

Buchbesprechungen

Ute Gerhard (Hrsg.), Frauen in der Geschichte des Rechts, München (Beck Verlag) 1997, 950 Seiten, DM 98,-

Der von Ute Gerhard herausgegebene und von Jutta Limbach mit einem Vorwort versehene, knapp 1000seitige Band »Frauen in der Geschichte des Rechts. Von der Frühen Neuzeit bis zur Gegenwart« kann schon wenige Monate nach Erscheinen als Standardwerk der Rechts- wie der Geschichtswissenschaft gleichermaßen gelten – und das aus mehreren Gründen.

Zum einen eröffnet dieser Sammelband Schneisen in ein Feld der Rechtsgeschichte, das bei aller Wertschätzung für die bis dato geleistete Forschung und zur Beschamung gleich zweier Zünfte immer noch weitgehend terra incognita ist. Gewiß gibt es insbesondere aus den ersten Jahrzehnten dieses Jahrhunderts eine ganze Reihe von Untersuchungen zur Frauenrechtsgeschichte, die, sei es stadtgeschichtlich, sei es systematisch orientiert, Pionierarbeit geleistet haben. Erinnerung sei nur an Marianne Webers Studie zur Rechtsstellung der Ehefrau und Mutter. Auch sind in jüngster und allerjungster Zeit immer wieder Einzelaspekte der Frauenrechtsgeschichte, angefangen von den Hebammen der Frühen Neuzeit bis zum Kampf um die Gleichstellung nach dem Zweiten Weltkrieg, beleuchtet worden. Ebenso darf nicht verschwiegen werden, daß im Rahmen der geschichtswissenschaftlichen Kriminalitätsforschung der frühen Neuzeit eine ganze Reihe von Arbeiten entstanden sind, die sich mit Straftäterinnen, typisch weiblichen Delikt- und auch Konfliktformen beschäftigen. Und doch: Mit »Frauen in der Geschichte des Rechts« liegt erstmals eine Überblicksdarstellung vor, die die Ergebnisse bisheriger Arbeiten, die häufig weit verstreut und schlecht

zugänglich, nur in mühsamer Sucharbeit zusammengetragen werden könnten, übersichtlich bundelt. Welche Rechte Frauen hatten und vor allem welche sie nicht hatten, ist in knapp 50 Beiträgen nachzulesen, und überdies findet sich hier erstmals eine nach Zeiten und Regionen genau differenzierte Zusammenstellung der Gesetzestexte, Prozeßordnungen und Verfassungsartikel, die für den Alltag von Frauen bestimmend waren. Endlich brauchbares, leicht nachzuschlagendes und überdies verständliches Überblickswissen über die wichtigsten Etappen der Frauenrechtsgeschichte zu bieten, ist das erste große Verdienst dieses Sammelbandes.

Daß ein solch großangelegtes Werk manches Thema schlicht übersieht oder nicht in der gebührenden Ausführlichkeit behandelt, versteht sich fast von selbst. So hätte man gerne mehr über Justitias Personal erfahren: etwa darüber, welche Rolle die Professionalisierung juristischer Berufe, die mit einem »gendering«-Prozeß des beruflichen Selbstverständnisses einherging, auf die Rechtsfindung hatte. Überhaupt bleibt das Gericht als Ort der Rechtsfindung seltsam schwach ausgeleuchtet. Vergeblich sucht man auch einen Hinweis oder gar eine ausführliche Studie über außergerichtliche Möglichkeiten und Formen der Konfliktregelung, über informelle Rechtsfindungsprozesse und welche Bedeutung diese insbesondere für Frauen hatten. Schließlich hätte man gerne mehr über das weite Feld der Rechtsvorstellungen erfahren: Wie sehr unterschieden sich die Rechtsvorstellungen der mit den alltäglichen Rechtsfällen vertrauten Richter von denen der Universitätsgelehrten, und in welchem Verhältnis standen diese zu den Rechtsvorstellungen der Magde und Knechte, der Bürgerfrauen und Patrizier?

Unterteilt in drei Teile, die sich mit der Fru-

hen Neuzeit, der Zeit von 1780 bis 1850 und schließlich der Zeit nach 1850 beschäftigen, wird in die zentralen Aspekte des öffentlichen und privaten Rechts, in die rechtstheoretischen Vorstellungen, die die für Frauen und Männer unterschiedlichen Rechtsnormen strukturieren, und in die Rechtspraktiken der jeweiligen Epoche eingeführt: Im ersten Teil, der sich mit der frühen Neuzeit beschäftigt, wechseln allgemeine Beiträge, die sich mit den Weiblichkeitskonzeptionen der juristischen Lehren einerseits und geschlechtsspezifischen Rechtsnormen andererseits beschäftigen (Elisabeth Koch; Luise Schorn-Schütte; Gerhard Dilcher), mit detaillierten Untersuchungen zu Einzelaspekten des öffentlichen und privaten Rechts ab. Es werden die Geschichte des Strafrechts (Helga Schnabel-Schüle) im allgemeinen, die der Hexenprozesse (Ingrid Ahrendt-Schulte) und des Kindsmords (Otto Ulbricht) wie die juristischen Konstruktionen des Abtreibungsverbot (Günter Jerouschek) im besondern untersucht. Ebenso werden das Gesinderecht (Renate Durr) und die rechtliche Situation der Hebammen (Sibylla Flugge) beleuchtet. In einer Untersuchung des frühneuzeitlichen Sexualstrafrechts kommt Isabel V. Hull zu dem überraschenden Ergebnis, daß die ungleiche Behandlung von Frauen und Männern im frühneuzeitlichen Sexualstrafrecht häufig weniger ausgeprägt war als im 19. Jahrhundert. Susanne Schötz rekonstruiert am Beispiel Leipzig die rechtlichen und sozialen Bedingungen, unter denen Handelsfrauen arbeiteten, und weist nach, daß ihr Ausschluß aus dem Arbeitsmarkt eine Entwicklung des 19. und nicht des 18. Jahrhunderts ist. Stephan Buchholz veranschaulicht das Ehescheidungsrecht am Beispiel einer gefallenen Bürgerstochter. Schließlich wird unter anderem auch der Umgang mit Bettlerinnen, die eine besondere soziale Randgruppe darstellten, untersucht (Helfried Valentinitich).

Die Jahrzehnte zwischen Aufklärung und Restauration, die im Mittelpunkt des zweiten Teiles stehen, werden insbesondere unter der Perspektive betrachtet, wie sich die neuen Gleichheitsgebote etwa des Allgemeinen Preussischen Landrechts und des Napoleonischen Code Civil zu den eben dort festgeschriebenen Ungleichbehandlungen des weiblichen Geschlechts verhalten (Ursula Vogel; Ursula Floßmann). Deutlich herausgearbeitet werden hier die geschlechtsspezifischen Grenzen der emanzipatorischen Gleichheits-

potentiale der Aufklärung, wie sie vor allem in den privatrechtlichen Neuregelungen offen zutage traten. Beate Harms-Ziegler macht am Beispiel der rechtlichen Situation lediger Mutter deutlich, daß manche im Namen der Humanität geführte Diskussion über die Verbesserung der weiblichen Lebenssituation faktisch zu rechtlichen Verschlechterungen führte. Zu ganz ähnlichen Einschätzungen kommt ein Beitrag, der am Beispiel Wiens die Situation der Mütter von Findelkindern untersucht (Verena Pawlowsky). Regina Schulte wiederum beschäftigt sich mit dem Delikt des Kindsmords und zeigt, wie sehr sich Rechtsvorstellungen von Delinquentinnen und Juristen unterschieden. Des weiteren untersucht Edith Saurer die Endogamieverbote des kanonischen und zivilen Rechts in Österreich. Schließlich wird ausführlich auf die Geschlechtsvormundschaft (Ernst Holtthöfer; David Sabeau; Susanne Weber-Will, Annamarie Rytter) in Preußen, Österreich und anderen deutschsprachigen Gebieten eingegangen.

Der letzte Teil, der bis in die jüngsten Debatten um den Paragraphen 218 StGB führt, untersucht die Veränderungen der rechtlichen Stellung der Frau im Recht der bürgerlichen Gesellschaft. So machen die Beiträge, die sich mit dem Kampf um das Wahlrecht im 19. Jahrhundert – und zwar für Österreich (Birgitta Bader-Zaar) und für das deutsche Reich (Ute Gerhard) – beschäftigen, deutlich, daß das bürgerliche Recht insbesondere durch seine Unterscheidung von Privat- und öffentlichem Recht ein wichtiges Instrument zum Ausschluß von Frauen aus dem öffentlichen Raum wurde. Ausführlich wird auf die Rechtsstellung von Frauen im Bürgerlichen Gesetzbuch (Stephan Buchholz), auf die Mutterschutzgesetzgebung (Gerda Neyet) wie auf die Eheschließungsgesetze während der NS-Zeit (Merith Niehuss) eingegangen. Dirk Blasius weist nach, daß das Scheidungsrecht im 19. Jahrhundert Frauen wesentlich länger als Männer bestrafte, und Karin Hausen zeigt, inwiefern das Mutter- und Arbeiterrinnenschutzgesetz im Kaiserreich zur Stabilisierung der bestehenden Geschlechterordnung beitrug. Barbara Dolemeyer liefert eine detaillierte Beschreibung der Stellung von Frau und Familie im Privatrecht des 19. Jahrhunderts. Romina Schmitter unternimmt am Beispiel Bremen eine detaillierte Rekonstruktion der Bürgerinnenrechte; Ernst Holthofer beschreibt die Rechtsstel-

lung der Frau im Zivilprozeß, und Kristine von Soden zeichnet die Auseinandersetzungen um das Frauenstudium nach. Schließlich befaßt sich Kerstin Kohtz mit der zwiespaltig zu beurteilenden Rolle, die Sozialfürsorgerinnen insofern spielten, als ihr großer Einfluß in den Rechtsverfahren gegen Jugendliche auch zur Sozialdisziplinierung beitrug.

Die Beiträge enthalten eine Fülle von Informationen über die für den Frauenalltag vergangener Jahrhunderte zentralen Rechtsnormen, die hier erstmals systematisch ausgewertet wurden – was, vergegenwärtigt man sich den Mangel an Vorarbeiten einerseits und die bis weit ins 19. Jahrhundert herrschende Vielgliederigkeit sich überlappend und ständig verändernder Rechtsräume, kein leichtes Unterfangen ist. So sind die Beiträge von Barbara Dölemeyer über das Privatrecht im 19. Jahrhundert, von Ernst Holthöfer über die Geschlechtsvormundschaft und von Ida Raming, Stephan Buchholz und Dieter Schwab über andere Bereiche des Rechts – um nur einige zu nennen – für alle zukünftigen Arbeiten zur Frauenrechtsgeschichte von unschätzbarem Wert.

Daß bei einer solch großangelegten Rekonstruktion freilich auch manch wichtiges Thema vergessen wird, versteht sich fast von selbst: Vergeblich sucht man etwa nach einem Beitrag, der die rechtliche Situation in der ländlichen Gesellschaft der Frühen Neuzeit beleuchtet – ein Mangel, der angesichts der Tatsache, daß bis weit ins 19. Jahrhundert hinein die überwiegende Mehrheit von Frauen wie Männern auf dem Lande lebte, mehr als bedauerlich ist. Auch fehlt eine systematische Untersuchung, die den klassenspezifischen Charakter etwa der neuen bürgerlichen Kodifikationen in den Mittelpunkt rückt. Und schließlich hatte eine Rekonstruktion der Rechtsnormen zumindest darauf hinweisen können, daß es neben in Polizeivorschriften, Gesetzesbüchern und Verfassungen nachzulesenden Rechtsnormen auch ungeschriebene Rechtsnormen gibt, die nicht minder wichtig sind.

Neben der systematischen Rekonstruktion von Rechtsnormen verfolgt das Sammelwerk, wie die Herausgeberin im Vorwort schreibt, das Ziel, die »soziale Wirklichkeit des Rechts, d. h. die Art und Weise, wie Recht bzw. Unrecht von den Adressaten des Rechts erfahren und gelebt wurden«, zu erforschen. Das ist ein umso ambitionierteres Ziel, als es voraussetzt, daß sich die beiden rechtsgeschichtli-

chen Disziplinen – die Rechtswissenschaft, die sich stets mehr auf die Rekonstruktion von Rechtsnormen konzentriert hat, auf der einen Seite und die Geschichtswissenschaft, die sich seit einigen Jahren verstärkt mit den Rechtspraktiken beschäftigt hat, auf der anderen Seite – zu einem fruchtbaren Austausch finden. Es wäre zu viel des Lobes und auch im Angesichte der langen Tradition vergeblicher Aufrufe zur Interdisziplinarität mehr als verwunderlich, wollte man behaupten, dem Band wäre dieser Bruckenschlag durchweg gelungen. Eine ganze Reihe von Beiträgen – genannt sei nur der von Ernst Holthöfer zur Geschlechtsvormundschaft – beschränken sich auf die herkömmliche Rekonstruktion von Rechtsnormen und lassen damit all jene Faktoren außen vor, die die Rechtspraxis mitbestimmen. Außer Acht wird damit gelassen, wie groß gerade in der Frühen Neuzeit die Diskrepanz zwischen erlassenen Gesetzen und ihrer Durchsetzung war. Überschen wird auch, daß neben den Gesetzesnormen auch die Prozeßordnung, die schließlich den Rechtsfindungsprozeß erheblich mitstrukturierte, eine Rolle spielte. Schließlich wird nolo volens auch der Faktor Klasse schlicht negiert. Ganz zu schweigen davon, daß manches Mal der Eindruck erweckt wird, die Rechtspraxis hatte nicht mit divergierenden Rechtsvorstellungen zu tun, beziehungsweise als seien die Rechtsvorstellungen eines Hofrates mit denen einer Magd gleichzusetzen. Und doch gibt es eine Reihe von Beiträgen – und damit ist das zweite große Verdienst dieses Sammelbandes benannt –, denen es gelungen ist, die Spannung zwischen Rechtsnormen und Rechtspraktiken in den Blick zu nehmen. Diesen Beiträgen ist damit nichts Geringeres als eine schon lange von unterschiedlichen Seiten geforderte Erweiterung der klassischen Rechtsgeschichte gelungen. David Warren Sabean's Untersuchung der Geschlechtsvormundschaft im Württemberg des beginnenden 19. Jahrhunderts gehört neben Regina Schultes Beitrag über Kindsmörderinnen des 19. Jahrhunderts zu dem vielleicht überzeugendsten Beispiel einer solchen erweiterten Form der Rechtsgeschichte. Sabean zeigt, daß entgegen allen Annahmen, daß das Institut der Geschlechtsvormundschaft vor allem ein Instrument war, um Frauen Rechte vorzuenthalten, hiermit faktisch auch weibliche Rechte geschützt werden konnten. Er weist nach, daß die im 19. Jahrhundert als Emanzipationsakt gefeierte Abschaffung der

Geschlechtsvormundschaft für die Frauen durchaus auch Schattenseiten hatte. Ja mehr noch, er macht deutlich, daß die Geschlechtsvormundschaft in der Rechtspraxis häufig darauf abzielte, die Frau vor der übermächtigen Autorität des Ehemanns zu schützen. Auf diesen Schutz war sie gerade deshalb besonders angewiesen, weil der Mann qua Gesetz mit erheblichen Rechten über das Eigentum und die Person der Ehefrau ausgestattet war. Einen ebensolchen Schutz und überdies juristisch geschulten Beistand fand sie im Geschlechtsvormund, den sie ablehnen, austauschen und auch wieder entlassen konnte. Kurzum: Ohne einen solchen Geschlechtsvormund war die Frau – wie die Sabeansche Rekonstruktion der Rechtspraktiken im Unterschied zu der herkömmlichen Analyse der Rechtsnormen beweist – in ihrer rechtlichen Handlungsfähigkeit eingeschränkter als mit einem solchen Vormund. Damit ist Sabea eine seit langem geforderte und doch so schwierig umzusetzende Erweiterung der klassischen Rechtsgeschichtsschreibung um die wichtige Dimension der Rechtspraxis gelungen. Eine solche, seit langem überfällige Erweiterung der Rechtsgeschichte wirft nicht nur neues Licht auf die Rechtswirklichkeit, sondern erlaubt es überdies, Frauen und Männer – und zwar nicht nur jene wenigen Richter und Rechtsgelehrten, die an der Abfassung von Rechtsnormen beteiligt waren, sondern die Kriminellen genauso wie die unbescholtenen Bürger und Bürgerinnen – als aktiv Handelnde und das Rechtssystem im praktischen Vollzug Verändernde sichtbar zu machen.

Macht Sabea deutlich, wie spannend eine Miteinbeziehung der Rechtspraktiken ist, so zeigen andere Beiträge – und damit möchte ich auf das dritte Verdienst dieser Frauenrechtsgeschichte aufmerksam machen –, wie spannend eine Rechtsgeschichte sein kann, die die Kategorie Geschlecht ernst nimmt. Eine geschlechtergeschichtliche Erweiterung der Rechtsgeschichte, wie sie beispielhaft in den Beiträgen von Isabell Hull, Karin Hausen und Ute Gerhard vorgeführt wird, beschränkt sich freilich nicht darauf, daß nun auch Frauen als Rechtssubjekte anerkannt werden, noch erschöpft sie sich in der Rekonstruktion der Leiden, die Frauen durch die ihnen vorenthaltenen Rechte oder durch Sonderrechte zugefügt wurden. Auch begnügt sich eine rechtsgeschichtliche Geschlechtergeschichte nicht mit der ebenso dringend notwendigen wie undankbaren Aufgabe, auf die

unzähligen Unkorrektheiten hinzuweisen, die einer Rechtsgeschichte zwangsläufig unterlaufen müssen, die nur das eine Geschlecht zur Kenntnis nimmt. (Erinnert sei nur daran, daß Verfassungsgeschichten bis heute behaupten, das allgemeine Wahlrecht sei gegen Ende des 19. Jahrhunderts eingeführt worden, und dabei unter den Tisch fallen lassen, daß es bloß das Männerwahlrecht war.)

Eine Rechtsgeschichte, die die Kategorie Geschlecht ernst nimmt, will mehr als korrigieren einerseits und bereichern andererseits, sie stellt, wie Heide Wunders Analyse von Herrschaft und öffentlichem Handeln von Frauen in der Gesellschaft der Frühen Neuzeit zeigt, zentrale rechtsgeschichtliche Kategorien infrage. Wunder belegt überzeugend, daß die in der Rechtsgeschichte vorherrschenden Vorstellungen, daß Frauen erst 1919 mit dem allgemeinen Wahlrecht politikfähig geworden sind, insofern zu revidieren ist, als für die Frühe Neuzeit die moderne Trennung von öffentlich und privat ohne Relevanz ist. Sie zeigt, daß der nach modernem Verständnis private Bereich in der Frühen Neuzeit durchaus zum politischen Handlungsbereich gehörte, da der Haushalt, bestehend aus dem Arbeitspaar Mann und Frau, das zentrale gesellschaftliche Ordnungsmodell bildete. Dieses Ordnungsmodell realisierte sich nicht nur in der bis heute üblichen Bezeichnung des Herrscherpaares als Landesvater und Landesmutter. In bezug auf die adelige Herrschaft bot sich dadurch die Möglichkeit des »Weiberlehens« mit einer Grund- und Gerichtsherrschaft, die Frauen innehaben konnten. Auch als schlichte Ehefrau hatten Fürstinnen insofern politische Macht, als sie die Petitionen der Untertanen entgegennahmen und das Recht der ersten Bitte bei ihrem Gemahl hatten. Aufschlußreich ist Wunders Untersuchung nicht nur insofern, als sie neues Licht auf die öffentliche Rolle von Frauen in der frühen Neuzeit wirft, aufschlußreich ist sie überdies, weil deutlich wird, daß eine Rechtsgeschichte, deren Kategorien sich allzu sehr an der Perspektive des entstehenden modernen Staates orientiert, wesentliche Aspekte öffentlicher Herrschaft durch Frauen eher zum Verschwinden bringt als sie zutage zu fördern. Kurzum: Eine geschlechtergeschichtliche Rechtsgeschichte kann herkömmliche rechtsgeschichtliche Parameter infrage stellen und damit zu einer neuerlichen Reflexion über die theoretischen Grundlagen der Rechtsgeschichte einladen.

Bedauerlich ist, daß sich nicht mehr Beiträge auf das Wagnis einer radikalen Rechtsgeschlechtergeschichte eingelassen haben.

Rebekka Habermas

Nicolai Fabricius, Einstellung der Arbeitsleistung bei gefährlichen und normwidrigen Tätigkeiten, Schriften zum Wirtschafts-, Arbeits- und Sozialrecht Bd. 73, Heidelberg (Verlag C. F. Müller) 1997, 221 Seiten, DM 108,-

Die neue Relevanz *individueller Initiative* der abhängig Beschäftigten im Arbeitsverhältnis beruht auf einem dynamischen Geflecht widerspruchsvoller Entwicklungen. Einerseits wird der Verlauf individueller Erwerbsbiographien zunehmend durch den wiederkehrenden Wechsel des Arbeitsplatzes und der Qualifikationsanforderungen oder oft weitergehend durch ein »Patchwork« aus Arbeitnehmerstatus, Familientätigkeit, Arbeitslosigkeit, Selbständigkeit und Fortbildungsphasen geprägt. Gefordert sind hierfür die Kompetenzen eines mehr denn je marktorientierten Erwerbstätigentyps, der fähig ist, beständig sinnvoll Humankapital zu maximieren und Erwerbchancen zu akquirieren. In den Betrieben andererseits bauen die aktuellen Konzepte dezentralisierter Organisation auf flexibles Personal, das kritisch und kreativ die Arbeitsweisen und Arbeitsergebnisse fortlaufend optimieren kann. Auf beiden Feldern – dem äußeren wie dem internen Arbeitsmarkt – sind daher persönliches Engagement und eigenverantwortliches Handeln in nie gekannter Weise permanente Voraussetzung des persönlichen Erwerbserfolgs.

Die auf dem Gebiet des Arbeitsrechts durchaus nicht untätige Gesetzgebung der vergangenen Jahre hat *nichts* dazu beigetragen, die Erwerbstätigen in irgendeiner Weise für diese Situation rechtlich (besser) zu rüsten. Das patriarchalische Konzept aus Weisungsrecht und Fürsorgepflicht dominiert das Arbeitsverhältnis wie chedem. Doch halt! Eine winzige Ausnahme wäre vielleicht zu nennen. In § 9 Abs. 3 des neuen Arbeitsschutzgesetzes vom 7.8.1996 wird den Beschäftigten die Möglichkeit eingeräumt, bei unmittelbarer erheblicher Gefahr den Arbeitsplatz zu verlassen, ohne Nachteile fürchten zu müssen. Es handelt sich hierbei um die minimalistische Umsetzung von Art. 8 Abs. 4 der EG-Rah-

menrichtlinie Arbeitsschutz aus 1989. Noch im ersten Entwurf der Bundesregierung, der 1994 im Gesetzgebungsverfahren scheiterte, waren wesentlich weitergehende Rechte der Beschäftigten vorgesehen, die Arbeit bei Gefahr für sich oder andere Personen einzustellen. Mit der Standortdebatte im Rücken verhinderte die FDP jedoch jede Regelung, die auch nur einen Millimeter über das EG-rechtlich Erforderliche hinausging. Damit scheint eine Chance vertan, wenigstens im gesetzlichen Arbeitsschutz ein konflikttuchtiges Instrument individueller Initiative zu etablieren.

Nicolai Fabricius untersucht in seiner Dissertation die *rechtlichen Details* einer Einstellung der Arbeitsleistung bei gefährlichen und normwidrigen Tätigkeiten durch die Beschäftigten. Die Arbeit ist betont eng auf die einschlägigen Rechtsfragen konzentriert. Der Lohn dieses Zuschnitts ist ein beachtlicher rechtsdogmatischer Tiefgang. Explizit klammert der Autor alle rechtspolitischen und rechtssoziologischen Fragen des betrieblichen Arbeits- und Umweltschutzes aus seiner Untersuchung aus. Er wischt sie allerdings nicht lapidar beiseite, sondern widmet ein äußerst lesenswertes Einleitungskapitel der fundierten Eingrenzung seines Themas. Dort werden die Probleme wie die Chancen einer verstärkten individuellen Verantwortung der Beschäftigten im Arbeitsschutz knapp und dennoch differenziert erörtert. Referiert werden u. a. die *Probleme* des oft mangelnden individuellen Informationsstandes über Gefahrenpotentiale sowie der vielfach unzureichend abgesicherten Stellung des Individuums im Betrieb, die einer persönlichen Initiative gegenüber dem Arbeitgeber aus Unwissenheit oder Angst vor Sanktionen entgegenstehen können (S. 17 ff.). Damit wird auch klar, daß die Chancen persönlicher Verantwortungsübernahme im Betrieb in den letzten Jahren durch den Gesetzgeber nicht nur nicht ausreichend gestärkt worden sind; sie sind u. a. durch den jüngsten Abbau beim gesetzlichen Kündigungsschutz sogar zusätzlich geschwächt worden – und zwar in einer Zeit, in der ohnehin die vielerorts geringe Arbeitsplatzsicherheit die betriebliche Zivilcourage lähmt. Fabricius benennt aber auch die *Chancen* individueller Initiative im Arbeitsschutz (S. 25). Der einzelne Arbeitnehmer sei es, der die Gefahren an seinem Arbeitsplatz oft als erster erkenne und der diesen Gefahren ausgesetzt sei. Er könne und solle

zur Abwendung eines Schadens in Aktion treten. Dafür könne, so das zentrale Anliegen des Autors, die juristische Klarstellung des Rechts auf Arbeitseinstellung bei gefährlicher und normwidriger Tätigkeit die *notige rechtliche Sicherheit* schaffen. Vielleicht hatte Fabricius bei der Erörterung der Chancen allerdings noch die verschiedenen Aktionsrichtungen differenzieren sollen, die die Initiative der Beschäftigten nehmen kann. Zu leicht entsteht sonst der Eindruck, es gehe im wesentlichen um das Recht, sich bei Gefahr unter Einstellung der Arbeit in Sicherheit zu bringen – also eher um eine Selbstverständlichkeit. Die Arbeitseinstellung kann jedoch auch unabhängig von einer konkreten oder gar unmittelbaren Gefahr individuelles Durchsetzungsinstrument im Arbeitsschutz sein, das neben anderen Rechten (Informations-, Vorschlags-, Beschwerde- oder Anzeigerechte) eine aktive Rolle der Beschäftigten gerade auch im Konfliktfall ermöglichen soll.

Nachdem es der Gesetzgeber, wie Fabricius zu Recht beklagt (S. 164 ff.), im Arbeitsschutzgesetz v. 7. 8. 1996 nicht fertiggebracht hat, eine umfassende gesetzliche Grundlage der Arbeitseinstellung zu schaffen, bleibt es weiterhin bei einer für den Einzelnen oder die Einzelne völlig undurchschaubaren Rechtslage. Unterschiedliche Normen des allgemeinen Schuld- bzw. Vertragsrechts im BGB müssen geprüft werden, da diese insgesamt weitergehende Rechte gewähren als die Neuregelung. Klare Grenzen des Rechts der Arbeitseinstellung allerdings bestehen auch hier nicht, womit deren Festlegung einem bisher weithin fehlenden und schwer prognostizierbaren Richterrecht überlassen ist. Was das für die betriebliche Situation bedeutet, liegt auf der Hand. Jede Arbeitseinstellung bei mutmaßlicher Gefahr oder bei Verstößen des Arbeitgebers gegen Arbeitsschutzbestimmungen erscheint als Vabanquespiel. Der Vorwurf der Arbeitsverweigerung, der zu Schadensersatzansprüchen oder Kündigung führen kann, steht unweigerlich im Raum, solange drei zentrale Problempunkte, die Fabricius benennt (S. 5), völlig unklar sind: welcher Art die Gefahr sein muß, die zur Arbeitseinstellung berechtigt, aus welchem Blickwinkel die Gefährlichkeit der Situation zu beurteilen ist und zu wessen Lasten Irrtümer gehen. In Anbetracht dieser unerfreulichen Umstände geht Fabricius in seiner Untersuchung einen dreifachen Weg. Mit ausführlichem

Rückgriff auf die Rechtslage in Frankreich arbeitet er erstens genau jene entscheidenden Quellen normativer Unklarheit heraus, die zu beseitigen sind, wenn für die betrieblichen Akteure ausreichende Rechtssicherheit geschaffen werden soll. Zweitens versucht er, auch die gegenwärtig zersplitterte und unübersichtliche Rechtslage in Deutschland durch tieferegehende Interpretationsansätze ein wenig klarer und anwendungsfreundlicher zu ordnen. Abschließend folgen Vorschläge für eine sinnvolle Neuregelung der Frage.

Der Autor befaßt sich auf 40 Seiten mit dem Recht der Arbeitseinstellung in Frankreich (S. 26 ff.). Das ist sicher sinnvoll, denn dort ist schon 1982 ein solches Recht ausdrücklich im Code du travail (Art. L. 231–8–1) geregelt worden. Etwas irreführend bezeichnet Fabricius seine Arbeit allerdings als Rechtsvergleich (S. 4). Im methodisch strengen Sinne kann von Vergleich nur gesprochen werden, wenn die Vergleichsgegenstände auf möglichst gleiche Art mit möglichst gleichem Forschungsinstrumentarium untersucht werden. Das geschieht hier eindeutig nicht. Der Forscher tut das, was in den Rechtswissenschaften gemeinhin üblich ist, wenn überhaupt über den nationalen Horizont hinausgeblickt wird: Er besorgt Anregungen aus einer fremden Rechtsordnung, um eine Rechtsfrage in der eigenen tiefergehend erörtern zu können. Nicht dem Vergleich gilt sein Forschungsinteresse, sondern der Nutzbarmachung des reicheren Erfahrungsschatzes beim europäischen Nachbarn in der betreffenden Materie für hausgemachte Zwecke. Doch sei das nur zur Klarstellung angemerkt, denn selbstverständlich ist auch ein solcher ›Blick ins Ausland‹ legitim. Zudem ist der Autor hierbei erfreulich gründlich.

Soweit ersichtlich liefert Fabricius die erste eingehende deutschsprachige Aufarbeitung von 12 Jahren Rechtsprechung und Fachdiskussion zum vielfach als vorbildlich bezeichneten Recht auf Arbeitseinstellung in Frankreich. Dabei arbeitet er jene Punkte heraus, die sich seit 1982 als besonders klärungsbedürftig erwiesen haben und die daher auch den deutschen Gesetzgeber 1996 hatten interessieren müssen, wenn ihm Rechtsklarheit ein Anliegen gewesen wäre. Die neue deutsche wie die französische Regelung von 1982 gehen beispielsweise gemeinsam davon aus, daß nur eine *unmittelbare* Gefahr eine Arbeitseinstellung rechtfertigen kann. Dies wird im

allgemeinen als zeitliche Nähe des zu befürchtenden Schadenseintritts verstanden. Scheiden damit aber schwerwiegende Dauerbelastungen (Lärm, Kälte, Staub usw.), die in der Regel nicht sofort, aber zu einem nicht prognostizierbaren Zeitpunkt in der Zukunft einen Gesundheitsschaden erzeugen können, aus dem Recht auf Arbeitseinstellung aus? In der französischen Diskussion wird entsprechend kritisiert, daß die dortige Bestimmung wegen des Unmittelbarkeitskriteriums in erster Linie nur vor Arbeitsunfällen, nicht aber vor Berufskrankheiten schütze, und daher die Aufgabe dieses Tatbestandsmerkmals empfohlen (S. 57). Besonders interessant ist an der französischen Bestimmung weiterhin, daß nicht auf das objektive Vorliegen einer schweren und unmittelbaren Gefahr abgestellt wird, sondern darauf, daß die Beschäftigten *vernünftigerweise annehmen können*, daß eine solche vorliegt. Das ist nur konsequent, denn das Recht auf Arbeitseinstellung kann nicht davon abhängig sein, wie sich die jeweilige Gefahrenlage objektiv, aufgrund nachträglicher Untersuchungen z. B. durch ein Gericht beurteilen läßt. Die subjektiven Wahrnehmungen und der Informationsstand der Betroffenen muß vielmehr ausschlaggebend sein, wenn die Gefahr des Irrtums nicht jede Rechtswahrnehmung ins Ungewisse stürzen soll. Die französischen Gerichte haben allerdings dieser subjektiven Beurteilung bisher wenig Raum gegeben und sich statt dessen bemüht, das Recht auf Arbeitseinstellung auf eine eigene »objektive« Nachprüfung der Gefahrenlage zu stützen (S. 44 f.). Das mag sinnvoll sein, um dem vor allem von Arbeitgeberseite geäußerten Verdacht des Mißbrauchs gegenüber einer subjektiven Beurteilung den Boden zu entziehen. Doch letztlich wird die Frage eines *Rechts auf Irrtum* zu klären sein (vgl. S. 167 ff.), d. h. das Problem, was geschieht, wenn eine vernünftige subjektive Beurteilung durch die Betroffenen in der jeweiligen Situation und nachträgliche Untersuchungen zu gegensätzlichen Einschätzungen der Gefahrenlage kommen. Auch im deutschen Recht wird dieser Punkt relevant werden, selbst wenn der Gesetzgeber 1996 meinte – abweichend vom ersten Regierungsentwurf – auf eine Anerkennung der subjektiven Beurteilung in § 9 Abs. 3 ArbSchG verzichten zu können. Fabricius unternimmt dann in seinem rechtsdogmatischen Hauptteil den Versuch einer umfassenden Untersuchung des deutschen

Zivilrechts auf Ansatzpunkte eines Rechts auf Arbeitseinstellung (S. 83 ff.). Der Wert dieser Mühe kann gar nicht hoch genug eingeschätzt werden, denn mit einer umfassenden Regelung des Problems durch den Gesetzgeber ist absehbar nicht zu rechnen. Dennoch unterstreicht gerade diese Untersuchung die dringende Erforderlichkeit einer solchen gesetzlichen Regelung. Der Autor kommt auf insgesamt sieben Normen (§§ 134, 242, 273, 275, 320 BGB, § 21 Abs. 6 GefStoffV, § 9 Abs. 3 ArbSchG), auf die das Recht der Arbeitseinstellung gestützt werden kann, von denen die wenigsten dies explizit aussprechen und von denen nicht eine präzise Grenzen angibt. Für die Entfaltung individueller Initiative in einer vermachteten Beziehung wie dem Arbeitsverhältnis ist ein solcher Mangel an Rechtsklarheit schlicht eine Katastrophe. Die kenntnisreichen Bemühungen des Autors, dennoch eine klare Linie in das Normengestrüpp zu bringen, sind anerkennenswert, können aber nicht verhindern, daß jede Norm ihre eigenen – vielfach ungelösten – Probleme aufwirft und daß unterschiedliche Rechtsfolgen vor allem in der Verteilung der Beweislast und des Irrtumsrisikos nebeneinander bestehen. Fabricius untersucht dies alles sehr gründlich und macht eine Vielzahl von Klärungsvorschlägen. Um nur ein Beispiel zu nennen, weist er zutreffend darauf hin, daß das Zurückbehaltungsrecht der Beschäftigten aus § 273 BGB eine wichtige Norm, aber keineswegs die Königsnorm des Rechts auf Arbeitseinstellung ist. Vielmehr sei vor dem Recht auf Leistungsverweigerung immer erst zu prüfen, ob eine Pflicht zu der umstrittenen Arbeitsleistung überhaupt entstanden oder ob sie untergegangen ist. Vor allem kann eine vertragliche oder durch Weisung konkretisierte Leistungsverpflichtung dann nicht bestehen, wenn sie gegen ein gesetzliches Verbot (§ 134 BGB) verstößt. Solche Normverstöße kommen bei Fragen der Arbeitssicherheit zahlreich in Betracht, denn die Zahl an Arbeitsschutzvorschriften ist beeindruckend. Es fragt sich dann allerdings sogleich, ob jeder erdenkliche Verstoß gegen eine Arbeitsschutzvorschrift (etwa: unkenntliche Warnbeschilderung, Teilausfall der Beleuchtung) die Leistungspflicht entfallen läßt. Fabricius schlägt hierzu vor, daß ein Verstoß gegen Schutzvorschriften, die nicht als Beschäftigungsverbot ausgestaltet sind, nur dann die Leistungspflicht entfallen lassen soll, wenn er mit einer *konkreten* Gefahr verbunden ist (S. 106).

Diese Einschränkung ist nur hinnehmbar, weil – so auch Fabricius (S. 147 f.) – das Zurückbehaltungsrecht aus § 273 BGB als Aufgabatbestand verbleibt. Die Erfüllung einer bestehenden Arbeitsleistungspflicht kann demnach verweigert werden, wenn der Arbeitgeber seine Pflichten im Arbeitsschutz verletzt. Eine konkrete Gefahrensituation werde, so zutreffend Fabricius, hier nicht verlangt. Dafür aber bestünden Verhandlungs- und Wartepflichten. U.a. deswegen hält der Autor § 273 BGB für schwach und wenig relevant (S. 189). Dabei unterschätzt er, daß es auch außerhalb akuter Gefahren – wie erwähnt – eine wichtige Funktion des Rechts auf Leistungseinstellung sein muß, den Beschäftigten ein Durchsetzungsinstrument aktiver Beteiligung an der Verwirklichung des betrieblichen Arbeitsschutzes in die Hand zu geben. Daß bei Abwesenheit konkreter Gefahren zunächst gemahnt und verhandelt werden soll, ist dabei kein einschneidendes Hindernis, sondern Teil einer diskursiven Problemlösung.

Dagegen ist Fabricius' Kritik an § 9 Abs. 3 ArbSchG 1996 nichts hinzuzufügen: Die Bestimmung ist sprachlich ungenau, schlecht plazierte, ja geradezu versteckt, und sie läßt die entscheidenden inhaltlichen Fragen offen (S. 164 ff.). In gewisser Hinsicht präziser ist übrigens voranstehend § 9 Abs. 2 ArbSchG 1996, und es fragt sich, warum der Autor diese Bestimmung nicht in die Analyse einbezieht. Sie gewährt den Beschäftigten zwar kein explizites Recht auf Arbeitseinstellung, spricht statt dessen aber von »geeigneten Maßnahmen zur Gefahrenabwehr und Schadensbegrenzung«, die die Beschäftigten selbst treffen können müssen, wenn der zuständige Vorgesetzte nicht erreichbar ist. Eine solche geeignete Maßnahme dürfte nicht selten in der Tat die Einstellung der Arbeit sein. Interessant an § 9 Abs. 2 ArbSchG ist dabei, daß nicht nur die eigene Sicherheit, sondern auch die »anderer Personen« Anlaß zu geeigneten Maßnahmen geben kann. Hier wird die Verantwortung der Beschäftigten für ihre Umwelt angesprochen. Außerdem findet sich hier ein Ansatz zu einem gesetzlich zugestandenem Recht auf Irrtum, wenn es im letzten Satz heißt, daß den Beschäftigten aus ihrem Handeln keine Nachteile entstehen dürfen, »es sei denn, sie haben vorsätzlich oder grob fahrlässig ungeeignete Maßnahmen getroffen«. Dieser Schutz für irrtümlich ungeeignetes Handeln wäre allerdings auf irrtümlich nicht

erforderliches Handeln auszudehnen, wenn also die Gefahr falsch beurteilt wird.

Fabricius unterbreitet schließlich unter Abwägung verschiedenster Regelungsvorschläge u. a. aus der Diskussion um ein Arbeitsgesetzbuch einen eigenen Formulierungsvorschlag (S. 204). Diesem wird hier ebenso wie der gesamten Analyse breite Aufmerksamkeit gewünscht. Denn für eine dringend erforderliche Diskussion liefert der Autor eine äußerst nützliche und anregende Grundlage.

Edgar Rose

Edward Gibbon, Historische Übersicht des Römischen Rechts, übersetzt, eingeleitet und kommentiert von Gustav Hugo, mit einem Vorwort und einer Würdigung Gustav Hugos neu herausgegeben von Okko Behrends, Göttingen (Wallstein Verlag) 1996, 272 Seiten, DM 38,-

Von London aus brach im Jahre 1763 ein junger Mann nach Italien auf. Man kann ihn sich vorstellen: sorgfältig gekleidet im praktischen Reise-Paletot, ohne Perücke und gepuderte Haare, Wickelgamaschen, Ledertaschen – ein Engländer, Edward Gibbon mit Namen. Während seiner Reise durch Italien kam der damals Siebenundzwanzigjährige auf die Idee, eine Geschichte des sinkenden römischen Reichs zu schreiben. Dreizehn Jahre später war es soweit: der erste Band seiner sechsbändigen »History of the decline and fall of the Roman Empire« erschien in London. Der junge Mann auf Italienreise wird den späteren Erfolg seines Werkes kaum geahnt haben, aber das Erfolgsgeschehnis erklärt sich aus der Absicht des Autors, »den Leser auf unterhaltsame Weise zu unterrichten«; sie hat dem Text eine Frische verliehen, die die Lektüre auch heute noch – mehr als zwei Jahrhunderte nach dem ersten Erscheinen – angenehm und kurzweilig macht. Das vierundvierzigste Kapitel aus dem gewaltigen Werk hat Gibbon dem römischen Recht gewidmet, und auch hier gelingt es ihm, die spröde Materie unterhaltsam darzustellen. Auf knapp siebzig Seiten hat er die riesige Fülle von Quellen in historischer Anschaulichkeit und psychologischer Tiefe zusammengepreßt.

Diese Leistung als erster erkannt zu haben, ist das Verdienst von Gustav Hugo, dem berühmten Göttinger Romanisten, dem Vorläu-

fer von Friedrich Carl von Savigny und Begründer der Historischen Rechtsschule. Gustav Hugo übertrug das vierundvierzigste Kapitel aus Gibbons Werk schon kurz nach dessen Erscheinen ins Deutsche und brachte es im Revolutionsjahr 1789 in Göttingen heraus. Hugo muß wohl gespürt haben, daß es der skeptischen Feder eines Nicht-Juristen bedurfte, um den uferlosen Gegenstand mit solch brillanter Anschaulichkeit in ein einziges Kapitel zu bannen. Der interessierte Leser legt es auch heute noch kaum aus der Hand, bevor er es zu Ende gelesen hat.

Wer aber war Edward Gibbon? Und was hatte sein Interesse am Niedergang und Fall des römischen Reiches geweckt? 1737 geboren, hatte der Knabe die Westminster-Schule besucht und dann in Oxford studiert; dabei war er auf jesuitische Schriften gestoßen, die ihn – noch nicht sechzehnjährig – bestimmten, zum Katholizismus zu konvertieren. Sein entrüsteter Vater schickte ihn daraufhin sofort nach Lausanne, wo er einem reformierten Prediger zur strengen Aufsicht empfohlen wurde. Dessen Unterweisung hatte offenbar schnellen Erfolg, denn Gibbon trat schon ein Jahr später wieder zur protestantischen Kirche zurück, so daß der strenge Vater ihm die Rückkehr in die Heimat gestattete.

Vielleicht war es dieser erste Auslandsaufenthalt, der Gibbons spätere Reiselust beförderte. Jedenfalls gelangte er schon einige Jahre später – den Fahrnissen der damaligen Schiffs- und Kutschpassagen zum Trotz – auf seiner zweijährigen Reise durch das von Rauberbanden heimgesuchte Italien bis nach Rom und Neapel. Wieder nach England zurückgekehrt, verlief sein Leben von da an in ruhigeren Bahnen. Gibbon wurde Mitglied des Unterhauses und widmete sich schließlich ganz seiner literarischen Arbeit, an dessen Ende die monumentale »History« steht.

Das Werk umfaßt dreizehn Jahrhunderte – vom Tod des Marc Aurel im Jahre 180 nach Christi Geburt bis zum Fall Konstantinopels im Jahre 1453. Das Aufsehen, das Gibbons Buch sofort erregte, hängt sicher auch damit zusammen, daß man dem Werk Geringschätzung des Christentums vorwarf. Seine Thesen über den Zusammenhang zwischen dem Aufstieg des Christentums zur Staatsreligion und dem Untergang Roms mußten den Zeitgenossen wohl verdächtig erscheinen. Wer aber weiß, welche Rolle bei Gibbons Werk die fernen Nachklänge aus den Konflikten seiner Jugendzeit gespielt haben? Wie oft mag er bei

der Niederschrift seines Buches an den strengen Vater gedacht haben?

Auch Gibbons Interesse an gerade diesem Thema, sein Fragen nach den Gründen für den Niedergang eines Weltreichs dürfte kaum akademischer Natur gewesen sein. Die Sturmwinde der Revolution hatten sich in Europa schließlich schon Jahre zuvor angekündigt – auch wenn damals das aristokratische Publikum in der Comédie Française noch den »Tollen Tag« von Beaumarchais beklatschte. Es hat nicht mehr lange gedauert, bis diese »Hochzeit des Figaro« in der Bluthochzeit auf der Place de la Bastille ihre schreckliche Fortsetzung fand. Als Gibbon 1794 starb, waren Ludwig und Marie Antoinette schon auf das Gerüst gestiegen, und der Boden unter der Guillotine hatte sich nach den Hekatomben hingerichteter Aristokraten in blutigen Morast verwandelt: das Ende des Ancien Régime – auch das der Niedergang und Fall eines Reiches. Wie hätte Gibbon da in seinem zwei Jahre vor dem Beginn der Revolution abgeschlossenen Werk nicht nach Gründen für Fall und Niedergang fragen sollen?

Aber Gustav Hugo, der Skeptiker auf dem Göttinger Katheder – was war es, das ihn an Gibbon faszinierte? Sollte es nur das romanistische Interesse des Fachgelehrten gewesen sein? Hugo war, als er an seiner Übersetzung arbeitete, zwar erst zweiundzwanzig Jahre alt und als Privatlehrer des Erbprinzen von Anhalt-Dessau tätig. Als er ein Jahr später die Übersetzung Gibbons herausbrachte, hatte er gerade erst seine Bestallung zum außerplanmäßigen Professor der Rechte in Göttingen erhalten. Aber seine Gelehrsamkeit war, als er Gibbon übersetzte, trotz seiner Jugend sicher schon erstaunlich entwickelt. Aber das allein kann Hugos Bewunderung für das Werk nicht erklären.

Hugo gilt uns heute nicht nur als Begründer der Historischen Rechtsschule, sondern auch als philosophischer Vordenker des rechtswissenschaftlichen Positivismus. Er formulierte als erster die dann für Jahrzehnte richtungweisende Forderung nach vollständiger Trennung zwischen geltendem Recht, Rechtsgeschichte und Rechtsphilosophie. Dabei kam er zu Feststellungen, die an positivistischer Kälte nichts zu wünschen übrig lassen – wie etwa die von ihm ganz ernsthaft erörterte Frage, ob die Wiedereinführung der Sklaverei von einem Juristen »als positives Recht anerkannt« werden könne.

Der junge Marx hat denn auch Hugos positivistisches »Naturrecht« mit kaustischen Kommentaren kritisiert (vgl. Frühe Schriften, hrsg. H.-J. Lieber, P. Furth, Stuttgart 1962, Bd. I, S. 198 ff.).

Okko Behrends, ein später Nachfolger Hugos auf dem romanistischen Lehrstuhl in Göttingen, dem auch die reich kommentierte Neuherausgabe von Gibbons Schrift in Hugos Übersetzung zu danken ist, betont demgegenüber, Hugo habe mit seiner Philosophie des positiven Rechts »nichts anderes leisten wollen als begriffliche Formen für die Wahrnehmung jeglicher Inhalte bereitzustellen«. Also habe er auch die »juristische Möglichkeit der Unfreyheit« umstandslos bejahen können, wengleich er bei der Frage, ob die Wiedereinführung der Sklaverei rechtspolitisch ratsam sei, dies im Ergebnis für »nicht nötig und nicht wohl möglich« erklärt.

Solche Thesen müssen nun allerdings auch schon 1799, dem Erscheinungsjahr der zweiten Auflage seines »Naturrechts«, provozierend gewesen sein – und zwar auch dann, wenn man bedenkt, daß die Sklaverei seinerzeit ja längst noch nicht überall abgeschafft war. Aber selbst Robbespierre hatte schon das »hohle Pathos« der Déclaration von 1789 kritisiert, weil die Menschenrechte eben nur für die Kolonien und ihre Sklaven gelten sollten.

Hugo, dem seine Kritiker alles Mögliche – sogar »Communismus« – vorgeworfen haben, scheint mithin vor allem ein Freund sophistischer Gedankenspiele gewesen zu sein, ein rechtsphilosophischer Skeptiker. Sicherlich war er dabei alles andere als ein Revolutionär, wohl aber einer, dem es gefiel, ungewöhnliche Gedanken zu formulieren. Bei seinen Ausführungen über die »Ratsamkeit der Sklaverei« hat er sich daher auch nicht gescheut, die sonderbarsten Argumente anzuführen. Er schreibt beispielsweise, »im Interesse weniger blutiger Kriege« könne es Zweckmäßigkeitsgründe dafür geben, einen Teil der Menschen in Sklaverei oder Leibeigenschaft zu halten; so würden nämlich die Unfreien »von den Waffen ferngehalten« und konnten daher auch nicht Soldaten werden. So absurd dieses Argument angesichts der Söldner-Kriege oder angesichts der auch noch zu Hugos Lebzeiten üblichen Aushebungs-Jagden auf Rekruten gewesen sein mag, es illustriert die Sophisterei eines philosophischen Querdenkers.

Ebensowenig hat sich Hugo gescheut, den auf Veränderung sinnenden Konstitutionalisten seiner Zeit die Suppe zu versalzen. Von ihm nämlich stammen die 1809 formulierten und höchst sonderbaren Gedanken zur Verfassungskontinuität. Hiermit wandte er sich gegen unruhige Schwarmgeister, die mit revolutionärem Eifer eine neue konstitutionelle Ordnung installieren wollten. Hugo schrieb damals: »Die bestehende Verfassung kann nicht im Wege demokratischer Mehrheitsbeschlüsse geändert werden, weil die vergangenen Generationen des Volkes hierzu ebenfalls ihre Stimme abzugeben haben; da diese aber an der Ausübung ihres Rechts verhindert sind, müssen ihre Stimmen als für die Erhaltung der bestehenden Staatsordnung abgegeben gezahlt werden.« – Mit solchen Argumenten wäre freilich selbst der Niedergang und Fall von Anhalt-Dessau nicht dauerhaft zu verhindern gewesen.

Was also ist es gewesen, das den jungen Hugo an Gibbons vierundvierzigstem Kapitel gefesselt hat? Ein Jahr zuvor hatte er schon Ulpian's »Fragmenta« ediert, gleichzeitig arbeitete er an seiner Edition der Paulus-Sentenzen, während seine große Arbeit über das »Ius civile antejustinianum« erst in späteren Jahren erschien. Hugos intensive Beschäftigung mit den Quellen des römischen Rechts, die ja aus Überlieferungsschichten stammen, die teilweise Jahrhunderte voneinander entfernt liegen, mußten ihm wohl die ebenso knappe wie brillant formulierte Kurzdarstellung des komplexen Gegenstandes bei Gibbon als bewundernswürdig erscheinen lassen.

In diesen Sinne äußerte er sich auch selbst in der Vorrede zu seiner Übersetzung und schrieb: »Die Kurze des Buchs nebst dem ... Umstande, daß der Verfasser kein Rechtsgelehrter ist, hat mich hauptsächlich bewogen, es zu übersetzen. Ich hoffe, daß gerade deswegen einige Notizen in das große nichtjuristische Publicum kommen werden, das vielleicht schon immer gewünscht hatte, von dem, was einen nicht bloß seiner Anzahl wegen so betrachtlichen Teil des gelehrten Standes beschäftigt, einige Notizen zu erhalten, wenn nur die Furcht vor der juristischen Gelehrsamkeit nicht wäre.« – Nun, die Furcht vor der »juristischen Gelehrsamkeit« ist auch heute noch weit verbreitet, während das Interesse an »Notizen vom römischen Recht« rapide nachgelassen hat. Denn das römische Recht beschäftigt heute ja schon lange nicht mehr

den »gelehrten Juristenstand«. Wie sollte es auch, da selbst die altsprachlichen Gymnasien inzwischen das Griechische fast vollständig und das Lateinische weitgehend abgeschafft haben?

Bei modernen Juristen hält sich daher höchstens noch eine vage Kenntnis, daß das geltende Recht im römischen Recht gewisse Wurzeln habe. Was es aber im einzelnen damit auf sich habe, das darf die heute Studierenden schon mangels »Examensrelevanz« überhaupt nicht mehr interessieren. Dennoch möchte man gerade ihnen diese kleine Schrift empfehlen, denn es gibt eben – von seltenen Ausnahmen abgesehen¹ – nur wenige Autoren, die Rechtsgeschichte packend darzustellen verstehen.

Gibbon ist jedenfalls einer von ihnen, und Hugo nennt ihn deshalb nicht nur einen Schriftsteller »mit der Gabe, trockne Gegenstände angenehm zu behandeln«, sondern er wundert sich auch darüber, daß dieser Mann so viel über das römische Recht gelesen hatte – und zwar nicht etwa, »um Advocat zu werden oder kunfuge Advocaten auszubilden«. Hugo sieht in diesem Sachverhalt auch einen Grund dafür, daß Gibbon »eine so große Aufmerksamkeit auf den Ausdruck gewendet (hat), ohne seinen Text in Anmerkungen zu ersaufen« – kurzum: Gibbon schreibt weder das übliche Kauderwelsch der Juristen, noch verliert sich seine Darstellung im undurchdringlichen Labyrinth gelehrsamer Quellenkritik.

Gibbon sinniert in seinem Abschnitt über den Untergang der alten Jurisprudenz auch selber darüber, warum juristische Schriften »nur für wenige wichtig und für niemanden unterhaltend« seien (S. 69) – für jemanden, der so viele römische Juristenschriften gelesen hat wie er, eine allerdings bemerkenswerte Feststellung. Aber Gibbon ist eben Historiker und betont, der Wert juristischer Schriften hänge von ihrer »gegenwärtigen Brauchbarkeit« ab und er sinke »auf ewig, sobald die Neuerungen der Mode ... oder die öffentliche Autorität ihnen diese Brauchbarkeit entziehen«.

Wenn Gibbons Schrift also kritischen Studierenden zur Lektüre empfohlen wird, obwohl ihre »Brauchbarkeit« weder augenfällig ist, noch damit gerechnet werden kann, daß hier Stoff für Prüfungsfragen entnommen werden konnte, so hat dies einen einfachen

Grund. Die Lektüre seines Werks regt dazu an, auch über die barbarischen Wurzeln unseres Rechts nachzudenken. An drei Beispielen aus dem Schul- und dem Familienrecht soll das illustriert werden.

Die Beispiele – die berüchtigte Personalhaftung des Schuldners aus dem Zwölfartelgesetz und der Umfang der patria potestas, also der väterlichen Gewalt gegenüber Frau und Kindern – werden dem unvorbereiteten Leser kraß und exotisch erscheinen, als lagen sie in lang abgelebter geschichtlicher Ferne. Aber sind sie uns wirklich so fern? Sind die Gedanken des Schuldnerschutzes oder der Gleichberechtigung der Frau oder des Schutzes der Kinder vor tyrannischem Mißbrauch durch den *pater familias* historisch schon so tief in unserem Rechtsbewußtsein verwurzelt, daß wir die grausamen Regeln des alten römischen Rechts für historisch erledigt und überholt erklären könnten?

Hören wir also Gibbons Schilderung über die Bestimmungen der Zwölf Tafeln zur Personalhaftung des Schuldners, der nicht bezahlen kann: »Nach dem gerichtlichen Beweis oder dem Eingeständnis der Forderung waren (dem Schuldner) dreißig Gnadentage gestattet, ehe er in die Gewalt seines Mißburgers (des Glaubigers) gegeben ward. In dessen häuslichem Gefangnis waren zwölf Unzen Reis seine tägliche Nahrung. Er konnte mit einer Kette von fünfzehn Pfund Gewicht gebunden werden, und dreimal zeigte man sein Elend öffentlich auf dem Markte, um das Mitleiden seiner Freunde und Landsleute zu erregen. Am Ende von sechzig Tagen ward die Schuld durch Verlust des Lebens oder der Freiheit getilgt, der bankrotte Schuldner ward entweder getötet, oder jenseits des Tiber in auswärtige Sklaverei verkauft. Wenn aber mehrere Glaubiger gleich hartnäckig und unerbittlich waren, so konnten sie seinen Körper in Stücke hauen und ihre Rache durch diese schreckliche Teilung befriedigen. Die Verteidiger dieses wilden Gesetzes haben darauf bestanden, daß es sehr wirksam sein mußte, um Müßiggänger und Betrüger von Schulden abzuhalten, die sie nicht im Stande sein würden zu bezahlen. Aber die Erfahrung mußte diesen heilsamen Schrecken bald vertilgen, indem sie lehrte, daß nie ein Glaubiger zu dieser ihm ganz unnutzen Strafe am Leben und an den Gliedern sich entschloß. Wie die Sitten der Römer allmählich verfeinert wurden, so schaffte auch die Menschlichkeit der Anklager, der Zeugen und der Richter das peinliche

¹ So etwa das jüngst erschienene Buch von Uwe Wesel, *Geschichte des Rechts von den Frühformen bis zum Vertrag von Maastricht*, München (C. H. Beck) 1997

Gesetzbuch der Decemviren (der Verfasser des Zwölf-Tafel-Gesetzes) ab, und Strafflosigkeit war die Folge übertriebener Strenge ... und die veralteten Blutgesetze schrieb man listig, vielleicht aber mit Wahrheit, dem Geiste nicht patrizischer, sondern königlicher Tyrannen zu. (S. 128–131)

Also auch für das Recht der römischen Republik bereits längst abgelebte Barbarei, die ohnehin nicht zur Anwendung kam? Demgegenüber erwähnt Cicero, das Zwölf-Tafel-Gesetz sei zu seiner Zeit noch von den Schulkindern auswendig gelernt worden. So fern und abgelebt kann die Bestimmung also auch in der römischen Republik noch nicht gewesen sein. Und die mit Grausamkeiten solcher Art gefütterten kleinen römischen Gehirne werden die Lektion wohl gelernt haben. Wie sonst, wenn nicht mit solchen und ähnlichen Gedanken, sollten die auf Triumphbogen und Siegestsäulen verewigten römischen Heerführer und ihre Legionen auf die Härte vorbereitet worden sein, die sie benötigten, um das *Imperium Romanum* zusammenzurauben?

Das zweite Beispiel – diesmal zur *patria potestas*, der väterlichen Gewalt – beschreibt Gibbon in seinem Kapitel über »Väter und Kinder«, wobei nur die männlichen Kinder gemeint sind, weil die Töchter nicht zählen: »Im Forum, im Senate und im Heerlager genoss der erwachsene Sohn eines römischen Burgers ... die Rechte einer Person; in seines Vaters Haus war er dagegen nur eine Sache, und nach den Gesetzen stand er in derselben Klasse mit den beweglichen Gütern, dem Vieh und den Sklaven, die der Herr ganz nach Willkür veraußern und zerstören durfte, ohne vor irgendeinem Gericht auf Erden deswegen verantwortlich zu sein. Die Hand, welche ihm (dem Sohn) den taglichen Unterhalt reichte, konnte dieses freiwillige Geschenk zurucknehmen. Was der Sohn nur irgend durch Fleiß und Glück erwarb, verlor sich augenblicklich im Eigentum des Vaters ... Von Armut oder vom Geiz getrieben, konnte der Hausvater auch seine Kinder ebenso wie seine Sklaven veraußern ... Nach seinem Gutfinden konnte ein Vater die wahren oder eingebildeten Fehler seiner Kinder durch Schläge, Hausgefängnis, Verbannung oder auch dadurch bestrafen, daß er sie aufs Land schickte, um dort mit seinen niedrigsten Sklaven in Ketten zu arbeiten. Die Majestät eines Vaters war mit der Gewalt über Leben und Tod bewaffnet, und Beispiele von blutiger Aus-

übung dieses Rechts, die oft gebilligt und nie bestraft wurden, finden sich in den Jahrbüchern Roms ... Weder Alter noch Stand, nicht die Würde des Consulats, noch die Ehre eines Triumphs konnten den ersten Mann im Staate von den Pflichten kundlicher Unterwürfigkeit befreien.« (S. 79–82) – archaische Rechtsaltertümer, die mit unserem aufgeklärten Rechtsverstande nichts mehr zu tun haben? Oder vielleicht doch die, zwar verdorrten, Wurzeln eines abgelebten, in tiefsten Schichten aber immer noch fortwirkenden Rechtsbewußtseins?

Das dritte Beispiel betrifft die Stellung der Ehefrau des Römers; Gibbon beschreibt sie so: »Die Erfahrung hat gelehrt, daß Wilde die Tyrannen des weiblichen Geschlechts sind und daß die Lage der Frauenspersonen gewöhnlich durch die Verfeinerung des geselligen Lebens gemildert wird. ... Lykurg (sagenumwobener Gesetzgeber von Sparta) hatte die Zeit der Ehefähigkeit hinaufgesetzt. Numa (Pompius, sagenhafter Nachfolger des Romulus und zweiter König der Stadt Rom) bestimmte sie auf das zarte Alter von zwölf Jahren, damit der römische Ehemann ein reines gehorsames Mädchen nach seinem Willen sich erziehen könne. ... Eine weder vernunftige noch hübsche Fiktion des Gesetzes gab der Hausmutter – dies war ihr eigentlicher Name – die sonderbaren Eigenschaften einer Schwester ihrer eigenen Kinder und einer Tochter ihres Ehemannes oder Herrn, der die ganze Fülle der väterlichen Gewalt über sie erhielt. Durch sein Urteil oder nach seiner Laune ward ihr Betragen gebilligt oder getadelt und bestraft. Er übte ... die Gerichtsbarkeit über Leben und Tod aus, und man gestattete, daß dies im Falle der Trunkenheit oder des Ehebruchs im eigentlichen Sinne des Worts geschah. Die Frau erwarb und erbte nur zum Vorteile ihres Herrn, und sie ward so deutlich als eine Sache – nicht als eine Person – angesehen, daß, wenn der ursprüngliche Rechtsgrund (also der Ehekontrakt) fehlte, das Recht auf sie, wie auf andere bewegliche Dinge, durch den Gebrauch und Besitz in Jahresfrist erworben werden konnte. ... Da die Vielweiberei unbekannt war, konnte der Ehemann allerdings nie eine schönere oder geliebtere zweite Frau in sein Bett aufnehmen. ... Außer der Einwilligung der Parteien, wie es dem Wesen jedes vernünftigen Vertrags entspricht, forderte die römische Ehe auch die vorhergehende Billigung des Vaters. ... Selbst Raserei hob die Notwendigkeit seiner Einwilligung

nicht völlig auf. ... In den ältesten Zeiten konnte ein Vater seine Kinder verkaufen, und auch seine Frau rechnete man unter seine Kinder.« (S. 86–93)

Mit diesen Beispielen soll es sein Bewenden haben. Sie mögen die studierende Jugend bestimmen – wenn nicht gerade examensrele-

vante Hausarbeiten die Semesterferien anfüllen – ,Gibbons »unterhaltsames« Buch selber zu Hand zu nehmen, um sich ein eigenes Urteil über die römischrechtlichen Wurzeln unseres heutigen Rechts zu bilden.

C. U. Schminck-Gustavus

281

Martin Borowski

Grundrechte als Prinzipien

Die Unterscheidung von prima facie-Position und definitiver Position als fundamentaler Konstruktionsgrundsatz der Grundrechte

Nach ständiger Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts sind Grundrechte in erster Linie Abwehrrechte des Bürgers gegen den Staat.

In den letzten 25 Jahren haben Rechtsprechung und Literatur weitere Funktionen entwickelt, insbesondere staatliche Schutzpflichten, soziale Grundrechte und Rechte auf Organisation und Verfahren. Dem ständigen Anwachsen grundrechtlicher Gehalte hielt die systematische Analyse nicht Schritt. Dogmatische Behandlung und Prüfungsfolge sind unklar und umstritten. Ähnliches gilt für Gleichheitsrechte. Der Verfasser zeigt auf, daß es einen Konstruktionsgrundsatz gibt, der allen Grundrechtsfunktionen zugrunde liegt: die Unterscheidung von prima facie- und definitiver Position. Anhand dieser Unterscheidung, die auch konstitutiv für das sogenannte »Eingriffs-Schranken-Schema« ist, weist er nach, daß die gesamte Grundrechtsdogmatik auf einheitlichen Strukturen beruht. Über die theoretische Analyse hinaus schlägt die Studie praktisch anwendbare Prüfungsfolgen vor.

Das Werk richtet sich daher nicht nur an die Wissenschaft, sondern auch an alle an fundamentalen Fragen der Grundrechtsdogmatik Interessierte in Praxis und Ausbildung.

1998, 440 S., brosch., 98,- DM, 715,- öS, 89,- sFr,

ISBN 3-7890-5194-2

(Kieler Rechtswissenschaftliche Abhandlungen (NF), Bd. 11)



NOMOS Verlagsgesellschaft
76520 Baden-Baden