

# Buchbesprechungen

*Duncan Kennedy, Legal Education and the Reproduction of Hierarchy. A Polemic Against the System (A Critical Edition), New York (University Press), 2004, 223 S., 25,00 \$*

Es geht auch anders. Gegen Ende seines Studiums, einer Phase, die Studierende hierzulande gewöhnlich zur intravenösen Verabreichung von Rechtsdogmatik beim Repetitor nutzen, schrieb der Jura-Student Duncan Kennedy einen handfesten Verriss des Jura-Studiums.<sup>1</sup> 1983, inzwischen selbst Professor an einer (nicht irgendeiner: Harvard) law school, setzte Kennedy diese Kritik in jenem selbstverlegten Pamphlet fort, das als little red book Berühmtheit erlangte und, obwohl nur im Schaufenster des Harvard book store in Cambridge oder über den Autor per mail-order erhältlich, fortan in angesehenen law reviews rezensiert, zitiert und diskutiert worden ist. Jetzt ist das kleine Buch auch formal in der academia angekommen, aufwendig verlegt, mit Vor- und Nachwort des Autors, begleitenden Essays aus fremder Feder, mit festem Einband und, in der Tat – goldenen Lettern auf dem Buchrücken. Das Typoskript des von Kennedy einst bewusst semi-professionell in einer Auflage von etwa dreitausend Exemplaren hergestellten Büchleins ist dabei übernommen worden. So hält man doch den legendären Text von 1983 in den Händen, trotz Goldprägung.

## I.

Das Buch hat den Autor berühmt, ein bisschen auch berüchtigt gemacht. Das schadet nicht dem Autor, aber ein wenig dem Buch: Denn zu leicht setzt man es mit der Rolle seines Autors gleich. Dieser gilt bekanntlich heute (und galt damals) als ein (wenn nicht der) Kopf des Critical Legal Studies Movement (CLS), jener keineswegs monolithischen Gruppe von linksgerichteten und/oder marxistischen RechtswissenschaftlerInnen, die seit ihrer »Gründung« 1977 die herrschende Jurisprudenz der USA angrif-

fen.<sup>2</sup> Im Kern ging es darum, Recht als ein Politikum zu entlarven, dessen Autonomie nur vorgeschoben und dessen Funktion eine solche der sozialen Eliten ist. Kennedys Polemik gegen die law schools als (Re)Produzenten sozialer Hierarchien wurde zu einem CLS-Manifesto, und man neigt schnell dazu, das Buch bequem unter diesen Hintergrund des Politischen zu subsumieren.<sup>3</sup> Das kleine rote Buch, optisch gewollt – wenn auch nicht ohne Ironie (210) – an Maos »Bibel« angelehnt, bietet sich dazu natürlich an. Die »Hierarchien«, um die es hier geht, sind jene der bourgeoisen Gesellschaft, nicht nur die des Rechtsbetriebs, und sie sind »illegitimate« (15) – eine Feststellung, die das Buch voraussetzt, nicht erklärt. Die Funktion der herrschenden Rechtsausbildung bestehe jedenfalls im »ideological training for willing service in the hierarchies of the corporate welfare state« (15). Die law school präpariert für die späteren Ausbeutungs-Verhältnisse in den grossen Wirtschaftskanzleien (49 ff.), den Gerichten (55) etc., indem es deren oligarchische Strukturen abbildet (61 ff.), ideologisch auflädt (63 ff.) und Studierende im Sinne dortiger Anforderungen gleichsam vorsortiert (65 ff.). Es geht ums System, und um nichts weniger. Die Notenvergabe (43 ff., 71), die verordnete Klassen-Kultur,<sup>4</sup> das Curriculum (35 ff.) – weil all das dem Erhalt des Systems dient, scheint es Objekt von Kritik an der Ausbildung zu sein. Noch heute ist das Buch für den Autor genuin Systemkritik, in Kennedys unwiderstehlichen Worten: »[A]n analysis of how legal education participates in the production of what sucks about the system« (1). Letzteres, immerhin »rotten through and through« (121), gehöre abgeschafft – statt bloss die juristischen Instrumente re-interpretiert (22–24). Das Vorwort des Originals von 1983 endet denn auch mit strafen-

<sup>2</sup> Siehe jetzt Günter Frankenberg, Partisanen der Rechtskritik: Critical Legal Studies etc., in: Sonja Buckel/Ralph Christensen/Andreas Fischer-Lescano (Hrsg.), Neue Theorien des Rechts, Stuttgart 2006, 97–116.

<sup>3</sup> So etwa Neil Duxbury, Patterns of American Jurisprudence, Oxford 1993, 491–494, 493: »[A] classic piece of campus marxism«.

<sup>4</sup> »[S]tudent culture is relentlessly upper middle class« (38), »[t]he teachers are overwhelmingly white, male and deadeningly straight and middle class in manner« (19).

<sup>1</sup> Duncan Kennedy, How the Law School fails – A Polemic, Yale Law Review of Law and Social Action 1 (1970), 71–91.

kämpferischer Knappheit: »Resist!« (16). Gefordert wird nicht weniger als »a new society« (121), zu ermöglichen über eine »organized left bourgeois intelligentsia«, die eines Tages unter Verschmelzung mit einer Massenbewegung »the radical transformation of American society« in Angriff nehmen könnte (117). Die Kritik an der law school scheint so nicht mehr als die marxistische Kritik an den herrschenden Produktionsverhältnissen: »[R]emember, you saw it first in law school« (87). Dazu passt, dass das Buch gleiche Bezüge für den Professor wie für den Hausmeister der Fakultät fordert (95), dass Studierende sich in left study groups zusammenfinden sollen, wo unter anderem Marx zu lesen wäre (123 ff., 141), dass schon Kennedys Kritik von 1970 die linken »radicals« an den law schools begrüßte, und dazu passt natürlich auch der Kontext, in dem diese Kritik einst entstanden ist: 1968 war gerade geschehen, in den USA hatte sich die neue Linke an den Universitäten längst formiert, war aus dem studentischen Free Speech Movement die studentische Anti-Vietnam-Bewegung, aus den theoretischen civil obedience-Debatten die aktivistischen Sit-ins und Teach-ins, aus der Kritik an Präsident Johnson der Widerstand gegen Nixon, waren nicht zuletzt aus den Hipstern die Hippies geworden. Ein Austausch der Hierarchien also, von rechts nach links? Nur die hochpolitische »Polemik« am System und seinem hochpolitischen Produzenten, dem Rechtsstudium? Kurz: das Buch, nur ein Dokument politischer Radikalisierung, inklusive Marx-Gespenst?

## II.

Wer das Buch so liest, verpasst Etwas. Denn eigentlich geht es in Kennedys Buch um etwas Anderes. Es geht um das cri du coeur eines sensiblen Jura-Studenten, der die Atmosphäre der Ausbildung als nicht nur intellektuell, sondern auch emotional abschnürend erfährt. Es geht um das, was nicht in den Büchern steht, sondern in den Hörsälen geschieht, auf den Fluren und in den Büros, in den Gesprächen mit den Professoren, im Umgang, in der Sprache, im Ton. Es geht um eine psychologische Dimension des Rechtsunterrichts.

Kennedys Buch beginnt denn auch mit einer Analyse des ersten Ausbildungsjahres (17 ff.), das von der Auslieferung an den Lehrer geprägt ist. Deren Produkt ist die Angst, untermauert wird sie durch die Dominanz kultureller Haltungen, die jetzt ausgegeben werden, ohne dass man ihnen entfliehen könnte (19). Untersagt sind nach dem Erlernen der juristischen Technik Emotion,

Empathie (23). Sie gelten jetzt als Naivitäten, als Kindereien, die einem Erwachsensein zu weichen haben, das im wie-ein-Jurist-Denken seine Bewährung findet. Die Konfrontation Student-Universität/Lehrer-Schüler läuft bei Kennedy so erkennbar freudianisch ab. Die Professoren lehren »to put away childish things« (13) in einem Arrangement, das an die »patriarchal family« erinnert (19). Später wird aus dem Professor ein Mentor, das Verhältnis wird ambivalent, bleibt aber prekär auf Unterwerfung unter den »Vater« programmiert (62). Mit den Händen zu greifen ist das in der frühen Kritik von 1970, wo Kennedy letztlich nichts als »a child's tortured dream« mitzuteilen glaubte, leidend unter der »oppressive emotional atmosphere«, der »atmosphere of collective terror (...) of ice-cold indifference« und vergeblich bemüht »[to] overcome your fear and revulsion at the spectacle of the professor smiling quietly to himself as he prepares to lay your guts out on the floor yet once again, paternally«. <sup>5</sup> In der Rückschau hat das Kennedy auf den Punkt gebracht: »These authoritarian older men really scared everybody to death; (...) it was very difficult not to experience them as the avenging father type«. <sup>6</sup> Im selben Interview hat Kennedy übrigens betont, er sei durch Freud »very influenced«. Tatsächlich enthält das Buch, wie übrigens schon Kennedys Aufsatz von 1970, die idealtypische Beschreibung von psychologischen Studenten-Profilen (81–84, 89–91).

So wird für das Buch auch der Kontext »1968« ein Anderer. Die New Left hatte sich, gerade in den USA, abgewandt von den »alten« Topoi Arbeit und Produktion und wollte schauen auf den Alltag, das Zwischenmenschliche und Psychologische. Freud und Sartre hatten Marx verändert. Darin waren bekanntlich nicht wenige »deutsche« Einflüsse verarbeitet, entlang der Linie Heidegger-Adorno-Marcuse. <sup>7</sup> Ein-dimensionaler Mensch, Grosse Weigerung wurden gerade in den USA Embleme eines Bewusstseins, das anders dachte und fühlte als die alte Linke. 1964, dem Jahr, in dem Kennedy seinen Collegeabschluss in Harvard machte, rief die Gallionsfigur der amerikanischen Studentenbewegung, Mario Savio, mit bebender Stimme jene Worte von den Stufen Berke-

<sup>5</sup> Man frage sich daher immer wieder: »Why am I taking this shit from them?«, Kennedy (Fn. 1), 80, 76, 75.

<sup>6</sup> Interview mit Duncan Kennedy, in: *The Advocate* Vol. 24 No. 2 (1994), 60.

<sup>7</sup> »Wir sahen in Heidegger (...) einen neuen Anfang (...). Eine Philosophie, die sich für die menschliche Existenz interessierte, für menschliche Bedingungen und nicht bloß für abstrakte Ideen und Prinzipien.« Herbert Marcuse (Interview von 1977), in: Peter-Erwin Jansen (Hrsg.), *Befreiung Denken – Ein politischer Imperativ. Ein Materialienband zu Herbert Marcuse*, Offenbach a. M. 1989, 99–110, (hier 99).

leys, die nicht nur dieses Bewusstsein, sondern auch Kennedys eigenes Buch wie kein zweites wiedergeben: »We don't mean to be made into any product, don't mean to end up being bought by some clients of the University, be they the government, be they industry, be they organized labor, be they anyone! We're human beings! There is a time when the operation of the machine becomes so odious, makes you so sick at heart, that you can't take part; you can't even passively take part, and you've got to put your bodies upon the gears and upon the wheels, upon the levers, upon all the apparatus, and you've got to make it stop. And you've got to indicate to the people who run it, to the people who own it, that unless you're free, the machine will be prevented from working at all!« »Existenz« statt Institution, Entfremdung statt Ausbeutung, Emanzipation statt Weltrevolution – diese Verschiebung der *topoi* ist wichtig für das Buch. Der junge Kennedy liest eben den frühen Marx (141).<sup>8</sup> Das kleine rote Buch, das scheinbar die Weltrevolution will, will sie gar nicht. »[G]eneral principles« werden zurückgewiesen (98), die Linke solle nicht behaupten, sie habe eine allgemeine institutionelle Lösung anzubieten (108). Allumfassender Theorie erteilt Kennedy ebenso eine klare Absage wie der Herrschaft des Proletariats; am Begriff der »Hierarchien« schätzt er ausdrücklich ihre »vagueness«, die sie zum Gebrauch im Rahmen von »hard-edged theory« unbrauchbar mache (96), denn, so Kennedy ganz un-»objektiv«, aber sehr mit 1960er-Zungenschlag: »[N]o one really knows what's going on anyway« (60).

Dazu gehört auch, dass das Buch, ausser der Bildung von linken Lesezirkeln, institutionell wenig Konkretes als Alternative zu bieten hat. Wer das kritisiert, übersieht das gewollt Unabgeschlossene, das (auch) ein Zug von »68« war. Man darf, muss aber auch, diese Seite der 68er-Bewegung ernst nehmen: das Kindliche, das Nicht-Konstruierte, die Aversion gerade gegenüber der Gedankengerüst-Produktion der Erwachsenen.<sup>9</sup> Wo es um (auch) Diffuses in alltäglicher Herrschafts-Praxis geht, hilft die »saubere« institutionelle Lösung als solche nicht weiter. 1970 sagt das Kennedy ganz programmatisch: »If there is »revolution« in the air, it is not

primarily institutional, but psychic territory which is at stake, or the whole thing is a waste of time.«.<sup>10</sup> Die genüssliche Frage nach Alternativ-Vorschlägen sollte auch diese Kritik nicht zum Schweigen bringen können.<sup>11</sup> Es geht um ein durchaus spielerisches, jedenfalls assoziatives Auffinden von wenig greifbaren, weil »geistigen« Macht-Verhältnissen. Die Dekonstruktion wird so gewissermaßen ziellos betrieben, mit (auch) kindlicher Freude (»Trashing is fun«).<sup>12</sup> Gelernt hat sie auch Kennedy bei den französischen Philosophen. Nicht von ungefähr findet man bei Bourdieu jenen Satz, der als Kondensat von Kennedys Buch durchgeht: »Das Unterrichtssystem – ein Reproduktionsinstrument mit besonderer Fähigkeit zur Verschleierung der eigenen Funktion.«<sup>13</sup> Dass Kennedys »Polemic« hieran wissenschaftlichen Anforderungen nicht immer entspricht, wusste schon der junge Kennedy: »All this is »curbstone psycho-analysis« run wild, I freely admit.«.<sup>14</sup> Dahinter steht aber ein utopisches Denken, das seine eigene, erstzunehmende Tradition hat<sup>15</sup> – und aus ihr erst jenen Standpunkt bezieht, der radikale Kritik beflügelt.

### III.

Natürlich kann man an der Kritik kritisieren, dass sie selbst vor diesem Hintergrund weder radikal noch konkret genug wird: Vorgeschlagen wird »to perform an act of resistance of some kind in the authoritarian classroom« (125). Bestehen soll es in Verweigerung, förmlicher Aufforderung, eine bestimmte diskriminierende Praktik einzustellen oder Ähnlichem. Aber: »You shouldn't do it in a way that will get you thrown out« (126). Auch mag man feststellen, dass sich Kennedy inzwischen von der alten Radikalkritik entfernt hat, vor allem, indem er jetzt eine höhere Bestimmtheit juristischer Argumente (und damit der Möglichkeit sie zu lehren!) konzidiert als noch 1983.<sup>16</sup> Damit ließe sich einmal mehr die Mode fortsetzen, »den 68ern« die Abkehr von alter Radikalität als

<sup>10</sup> Kennedy (Fn. 1), 85.

<sup>11</sup> Siehe aber Michael Fischl, *The Question that Killed Critical Legal Studies*, *Law & Social Inquiry* 17 (1992), 779–820; vgl. dazu Kennedy heute: »The refusal to formulate an alternative vision was what allowed CLS to exist as a »locution« for exhilarating encounters« (217).

<sup>12</sup> Alan D. Freeman, *Truth and Mystification in Legal Scholarship*, *Yale Law Journal* 90 (1981), 1230.

<sup>13</sup> Pierre Bourdieu, *Die verborgenen Mechanismen der Macht*, Hamburg 1992, 75.

<sup>14</sup> Kennedy (Fn. 1), 75.

<sup>15</sup> Richard Saage, *Utopieforschung – Eine Bilanz*, Darmstadt 1997.

<sup>16</sup> Siehe Duncann Kennedy, *A Critique of Adjudication* [Fin de siècle], Cambridge/Mass. 1997, und dazu die Rezension von Oliver Lepsius, *RechtSZ* 63 (1999), 378–382; zur früheren Radikalität Alexander Somek, *Haben Sie heute schon dekonstruiert? Zur Bedeutung der Dekonstruktion in der neueren amerikanischen Rechtstheorie*, *Rechtstheorie* 27 (1995), 201–222.

<sup>8</sup> Zu Kennedys Sozialisation siehe die biographischen Angaben bei Eleanor Kerlow, *Poisoned Ivy. How Egos, Ideology and Power Politics Almost Ruined Harvard Law School*, New York 1994, 39–44. Auch hierzulande war man bemüht, die Frühschriften gegenüber dem institutionalisierten Marxismus für eine marxistische Rechtstheorie (wieder)zuerwecken, so etwa Wolf Paul, *Der aktuelle Begriff marxistischer Rechtstheorie*, in: Hubert Rottleuthner (Hrsg.), *Probleme marxistischer Rechtstheorie*, Frankfurt a. M. 1975, 72–91.

<sup>9</sup> Wolfgang Kraushaar, *Denkmodelle der 68er-Bewegung*, *Aus Politik und Zeitgeschichte* B 22–23/2001, 14–27.

konventionelle Anpassung unter die Nase zu reiben. Und immer lässt sich auch der Erfolg von Bewegungen gegen sie anführen, genüsslich hinweisen auf die Insignien des Establishments, die diese Rebellen von einst jetzt gewollt oder ungewollt mit sich herumtragen.<sup>17</sup> Die Kritik der Kritik erschöpft sich freilich meist nur in dem Unbehagen darüber, dass die Rebellen von einst heute Schlipse tragen<sup>18</sup> oder Kennedy inzwischen vermeintlich bourgeois Vergnügungen nachgeht (Squash!).<sup>19</sup> »When you make your peace with authority, you become an authority« sagte Jim Morrison damals. Aber Kennedy hat seinen Frieden nicht gemacht. Kürzlich hat er dem wissenschaftlichen Nachwuchs von heute spöttelnd ins Stammbuch geschrieben, sie würden mit ihren Lehrern lieber über die Auswahl der Schule für ihren Nachwuchs sprechen denn über Theorie, Kritik, geschweige denn Rebellion: »As a 60 year old, old 60's person, this strikes me as terrible. I am one of the endlessly grinding millstones whose sound keeps them awake at night and makes them want to change the subject to the choice among secondary schools.«<sup>20</sup> Dass Kennedys Kritik heutige »Junge« nachts wach halten wird, darf man mit Kennedy tatsächlich bezweifeln: Studierende hierzulande jedenfalls wollen Examen machen, nicht Revolution. Natürlich erschweren weiterhin Unterschiede jede Rezeption. Kennedys Kritik ist sehr eng mit der Juristenausbildung in den USA verknüpft, mit der dortigen Unterrichtsmethode (socratic method), dem System der Eliteuniversitäten, ihren rigiden Zulassungsbeschränkungen, Studiengebühren, der Atmosphäre hoher Competitiveness usw. Dazu gehört auch die traditionell stärkere Skepsis gegenüber Recht als autonomer »Technik« und die Aversion gegenüber allzu »formalistischen«, »rationalistischen« Betrachtungen, die zusammenhängt mit der Geschichte der Juristenausbildung in den USA, wo sich der akademische Unterricht zunächst mühsam behaupten musste gegen die traditionelle Ausbildung on the job.<sup>21</sup> Eine latente Skepsis

an universitärem Rechtsunterricht an sich ist die Folge davon, der Boden für Kritik so naturgemäß fruchtbarer. Bittere Abrechnungen mit dem Studium durch Dabeigewesene, zumal an jener der Elite-Universitäten (Kennedy selbst hatte in Yale Jura studiert), haben in den USA jedenfalls eine gewisse Tradition. Meist traf es die Harvard Law School, beginnend mit John Jay Osborne's autobiographischem Klassiker »The Paper Chase«, jener fiktionalen Beschreibung der angsteinflößenden Übervater-Figur des Professor Kingsfield, die, übrigens in dem Jahr nach Kennedys Jura-Abschluss in Yale erschienen, 1973 verfilmt und oskargekrönt, in den USA das (Negativ-)Image der Juristenausbildung nachhaltig geprägt hat.<sup>22</sup> Aber ob Scott Turows Beststeller, die Beschreibung seiner Leidensgeschichte als Erstsemester,<sup>23</sup> Seligmans mildere, fakten gesättigte Kritik an Unterricht, Zugang und Personalpolitik,<sup>24</sup> oder Kahlenbergs Anklage gegen die Eskamotierung idealistischer Studenten zugunsten gieriger corporate lawyer<sup>25</sup> – allen fehlt, was Kennedys Buch hat und was ohne »1968« nicht denkbar ist: Eine Sensibilität für subtile Machtverhältnisse und die Überzeugung sowohl von dem Recht als auch von der Kraft, ihnen zu widerstehen. Dafür dürfen die Jungen den »1968ern« dankbar sein, auch ohne Verbeugung. Denn dieser Impetus ist in vier Jahrzehnten nicht veraltet. Auch nicht in der Juristenausbildung, und auch nicht in Deutschland. Gibt es kein System mehr, das lehrt, dass man machtlos ist gegenüber Fremdbestimmung (Zeiteinteilung, Organisation der eigenen Arbeit, »Aufmucken« gegen die Lehrenden usw.)? Erfahren die Studierenden das System im Examen nicht als eines, bei dem die PrüferInnen gezwungen sind, wie John Lennon sagte, »to smile as they kill«? Gibt es kein Repetitorensystem, das täglich nichts Anderes macht als soziale Anpassung zu (re)produzieren?<sup>26</sup> Bietet das Jura-Studium wirklich (auch) Orte für intellektuelle Hakensschläge?<sup>27</sup> Sind die Jüngeren nicht weiterhin »in hohem Maße abhängig (...) vom

17 So betont Peter Goodrich, Duncan Kennedy as I imagine him: The Man, the Work, his Scholarship, and the Polity, Cardozo Law Review 22 (2001), 971-990, hier vor allem 978-980.

18 Dazu nachdenklich Ivana Mikesic, Die Kritik der Kritik der Kritik, KJ 1999, 132-137.

19 Richard D. Kahlenberg, Broken Contract. A Memoir of Harvard Law School, 2. Aufl., Amherst 1999, 84.

20 Duncan Kennedy, The Social Justice Element in Legal Education in the United States, Unbound 1 (2005), 93-104, hier 104; dort ist freilich auch Altersmilde feststellbar: »I think this is a case where things worked out fairly well over the long run« (ebd.).

21 Zurückgeblieben ist der vielsidig diskutierte Antagonismus von »Logik« und »Erfahrung«, vielleicht der topos der rechtswissenschaftlichen Diskussionen in den USA seit Holmes, siehe nur William P. LaPiana, Logic and Experience. The Origin of Modern American Legal Education (1994).

22 John Jay Osborn Jr., The Paper Chase, Boston 1971. Osborn machte seinen Harvard-Abschluss 1970.

23 Scott Turow, One L. The Turbulent True Story of a First Year at Harvard Law School, New York 1977.

24 Joel Seligman, The High Citadel. The Influence of Harvard Law School, Boston 1978. Seligman machte seinen Harvard-Abschluss 1974.

25 Kahlenberg (Fn. 19). Kahlenberg ist Absolvent von 1989.

26 Klaus-Henning Hansen/Mario Nitsche/Manfred Walther, Repetitorbesuch als Strategie sozialer Anpassung, Zeitschrift für Soziologie 4 (1975), 234-247.

27 »[T]he health of any (...) law school rests in departure from normality and deadly sanity. Freak persons and freak policies are needed« (Karl N. Llewellyn, On what is wrong with so-called Legal Education, Columbia Law Review 35 (1935), 651).

Wohlwollen der Älteren«,<sup>28</sup> der rechtswissenschaftliche Nachwuchs wirklich immer mehr als »little darlings« ihrer Förderer, geübt »to savor crumbs, while picking from the air the indications of the master's mood that can mean the difference between a good day and misery« (77), geprägt von den Anforderungen einer wissenschaftlichen Laufbahn »too vague to master except by a commitment to please at any cost« (75)? Solche Fragen wären immerhin zu stellen, nicht zuletzt in dieser Zeitschrift. Aber fänden sie auch Gehör? Die Jura-StudentInnen von heute beben nicht mehr unter den Hierarchien, sie zittern davor, nicht in sie aufgenommen zu werden. Aber vielleicht tun sie das nur, weil solche Fragen ihnen nicht (mehr) gestellt werden. Insofern geht es auch um Vorbilder. Aber wer lehrt heute schon: »Unruhe ist unsere erste Bürgerpflicht«?<sup>29</sup> Kennedy jedenfalls schliesst in seinem Nachwort von 2004 mit dem Aufruf zu einer neuen Bewegung an den Fakultäten: »It's time for something new here, too« (221). Dass sie kommen wird, glaubt Kennedy fest: »It seems as certain as anything can ever be that the time of analysis and protest will come around again« (7). Natürlich kann man wieder fragen: Aber wohin und wogegen nur? Damit wäre das erledigt. Wer sich heutige Erstsemester anschaut, wird vielleicht anders fragen: Haben wir es überhaupt verlernt, rebellisch zu sein?

Viktor Winkler

*Gerit Thulfaut, Kriminalpolitik und Strafrechtslehre bei Edmund Mezger (1883-1962). Eine wissenschaftsgeschichtliche und biographische Untersuchung, Baden-Baden (Nomos) 2000, 374 S., geb., 56,- €*

Auf schwieriges Terrain gerät selbst im Abstand von mehr als einem halben Jahrhundert, wer sich im Genre der juristischen Biographik einem Strafrechtslehrer zuwendet, der in der NS-Zeit seinem Beruf nachging und sich dabei nicht auf unverfängliche Gebiete zurückzog. Ein solches biographisches Unternehmen sieht sich zwar – auch in der traditionell genealogisch denkenden Strafrechtswissenschaft – heutzutage keiner offenen Kritik ausgesetzt. Ein Generationenproblem existiert nicht mehr. Zudem finden

Untersuchungen juristischer Lebensläufe mittlerweile häufig bei der Aufarbeitung des Unrechtsstaats Verwendung. In einer Fachwelt, die den Umgang mit dem NS-Strafrecht und in diesem Zusammenhang die Kontinuitätsfrage als wichtiges Forschungsthema erkannt hat, deutet sich aber ein Vorbehalt an, wenn dafür plädiert wird, die notwendige Diskussion möglichst von einer Debatte um die persönliche Haltung damaliger Fachvertreter freizuhalten.<sup>1</sup> Auf der anderen Seite muss ein Biograph bei einem Thema, das früher einen Tabubruch bedeutet hätte, heute mit dem Vorwurf rechnen, eine zu große Zurückhaltung geübt zu haben.<sup>2</sup> Weit über die Bewertungsfrage hinausgehende Schwierigkeiten hat zu bewältigen, wer in dem Erkenntnisinteresse, mit der Person verknüpfte strafrechtliche Entwicklungslinien zu analysieren, eine Biographie über einen Strafrechtslehrer anfertigt, der bereits vor 1933 eine bedeutende Position in der Strafrechtswissenschaft einnahm, seine glänzende Karriere in der Nachkriegszeit fortsetzte und dabei als Koryphäe nachhaltig auf die Lehre, die wissenschaftliche Diskussion und die Strafrechtspraxis einwirkte.

Einer solchen Herausforderung hat sich Thulfaut mit seiner Biographie über Edmund Mezger gestellt: Über Jahrzehnte hinweg versorgte dieser Jurastudenten mit erfolgreichen strafrechtlichen und kriminologischen Lehrbüchern, war Mitherausgeber eines Großkommentars zum StGB und gehörte sowohl in der NS-Zeit als auch in der jungen Bundesrepublik amtlichen Kommissionen zur Reform des Strafrechts an. Reibungslos verlief diese Karriere nicht. Dass die US-Militärregierung im Herbst 1945 Mezgers Amtsenthebung veranlasste, war mit Blick auf die Strafrechtswissenschaft eine Besonderheit. Weniger überrascht angesichts der damaligen Spruchkammerpraxis die Einstufung des früheren Parteigenossen Mezger im Februar 1947: »Mitläufer«. Den mit Wirkung vom 1. Oktober 1948 in das Beamtenverhältnis berufenen Münchener Professor ehrten Kollegen 1953 zu seinem 70. Geburtstag mit der obligatorischen Festschrift. Die Mezger-Rezeption erschöpft sich nicht in der Interpretation des ihm – wie Thulfaut nachweist, zu Unrecht – zugerechneten Begriffs der »Lebensführungsschuld«. 1987 wurde Mezger in einer Fachzeitschrift als »der

<sup>28</sup> So mit Blick auf die Jahre nach 1945 Michael Stolleis, Das Zögern beim Blick in den Spiegel. Die deutsche Rechtswissenschaft nach 1933 und nach 1945, in: Lehmann/Oexle (Hrsg.), Nationalsozialismus in den Kulturwissenschaften, Bd. 1, Göttingen 2004, 11–31, hier 29.  
<sup>29</sup> Rudolf Wiethölter, Rechtswissenschaft, Frankfurt a.M. 1968, 9.

<sup>1</sup> Vgl. Karl-Peter Julius, Diskussionsbeiträge der Strafrechtslehrertagung 2003 in Bayreuth, ZStW 115 (2003), S. 671, 696.

<sup>2</sup> So Günter Spendel, »Wer vor seiner Vergangenheit flieht, verliert immer das Rennen«. Zu zwei Juristenbiographien: Eduard Kohlrausch und Edmund Mezger, RuP 2005, S. 237, 241.

nationalsozialistische Chefideologie der Kriminologie« bezeichnet.

Die von Thomas Vormbaum betreute Hageners Dissertation ist in zweierlei Hinsicht ein Novum: die erste breit angelegte biographische Untersuchung über Mezger und die erste Monographie überhaupt über einen Strafrechtslehrer, der vor 1933, in der Diktatur und nach deren Zusammenbruch seinen Beruf ausübte.

Der Autor trennt Leben und Werk. Einer kurzen Einleitung (S. 1-3), in der Thulfaut begründet, warum er eine Arbeit über Mezger schreibt, schließt sich eine »Biographie im Überblick« (Erster Teil, S. 5-24) an. Eine Werkanalyse liefert der Biograph sodann in drei systembezogenen Teilen (bis 1933; 1933 bis 1945; nach 1945). Dabei differenziert er jeweils zwischen Strafrecht und Kriminologie. Den größten Umfang nimmt die Untersuchung der Jahre 1933 bis 1945 ein (S. 123-263). Abgeschlossen wird die Arbeit mit einer Schlussbetrachtung (S. 335-343). Thulfaut wählt einen Zuschnitt, der den wissenschaftlich produktiven Strafrechtler Mezger zum Vorschein treten lässt und der die Untersuchung von Kontinuitäten erleichtert. Dass der Autor sich von der Person Mezger lösen will, zeigt die in der Einleitung (S. 2) aufgeworfene Frage, ob dessen Leben »nur die biologische Konkretisierung langlebiger und durchsetzungsfreudiger Geistesströmungen und Strafrechtstendenzen« gewesen sei. Der Autor kündigt an, es werde auch ein Beitrag zu der unstrittenen Frage zu erwarten sein, ob sich die Jahre 1933 bis 1945 als undurchdringliche Begrenzungspunkte darstellen lassen.

Thulfaut will nicht die Person Mezger anklagen, nicht, so ein Wortspiel, »dessen Lebensführungsschuld abschließend beurteilen«, sondern das Leben Mezgers »als einzelne Folie des Interaktionsprozesses zwischen überkommener Strafrechtswissenschaft und nationalsozialistischer Diktatur« darstellen (S. 335). Der Autor kommt zu dem Ergebnis (S. 336), Mezger habe ein Selbstverständnis bewiesen, »demzufolge der juristische Wissenschaftler – als zuständige Funktionsebene – nur die vom jeweiligen Gesetzgeber angestrebte Rechtswirklichkeit in dogmatisch möglichst stringenter Weise in Gesetzesform zu gießen hatte«. Thulfaut vergleicht Mezgers wissenschaftliche Arbeit mit einem »Verschiebehahnhof«, auf dem der Fachmann überkommene und neuartige Argumentationsmuster und Denkschulen entkoppelte und neu kombinierte. Der Autor gelangt zu dem Schluss, »dass eine systemübergreifende personelle Kontinuität ohne

inhaltliche Kontinuität nicht denkbar wäre«. Die »für den Ideologietransfer notwendigen juristischen Argumentationsstränge« seien »zeitlos fortbestehende Begleiter der Strafrechtswissenschaft« (S. 338).

Thulfauts Ergebnisse beruhen auf einer sorgfältigen Werkanalyse. Dass zuvor die eigentliche Biographie nur in Form eines knappen Überblicks geliefert wird, wobei sich der Verfasser auf die Karrierestationen Mezgers konzentriert, ist konsequent. Von Interesse wären allenfalls nähere Hintergründe der Entlassung Mezgers im Jahr 1945 gewesen, falls es solche überhaupt gab. Mit der Untersuchung zur Strafrechtslehre und Kriminologie bis 1933 steckt der Autor die Ausgangspositionen Mezgers ab – immer auch mit Blick auf die Frage, ob und inwieweit der Boden für die Zeit nach Weimar bereitet wurde. Es ergibt sich ein vielschichtiges Bild. Auf der einen Seite tritt ein Dogmatiker hervor, der sich, beeinflusst durch »Klassiker« und von Liszt im Schulenstreit eine Vereinigungslehre vertretend, einerseits auch dezidiert rechtsstaatlich positionierte. Andererseits bediente sich Mezger im Strafrecht, etwa bei der Debatte um die Todesstrafe (»Beseitigung lebensunwerten Lebens«, S. 90) und insbesondere in der Kriminologie (S. 104, 121: »Sonderbehandlung« und »Ausscheidung der Unverbesserlichen«, ohne dass dabei die physische Vernichtung gemeint war) eines Vokabulars, das jegliche Mittelmenschlichkeit vermissen ließ – eine im Klima vor 1933 keineswegs außergewöhnliche Denkweise in der Strafrechtswissenschaft. Im zentralen Teil seiner Arbeit weist Thulfaut sodann zu mehreren kriminalpolitischen Themen nach, wie Mezger in der NS-Diktatur zum »Garanten einer optimierten Zielausrichtung« (S. 151) wurde. Ein Beispiel: Mezger, in dessen Weimarer Werk der Schuldgrundsatz noch tief verwurzelt war, nahm auf dem Weg vom Tat- zum Täterstrafrecht schließlich eine extremere Position ein als Dahm. Thulfaut konstatiert, dass für Mezger 1937 bereits die Verhängung von schuldunabhängiger Strafe denkbar gewesen sei. Dass Mezger in dieser Kardinalfrage Einfluss auf die Zukunft des nationalsozialistischen Strafrechts zu nehmen versuchte, zeigen seine Stellungnahmen zu einem Gesetzgebungsprojekt im Schnittmengenbereich von Kriminalpolitik und Kriminalbiologie. Der Experte Mezger kommentierte im Hintergrund Entwürfe des von Thulfaut (S. 15, 277, 339) lediglich gestreiften Gemeinschaftsfremdengesetzes, dessen abschließende Fassung mit einer Neufassung des Allgemeinen Teils des RStGB in Kraft treten sollte (E 1944).<sup>3</sup>

Den ersten Entwurf eines Gemeinschafts-fremdengesetzes lobte Mezger als »eine geeignete und höchst erfreuliche Grundlage für eine großzügige und zielbewusste Kriminalpolitik« und erkannte, dass es »künftig ... in Wahrheit zwei (oder: mehrere) »Strafrechte« geben sollte, »ein Strafrecht für die Allgemeinheit ... und ein (ganz anderes!) Strafrecht für besondere Gruppen von Persönlichkeiten«. Diese sollten, so die Stoßrichtung des von Mezger begrüßten Gesetzgebungsvorhabens, für ihr »So-Sein« zu unbestimmten Sicherungsstrafen verurteilt werden. Über bloßen Opportunismus hinausgehenden »eigenen missionarisch-denkerischen Eifer« (S. 339) bewies der Kriminologe Mezger, der sich vor allem in seinen Lehrbüchern als die biologische Bedingung des Verbrechens anerkennender Rassist erwies. In einem bedrückenden Kapitel beschreibt Thulfaut einen »methodischen Minotaurus-Garten«, aus dem es »kein Zurück mehr auf das Feld einer ergebnisoffenen und mehrdimensionalen Verbrechensbetrachtung« gegeben habe, »von hier fuhren die Züge nach Auschwitz und Treblinka« (S. 263). Diesem Bild lässt sich entgegen halten, es gehe zu weit, weil Mezger – wie bei menschenfeindlichen Äußerungen zum Kriegs- und Jugendstrafrecht – die »Ausmerzungen« von Angehörigen der eigenen »Rasse« vor Augen gehabt habe.<sup>4</sup> Dass jedoch im Antisemitismus Mezgers schon in der Konsolidierungsphase des NS-Regimes eine Weichenstellung in Richtung Vernichtungslager durchaus denkbar war, zeigen seine Beiträge zu einer in der amtlichen Strafrechtskommission am 5. Juni 1934 geführten vertraulichen Aussprache über die Denkschrift »Nationalsozialistisches Strafrecht« des Preußischen Justizministers Kerrl zur Frage des strafrechtlichen Rassenschutzes. Eingangs warf Gürtner die Frage auf, ob der Rassenschutz überhaupt im Strafrecht gesucht werden solle.<sup>5</sup> Der Hochschullehrer Mezger verließ die Ebene des gelehrten Disputs über dogmatische Fragen und glaubte, im Kreise seiner Kommissionskollegen etwas »persönlich gestehen« zu müssen mit Äußerungen zum

»Kampf der Rassen im deutschen Lebensraum«, in dem »es hart auf hart geht«. <sup>6</sup> »Da meine ich grundsätzlich, dass das Strafrecht in einem solchen Kampfe ein durchaus taugliches, wirkungsvolles, ja in manchem vernichtendes Mittel sein kann.« Wie Mezger nach 1945 unter anderem erneut in einer amtlichen Strafrechtskommission wieder als Reform-Fachmann gefragt war, sich mit Welzel feinsinnige dogmatische Auseinandersetzungen lieferte, in einem »Ausweichmanöver« (S. 266) vorläufig strafrechtliche Grundlagenforschung betrieb, im Mainstream des Naturrechts schwamm und sich sowohl literarisch als auch als Funktionär der Kriminologie widmete – hier nutzt Thulfaut eindrucksvoll die Chance, eine geradezu staunenswerte Anpassungsfähigkeit eines Strafrechtswissenschaftlers beim Übergang in ein neues System und seine Einflussnahme auf das Strafrecht der jungen Demokratie immer auch mit dem Blick auf die vorangegangenen Jahre zu analysieren. Diese »Zeiten schlimmen Missbrauchs« (S. 265), so Mezger 1948, gaben keinerlei Anlass zu irgendeiner Form von Selbstkritik. Das Systematische des Unrechts wurde von ihm wie von den meisten seiner Kollegen nicht thematisiert. Mezger arbeitete weiter – eine »zeitlebens brauchbare Funktionselite seines Faches« (S. 338), die etwa in § 16 StGB bis heute Spuren hinterließ.

Mit seiner lesenswerten Mezger-Biographie hat Thulfaut die strafjuristische Zeitgeschichte in vielfacher Hinsicht bereichert. Er liefert nicht nur einen wichtigen personenbezogenen Beitrag zum Verhältnis zwischen Strafrecht und politischen Umbrüchen. Der Verfasser stellt sich auch dem Problem, welche Verantwortung eine sich kriminalpolitisch betätigende Strafrechtswissenschaft für den Missbrauch staatlicher Strafgewalt trägt. Dass Thulfaut dabei mit Blick auf Mezger Zurückhaltung übt und sich bekennnisthafter Wertungen enthält, spricht gerade für die Arbeit. Durch distanzierte Analysen verleiht der Biograph seiner These zum Selbstverständnis Mezgers Plausibilität. Thulfauts gelungene Arbeit kann auch als Anreiz verstanden werden, sich mit einem entsprechenden Erkenntnisinteresse biographisch anderen systemübergreifend tätigen Strafrechtswissenschaftlern zuzuwenden. Namen lassen sich unschwer finden.<sup>7</sup>

Holger Karitzky<sup>8</sup>

<sup>3</sup> Zu den Entwürfen zum Gemeinschaftsfremdengesetz (1940 bis 1944) und zum E 1944, der laut Begründung zum Allgemeinen Teil (S. 1) einen Zwischenschritt zu einem »strafrechtlichen Grundgesetz des Dritten Reiches« bilden sollte, sowie zu den Beiträgen Mezgers und seines Kollegen Exner: Gerhard Werle, *Justiz-Strafrecht und polizeiliche Verbrechensbekämpfung im Dritten Reich*, Berlin / New York 1989, S. 619 ff.

<sup>4</sup> So Friedrich-Christian Schroeder, »Frankfurter Allgemeine Zeitung« vom 25. Januar 2001, S. 10.

<sup>5</sup> Jürgen Regge / Werner Schubert, *Quellen zur Reform des Strafrechts*, Band. II.2.2, Berlin / New York 1989, S. 277. Zitiert wird aus der unbearbeiteten Fassung des Protokolls.

<sup>6</sup> Dazu und Ebd. zum Folgenden: ebd., S. 297.

<sup>7</sup> Etwa bei Klaus Marxen, *Der Kampf gegen das liberale Strafrecht. Eine Studie zum Antiliberalismus in der Strafrechtswissenschaft der zwanziger und dreißiger Jahre*, Berlin 1975.

<sup>8</sup> Der Autor gibt seine persönliche Ansicht wieder.

Bob Hepple, *Labour Laws and Global Trade, Oxford and Portland, Oregon (Hart Publishing)* 2005, 302 S. 30 f.

1. Ein Bremer Student fragte mich vor einiger Zeit nach einem Buch über »Globalisierung und Arbeitsrecht«. Ich zögerte mit einer Antwort. Zwar gibt es viele Aufsätze von deutschen Juristen und Sozialwissenschaftlern zu diesem Themenbereich. Aber sie analysieren immer nur Einzelphänomene wie die Sozialklausel oder den grenzüberschreitenden Streik; eine Gesamtdarstellung existiert nicht. Als Antwort verwies ich auf einige dieser Aufsätze, was wenig Begeisterung auslöste. Nunmehr liegt das Buch von Bob Hepple vor; würde es dem Studenten weiterhelfen?

2. Ausgangspunkt für das Buch ist die These: »labour law is now inevitably global law and not just the concern of a particular nation-state.« (S. 9). Dies lässt sich so verstehen, dass die arbeitsrechtliche Korrektur der weltweiten Marktwirtschaft ihrer Natur nach eine transnationale sein muss. In der Tat liegt der Schwerpunkt der folgenden Kapitel auf ILO-Übereinkommen, freiwilligen Selbstbindungen von Unternehmen, Sozialklauseln in ihren unterschiedlichen Erscheinungsformen sowie dem EU-Modell, das in der Gegenwart die weitestgehende grenzüberschreitende Regulierung darstellt.

Die Entsprechung »weltweiter Markt« – »weltweites Recht« erscheint auf den ersten Blick höchst plausibel, doch sind ein wenig Zweifel angebracht. Im Arbeitsrecht Kanadas und (mit Einschränkungen) der USA dominieren einzelstaatliche Regeln mit durchaus unterschiedlichen Inhalten. Soweit ersichtlich, hat dies zu keinerlei Wettbewerbsverzerrungen oder anderen Unzuträglichkeiten geführt, sofern man vom häufigeren Auftreten kollisionsrechtlicher Fragestellungen einmal absieht. Auch der europäische Binnenmarkt hatte keine Einebnung der nationalen Unterschiede zur Folge. Die Rechtsordnungen der Mitgliedstaaten haben sich in durchaus unterschiedlicher Weise weiterentwickelt,<sup>1</sup> die gemeinschaftswiten Korrekturen beschränken sich auf einen relativ kleinen Teil des Arbeitsrechts. Die Ausgangsthese Hepples lässt sich aber auch so verstehen, dass Inhalt und Funktionsweise des nationalen wie des internationalen Arbeitsrechts durch die Globalisierung der Märkte entscheidend mitbestimmt sind. Dem ist vorbehaltlos zuzustimmen. Allerdings verwundert es dann ein wenig, dass im Folgenden (fast) nur über grenzüberschreitende

Arbeitsrechtsnormen nachgedacht wird. Das bestehende nationale Recht gewinnt Bedeutung allein im Rahmen komparativer institutioneller Vorteile bzw. Nachteile (S. 251 ff.). Wie es selbst unter den veränderten Rahmenbedingungen weiterzuentwickeln wäre, wird praktisch nicht zum Thema gemacht.

3. In der Arbeitsrechtswissenschaft vieler Länder besitzen die von Hepple analysierten grenzüberschreitenden Normen eher eine Randexistenz, sofern sie überhaupt zur Kenntnis genommen werden. Dies gilt auch in Staaten, in denen dem Recht eine hohe Bedeutung für die Regulierung der Arbeitsbedingungen zukommt. So lässt sich etwa in der deutschen Rechtsprechung kein einziger Fall finden, in dem die Bezugnahme auf ILO-Übereinkommen das Ergebnis eines Rechtsstreits beeinflusst hätte; soweit sich sachkundige Anwälte auf ILO-Normen beriefen, führte dies bestenfalls dazu, dass die fraglichen Konventionen von den Gerichten im Sinne ihrer bisherigen Rechtsprechung interpretiert und mit zwei freundlichen Sätzen bedacht wurden.<sup>2</sup> Auch wird nicht jedem Professor des Arbeitsrechts die »Sozialklausel« spontan ein Begriff sein. Das Buch von Hepple hat so die außerordentlich nützliche Funktion, das juristische Weltbild vieler Arbeitsrechtler zu komplettieren.

Eng verbunden damit ist ein weiterer Vorteil. Arbeitsrecht wird nicht nur aus der europäischen Perspektive oder der der industrialisierten Länder schlechthin, sondern auch aus der Sicht der Entwicklungsländer behandelt. Niemand hat in unserer euro-zentrierten Welt wirklich zur Kenntnis genommen, wie im demokratischen Südafrika die Gewerkschaften auf den Standortwettbewerb eingeschworen und Abweichter marginalisiert wurden – bei Hepple wird dies an dem auf S. 12 gegebenen Beispiel hinreichend deutlich. Bemerkenswert für den deutschen Betrachter, bei dieser Gelegenheit die »andere Seite« des in Südafrika produzierenden Volkswagen-Konzerns kennen zu lernen, der sich eine weltweite »Sozialcharta« gegeben und einen »Weltbetriebsrat« eingerichtet hat.<sup>3</sup> Ein wenig erinnert das Buch von Bob Hepple an den sog. Peters-Atlas, der vor einigen Jahren für viel Aufsehen sorgte: Ein Geograph kam auf die eigentlich recht nahe liegende Idee, alle Teile der bewohnten Erd-

<sup>2</sup> Nachweise bei Däubler, Die Implementation von ILO-Übereinkommen. Erfahrungen und Überlegungen in Deutschland, in: Senghaas-Knobloch (Hrsg.), *Weltweit geltende Arbeitsstandards trotz Globalisierung*, Münster 2005, S. 105 ff. Umfassend Böhmert, Das Recht der ILO und sein Einfluss auf das deutsche Arbeitsrecht in Zeiten der europäischen Integration, Baden-Baden 2002

<sup>3</sup> Einzelheiten sind mitgeteilt in AuR 2002, 343

<sup>1</sup> Roccella/Treu, *Diritto del Lavoro della Comunità Europea*, Milano 2002, p. 22 ss.

oberfläche im gleichen Maßstab wiederzugeben. Da fanden sich dann die Ile de France und das Ruhrgebiet in gleicher Größe dargestellt wie ein Stück kongolischen Urwalds mit 10 Dörfern und einer Kleinstadt oder ein vergleichbar »unbedeutender« Landstrich in Ostsibirien. »Die ausgebeuteten Menschen, für deren Würde und materielle Existenz sich die Begründer des Arbeitsrechts engagierten, wird man heute mit hoher Wahrscheinlichkeit in den sweatshops in Südasiens oder der Karibik finden, wo sie Kleidungsstücke für die Supermärkte in Europa und den USA herstellen« (S. 5/6) – auch dies eine Aussage, die man schwerlich in einem Lehrbuch des Deutschen, italienischen oder amerikanischen Arbeitsrechts finden würde. Schon wegen dieses Blicks über den gewohnten Horizont hinaus würde ich meinem Studenten heute antworten: Lies das Buch von Hepple, dann diskutieren wir weiter.

4. Was kann man von der ILO und ihren Normen erwarten? Hepple schildert präzise und alle wichtigen Punkte aufgreifend die Entstehung der Internationalen Arbeitsorganisation wie ihre heutige Funktionsweise. Die vorhandenen Standards lassen sich nicht umsetzen, neue (wie z.B. über »contract labour«) finden keine Mehrheit in der Arbeitskonferenz. Die Hilflosigkeit der ILO wird nicht zuletzt am Beispiel Großbritanniens deutlich, das wegen der Verletzung zahlreicher Konventionen von den Überwachungsorganen gerügt wurde: Die Regierung Thatcher reagierte überhaupt nicht, die Regierung Blair hat nur einen Teil der Verstöße beseitigt (S. 38). Der Tripartismus funktioniert nicht in Entwicklungsländern, weil es die Sozialpartner nicht gibt oder weil sie kaum jemanden repräsentieren – ein Problem, das sich auch in zahlreichen, früher von kommunistischen Parteien regierten Ländern findet. Die ILO hat diese Zeichen der Zeit erkannt und sich – der Vergleich sei erlaubt – ähnlich wie viele Unternehmen auf ihr Kerngeschäft konzentriert. Die in acht Konventionen niedergelegten »core labour standards« (Verbot der Zwangsarbeit, Verbot der Kinderarbeit, Verbot von Diskriminierung in Beschäftigung und Beruf, Koalitionsfreiheit und Tarifautonomie) wurden 1998 als Deklaration verkündet, die für alle Mitgliedstaaten verbindlich sei. Wenigstens hier sollte ein Durchbruch gelingen. Doch Hepple ist realistisch und kritisiert diesen Versuch, sich am eigenen Schopf aus dem Sumpf zu ziehen: Eine derartige Erklärung könne keine völkerrechtlich verbindlichen Pflichten schaffen, zum Völkergewohnheitsrecht gehöre nur das Verbot von Sklaverei und Zwangsarbeit

(S. 60). Auch verweist er mit Recht darauf, dass die Konventionen Nr. 87 und 98 von Brasilien, China, Indien, Mexiko und den USA nicht ratifiziert seien, so dass weltweit mehr als die Hälfte aller abhängig Beschäftigten schon von Rechts wegen gar nicht von ihnen erfasst sind (S. 61). Anerkennung findet demgegenüber die Kampagne für »decent work«, weil sie erstmals den Versuch unternimmt, alle Formen von Arbeit und damit auch die im informellen Sektor geleistete zu erfassen (S. 64). Dort sind in den Entwicklungsländern durchschnittlich 85 % aller Arbeitenden tätig (S. 16) – ob sie jemals auch nur den Begriff der »decent work« kennen lernen werden?

Kann man von der ILO unter diesen Umständen noch irgendeinen Beitrag zu mehr sozialer Gerechtigkeit erwarten, der sich nicht in schönen Worten erschöpft? Der Rezensent neigt dazu, diese Frage zu verneinen. Wenn es nur noch um Deklarationen geht, um das Setzen von Maßstäben, an denen sich andere orientieren können, dann wäre eine homogenere Einheit sicherlich sinnvoller. Attac oder das Weltsozialforum können die Dinge eindeutiger beim Namen nennen und nachhaltigere Lösungen fordern als eine Organisation wie die ILO, die auf viele Interessen, nicht zuletzt auch auf die der USA Rücksicht nehmen muss, die rund 20 % zu ihrem Budget beisteuern.<sup>4</sup> Hepple zieht allerdings keine solche Konsequenz, ja er deutet sie nicht einmal an. Aber er liefert Material dafür, um sich nach einem sinnvolleren Handlungsrahmen umzusehen.

5. Das folgende Kapitel ist den »Codes, Agreements and Guidelines« gewidmet, also den mehr oder weniger autonom von Unternehmen oder von internationalen Organisationen wie der OECD formulierten Verhaltensgrundsätzen, denen die Natur von soft law zukommt. Anders als beim ILO-Recht wird hier nach der Interessenkonstellation gefragt, denen diese Regeln ihre Existenz verdanken (S. 71). Ihre Nützlichkeit für die Unternehmen wird insbesondere dann deutlich, wenn man durch eine Selbstverpflichtung auf »anständiges Verhalten« den Erwartungen der Verbraucher entgegenkommt. Die Umsetzung macht gleichwohl erhebliche Schwierigkeiten, die Codes sind »rich in principle, weak in enforcement« (S. 83). Zahlreiche Hindernisse sind schwer zu überwinden. Oft sind Zulieferer nicht erfasst, bei denen gerade in Entwicklungslän-

<sup>4</sup> O'Higgins, *The End of Labour Law as We Have Known It*, in: Barnard/Deakin/Morris (ed.), *The Future of Labour Law*. Liber Amicorum Bob Hepple QC, Oxford 2004, p. 289, 300: ILO »konfrontationsunfähig«

dern am häufigsten mit Verstößen zu rechnen ist. Die verwendeten Formeln zeichnen sich zudem meist durch einen hohen Abstraktionsgrad aus (»keine unangemessen lange Dauer der Arbeitszeit«). Dies macht eine solche Festlegung weithin gegenstandslos, weil anders als bei »hard law« keine Instanz existiert, die durch Entwicklung von »case law« konkrete Konturen schaffen könnte. Auch geht es bei potentiellen Verstößen meist um Vorgänge in weit entfernten Ländern; wie will man effektiv kontrollieren, ob in Mittelamerika regelmäßig unzulässige Nacharbeit geleistet oder in Indonesien ein Arbeiter wegen gewerkschaftlicher Aktivitäten umgebracht und nicht etwa Opfer eines Unfalls wurde? Auch bei Hepple taucht die von Arthurs gestellte Frage auf, ob die Codes nicht nur die Funktion haben, »to pacify workers« – freilich bleibt sie letztlich unbeantwortet.

Nicht angesprochen wird das derzeit in Frankreich und Deutschland die Gerichte beschäftigende Problem, dass US-Konzerne »Ethikrichtlinien« und Verhaltenskodizes erlassen, die weitreichende Pflichten für die Beschäftigten in den europäischen Niederlassungen enthalten. Der Praxis des US-Arbeitsrechts folgend wird beispielsweise der Einzelne verpflichtet, im privaten Kreis nicht über seine Arbeit und ihre Probleme zu reden oder auch nur das kleinste Geschenk von einem Kunden (Kugelschreiber, Feuerzeug) anzunehmen. Liebesbeziehungen zwischen Angehörigen der Firma werden untersagt; damit es nicht dazu kommt, ist auch gemeinsames Ausgehen verboten. Wer Verstöße eines Arbeitskollegen gegen solche Grundsätze bemerkt, ist verpflichtet, über eine Hotline die Unternehmensleitung zu verständigen. Französische und deutsche Gerichte haben diese Regelungen bislang gestoppt, weil sich die Interessenvertretungen der Beschäftigten zur Wehr gesetzt hatten.<sup>5</sup> Doch was geschieht, wenn es solche Interessenvertretungen nicht gibt? Faktisch würde die Praxis vieler US-amerikanischer Unternehmen nach Europa übertragen<sup>6</sup> – eine ungleich wirksamere Form des »legal transplant«, von dem sonst nur die Rede ist, wenn es um die Über-

tragung eines »guten« (europäischen) Arbeitsrechts auf andere Länder geht (s. etwa S. 47).

6. Der einseitig festgelegten Sozialklausel, wie sie sich im Außenwirtschaftsrecht der EU und der USA findet, begegnet Hepple mit großer Skepsis. Dies wird schon an der Terminologie deutlich, wonach es darum gehen soll, »to relocate labour law into the field of international economic law«. Andere würden davon sprechen, dass das Arbeitsrecht Flankenschutz erhält; allein Handelssanktionen (und nicht »honeyed words« internationaler Organisationen wie Wedderburn einmal schrieb) könnten dafür sorgen, dass elementare Sozialstandards in bestimmten Staaten eingehalten werden. Das ist keine Unterminierung völkerrechtlicher Normen (so aber Hepple S. 93), sondern ein Versuch, sie durchzusetzen. Doch die Kontroverse kann auf sich beruhen. Die Staatenpraxis ist von einem schwer überbietbaren Opportunismus geprägt, der etwa dazu führte, dass Pakistan 2002 wieder in den Kreis der »guten« Staaten aufgenommen wurde, ohne dass sich irgend etwas an den dort bestehenden Arbeitsbeziehungen geändert hätte; vermutlich handelte es sich um eine »Belohnung« für die Kooperation bei der Bekämpfung des Terrorismus (vgl. S. 101). Immerhin musste Südkorea von 1991 bis 1998 einige Nachteile durch die USA hinnehmen (S. 99), und auch die Sanktionen gegen Apartheid-Südafrika blieben nicht ohne Wirkung.

7. Angesichts der bescheidenen Ansätze zu grenzüberschreitender Regulierung stellt sich erneut und verschärft die Frage nach dem Schicksal des nationalen Arbeitsrechts. Der neoliberalen These von der universellen Deregulierung hält Hepple im Anschluss an Hall und Soskice die Theorie von den komparativen Vorteilen arbeitsrechtlicher Institutionen entgegen (S. 251 ff.): In manchen Rechtsordnungen würde man einen Standortvorteil zunichte machen, wollte man bestimmte Arbeitsrechtsnormen beseitigen. Am Beispiel verdeutlicht: Würde man in Deutschland die Betriebsräte abschaffen, hätte dies aller Voraussicht nach Unzufriedenheit im Betrieb und eine Reduzierung der Arbeitsproduktivität zur Folge. Ähnliches wäre in Italien zu erwarten, gäbe es plötzlich den »trattamento di fine rapporto« nicht mehr, weshalb Arbeitnehmer bei Kündigungen den Betrieb mit leeren Händen verlassen würden. Oder um ein Argument der ökonomischen Analyse des Arbeitsrechts aufzugreifen: Langfristig angelegte, stabile Arbeitsverhältnisse sind ein Anreiz für beide Seiten, die Qualifikation des Arbeitnehmers

<sup>5</sup> Zu Deutschland s. zuletzt LAG Düsseldorf, 14.11.2005, DB 2006, 162 – Fall Wal Mart. Dazu Wisskirchen/Jordan/Bissels DB 2005, 2190 ff. und Deinert/Kolle AuR 2006, 177 ff. Zu Frankreich s. Tribunal de Grande Instance de Versailles, 17.6.2004, Droit Ouvrier 2004, 473 – Fall Schindler, note Bied-Charreton. Dazu in der deutschen Diskussion Junker BB 2005, 602

<sup>6</sup> Zu den Unterschieden beim Persönlichkeitsschutz s. die grundlegende Untersuchung von Finkin, Menschenbild: The Conception of the Employee as a Person in Western Law, Comparative Labor Law & Policy Journal 23 (2002), 577 ff.

weiter zu entwickeln und so die Arbeitsproduktivität zu erhöhen.<sup>7</sup>

So überzeugend dies ist – ein solches Arbeitsrecht wird den Ansprüchen nicht gerecht, die Hepple auf S. 13 seiner Untersuchung als essentiell hervorgehoben hat: Neben der ökonomischen hat es auch eine moralische Funktion (»Arbeitskraft darf nicht wie eine Ware behandelt werden«) und muss die Sicherung der Menschenrechte am Arbeitsplatz sicherstellen. Kann dem unter den beschriebenen Bedingungen noch Rechnung getragen werden oder ist der Sieg der Ökonomie ein definitiver? Ist Menschlichkeit am Arbeitsplatz nur noch dann möglich, wenn sie sich positiv in der Bilanz des Unternehmens niederschlägt?

Die Frage lässt sich eher beantworten, wenn man sich an die Entstehungsbedingungen des nationalen Arbeitsrechts erinnert. Dieses verdankt seine Existenz jedenfalls nicht nur dem ökonomischen Kalkül der Arbeitgeberseite. Vielmehr haben sich die Betroffenen gegen inhumane Arbeitsbedingungen gewehrt; »labour laws are the outcome of struggle« heißt es mit Recht bei Hepple (S. 256). Warum sollte dies nicht auch in der globalisierten Welt gelten?

Hepple würde die Frage mit hinreichender Sicherheit bejahen, aber in seinem Buch sagt er kaum etwas darüber, welche Erfahrungen es insoweit gibt und wie man diese verallgemeinern könnte. Die Praxis in der Seeschifffahrt wird nur beiläufig erwähnt, was ihrer Bedeutung nicht gerecht wird. Mittlerweile unterliegen rund 8000 Billig-Flaggen-Schiffe einem von der ITF entwickelten Mustertarifvertrag, der für eine Unfall- und Krankenversicherung der Seeleute sorgt und der ein Lohnniveau festschreibt, das zwischen dem der Entwicklungsländer und dem europäischen und US-amerikanischen liegt.<sup>8</sup> Die Hafnarbeiterboykotts, die zu diesen weltweiten Kollektivverträgen führten, waren und sind keine reinen Solidaritätsaktionen, in denen wohlmeinende Individuen und Organisationen das Leiden ihrer Mitmenschen lindern wollen. Vielmehr enthält der Musterkollektivvertrag auch eine Regel, wonach die Schiffsbesatzungen keine Hafnarbeit übernehmen dürfen; die Arbeitsplätze der Boykottierenden werden auf diese Weise sicherer gemacht. Die verschiedenen europäischen Aktionen im General Motors Kon-

zern haben die These vom generellen »Standortegoismus« widerlegt. Es ging insbesondere im Jahre 2004 darum, die notwendigen Opfer gerecht zu verteilen. Inhaltlich kämpfte dabei jede Belegschaft auch um eigene Interessen, denn niemand konnte sicher sein, ohne eine solche gemeinsame Aktion nicht alles zu verlieren.

Was lässt sich aus diesen Erfahrungen lernen? Zum einen wird deutlich, dass es erfolgreiche grenzüberschreitende Aktionen geben kann. Sie mögen in der Gegenwart noch selten sein, aber je enger die Welt zusammenwächst, umso geringer werden die Hindernisse, die dabei zu überwinden sind. Zum zweiten geht es primär darum, die Interessen der Belegschaften in verschiedenen Ländern zu bündeln, nicht um einen karitativen Akt der Unterstützung armer Brüder und Schwestern. Ein derartiges Verhalten zu erwarten wäre in der Tat problematisch in einer Welt, in der die Werte des individuellen Nutzens dominieren. Zum dritten folgt daraus, dass die rechtlichen Hindernisse für grenzüberschreitende Aktionen sehr viel geringer sind als dies gemeinhin angenommen wird: Niemand kann es den Gewerkschaften verbieten, in Absprache mit ihren Partnerorganisationen zum gleichen Zeitpunkt wie diese für eigene Ziele zu kämpfen. Diese Dimension darf man nicht ausblenden, wenn es um die weitere Entwicklung des Arbeitsrechts geht. Hier liegt der Schlüssel dafür, dass in seine Normen nicht nur ökonomische Rationalität, sondern auch Schutzinteressen der Beschäftigten eingehen.

Die Forderung nach einer Legalisierung von Solidaritätsaktionen auf EG-Ebene und nach entsprechenden Stellungnahmen der ILO-Kontrollgremien (S. 188 f.) ist insofern überflüssig, gleichzeitig aber auch symptomatisch für ein Denken, das der Rezensent bislang immer nur bei legalistischen deutschen Gewerkschaftern und Sozialdemokraten vermutete: Erst muss der Streik erlaubt (oder die Bahnsteigkarte gekauft) sein, dann kann die Aktion beginnen.

8. Grenzüberschreitende Aktionen sind heute (noch?) nicht die Regel. Genau dies erklärt auch, weshalb das grenzüberschreitende Arbeitsrecht nur rudimentären Charakter hat. Was soll man von Verhaltenskodizes multinationaler Unternehmen und dem durch sie angeblich eingeleiteten »run to the top« halten, wenn ein informeller Beschluss der in Davos versammelten Wirtschaftsführer genügen würde, um dem ganzen Spuk ein Ende zu bereiten? Wäre es wirklich denkbar, dass in Indien oder den USA Arbeiter unter dem Motto »Ratifiziert

<sup>7</sup> Dorndorf, Abfindung statt Kündigungsschutz?, BB 2000, 1938 ff.; Kleinhenz, Protokolle des 63. Deutschen Juristentags, 2000, München 2001, S. B 66

<sup>8</sup> Einzelheiten bei Däubler, Der Kampf um einen weltweiten Tarifvertrag. Probleme des deutschen Arbeitsrechts bei der Verbesserung der Arbeitsbedingungen auf Billigflaggschiffen, Baden-Baden 1997

die ILO-Übereinkommen Nr. 87 und 98« demonstrieren? Was sollte im Übrigen z.B. die deutsche Rechtsprechung veranlassen, sich an ILO-Übereinkommen oder gar den Interpretationen der Kontrollorgane zu orientieren? Dies liefe auf ein Stück mehr Sozialschutz hinaus, den die Beschäftigten gewissermaßen »kampfflos« erhalten würden. Das kann vorkommen, nicht nur im Märchen, sondern auch in der Realität, aber die Regel ist es nicht.

Wenn in der Gegenwart von transnationaler Regulierung nur wenig Schutz für die Beschäftigten zu erwarten ist, wird die Anpassung des nationalen Arbeitsrechts an die veränderten Umstände umso wichtiger. Hier stellen sich zahlreiche Fragen, die im Rahmen einer Rezension nur benannt, nicht aber gelöst werden können.

– Lässt sich eine Verlagerung von Betriebsstätten ins Ausland durch Streik verhindern? Niemand kann sich mit der Annahme trösten, nur bei zu geringer Arbeitsproduktivität sei eine solche Gefahr gegeben, und wenn sie sich realisiere, treibe dies die Löhne in den »Zielländern« in die Höhe. Diese auch von Hepple (S. 266) geteilte neoklassische Annahme unterstellt einen vollständigen Markt, den es in der Realität nicht gibt: Ist etwa der chinesische RMB im Verhältnis zum Euro drastisch unterbewertet, so kann in China auch dann deutlich preiswerter produziert werden, wenn sich die sonstigen Produktionsbedingungen völlig entsprechen.

– Werden Waren unter inhumanen Bedingungen hergestellt und in Europa auf den Markt gebracht, so stellt sich das Problem, ob das Verhalten der Importeure nicht unlauteeren Wettbewerb darstellt. Der Bundesgerichtshof<sup>9</sup> hat im Zusammenhang mit der Asbestproduktion in Südkorea schon im Jahre 1980 den Standpunkt vertreten, es gebe ein weltweites soziales Minimum, dessen Unter-

schreitung auch die Vermarktung der Waren unzulässig mache.

– Können Beschäftigte in ausländischen Niederlassungen, die wegen der Verletzung von arbeitsschutzrechtlichen Normen einen Gesundheitsschaden erlitten haben, Schadensersatz gegen die inländische Muttergesellschaft geltend machen? Hepple gibt hierfür eine Reihe wichtiger Fallbeispiele (S. 153 ff.).

– Was geschieht, wenn eine inländische Geschäftsleitung Auskunftsansprüche der Arbeitnehmerseite mit dem Argument zurückweist, sie verfüge selbst über keine Informationen? Der Europäische Gerichtshof<sup>10</sup> hatte sich im Fall Kühne & Nagel mit einer solchen Konstellation zu befassen, doch kann sie sich auch außerhalb der EU stellen.

– Inwieweit können Beschäftigte, die in ausländischen Niederlassungen tätig sind, in die Kollektivverhandlungen mit der Unternehmens- oder Konzernspitze einbezogen werden? Gehören sie zur »bargaining unit« nach US-Recht, können sie die RSA in Italien oder den deutschen Aufsichtsrat mitwählen?

9. Es wäre sehr ungerecht, wollte man Hepple vorwerfen, die meisten dieser Fragen nicht behandelt zu haben. Auch wird man es hinnehmen müssen, dass nur englischsprachige Literatur zitiert und verarbeitet ist, obwohl der eine oder andere kluge Gedanke ja vielleicht auch auf französisch, italienisch, spanisch oder deutsch veröffentlicht wurde. Hepple hat mit seinem Buch Neuland betreten und uns alle zum Weiterdenken angeregt. Meinem Studenten würde ich erklären: Wenn du Hepple gelesen und verstanden hast, dann kannst du dich an die vielen Aufsätze machen, die es rund um das Thema »Globalisierung und Arbeitsrecht« auch in Deutschland gibt. »Building on Bob Hepple« – würde man vermutlich in Großbritannien sagen.

*Wolfgang Däubler*

<sup>9</sup> Urteil v. 9.5.1980, NJW 1980, 2018 mit Anm. Knieper/Fromm

<sup>10</sup> Entscheidung v. 13.1.2004, NZA 2004, 160.