

schen Verfassungsrechtlern, mit Rechtsvergleichung Befassten sowie auch politisch Interessierten uneingeschränkt empfohlen werden kann.

*Edzard A. Schmidt-Jortzig, Frankfurt/Main*

*Helmut Janssen*

### **Die Übertragung von Rechtsvorstellungen auf fremde Kulturen am Beispiel des englischen Kolonialrechts**

Mohr Siebeck Verlag, Tübingen, 2000, 217 S., DM 68,--

Englands Kolonialverwaltung und sein Kolonialrecht basierten im Wesentlichen auf dem Grundsatz der sog. *indirect rule*. Im Gegensatz zum kolonialen Antipoden Frankreich, der seine Kultur und auch sein Recht mit großer Konsequenz zu exportieren trachtete, erschien den Engländern die Bewahrung der einheimischen Rechtsordnungen und die Instrumentalisierung lokaler Herrschaftsstrukturen nützlich. Dabei spielte wohl nicht so sehr ein besonderer Respekt gegenüber den einheimischen Kulturen eine Rolle als vielmehr ein pragmatischer Ansatz, der auf ein möglichst unaufwendiges Herrschen zielte. Auch *indirect rule* hat freilich ihre unausweichlichen Reibungsprobleme. Zu ihnen gehört der Versuch, in den Gerichten vor Ort und daheim in England Recht unter zumindest partieller Berücksichtigung des jeweils indigenen Rechts zu sprechen. Englische (oder englisch ausgebildete) Richter entschieden Fälle, in denen es um das Verstehen „indigener“ Rechtsordnungen ging. Die strukturell bedingten Verstehensdefizite, die dieses Unternehmen realiter prägten, sind das laut Klappentext und Einführung (S. 1) das selbst gesetzte Thema von Janssens Untersuchung. Es soll danach zunächst nicht um einen makropolitisch (durch das Kolonialrecht) gesteuerten Versuch gehen, eigene Rechtsvorstellungen zu übertragen, sondern um die rechtspraktischen Beschwerisse bei dem Versuch, einheimisches Recht zu sprechen. Freilich erweist die Lektüre alsbald, dass Janssens Arbeit sich in der Ausführung nicht auf das Thema das „Begriffens“ beschränkt. Letztlich schreibt er doch in weiten Teilen – was der Titel im Übrigen durchaus nahe legt – über Rechtsexport, sei es im Landrecht, sei es bei der Auslegung des Rechts der „Islamischen Frommen Stiftung“. Ungeachtet der hiermit verbundenen partiellen Inkonsistenz zwischen präsentiertem Erkenntnisziel und Untersuchungsgang ist jedoch, insofern sei ein Stück der Bilanz hier schon vorangestellt, ein Buch entstanden, dessen Lektüre sicher lohnt.

Schon der Aufbau der Arbeit ist gut durchdacht. Janssen gliedert sie in drei Teile, die mit „Gerichte“, „Recht“ und (etwas diffus) „Kultur“ überschrieben sind. Im juristischen Darstellungen neigt man hierzulande wohl üblicherweise dazu, das Recht vor den Gerichten zu behandeln, für das hier behandelte Thema ist die Umkehrung aber äußerst sinnvoll: Richter prägen das englische Recht, und insbesondere für den Kolonialbereich macht es viel Sinn,

den Richter darstellerisch vor das Recht zu stellen. Diese Herangehensweise dokumentiert zudem den historisch-soziologischen Ansatz der Arbeit, die eine im Wesentlichen abgeschlossene Phase der Rechtsentwicklung (mit allerdings fundamentalen Gegenwartsfolgen), nicht theoretisch-dogmatisch, sondern in ihrer Lebenswirklichkeit darstellt.

Der erste Teil über die Gerichte gliedert sich in Kapitel über den Privy Council, Gerichte vor Ort in den Kolonien sowie die Richter. Janssen stellt dar, wie sich der Privy Council schrittweise zu einem Gericht entwickelt hat, dessen Aufgabe gänzlich auf das Recht der Kolonien bzw. Commonwealth-Staaten bezogen ist. Die Gerichte in den Kolonien selbst haben sich demgegenüber aus einer Art Beleihung der Kaufleute heraus entwickelt. Während der Privy Council insgesamt über die Zeit hinweg sehr „englisch“ geblieben ist – lediglich ein Sitz wurde schließlich zu einem indischen Erbhof – wurden die Gerichtsinstanzen in den Kolonien sukzessive auch mit „indigenen“ Richtern besetzt. Den Anfang machten hier freilich Kolonien wie Australien und Neuseeland (wo die „Indigenen“ nicht etwa Aborigines oder Maori sind, sondern Nachkömmlinge der ersten Einwanderer) und im Übrigen sind es zunächst vor allem die unteren Instanzen. Die Rechtsprechung der höheren Gerichte bleibt ebenfalls englisch geprägt, zumal hier „Indigene“ allenfalls nach einer vollständigen Ausbildung im englischen Recht Zugang zur Richterbank finden. Ein Refugium für einheimisches Rechtsdenken in den Kolonien sind freilich die sog. *native courts* (*customary courts*, *local courts*), in denen einheimische Autoritäten (die vielleicht bisweilen erst durch die ihnen eingeräumten Zuständigkeiten zu solchen wurden) unter variierender intensiver kolonialer Aufsicht Recht sprachen. Solche Gerichte bestehen in vielen Gebieten des ehemaligen Empire noch heute und ihre Einbindung in das staatliche Rechts- und Justizsystem ist nach wie vor schwierig. Janssen beschränkt sich hier m.E. auf allzu knappe Andeutungen (S. 38 f.).

Der zweite Teil über Recht (S. 56 ff.) besteht aus einem einleitenden Kapitel über „Anwendbares Recht“ und zwei Fallstudien, namentlich dem Landrecht (S. 86 ff.) und der Behandlung der „Islamischen Frommen Stiftung“ (S. 135 ff.). Bei der Frage des anwendbaren Rechts setzt Janssen bei der Art des Souveränitätserwerbs an. Ob die Gegenüberstellung erobert und abgetretener Gebiete einerseits sowie der besiedelten Gebiete andererseits für die grundsätzliche Frage die Einführung des englischen Rechts als Ganzes allerdings im Ergebnis die Bedeutung hatte, die ihr traditionell und auch bei Janssen zugeschrieben wird, erscheint zweifelhaft. Auch die entwickelteren Völker, die man entdeckte (wie die neuseeländischen Maori oder viele nordamerikanische Indianerstämme) wurden unter koloniales Kuratel gestellt. Auch ihnen gegenüber prävalierte zumeist das Interesse der weißen Zuwanderer. Auf ihr eigenes Recht ließ man sich vor allem ein, wenn sie untereinander stritten, weiße Interessen also nicht berührt waren (vgl. zu diesem Aspekt auch S. 111 am Beispiel Rhodesiens) oder ggf. auch, wenn einzelne „weiße“ Aktionen den Bogen im Umgang mit den Einheimischen gefährlich überspannt hatten. Im Grundsatz gewann England Rechtsherrschaft also unabhängig vom Erwerbstitel. Für den Zeitraum der Inbesitznahme lässt sich nicht übersehen, dass die historischen Vorgänge zum Teil eher unbekümmert von rechtlichen Fragen verliefen und die Gerichte *ex post* Erklärungsmuster fin-

den mussten. Unwichtig wird die Erwerbsart durch diesen Vorbehalt freilich nicht, denn wo die Engländer zivilisatorische Strukturen zu erkennen glaubten und dementsprechend nicht von einer „Besiedelung“ ausgingen, war die Grundlage für *indirect rule* unmittelbar gegeben. Und wo Verträge geschlossen wurden, haben diese mit mancher Einschränkung und Verspätung zum Teil doch noch erhebliche Bedeutung entfaltet. In einer skrupulöser gewordenen Weltgesellschaft erlauben sie es den Indigenen, einige Nischen für ihre Existenz zu erstreiten. Von Walfangrechten bis hin zu Kasino-Privilegien reicht das, was sich aus einschlägigen Verträgen ableiten lässt. Aber das sind oft moderne Entwicklungen.

Die Ausführungen zum Landrecht fallen, wie schon angedeutet, ein wenig aus dem selbst gesteckten Thema der Arbeit heraus. Hier geht es nicht so sehr um Verstehensprobleme bei der Anwendung fremden Rechts, sondern schlicht um Rechtsexport. Janssen beschreibt (instruktiv) die Grundlagen des feudalen englischen Landrechts, ihre Einführung in den Kolonien sowie den Versuch, indigene Besitzansprüche in das System der *titles* einzuführen. Dabei greift er auch territorial und temporal weiter aus als in den übrigen Untersuchungsteilen und behandelt die Entwicklung z.B. in den USA, Kanada, Neuseeland und Australien tendenziell bis in die Gegenwart hinein. Die hier angeschnittenen Fragen sind, auch wenn mit der eigentlichen Fragestellung der Arbeit nur partiell verbunden, schon wegen ihrer hohen Praxisrelevanz von großem Interesse. Allerdings ist die Darstellung im Detail recht kursorisch und lässt – obwohl grundsätzlich Gegenwartsprobleme einbeziehend und den Stand des 31.12.1998 reklamierend (Vorwort) – wichtige neuere Entwicklungen außer Betracht. So schließt die Darstellung zu Australien mit der *Mabo*-Entscheidung des High Court of Australia und lässt die wichtigen Folgeentscheidungen der 90er Jahre (insb. „*Wik*“) ausgeblendet. Für Kanada fehlt ein Hinweis auf die bahnbrechende Entscheidung des Supreme Court in *Delgamuukw v. British Columbia* vom 1.12.1997. Gerade diese Entscheidung wäre für Janssens Thema interessant gewesen, geht es hier doch gerade nicht nur um die Art und Weise der Integration indigener Ansprüche in das englisch geprägte *title*-System, sondern zudem um „Verstehensprobleme“ im eigentlichen Sinne, nämlich die Frage, wie indigene Landrechtsvorstellungen illiteraler Gesellschaften vor Gericht zu beweisen sind (konkret hat der Supreme Court festgestellt, dass auch *oral history* zu berücksichtigen ist und damit den restriktiven Ansatz der Vorentscheidung korrigiert).

Als Fallbeispiel für Fehlverständnisse indigenen Rechts durch englische Richter greift Janssen die islamische Fromme Stiftung heraus. Auch hier stellt sich nach Lektüre seiner Darstellung aber die Frage, ob es hier wirklich um ein „Verstehensproblem“ geht. Janssen selbst zeigt auf, dass die Entscheidung von einem sehr spezifischen Grundverständnis des maßgeblichen Richters im Privy Council über „vernünftiges“ Recht geprägt ist. Möglicherweise ging es also im vorliegenden Fall weniger darum, fremdes Recht zu erkennen, als vielmehr die Spielräume zu nutzen, die das fremde Recht bietet, um eigenen Vorstellungen (und sei es in Indien) zur Geltung zu verhelfen. Der Fall ist insofern natürlich interessant, erinnert aber noch einmal daran, dass Janssen eigentlich Begreifensprobleme behandeln

wollte. Hierfür eignet sich das Beispiel vielleicht nicht (zumal die richterliche Fehlinterpretation durch einen Gesetzgebungsakt alsbald wieder korrigiert wurde).

Der abschließende Dritte Teil über „Kultur“ gliedert sich in Kapitel über Werte (S. 153 ff.) sowie „Staatliche Gerichtsbarkeit und Schriftkultur“ (S. 173 ff.). In der Sache handelt es sich um die kritische Darstellung der philosophischen und methodischen Grundlagen des Kolonialrechts. Besonderes Augenmerk widmet Janssen dabei rechtsphilosophisch dem Einfluss der rechtsevolutionistischen Theorie Henry Maines (S. 164 ff.) und rechtsmethodisch der Bedeutung der Präzedenzmethode (S. 183 ff.). Insgesamt zeigen die Ausführungen die Grenzen auf, denen das „Sich-Einlassen“ auf fremdes Recht unterlag, wobei es wieder nicht nur um Grenzen des Verstehens geht, sondern auch um Fragen der Konkordanz mit eigenen Wertungen. Auch im englischen System der *indirect rule* ist neben den durch „Übersetzungsprobleme“ verursachten Modifikationen ein bewusster Rechtskolonialismus unübersehbar. Mancher Eingriff in einheimische Gepflogenheiten (etwa im Bereich der Sexualmoral) mutet heute schlicht als intolerant an und ist Ausdruck des europäischen Zeitgeistes, andere Einwirkungen (Bekämpfung der Sklaverei) erscheinen demgegenüber modern. Vergangenes zu bewerten, ist oft schwierig.

Zu kritisieren an der Arbeit Janssens ist abgesehen davon, dass die eigentlichen Fragen des „Begriffens“ im Sinne der kognitiven Grenzen des Verstehen-Könnens etwas beiläufig erwogen werden, dass sie sich in wichtigen Teilen weitgehend auf jüngere Sekundärliteratur zu stützen scheint. Unter gesonderter Überschrift ausführlich einen indischen Richter (Ameer Ali) im Judicial Committee zu beschreiben, der viel publiziert habe, ohne auch nur einen einzigen Nachweis zu diesen Publikationen zu geben (S. 46 ff.), erscheint z.B. etwas unsorgfältig. Hier und an manch anderer Stelle hätte man sich im Übrigen etwas mehr Vertiefung vorstellen können. Etwas bedauerlich ist im Übrigen, dass Janssen die Wirkungen des Rechtskolonialismus (mit Ausnahme des Landrechts) nicht zumindest mit einigen Andeutungen über die Unabhängigkeit hinaus verfolgt hat. Der Schwierigkeit, einheimische Traditionen richtig zu verstehen, sehen sich Richter in zahlreichen Staaten des ehemaligen britischen Kolonialreichs noch heute vielfältig gegenüber. Die Beschränkung auf das Historische ist natürlich zu respektieren, aber es wäre (auch über den gut untersuchten Bereich des Landrechts hinausgehend) interessant gewesen, zu erfahren, wie sich die Übertragung von Rechtsvorstellungen nach Rückerlangung der Unabhängigkeit, zumal in den von Janssen fokussierten Gebieten Indien und Goldküste, ausgewirkt hat.

Trotz der erwähnten Kritikpunkte hat Janssen ein interessantes und lesenswertes Buch geschrieben. Er beschreibt die Friktionen, die sich bei der Einbeziehung indigenen Rechts in die staatliche Judikatur ergaben, in stilistisch angenehmer Form (zurecht betont das Vorwort von Janssens Doktorvater Großfeld das „erzählerische Niveau“). Gerade für den deutschen Leser ist das Buch auch insofern sinnvoll konzipiert, als die rechtshistorischen Hintergründe des englischen Rechts in den thematisch relevanten Bereichen (Entstehung und Entwicklung des Privy Council, des Landrechts etc.) instruktiv beschrieben werden. Wer sich künftig etwa mit Fragen des *Legal Pluralism* und dem Status „indigenen“ Rechts

im Bereich des Commonwealth beschäftigt, kann sich bei Janssen über manche historische Hintergründe heutiger Problemlagen orientieren.

*Jörg Menzel, Bonn*

*Heinrich Wilms*

**Ausländische Einwirkungen auf die Entstehung des Grundgesetzes**

Verlag W. Kohlhammer, Stuttgart / Berlin / Köln, 1999, 341 S., DM 148,--

„Nirgendwo wird bestritten, daß das Grundgesetz durch die alliierten Besatzungsmächte sowie durch Verfassungsrecht und Ideengeschichte anderer Länder beeinflusst ist. Keine Einigkeit herrscht jedoch über Art und Umfang dieser Einflüsse sowie über deren Bewertung.“ – mit diesen Worten begründet der Konstanzer Professor für Öffentliches Recht, Rechtsphilosophie, Völker- und Europarecht Heinrich Wilms auf S. 1 der Einleitung die Fragestellung, die seiner pünktlich zum 50-jährigen Geburtstag des Grundgesetzes erschienenen verfassungsrechtlichen Monographie zugrunde liegt. Wilms hat sich in dieser Untersuchung, die viele bisher nicht publizierte, umfangreiche Materialien und Dokumente über die Arbeit des Parlamentarischen Rates erstmals auswertet, einem Forschungsdesiderat gewidmet, denn eine speziell die ausländischen Einflüsse bei der Entstehung des Grundgesetzes fokussierende Arbeit fehlte bislang. Das vorliegende Werk soll den Auftakt zu einer mehrbändigen Reihe zur neuesten deutschen Verfassungsgeschichte darstellen und will insbesondere auch einen Beitrag dazu leisten, die anlässlich der deutschen Wiedervereinigung erneut aufgekeimten Legitimitätsdiskussionen um das nach seiner ursprünglichen Konzeption sowohl räumlich als auch zeitlich Übergangscharakter tragende Grundgesetz beenden zu helfen und zugleich die Einsicht zu fördern, daß das Grundgesetz Bewahrungswert besitze.

Die Arbeit gliedert sich in vier quantitativ verschieden gewichtete Hauptteile: A. Der Einfluß ausländischer Mächte auf die Entstehung des Grundgesetzes (S. 9-83), B. Die Frankfurter Dokumente und ihr Einfluß auf die Arbeit des Parlamentarischen Rates (S. 85-96), C. Die Einflüsse ausländischen und internationalen Rechts auf die Entstehung des Grundgesetzes (S. 97-192) und D. Die Militärgouverneure und der Parlamentarische Rat (S. 193-275), wobei sich jeweils Zusammenfassungen anschließen, die sich auch als Orientierung über bzw. Einstimmung in die Hauptteile lesen lassen. Die gesamte Darstellung ist durch einen sorgfältigen Fußnotenapparat belegt, und die den Kapiteln vorangestellten Literaturübersichten ermöglichen dem an Detailfragen interessierten Leser einen schnellen Überblick über das einschlägige deutsche, aber auch englische und in geringerem Maße französische Schrifttum.

Ohne dabei das Vollständigkeitspostulat verfechten zu wollen oder zu müssen, stellt der Verfasser im ersten Teil seiner Arbeit diejenigen Stationen der Vorgeschichte des Grundge-