung, daß diese Frage sowohl die politische als auch die völkerrechtliche Diskussion bestimmen wird (S. 59).

Die Untersuchung im zweiten Teil führt Verfasser wie Leser zu der Konzeption von Sustainable Development<sup>5</sup> (S. 84 ff.). Scharpenack ist zuzustimmen, wenn er diese als nicht mehr losgelöst von dem *Recht auf Entwicklung* ansieht (S. 86 f.). Die anschließende Verneinung einer Normqualität von Sustainable Development als jus cogens jetzt und auf abschbare Zeit wäre allerdings eine nähere Begründung wert gewesen.

Das *Recht auf Entwicklung* (wie auch die übrigen Drittgenerationenrechte<sup>6</sup>) zeichnet sich gegenüber den beiden ersten Generationen durch eine Umkehr der Anspruchsrichtung aus: Die politischen und die sozialen Menschenrechte haben im okzidentalen Welt- und Menschenbild ihren Ausgangspunkt<sup>7</sup>. Dieses Verständnis wird nicht zuletzt durch eine politische Konditionierung in der Entwicklungspolitik »exportiert« (Scharpenack, S. 104 f.). Das *Recht auf Entwicklung* dagegen ist der Versuch der sog. Entwicklungsländer, eine Brücke zu schlagen zwischen den Forderungen nach einer Neuen Weltwirtschaftsordnung und dem internationalen Menschenrechtsschutz (Scharpenack, S. 77 f.)<sup>8</sup>.

Eher unbeabsichtigt liefert die Diskussion über Universalismus und Relativismus der Menschenrechte<sup>9</sup> für diese Position eine argumentative Grundlage: Die bereits angesprochenen beiden ersten Generationen können in den westlichen Industrieländern als ver-

wirklich betrachtet werden. Defizite weisen hier Staaten außerhalb (West-)Europas und Nordamerikas auf. Auf der Ebene der dritten Generation wird u. a. das Recht auf Erhalt der natürlichen Lebensgrundlagen verankert. Befürwortet man nun einen Universalismus der Menschenrechte, wie er sich im Zuge der Renaissance des rationalen Naturrechts im Vordringen zu befinden scheint<sup>10</sup>, werden die »entwickelten« Staaten ihrerseits mit Vollzugsdefiziten auf dieser dritten Ebene der Menschenrechte konfrontiert. Es spiegeln sich gewissermaßen Grundrechte außerhalb der nationalen Verfassungsordnung innerhalb dieser als Grundpflichten wider.

Das *Recht auf Entwicklung* und Sustainable Development können insofern als Einlösung dieser Grundpflichten gegenüber der Mitwelt angesehen werden. Zu Recht weist Scharpenack (S. 108) darauf hin, daß diese Anspruchsfunktion auch in der oben erwähnten Deklaration der Generalvollversammlung zum Recht auf Entwicklung von 1986 bislang nicht näher präzisiert ist. Konsequenterweise widmet sich der Autor der Differenzierung solcher Anspruchsrechte und nimmt eine Unterteilung in Ansprüche auf Kapitalhilfe, auf Technologietransfer und auf handelsrechtliche Vorzugsbehandlungen im internationalen Wirtschaftsverkehr vor (S. 111 ff.).

Als das »Herzstück« der Arbeit kann das IV. Kapitel der Dissertation von Scharpenack bezeichnet werden, in dem er die Normqualität des *Rechts auf Entwicklung* untersucht und dabei gemäß dem Untertitel seiner Arbeit schwerpunktmäßig die völkerrechtlichen Rechtsquellen analysiert (S. 143 ff.). Nach seinem Dafürhalten sind weder die Generationentheorie noch die Synthese- oder die Unentbehrlichkeitstheorie in der Lage, den Menschenrechtscharakter des *Rechts auf Entwicklung* zu begründen.

So beschließt Scharpenack den völkerrechtlichen Teil der Untersuchung mit dem Fazit, daß ein derartiges Recht nur aus den allgemein anerkannten formellen Rechtsquellen und hier in erster Linie aus Völkervertragsrecht und Völkergewohnheitsrecht erfolgen kann. Solange dem völkerrechtlichen Prinzip der Souveränität der Staaten vorrangige Bedeutung zukommt, werde sich jeder Versuch des Wandels oder der Neuschaffung von

<sup>5</sup> Vgl. Bundesumweltministerium, *Umweltpolitik. Umwelt 1994. Politik für eine nachhaltige, umweltgerechte Entwicklung*, Bonn August 1994; *Rat von Sachverständigen für Umweltfragen, Umweltgutachten 1996*, Stuttgart 1996, S. 50; Hans-Peter Bohm/Helmut Gebauer/Bernhard Irrgang (Hrsg.), *Nachhaltigkeit als Leitbild für Technikgestaltung*, Dettelbach 1996.

<sup>6</sup> Vgl. Christian Tomuschat, *Globale Menschenrechtspolitik*, in: Karl Kaiser/Hans-Peter Schwarz (Hrsg.), *Die neue Weltpolitik*, Bonn 1995, S. 364.

<sup>7</sup> Die erste Kategorie wurzelt in der amerikanischen Unabhängigkeitserklärung und der französischen Menschenrechtsdeklaration, die zweite Kategorie leitet sich ab aus der russischen Revolution und dem Wohlfahrtsstaatskonzept des »New Deal«, vgl. Holger Scharpenack, S. 147.

<sup>8</sup> Hieraus erklärt sich auch der Charakter als kollektives Menschenrecht bzw. als Staatenrecht.

<sup>9</sup> Vgl. Sibylle Tonnes, *Der westliche Universalismus*, Opladen 1995; Ludger Kühnhardt, *Die Universalität der Menschenrechte*, München 1987.

<sup>10</sup> Siehe Sibylle Tonnes, *Ohne Ansehen der Nation*, Frankfurter Allgemeine Zeitung, Nr. 153 v. 4. 7. 1996, S. 33.

Recht an dem orientieren müssen, was die Staaten an Weiterentwicklung zu tragen bereit sind. Wie bereits erwähnt, haben jedoch die westlichen Industriestaaten mit dem verschuldeten Setzen der Ursachen für die weltweite Umweltzerstörung und deren fehlende betriebs- und volkswirtschaftliche Internalisierung ihr Defensiv-Argument der Staaten-souveränität selbst untergraben.

Auch aus allgemeinen Strukturprinzipien läßt sich nach der Auffassung des Autors ein *Recht auf Entwicklung* als subjektives Menschenrecht nicht herleiten (S. 227 ff.). Hierbei setzt sich Scharpenack insbesondere mit der Idee der Gerechtigkeit auseinander, der er sich mittels den – durch die von Kant entwickelte Konzeption der praktischen Vernunft beeinflussten – sog. *prozeduralen* Gerechtigkeitstheorien nähert.

Einen Universalitätsanspruch eines *Rechts auf Entwicklung*, der sich aus der Hypothese des Rawls'schen Schleiers des Nichtwissens<sup>11</sup> zunächst aufdrängt, habe Rawls nicht im Sinn gehabt, wenn dieser ausdrücklich Fragen der Gerechtigkeit *zwischen* Gesellschaften aus seinen Betrachtungen ausgeklammert und lediglich vermutet hat, daß sie sich nach außen zum Völkerrecht vorarbeiten<sup>12</sup> (S. 239 f.).

Eine breitere Auseinandersetzung mit dieser Einschränkung läßt der Autor allerdings vermessen, so könnte man durchaus erörtern, inwieweit eine übergeordnete Weltgesellschaft die Idee der Gerechtigkeit aus dem Geflecht von Außenbeziehungen befreit hat, diese ausschließlich Merkmal der Binnenorganisation einer solchen *einen* Gesellschaft geworden ist<sup>13</sup>.

Dem Rawls'schen Vertragsmodell stellt Scharpenack das Diskursmodell von Habermas gegenüber, das auf dem Wahrheits- bzw. Richtigkeitskriterium beruhe, welches durch die Kraft des besseren Argumentes legitimiert werde<sup>14</sup>. Wenn man davon ausgeht, daß eine Norm in einem Diskurs nur dann universelle Zustimmung finden kann, wenn die Konsequenzen ihrer allgemeinen Befolgung für die

Befriedigung der Interessen jedes Einzelnen von allen aufgrund von Argumenten akzeptiert werden können, erscheint für Scharpenack die Heranziehung des Diskursmodells als problematisch (S. 241).

Im weiteren untersucht der Verfasser die drei Gerechtigkeitsprinzipien in Gestalt des Gleichheitsprinzips, der Zweckmäßigkeit oder sozialen Gerechtigkeit sowie der Rechtssicherheit, die er letztlich alle für eine Begründung des Rechts auf Entwicklung als unzureichend bewertet (S. 247 ff.). Nach seinem Dafürhalten kann das Spannungsverhältnis zwischen Recht und Moral, in dem sich das *Recht auf Entwicklung* bewege, im Ergebnis nicht zugunsten eines normativen Stellenwerts aufgelöst werden (S. 248).

Schließlich versagt nach Scharpenack auch der letzte Anker einer Rechtsnormqualifizierung, nämlich ein *Recht auf Entwicklung* als Kompensation, d. h. Wiedergutmachungs- oder Folgenbeseitigungsanspruch für erlittenes koloniales Unrecht. Er führt u. a. eine neuere Studie der Vereinten Nationen an, wonach das *Recht auf Entwicklung* als »extension« der Dekolonisierungsdebatte angesehen wird (S. 258). Nach Scharpenack fehlt es bereits an Anhaltspunkten für allgemein konsensfähige Feststellungs-, Berechnungs- und Umsetzungsmechanismen für eine zu leistende Entschädigung. Darüberhinaus werde die Berufung auf staatliche Souveränität bei der Frage der ausschließlichen Verfügbarkeit über nationale Ressourcen in gleicher Weise von den Entwicklungsländern vorgebracht.

Die jüngsten Ereignisse in Sachen *Recht auf Entwicklung* datieren nach Redaktionsschluß des Buches: Die Menschenrechtskommission der Vereinten Nationen hat das *Recht auf Entwicklung* in die Definition der allgemeinen Menschenrechte aufgenommen. Erstmals ist es den westlichen Staaten und zahlreichen bündnisfreien Staaten der Dritten Welt gelungen, gemeinsam eine Resolution einzubringen. Daß damit aber eine menschenrechtliche Grundlage für die Befürchtung mancher Industriestaaten, die Postulierung eines solchen Rechts führe zu einseitigen Forderungen an die vergleichsweise reichen Länder, gelegt ist, darf zumindest angezweifelt werden. So verweist die Entschließung in erster Linie auf nationale Verantwortung. Jeder Staat sei gefordert, zu Hause Bedingungen zu schaffen, um die Entwicklung seiner Staatsbürger zu

11 John Rawls, Eine Theorie der Gerechtigkeit, 8. Aufl., Frankfurt a. M. 1994, S. 139 ff.

12 John Rawls, Die Idee des politischen Liberalismus, Frankfurt a. M. 1994, S. 92.

13 Zu den Fragen einer Weltordnungspolitik siehe Jörg Calteß (Hrsg.), Auf dem Wege zu einer Weltpolitik. Vom Prinzip der nationalen Souveränität zur Notwendigkeit der Einmischung, Rehburg-Loxum 1994, ders. (Hrsg.), Weltsystem und Weltpolitik jenseits der Bipolarität, 2. Aufl., Rehburg-Loxum 1994.

14 Jürgen Habermas, Vorstudien und Ergänzungen zur Theorie des kommunikativen Handelns, Frankfurt a. M. 1984, S. 127 ff., 179.

ermöglichen<sup>15</sup>. Damit wird das *Recht auf Entwicklung* in evidenter Weise nicht einseitig als Instrument zur Förderung subjektiver Leistungen, sondern als reziproke Pflicht der Entwicklungsländer verstanden, nämlich entsprechende Rahmenbedingungen zu schaffen und selbst verantwortlich an der eigenen Entwicklung mitzuwirken<sup>16</sup>. Diese Form der Eigenverantwortlichkeit ist übrigens so neu nicht, sondern bereits in Art. 7 Abs. 1 der Charta der wirtschaftlichen Rechte und Pflichten der Staaten normiert.

Die von Scharpenack im Ergebnis seiner Ausführungen vertretene Verneinung einer Qualifizierung des *Rechts auf Entwicklung* als Menschenrecht im normativen Sinn, mag man – unter Berücksichtigung u. a. der in der Arbeit selbst unterbreiteten (Gegen-)Argumente – anders beurteilen. Die Aufarbeitung der Entwicklung der Geschichte der Menschenrechte und deren offenes Ende, die Schilderung der Schnittstellen zur Entwicklungszusammenarbeit, die sektorale Veranschaulichung des Funktionierens des internationalen Regimes der Familie der Vereinten Nationen, schließlich der Ritt durch die Rechtsquellenlehre machen das Buch von Scharpenack für einen heterogenen Leserkreis interessant und lehrreich.

Abschließend bleibt zu sagen, daß die Globalisierung der Auswirkungen menschlichen Forschens und Handelns zunehmend zum Zusammenwachsen zu *der einen Welt* führt; die Prognose, daß sich insofern auch der Katalog der Menschenrechte zwangsläufig ändern bzw. erweitern wird – auch in Richtung zukünftiger Generationen als Träger von Rechten – und Stoff für Fortführungen der vorliegenden Arbeit bildet, erfordert keine hellscherischen Fähigkeiten. Losgelöst von der Frage der rechtlichen Qualifizierung von Entwicklung wird diese im Interesse der Menschheit nachhaltig sein müssen.

*Christian Theobald*

*Günther Jakobs, Das Strafrecht zwischen Funktionalismus und „alteuropaischem“ Prinzipientendenken, ZStW 107 (1995), S. 903 ff.*

*Winfried Hassemer, Nomos Kommentar zum StGB, Bd. 1, Baden-Baden (Nomos Verlag) 1995, Vor § 1.*

*Monika Frommel, Umriss einer liberalrechtsstaatlichen Normverdeutlichung durch Strafrecht, in: Festschrift für Horst Schüler-Sprunghorn, Köln (Carl Heymanns Verlag) 1995, S. 257 ff.*

*Klaus Lüderssen, Abschaffen des Strafsens?, Frankfurt am Main (Suhrkamp Verlag) 1995, 427 S., DM 27,80.*

Aufgabe staatlichen Straftens ist Generalprävention durch Einübung in Normanerkennung.<sup>1</sup> Derart faßt *Jakobs* seine funktionalistische Straftheorie zusammen. In dem hier zu besprechenden Text präzisiert er den Kern seiner Theorie. Die Legitimation von Strafe gründe nicht erst auf den mit ihr verknüpften sozial- oder individualpsychologischen Folgen, wie etwa Erhaltung oder Befestigung von Rechtstreue. Vielmehr bedeute Strafe bereits unabhängig von solchen Folgen etwas, nämlich eine Selbstvergewisserung (S. 844). Darauf bezogen formuliert *Jakobs*:

»Die Leistung des Strafrechts besteht darin, dem Widerspruch gegen identitätsbestimmende Normen der Gesellschaft seinerseits zu widersprechen. Das Strafrecht bestätigt also gesellschaftliche Identität; die Straftat wird nicht als Beginn einer Evolution genommen, auch nicht als kognitiv zu erledigendes Ereignis, sondern als fehlerhafte Kommunikation, wobei der Fehler dem Täter als sein Verschulden zugerechnet wird, mit anderen Worten, die Gesellschaft hält an den Normen fest und weigert sich, sich neu zu begreifen. Die Strafe ist in diesem Verständnis nicht nur ein Mittel der Erhaltung gesellschaftlicher Identität, sondern ist bereits diese Erhaltung selbst (ebd.).«

Mit dieser Konzeption kann *Jakobs* elegant der Forderung nach empirischer Überprüfbarkeit der positiven Generalprävention aus dem Weg gehen. Empirische Untersuchungen könnten nur das Umfeld, d. h. die individual- und sozialpsychologischen Folgen, nicht aber den Kern der Theorie betreffen. Nicht empirisch faßbar sei insbesondere die Bestätigung der Identität; denn sie sei nicht Folge des Verfahrens, sondern seine Bedeutung (ebd.).

<sup>1</sup> *Jakobs, Strafrecht AT, 2. Aufl. 1991, S. 14*

<sup>15</sup> Siehe *Frankfurter Allgemeine Zeitung*, Nr. 88 v. 15. 4. 1996, S. 5 (»Recht auf Entwicklung als Menschenrecht«).

<sup>16</sup> Vgl. auch *Holger Scharpenack*, S. 105 f.

S. 845). So siegt das Normative über die Empirie. Die positive Generalprävention wird bevorzugt, weil man nichts über die Wirkung der Strafe wissen könne, alltagstheoretisch aber doch einiges überblicke und die positive Generalprävention gut dazu passe.<sup>3</sup> Oder man setzt dem falschen Schein des »nothing works« der Spezialpräventivforschung ein generalpräventives »anything goes« entgegen. Denn die positive Generalprävention sei – unbeschadet der Unerwiesenheit ihrer Wirkungsweise – hinsichtlich der »communen Lernsekundäreffekte« der Strafe im Vergleich zur Spezialprävention wenigstens praktisch gewiß und lerntheoretisch erwartbar.<sup>3</sup>

Aber zurück zu *Jakobs*' Selbstvergewisserung. Nach diesem Entwurf kann Strafrecht jeweils nur die bestehende gesellschaftliche Identität bestätigen. Hierzu führt *Jakobs* aus:

»Es geht nicht um das Strafrecht einer wünschenswerten, sondern derjenigen Gesellschaft, die das Rechtssystem ausdifferenziert hat, und alles Vorzögen oder Retardieren hat nur dort Sinn, wo es gilt, schon wirklich angelegte Linien konsequent auszuzeichnen« (S. 855).

Dadurch wird die Struktur, nach der konformes oder abweichendes Verhalten bestimmt wird, jeder Problematisierung entzogen. Dies hat schon *Luhmann* deutlich herausgearbeitet.<sup>4</sup> Eine solche Theorie beruht auf einem Legitimationszirkel. Zum einen sollen die wesentlichen, für Interaktionen notwendigen Orientierungsmuster durch Strafrecht gesichert werden, zum anderen definiert Strafrecht aber auch gleichzeitig, welche Orientierungsmuster für Interaktionen unerlässlich sind.<sup>5</sup> Ist alleiniger Zweck des Strafrechts die Stabilisierung des herrschenden Normengefüges, so ist es nur konsequent, den status quo mittels abstrakter Gefährungsdelikte zu sichern. Dementsprechend geht es für *Jakobs* bei den abstrakten Gefährungsdelikten deutlicher als bei den »klassischen« Rechtsgütern um die Erhaltung von Normgeltung (S. 857).<sup>6</sup>

<sup>2</sup> Luderissen, ZStW 107 (1995), S. 903, Kuhlén GA 1994, S. 363 ff.

<sup>3</sup> Bottke, Assoziationsprävention, 1995, S. 160.

<sup>4</sup> Luhmann, Rechtssoziologie, 3. Aufl. 1987, S. 125 f. Er nennt auch den Grund für die ausschließlich auf die herrschende Ordnung bezogene Selektion von »gut und böse«: »In dieser Begrenzung zugeschnitten, verdeckt die moralische Kontingenz guten oder bösen Handelns die sehr viel riskantere strukturelle Kontingenz sozialer Systeme.« (S. 126).

<sup>5</sup> J. C. Müller, KrimJ 1993, S. 90.

<sup>6</sup> Vgl. auch Bottke (Fn. 3), S. 235, der die Kriminalisierung abstrakter Gefährungen als »freiheitssicherndes Bürgerstrafrecht« bezeichnet.

Zutreffend weist *Hassemer* darauf hin, daß sich Einübung in Normanerkennung auch mit Mitteln veranstalten läßt, die ihrerseits sozialetisch wertwidrig sind (Rn. 254). Bei *Jakobs* werde nicht nur keine Grenze legitimer Kriminalpolitik formuliert, sondern jede Kriminalpolitik werde, ohne das Wort Legitimation zu benutzen, gerechtfertigt (*Frommel* S. 274). Von diesem Theoriedefizit ausgehend entwerfen *Hassemer* und *Frommel* jeweils Konzepte, die die rechtsstaatlich begründete Beschränkung legitimer Strafverfolgung aufzeigen.

Für *Hassemer* ist das Strafrecht ein formalisierter Teilbereich sozialer Kontrolle. Seine ausschließliche Funktion ist es, »die für die jeweilige Sozietät fundamentalen Normen zu behaupten und zu sichern und so ein gesellschaftliches Leben überhaupt erst möglich zu machen« (Rn. 431). Der Inhalt der positiven Generalprävention ist nach *Hassemer* jedoch nicht nur der Schutz elementarer menschlicher Interessen vor Verletzung durch den Normbrecher, sondern auch die Gerechtigkeit in der Kriminalitätsverarbeitung.

»Zu den Normen, die als unverbrüchlich gesichert werden sollen, gehören folglich nicht nur das Verbot zu töten oder zu betrügen, sondern auch das Verbot, jemanden zu verurteilen, der sich nicht verteidigen oder seine Sache nicht zu Gehör bringen konnte, oder das Gebot, bei der Verfolgung eines Verdachts bzw. bei der Sanktionierung eines Rechtsbruchs Maß zu halten« (Rn. 431).

*Frommel* entwickelt gegen die klassischen Präventionsansätze (z. B. Liszt's Präventionsmodell im »Marburger Programm, 1882«) und gegen moderne, rein funktionalistische Strafrechtsbegründungen eine »liberalrechtsstaatliche Theorie der Normverdeutlichung«. Gegenüber täterorientierten Präventionsmodellen führt sie an:

»Organisatorisch tendieren täterorientierte Präventionsprogramme zu einer Auflösung und zugleich wechselseitigen Annäherung des klassisch polizeirechtlichen und des strafrechtlichen Denkansatzes, da es ihnen um den möglichst effektiven »Kampf« gegen potentielle und verdächtige Täter geht. Umgekehrt tendieren sie dort, wo spezialpräventiv interveniert werden soll, zu einer organisatorischen Vermischung von repressiven und sozialstaatlich haltenden Staatsfunktionen« (S. 269).

Unter dem Blickwinkel einer liberalen Theorie der Normverdeutlichung durch Strafrecht

tritt sie für eine unterschiedliche Reaktion auf Normverstöße je nach Schweregrad ein (S. 275 f.):<sup>7</sup>

Bagatellen seien – bei Jugendlichen und Erwachsenen in gleicher Weise – nach einem materiellrechtlichen Geringfügigkeitsprinzip einzustellen. Gegebenenfalls sollte eine Wiedergutmachung zugunsten der verletzten Person vorausgehen. Bei mittelschwerer Kriminalität seien Alternativen zu einer strafjustiziellen Erledigung zu erwägen, die es der verletzten Person in rechtlich kontrollierbarer Weise ermöglichen, einen Schadensausgleich zu erhalten. Nur im Bereich der schweren Kriminalität, d.h. in einem noch zu fixierenden Kernstrafrecht, sei eine formalisierte Sozialkontrolle notwendig.

Auch *Lüderssen* stellt in fast allen Beiträgen, die in dem Band »Abschaffen des Strafers?« zusammengetragen sind, die Frage nach Alternativen zum Strafen. Er nimmt jedoch die »schwere Kriminalität« nicht von dieser Fragestellung aus. Für ihn ist der öffentliche Strafanspruch ganz allgemein in die Krise geraten.<sup>8</sup> Auch wer das Strafrecht auf eine Funktion von Normstabilisierung beschränke, komme nicht weit, denn man müsse sehen, »daß die Frage, ob die Bestrafung wirklich das Gefühl der Strafrechtsgeltung in der Bevölkerung verstärkt, die weitere Frage impliziert, was jene Bevölkerung denn von der Strafe erwartet. Soll die Strafe vergelten oder soll sie resozialisieren?« (S. 414). An der Position *Hassemers* kritisiert er, daß dort die Aufgabe des Strafrechts, formalisierte Kontrolle zu garantieren, in den Rang einer »Letztbegründung« gerückt zu sein scheine (S. 31, Fn. 38). Angesichts dieser Sachlage plädiert er dafür, den Strafzwecken der Wiedergutmachung und Resozialisierung eine Chance zu geben und allmählich eine Rückführung der Aufgaben des obrigkeitlichen Strafprozesses in einen Zivilprozeß zu betreiben. Der empirischen Kritik des »nothing works« hält er entgegen, sie versäume, an sich selbst die Frage zu richten, ob die bisherige Praxis nicht deshalb so enttäuschend sei, weil ihr zu oberflächlich konstruierte Modelle zugrundeliegen (S. 138). Gegen die normativen Einwände, etwa dergestalt, daß der Strafzweck der Resozialisierung mit Freiheit und

Menschenwürde nicht vereinbar sei, wendet er ein, »daß man das Individuum in seiner Würde und Freiheit gerade dann besonders respektiert, wenn man ihm in Lagen, in denen es sich nicht selbst helfen kann, ein Programm anbietet« (S. 140). Trotz dieser Widerlegung kommt er jedoch zu dem interessanten Ergebnis, daß eine verfassungsrechtlich einwandfreie Konzeption von Resozialisierung die Abschaffung ihres Strafcharakters impliziere, wobei Wiedergutmachung keine Strafe sei (S. 415).

Nimmt man die Vorschläge *Lüderssens* ernst, so bedeutet dies keineswegs, sich einseitig auf den Täter zu konzentrieren und dabei das Opfer und die Normverletzung aus den Augen zu verlieren. Normverdeutlichung kann nicht bedeuten, daß auf eine einsichtslose Unterwerfung unter die Norm spekuliert wird. Folglich muß ein normverdeutlichendes Verfahren auf Einsicht setzen, und dies erfordert einen Verantwortungsdialo<sup>9</sup>. Auch darf Resozialisierung nicht mit Erziehung gleichgesetzt werden. Es geht nicht um die Ersetzung einer (schlechten) Konditionierung durch die andere (bessere?), sondern es soll eine relative Freiheit entstehen (*Lüderssen* S. 145). Dies eröffnet auch den Raum für die Anerkennung der Autonomie des Opfers und die Wiedergutmachung zu seinen Gunsten. Daß dies nicht in den alten, eingespielten Formen des kontradiktorischen Prozesses geschehen könne, sei augenfällig. Um hier noch einmal *Lüderssen* zu zitieren:

»Nicht mehr Strafrecht und Strafverfahren alten Stils werden zuständig sein, vielmehr ist – langfristig – mit einer Verschiebung der Rechtsgebiete und Verfahrenstypen zu rechnen, für die jetzt noch die Phantasie fehlt« (S. 335).<sup>10</sup>

Für den Umgang mit Kriminalität im Bagatell- und mittelschweren Bereich scheinen mir die Vorschläge von *Frommel* den richtigen Weg zu weisen. Ob es mit der wachsenden Profilierung des Opfers und dem Einzug der Verständigung im Strafverfahren im Bereich »schwerer Kriminalität« in Zukunft noch des herkömmlichen kontradiktorischen

<sup>9</sup> Vgl. zu diesem Verantwortungsdialo<sup>g</sup> Ulfried Neumann, *Zurechnung und Vorverschulden. Vorstudien zu einem Modell strafrechtlicher Zurechnung*, Berlin 1985, S. 276 ff.

<sup>10</sup> »Phantasie« in Richtung einer Übernahme von Elementen aus dem »psychoanalytischen Prozeß« entwickelt Behrendt, *Inquisitorischer Prozeß, kooperativer Prozeß, psychoanalytischer Prozeß*, in *Festschrift für Rudolf Schmitt*, 1992, S. 28.

<sup>7</sup> Für das Jugendstrafrecht vgl. *Frommel/Maehcke*, *Neue Kriminalpolitik*, 1994, S. 28 ff.

<sup>8</sup> Die Abhandlung »Die Krise des öffentlichen Strafanspruchs« wurde hier bereits ausführlich besprochen. Vgl. *Jeroschek*, *Kritische Justiz* 1992, S. 250 ff.

Strafverfahrens bedarf, ist fraglich. Hier sind jedoch noch einige Probleme, wie z. B. die Sicherung der Beschuldigtenrechte, zu lösen. Die Behauptung *Jakobs'*, ein *Rückgang* zu alternativen Maßnahmen wäre nicht nur eine Krise des Strafanspruchs, sondern auch des Öffentlichen (§ 853), zeichnet das Bild einer Gesellschaft, welche nur durch Strafrecht am Auseinanderbrechen gehindert werden kann. Dabei ignoriert er, daß der Verzicht auf Strafe weder gleichbedeutend ist mit dem Verzicht auf moralischen Diskurs, noch mit dem Unterbleiben eines förmlichen Verfahrens. Auch der Zivilprozeß ist ein förmliches Verfahren, in dem es letztendlich um die Geltung von Normen geht. Der Unterschied zum Strafprozeß liegt in der dialogischen Verfahrensstruktur. Aber warum soll das, was beim Begründungsdiskurs von Normen im demokratischen Rechtsstaat gilt, nämlich Dialog, nicht auch für die Verdeutlichung der Normgeltung maßgebend sein?

Thomas Schöler

*Handbuch des Staatskirchenrechts der Bundesrepublik Deutschland, 2., grundlegend neubearbeitete Auflage, Hrsg.: J. Listl / D. Pirson. Hier: Bd. II, Berlin (Duncker & Humblot) 1995, 1240 S., Lw., DM 79,-*

1. Mit dem zweiten Band der 2. Auflage des bekannten Handbuchs, der allerdings nicht 1995, sondern erst 1996 erschienen ist, liegt das eindrucksvolle Gesamtwerk mit ca. 2400 Seiten einschließlich eines umfangreichen Personen- sowie Sachregisters mit zahlreichen Sammelstichworten vor. Zur Bedeutung, zu redaktionellen Fragen und zum Gesamteindruck kann zunächst auf meine Besprechung des ersten Bandes der Neuauflage (1994) in KJ 1995, H. 1/121–123 verwiesen werden. Dort ist auch zu den grundsätzlichen Fragen Stellung genommen, die mit einem Werk verbunden sind, das von kirchlich stark engagierten Autoren herausgegeben und im Institut für Staatskirchenrecht der Diözesen Deutschlands redaktionell bearbeitet wurde. Es wäre aber auch bei Band II unberechtigt, daraus eine pauschale Abwertung rechtfertigen zu wollen. Denn wer wäre in Religionsfragen ohne mehr oder weniger starke Interessen? Vorsicht ist daher in jeder Richtung geboten.

II. Band II enthält die §§ 38 bis 74 in 7 Abschnitten: Kirchengebäude und Friedhöfe; Gewährleistung des öffentlichen Wirkens der Kirchen; Gewährleistung kirchlicher Mitwirkung im Bildungswesen; kirchliche Betätigung in Caritas und Diakonie; Dienst- und Arbeitsrecht im kirchlichen Bereich; Militär-, Polizei- und Anstaltsseelsorge; die Kirchen im staatlichen Rechtssystem. Das riesige Material enthält auch so randständige Materien wie das Patronatswesen, die staatlichen Simultaneen (gemeinsame Benutzung insb. von Kulturgebäuden durch verschiedene Konfessionen), das kirchliche Sammlungswesen, die kirchliche Erwachsenenbildung und die keineswegs unwichtige Rechts- und Amtshilfe im Verhältnis von Staat und Kirche.

III. Angesichts der Materialfülle sollen nur beispielhaft einige Bereiche herausgegriffen werden, die auch für manche Nichtspezialisten von größerem Interesse sein dürften.

1. Besonders wertvoll ist die Darstellung von *Christoph Link* zum *Medienrecht* auf insgesamt über 60 Seiten, weil schon das allgemeine umfängliche Medienrecht einem Kreis von Spezialisten vorbehalten ist, die aber die hier ausführlich behandelten Fragen des Anspruchs der Kirchen auf Medienpräsenz im Grundsätzlichen (§ 48) und der gesetzlichen Mitwirkungsregelungen im Bereich Funk und Fernsehen (§ 49) nur sehr sporadisch bearbeiten. Links Arbeit, die freilich auch nur die speziell großkirchlichen Interessen im Auge hat, gibt einen ausgezeichneten Überblick mit Hinweis auf eine Fülle auch neuester Spezialliteratur, die sonst nicht leicht zu ermitteln wäre.

2. Das Thema *Schule und Religion* war schon immer Gegenstand oft heftigster Kontroversen, so auch bei den Verhandlungen des Parlamentarischen Rats, und ist heute wieder besonders aktuell. *Helmut Lecheler*, der auf diesem Gebiet schon früher durch recht eigenwillige Gedanken hervorgetreten ist (z. B. in BayVBl. 1994, 41 als Replik zu Renck BayVBl. 1994, 39; s. Rencks Duplik in BayVBl. 1994, 713), wurde mit einem Beitrag zum Thema »Kirchen und staatliches Schulsystem« betraut. Angesichts der Bedeutung und Brisanz des Themas und der Fülle an auch neuerer schulrechtlicher Literatur religionsrechtlichen Einschlags überrascht es, wenn Lecheler offenbar meint, dieses Thema auf nur 22 Seiten auch nur halbwegs angemessen behandeln zu können. Demgegenüber be-

anspricht Link – das andere Extrem – nur für den Religionsunterricht (s. u.) allein nicht weniger als 70 Seiten! Lecheler also befaßt sich innerhalb eines weniger als nur knappen Überblicks über das staatliche Schulsystem (S. 419 f.) zunächst auf nur 11 Zeilen mit den »Gemeinschaftsschulen«, deren Epoche er mit den Schulreformgesetzen der siebziger (statt richtig: sechziger) Jahre beginnen läßt. Kommentarlos und überdies in dieser Form schlicht falsch erklärt er, in ihnen würden »die Schüler nach den Grundsätzen der christlichen Bekenntnisse erzogen«. Er fährt fort, damit sei »klargestellt«, daß sie »nicht missionarisch für eine der großen Kirchen werben« dürfe. Erst im Zusammenhang mit konkreten Regelungsproblemen wird dann (S. 431 ff.) näher auf die christlichen Bezüge der Gemeinschaftsschule eingegangen. Das Toleranz- und Neutralitätsgebot verpflichte den Staat nicht zu einer Zurückhaltung, die beim Christentum als lediglich prägendem Kultur- und Bildungsfaktor stehen bleibe, solange nur keine Glaubensinhalte verbindlich gelehrt würden. Daher plädiert Lecheler dafür, durch gezielte Einflußnahme im Rahmen der Lehrerfortbildung die angeblich ohnehin unangemessen weit durch das Bundesverfassungsgericht eingeschränkten Möglichkeiten der Gemeinschaftsschule mit christlichen Bezügen im christlichen Sinn besser auszu-schöpfen. Das Kreuzsymbol ist für Lecheler im staatlichen Bereich generell kein Verfassungsproblem, solange vom Einzelnen keine »aktive Reverenz« verlangt wird (S. 436), wobei die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts vom 16. 5. 1996 aber noch nicht berücksichtigt ist (keinerlei Probleme sehen diesbezüglich im Handbuch auch v. Campenhausen, Bd. I, S. 61 f. und Listl, Bd. I, S. 443). Die Auffassungen Lechelers beruhen auf der näher ausgetührten These, Schule sei generell eine »gemeinsame Ordnungsaufgabe von Staat und Kirchen«, deren berechtigten Auffassungen der Staat Rechnung tragen müsse (S. 420 ff.).

In krassem Gegensatz zu dieser Art der Problemdarstellung und Information steht die extensive Gründlichkeit, mit der *Christoph Link* den *Religionsunterricht* abhandelt. Bedauerlicherweise befaßt sich Link so gut wie nicht mit den in der jüngeren Literatur detailliert vorgetragenen grundsätzlichen verfassungsrechtlichen Bedenken gegen den Ethikunterricht als Ersatz-Pflichtunterricht aus Art. 7 Abs. 2 und 3 Abs. 3 GG (hierzu

insb. Renck BayVBl. 1992, 519 und BayVBl. 1994, 432; jetzt eingehend G. Czermak, NVwZ 1996, 450ff.). Das heiße Thema LER (Brandenburg), obwohl seit langem in der Diskussion, ist gar nicht angesprochen.

3. Die Literatur zum *religiösen Erziehungsrecht der Eltern* ist weit verstreut und zudem vielfach im zivilrechtlichen Bereich angesiedelt. Die diesbezügliche, über 40seitige gründliche Abhandlung von *Matthias Jestaedt* einschließlich einer ausführlichen Erörterung zum RelKEG ist daher sehr nützlich und überdies erfreulich unideologisch. Leider sind die Hinweise zur Schulproblematik zu kurz ausgefallen, aber durchaus hilfreich. Sie heben sich deutlich von den Positionen Lechelers ab.

4. Mit allgemeinen Problemen und unterschiedlichsten Rechtsfragen der *kirchlich-karitativen Betätigung* befaßt sich monographisch (S. 665–756) *Josef Isensee*, z. B. mit dem kirchlichen Selbstverständnis, den externen Funktionsvoraussetzungen, den internen Kirchlichkeitsvoraussetzungen, speziellen verfassungsrechtlichen Grundlagen der Kirchenautonomie. Der Beitrag schließt mit einer umfangreichen Rechtsquellenübersicht. An einer Stelle spricht Isensee von den karitativen Monopolen. Dies aber nicht, um die verfassungsrechtlich fragwürdigen Auswirkungen der kirchlichen Sozialmonopole für Nichtchristen zu problematisieren (vgl. demgegenüber das – faktisch ausgehöhlte – Sozialhilfeurteil von 1967, BVerfGE 22, 180 ff.; zum ganzen G. Czermak, Staat und Weltanschauung, 1993, 290 ff.), sondern um eine sich daraus ergebende Grundrechtsbindung abzulehnen.

5. Das *Arbeitsrecht im kirchlichen Bereich* wird von zwei Autoren bearbeitet: von *Wolfgang Rufner* auf knapp 50 Seiten zum Individualarbeitsrecht und von *Reinhard Richardi* auf gut 30 Seiten zum Kollektivarbeitsrecht. Wer zu diesem rechtspolitisch und juristisch umstrittenen Rechtsgebiet die Gegenpositionen kennenlernen will, die den gesetzlichen Schranken des kirchlichen Selbstbestimmungsrechts (Art. 137 Abs. 3 S. 1 WRV/ Art. 140 GG) und den Grundrechten der kirchlichen Arbeitnehmer das ihnen zukommende Gewicht geben, muß sich anderweitig umsehen (zum Selbstbestimmungsrecht etwa besonders empfehlenswert K. Hesse, HdbStKirchR I, 2. A. 1994; im übrigen statt aller G. Struck NZA 1991, 249 und neuestens ausf. G. Czermak, Der Personalrat 1995, 455

mit umfangr. Nachweisen der aktuellen, sich verstärkenden kritischen Literatur).

IV. Ungerecht und gewillkürt, wie solche Besprechungen notgedrungen sein müssen, bleiben selbst recht lesenswerte weitere Einzeldarstellungen dieses Bandes hier unerwähnt. Angesichts der folgenden abschließenden Wertung mag das aber verzeihlich sein. Wie schon für Band I gilt auch hier bei religionspluralistischer Sicht mit Betonung der Rechtsgleichheit für Minderheiten: Viel Licht, viel Schatten. Viele Informationen, wie etwa die zu den Verbindungsstellen zwischen Staat und Kirchen und den internationalen Beziehungen der Kirchen (sämtlich Bd. II), sind anderswo kaum zu finden. Sicher nicht gewagt ist die Behauptung, daß etliche Beiträge des Handbuchs auf Dauer ihr Gewicht behalten werden. Nicht zu verkennen sind jedoch starke Ungleichgewichtigkeiten nach Qualität und Quantität. Recht knappen Darstellungen wie der von Dieter Schütz zu den Res sacrae und Hanns Engelhardt zum Bestattungswesen stehen regelrecht ausufernde wie die von Klaus Schlaich zum Öffentlichkeitsauftrag (jeweils Bd. II) gegenüber. Leider finden sich gerade bei den verfassungsrechtlichen allgemeinen Grundsatzfragen z. T. bedauerliche Schwächen. So hatte man schon erwarten dürfen, bei 2400 Seiten ein wenig mehr Substantielles zum Neutralitätsprinzip und zum Trennungsgrundsatz zu erfahren. Beide Grundpfeiler des Religionsverfassungsrechts bleiben im Nebel, wie manches andere auch. Gerade interessante Einzelfragen wie die des Erlöschens von Kirchenbaulasten bleiben unerörtert. So glanzvoll etliche Texte sind, so sehr zeigen andere rechtsdogmatische Schwächen und Inkonsistenzen. Insgesamt muß man aber sagen: Der Informationswert des eindrucksvollen Gesamtwerks ist immens. Wer sich mit dem Religionsrecht auf breiterer Ebene beschäftigen will, kommt ohne es nicht aus.

V. Das Handbuch zeigt Umfang und Lebendigkeit des Religions(verfassungs)rechts, das fälschlich noch immer Staatskirchenrecht genannt wird. Es wirft aber auch die Frage nach dem Gesamtzustand dieses in verschiedener Hinsicht interessanten Rechtsgebiets auf, dessen Erscheinungsbild kürzlich Ludwig Renck eindringlich beklagte (ZRP 1996, 16). Das beruht vor allem darauf, daß die Materie auch in ihren fundamentalen Bereichen trotz ihrer Aktualität und ihres dogmatischen Ranges allenfalls am Rande in den allgemeinen

verfassungsrechtlichen Diskurs einbezogen wird. Sie ist zur Sache von Spezialisten geworden, die in beherrschender Anzahl den Großkirchen nahestehen. Die Folge ist eine weitgehende Ausblendung an sich naheliegender Problempunkte, und dies trotz zunehmender Pluralisierung und Säkularisierung. Mit Abschluß des HdbStKirchR ist die allgemeine Literatur wieder nahezu vollständig dominiert von den traditionellen Darstellungen: Zu nennen sind die Kommentierung von Campenhausens zu Art. 140 GG in: v. Mangoldt/Klein (1991); die Ende 1996 erschienene, nunmehr sehr umfangreiche 3. Auflage des Lehrbuchs »Staatskirchenrecht« desselben Autors; die Kommentierung des Art. 140 GG durch Ehlers in: Sachs, GG, 1996; die 2. Auflage 1994 (Studienausgabe 1995) des Handbuchs des Verfassungsrechts (Bd. 2: Mikat zum Staatskirchenrecht); die religionsrechtlichen Darstellungen von v. Campenhausen und Hollerbach in Band VI des HStR (1989) und der einschlägige Abschnitt in der Neuauflage 1996 des Staatsrechts von Badura. Hierher zu rechnen sind auch die Kurzkommentierungen zu Art. 140 durch v. Hemmrich in: v. Münch, GG, Bd. III, 1996 und Schmidt-Bleibtreu/Klein, GG, 8. Auflage 1995. Hinzu kommen die speziellen Zeitschriften: Zeitschrift für evangelisches Kirchenrecht, Archiv für katholisches Kirchenrecht und seit 1995 die besonders praxisnahe und aktuelle Zeitschrift »Kirche und Recht«. Nimmt man noch die Reihen »Essener Gespräche«, »Jus Ecclesiasticum« und »Staatskirchenrechtliche Abhandlungen« hinzu sowie die Dominanz konservativer Autoren in den allgemeinen Fachzeitschriften, so kann man ermessen, wie schwierig es ist, andere Sichtweisen aufzuspüren. Das Hauptvermächtis des 1996 verstorbenen Erwin Fischer, die 3. Auflage 1984 seines kritischen Standardwerks »Trennung von Staat und Kirche«, ist zum einen thematisch nicht breit genug, zum anderen gealtert und nicht mehr lieferbar. Sein letztes Buch »Volkskirche ade!« (1993) ist nur teilweise ergiebig. So verbleiben die freilich absichtsvoll praktisch totgeschwiegenen Bücher von Markus Kleine, Institutionalisierte Verfassungswidrigkeiten im Verhältnis von Staat und Kirchen unter dem Grundgesetz, 1993 (Nomos Universitätschriften Recht 114), s. hierzu KJ 1994 H. 1/129 und BayVBl. 1995, 224 – Kleines gewichtiges Buch taucht auf keiner der 2400 Seiten des HdbStKirchR auch nur auf –

und von Gerhard Czermak, Staat und Weltanschauung, 1993 (Bibliographie sowie monographische Überblicksabhandlung zur Entwicklung und Gegenwartslage des Religionsverfassungsrechts der Bundesrepublik), siehe dazu KJ 1995, 124 einerseits und – mit zahlreichen Verdrehungen und Gehässigkeiten – ZevKR 1994, 370 ff. andererseits. Daß eine kritische Gegenströmung (eindrucksvoll: Klaus Obermayer zu Art. 140 GG im Bonner Kommentar, 1971) bis heute lebendig geblieben ist, zeigen aber – trotz ihrer Minderzahl – zahlreiche Aufsätze in den gängigen Fachzeitschriften. Sie werden punktuell erfreulicherweise ergänzt durch nicht wenige kritische Passagen engagierter christlicher Juristen. Erfreuliche kritische Ansätze zeigen

auch in steigendem Maß verfassungsdogmatische Monographien. Alles zusammen ergibt sich sowohl eine hervorragende Ausgangsbasis wie auch eine steigende Notwendigkeit möglichst mehrerer religionsrechtlicher Gesamtdarstellungen, die den widersprüchlichen Bestand sichten, nüchtern und ohne Scheuklappen darstellen und dogmatisch aufarbeiten. Die Dringlichkeit dieses Erfordernisses wird unterstrichen durch Umfang und vor allem Art der Kritik am Kruzifix-Beschluß des Bundesverfassungsgerichts, die auch rechtsdogmatisch eine unglaubliche Vielfalt an Widersprüchlichkeiten und sonstigen Schwächen aufweist.

*Gerhard Czermak*

Rolf Lamprecht

## Zur Demontage des Bundesverfassungsgerichts

### Beweissicherung und Bestandsaufnahme

„Bundesverfassungsgericht – quo vadis?“ – diese auch auf dem 61. Deutschen Juristentag 1996 gestellte Frage ist nach den öffentlichen Angriffen gegen mißliebige Urteile des Gerichts aktueller als je zuvor.

Rolf Lamprecht, SPIEGEL-Korrespondent bei den Karlsruher Obersten Gerichtshöfen, analysiert in diesem Buch akribisch die maßlose Urteilsschelte prominenter Politiker und Regierungsvertreter, der Elemente innewohnen, die „einen Staatsstreich von oben kennzeichnen“. Er fragt nach den Motiven ihrer Attacken ebenso wie nach den möglichen Folgen für die Autorität des höchsten deutschen Gerichts und die Beziehung der Verfassungsorgane untereinander.

Wie schon in seiner vielbeachteten Studie über die Richterschaft „Vom Mythos der Unabhängigkeit“ zeigt sich auch hier Lamprechts streitbares Engagement für die Republik, ihre Bürger und den demokratischen Prozeß. Lamprechts virtuose Streitschrift wird – soviel steht damit bereits fest – die Kontroverse um die „Exzesse“ gegen das Gericht beleben und die notwendige Diskussion um das Verhältnis Politik – Justiz ein gutes Stück vorantreiben.

1996, 229 S., brosch., 59,- DM, 431,- öS, 53,50 sFr, ISBN 3-7890-4448-2



**NOMOS Verlagsgesellschaft**  
76520 Baden-Baden