

## BUCHBESPRECHUNGEN / BOOK REVIEWS

*Tokugawa Tsunenari*

### **The Edo Inheritance**

International House of Japan, I-House Press, Tokyo 2009, XII, 200 S., ¥ 2.381;  
ISBN 978-4924971264

*Tokugawa Tsunenari*, geboren 1940, ist das 18. Oberhaupt der Hauptlinie der Familie Tokugawa, deren mehrhundertjährige Herrschaft im japanischen Kaiserreich in den Jahren 1867/1868 mit der sog. Meiji-Reform endete. Statt der Shogune, dieses Amt lag seit 1603 bei der Familie Tokugawa, traten nun bis zur Neuordnung nach dem Zweiten Weltkrieg des 20. Jahrhunderts wieder die Kaiser als Träger höchster politischer Macht hervor, nicht mehr, wie seit dem japanischen Mittelalter, Shogune, von wechselnden Clans gestellt, im Zusammenwirken und in Auseinandersetzung mit anderen Großgrundbesitzern und Kriegsherren. Tokugawa Ieyasu trat die Herrschaft an, nachdem in der zweiten Hälfte des 16. Jahrhunderts zunächst Oda Nobunaga das in Kleinstaatlichkeit zerfallene Japan zusammen gezwungen und danach Toyotomi Hideyoshi dies zunächst konsolidiert und sodann durch erfolglose Angriffe auf Korea und China wieder auf Spiel gesetzt hatte. Dies war auch die Zeit des Erscheinens jesuitischer Missionare (sie brachten nicht nur Gedanken, sondern auch Waffentechnologie und Festungsbautechnik, die in Japan heimisch wurden). Ihnen hatte Hideyoshi zunächst Schutz gewährt, ehe er sie sämtlich kurzfristig des Landes verwies. Daran knüpfte Tokugawa Ieyasu an, namentlich spanische und portugiesische Expansion erfolgreich abwehrend. Mit seinem Namen verknüpft ist auch das politische Konzept der Isolation, der Selbstverschluss Japans vor der übrigen Welt.

Tokugawa Tsunenari, der heute lebende Nachfahr des eine ganze Epoche vorprägenden Ieyasu und der ihm nachfolgenden Shogune, hat nach politikwissenschaftlicher Ausbildung erfolgreich als Geschäftsmann gewirkt, vor allem in der Schifffahrtsbranche. Als Präsident der von ihm begründeten Tokugawa Memorial Foundation sowie an der Spitze der japanischen Sektion der World Wild Life Federation hat er wahrnehmbar zivilgesellschaftlich gewirkt. Sein Buch, bibliophil gestaltet vom Verlagshaus des International House of Japan, einer bedeutsamen Begegnungsstätte für kulturellen und wissenschaftlichen Austausch, mit schönen Illustrationen versehen, in klarem, eingängigen Englisch geschrieben von Tokugawa Iehiro aus der nächsten Generation, hat Züge einer Streitschrift. Es behandelt das Leben, Denken und Handeln in der sog. Edo-Zeit, als welche die Herrschaftsphase der Tokugawa auch bezeichnet wird, weil Ieyasu das zunächst noch dörfliche Edo, aus dem das heutige Tokyo hervorging, zu seiner Hauptstadt gemacht und die Weichen zu seinem Erblühen gestellt hatte, vor allem Kyoto und Osaka den Rang ablaufend. Dem Autor geht es um die Edo-Zeit als Erbe. Sein Ausgangspunkt ist die Annahme, diese Erbschaft werde bisher nicht hinreichend gewürdigt. Sie gelte weithin als Dark Age, von Stillstand geprägt,

ursächlich für Rückständigkeit, welche dann erst durch den Meiji-Umbruch überwunden werden konnte. Ob und welchen Ausmaßes eine solche – pauschale und vereinfachende – Wahrnehmung der japanischen Geschichte in und außerhalb Japans tatsächlich vorherrschend ist (von „de-demonizing“ der Edo-Zeit spricht der Klappentext), muss hier dahin stehen.

Unbestreitbar aber ist: Die Tokugawa-Zeit war eine Epoche weitgehender Abwesenheit physischer Gewaltausübung im Inneren Japans und nach außen. Eine Kolonialisierung Japans wurde verhindert. War die politische und Geistesgeschichte Japans über Jahrhunderte geprägt gewesen von der Aufnahme und Verarbeitung von chinesischen und anderen festlandsasiatischen Einflüssen und war sie es dann nach der Edo-Zeit von solchen aus Europa und später aus den Vereinigten Staaten, so lässt sich für Tokugawa und Edo sagen: Diese Zeit der Abschottung ermöglichte nach Innen gekehrte Entwicklung, aus der manches hervorging, was sich ungeachtet aller späteren Umwandlungen in Japan bis heute als prägend für japanische Kultur und Gesellschaft darstellt.

Das Buch spürt dem in einzelnen und anschaulich nach, ohne wissenschaftliche Nachweise, aber doch mit vielen Zitaten und Beispielen. Es würdigt die wirtschaftlichen und administrativen, die kulturellen und architektonischen Leistungen der Tokugawa-Regentschaft, rühmt religiöse Vielfalt und Toleranz, sieht Verfestigung ethischer Maßstäbe im gelebten Alltag der Edo-Zeit, vor allem für Anliegen wie „Gleichheit“ oder „Respekt“, welche sich auch in dem von Abstammung und Kastentrennung geprägten starren Gesellschaftssystem bemerkbar machen konnten – das viel „undurchlässiger“ war als es etwa die von den Tokugawa andererseits gerühmten Postulate des mit dem Namen des Konfuzius verbundenen Denkens („Bildung“ als maßgeblich für den persönlichen Status) erstrebten.

Gewiss wirkt viel in dem Buch plädierend, ist sein Stil mitunter derjenige des Aufklärers gegenüber den Unkundigen und Unbesonnenen, werden manchmal Anekdoten eingestreut zur Veranschaulichung des „Unrechts“, das aus heutiger Sicht den Leistungen der Familie Tokugawa widerfahren sei. Doch erfolgt auch dies immer mild und vornehm auch differenziert. Tokugawa Tsunenari hat ein plastisches und sympathisches Buch geschrieben, das mit seinen Blicken auf die Edo-Zeit auch zum Verständnis dessen beiträgt, was heute in Japan gedacht wird. Es geht ihm darum, durch Besinnung auf die eigenen Wurzeln zur Bewahrung kultureller Vielfalt beizutragen, auch zum internationalen Gespräch darüber, was die gesellschaftlichen Voraussetzungen sind für sozialverträgliche ökonomische Prosperität und angemessenen Umgang mit natürlichen Lebensgrundlagen – „Wertkonservatismus“ nennt man das wohl.

*Philip Kunig, Berlin*

*Hilke Thiedemann*

### **Judicial Independence**

Eine rechtsvergleichende Untersuchung der Sicherung unabhängiger Rechtsprechung in Südafrika und Deutschland

Nomos Verlagsgesellschaft, Baden Baden, 2007, 469 pages, EUR 79,00;

ISBN 978-3-8329-2853-7

The publication at hand is *Hilke Thiedemann's* doctoral thesis on "Judicial Independence", a comparative analysis of how judicial independence is safeguarded and implemented in German and South African law and practice. The text is written in German. However, an English summary is given at the end of the book.

The aim of this publication, which is successfully achieved, is to answer the question how and to what extent the legal systems of Germany, as well as of South Africa, create an environment for judges to deliver their judgements independently. The author explains that one stimulus for doing this research was the 2001 UN Report on the Independence of Judges and Lawyers in South Africa, which raised concerns about judicial independence in South Africa's legal system.

The subdivision into four main chapters helps the reader not to lose orientation, considering the diverse legal spectrum covered by this well considered and detailed publication. This subdivision is outlined as follows: The first chapter gives some introductory remarks on the thesis itself, its structure and methodological aspects, before setting out an historical perspective on judicial independence in continental Europe, as well as in South Africa. Also, part of this first chapter is a general introduction to the South African legal system. The second chapter offers a broad overview of constitutional provisions and legislation, and of the international standards relevant to the issue of judicial independence. This is followed by a sub-chapter on the obligations of the judiciaries to their respective national constitutions, laws, and precedents. The third chapter of the book covers various aspects of the mechanisms suitable for safeguarding judicial independence, and discusses limitations to the principle of judicial independence under both South African and German law. How the concept of judicial independence is adhered to in Germany, compared to South Africa, is the focal point of the in-depth analysis found in this chapter. To this end, the author, *inter alia*, elucidates the concepts of impartiality with regard to potential impacts from the powers of the legislature, the executive and the judiciary itself. Again, this is dealt with from the South African as well as the German perspective. The final chapter summarises the contents of the preceding chapters, successfully focusing on the concept of the independence of the judiciary from a comparative perspective. For obvious reasons, only some of the conclusions can be highlighted in this review:

An independent judiciary is a key foundation for the democratic state governed by the rule of law, and is an indispensable prerequisite for concepts such as the separation of powers and checks and balances. The individual can have confidence in the judiciary if legal certainty is guaranteed by an independent and impartial judge. Considering that judi-

cial independence is an evolving concept, the author concludes that the relatively young South African democracy has established a high degree of judicial independence, comparable with that developed in Germany over several decades. Deficiencies in terms of the constitutional guarantee of judicial independence do, however, exist in both legal systems.

The author analyses the historical and legal background of judicial independence in both countries, and comes to the conclusion that constitutional concepts are implemented differently. She also reflects on specific common and civil law notions of the role of judges. What the author describes as the “decisive parameter” for an appropriate reconciliation of the aims of judicial independence and judicial accountability is the question whether the public truly has confidence in a functioning court system. For this reason, obvious issues like the appointment of judges and their security of tenure and employment, the independence of magistrates, court organisation and judicial self-administration, the reclusion of judges, judicial activism, the separation of powers, and the influence of society and the media on the judge all play fundamental roles in the determination of this decisive parameter.

The author emphasises that one of the major challenges to judicial independence is the executive’s potential influence when it comes to the appointment of judges. This, according to the author, applies specifically to Germany, which follows the approach of the principle of merit in terms of the appointment of judges. In this context, judicial independence has in principle been strengthened in South Africa by the establishment of the Judicial Service Commission, which plays a key role in the appointment of judges. The author recommends that such an institution should be established in Germany as well, nevertheless making the point, that due to the composition of the Judicial Service Commission in South Africa, it may in reality be susceptible to political influence.

Regarding security of tenure, the South African practice that acting judges are appointed at the discretion of the executive is not in conformity with the concept of judicial independence, even though it might be an adequate mechanism to cope with the massive workload of the courts, as these judges are not granted full judicial independence. One further point of criticism in this regard is the South African practice that judges may be asked to continue to perform their duties after retirement.

The tension between judicial independence on the one side, and the public demand for judges to be accountable for their decisions on the other, is discussed and weighed up in this book. The author points out that both legal systems provide a civil or penal liability for judges, related to strict requirements to safeguard judicial independence. South African, as well as German law, provides a mechanism for the impeachment of a judge under exceptional circumstances, namely on the ground of gross misconduct. In South Africa, such a process requires that the Judicial Service Commission finds that the judge suffers from incapacity, is grossly incompetent or is guilty of gross misconduct, and a subsequent respective resolution is passed by the National Assembly, supported by at least two thirds of its members. In Germany judges can be removed from office upon a parliamentary initiative followed by a decision of at least two thirds of the members of the constitutional

court, in the case that the court finds that the judge has intentionally violated the constitutional order.

This publication is valuable in many regards: It makes an important contribution to the understanding of judicial independence in general, and it does excellent service as a source of reference with regard to the independence of the judiciary in Germany and in South Africa. The book's comprehensive bibliography is a useful source for comparative purposes, while its list of documents, press releases and the table of cases provide the reader with information predominantly relevant to South Africa.

The book provides a careful examination of the legal foundations of judicial independence under international, South African and German law. Moreover, a multitude of legal viewpoints pertinent to judicial independence, such as the appointment of judges and security of tenure, supervision of judges, civil and criminal liability of judges, impeachment, and the right of judges to freedom of expression are analysed. Practical examples and relevant court decisions are included. Furthermore, the book contributes significantly to comparative studies on constitutional guarantees, in this case the constitutional guarantee of judicial independence.

The comparative analysis is of particular interest, because the concept of judicial independence is not only analysed in two different countries, but also in different legal systems, namely the German civil law system and South African Roman Dutch law, which falls under the group of common law legal systems. Nevertheless, both countries show substantial similarities with regard to judicial independence at the constitutional level, which might be due to the fact that the German Constitution served, in many regards, as a model within the drafting process of the South African Constitution. On the other hand it is emphasised that the principle of judicial independence is implemented differently in Germany and in South Africa, mainly due to the fact that the role of judges within judicial proceedings differs substantially between the two countries. The book highlights the special role of judgements delivered in common law systems, as South African lawyers are bound to precedent, which is not the case under German law.

In my view, it is understandable that an introduction is only presented for the South African legal system, given that the thesis is published in German and in Germany. The author may have had in mind that the main target group of the book would be familiar with the German legal system. However, academics, especially those with a comparative law background who are not as familiar with the German legal system, may regret the absence of a German chapter comparable to the introduction to the South African legal system.

Even more value could have been added to this work if the shortcomings in judicial independence that have been identified had been translated into clear, practical recommendations, formulated under a separate heading.

*Oliver C. Ruppel*, Windhoek

*Mathias Rohe*

## **Das islamische Recht**

Geschichte und Gegenwart

Verlag C. H. Beck oHG, München 2009, 606 S., EUR 39,90; ISBN: 978 3 406 57955 4

Das Werk ist die erste wissenschaftliche Abhandlung eines deutschen Juristen mit auch islamwissenschaftlicher Ausbildung, die das islamische Recht in der Komplexität und Vielschichtigkeit seiner Ausprägungsformen begreifbar machen will. An Umfang und Qualität setzt das Buch Maßstäbe, die seine Bezeichnung als Standardwerk rechtfertigen. Dennoch kann es angesichts der thematischen Breite nicht alle Bereiche abdecken. So stellt der Verfasser in seiner Einleitung klar, dass das Werk keinesfalls Antworten auf alle Rechtsfragen hinsichtlich aller islamisch geprägten Rechtsordnungen geben kann, sondern lediglich durch exemplarische Auswahl ein repräsentatives Bild zu vermitteln versucht. Bei den Belegen hat sich der Autor vertretbar auf viel zitierte Primärliteratur und sich an Primärquellen orientierender Sekundärliteratur beschränkt. Dass eine solche Auswahl nicht frei von subjektiven Wertungen sein kann, versteht sich von selbst. Eine vollständige Literaturliste hätte den Rahmen des Buches bei Weitem gesprengt.

Die Einleitung, die Pflichtlektüre eines jeden werden sollte, der sich mit islamischem Recht befasst, räumt erfrischend mit zahlreichen Fehlvorstellungen auf: Die bisher vorherrschende Behandlung des islamischen Rechts vor allem durch Islamwissenschaftler und die dominierende historisierende Sichtweise hätten den Blick auf die Fülle kulturkreisübergreifender juristischer Problemlagen und Lösungsansätze verstellt und die Fortentwicklung des islamischen Rechts in der Moderne vernachlässigt. Das islamische Recht als ein statisches einheitliches Regelwerk gebe es nicht, sondern es handele sich um eine Materie in steter Entwicklung, die sich vor allem über seine Rechtsquellen- und Rechtsfindungslehre sowie seine gemeinsamen Grundprinzipien erschließe. Die Wiedergabe von Scharia als islamisches Recht sei stark verkürzt, da die Scharia auch eine religiöse Dimension ohne irdische Sanktionen aufweise, deren Geltungsanspruch an die Religionszugehörigkeit anknüpfe. Die Gelehrten unterschieden zwischen der auf Gott beruhenden Scharia und der Rechtswissenschaft als menschlichem Konstrukt. Die Mehrheit der neuzeitlichen Autoren halte demnach nicht alle Regeln für unabänderbar, sondern differenziere zwischen ewig-gültigen Grundlagen und zeit- und ortsgebundenen und damit veränderlichen Einzelregelungen. Ferner sei die These von der Einheit von Recht und Religion im Islam durchaus strittig und gebe es in der Praxis Tendenzen zu einer Trennung zwischen der rechtlichen Komponente und Rechtsgelehrten sowie der religiösen Dimension und Religionsgelehrten.

Der erste Teil des Werks widmet sich der Geschichte des islamischen Rechts. Überzeugend setzt der Autor drei Schwerpunkte, nämlich auf die Entstehung des islamischen Rechts, auf dessen Rechtsquellen- und Methodenlehre sowie auf dessen wesentliche Regelungsbereiche. Der kurze Abriss über die Entstehung des islamischen Rechts und seine Rechtsquellen- und Methodenlehre berücksichtigt den historischen Kontext, entspricht derzeitigem Forschungsstand und spricht alle wesentlichen Aspekte an. Die wichtigsten

Rechtsquellen und Methoden einschließlich ihrer Herausbildung werden anschaulich mit Beispielen erläutert, zentrale Meinungsverschiedenheiten über ihr Verständnis und ihre Anwendung in ihrer Relevanz dargelegt. Bei der Abhandlung der wichtigsten Regelungsgebiete der islamischen Rechtswerke gelingt es Rohe in besonderem Maße, einerseits sich auf wichtige Regeln, Prinzipien und Meinungsverschiedenheiten oft unter Rückgriff auf Primärquellen zu beschränken, andererseits die Rechtsmaterie im historischen und gesellschaftlichen Kontext, mit Bezügen zur Rechtspraxis und um anschauliche Beispiele ergänzt zu behandeln. Das gilt insbesondere für das Eherecht, das Vertrags- und Wirtschaftsrecht, das Straf- und Deliktsrecht sowie das Fremden- und Völkerrecht. Das Kindschaftsrecht hätte noch etwas ausführlicher, das Erbrecht in seiner Systematik noch prägnanter dargelegt werden können. Ungenauigkeiten in der Terminologie und in der rechtlichen Materie bleiben die absolute Ausnahme.

Der zweite Teil hat das moderne Recht zum Gegenstand. Rohe gelingt es, den mit Auftreten der Europäer beginnenden Veränderungsprozess in seinem Grundanliegen, sich von den überlieferten Lehrmeinungen zu lösen und die eigenständige Rechtsfindung neu zu beleben, sowie in den Zielen und Wegen der Reformen im Einzelnen einschließlich „Rückentwicklungen“ durch zahlreiche Zitate muslimischer Rechtsgelehrter und gerichtlicher Entscheidungen anschaulich zu skizzieren. Die formellen und materiellen Methoden der Weiterentwicklung stellt Rohe mit einer Vielzahl von Anwendungsbeispielen aus Rechtslehre und Gerichtspraxis in ihrer Funktionsweise und Bedeutung plastisch dar. Insbesondere werden die bestehenden Ansätze zu neuem juristischem Raisonement, zur historisch-kritischen Textexegese und zur teleologischen Betrachtungsweise auch hinsichtlich der in ihnen liegenden Chancen angemessen gewürdigt. Der nachfolgende Abriss über die Reformbemühungen in den Kernbereichen modernen islamischen Rechts deckt alle wichtigen Rechtsgebiete und Themenfelder ab, setzt überzeugende Schwerpunkte und ist durch Berücksichtigung nicht nur der Gesetzgebung, sondern auch der Rechtsprechung und der Diskussionen unter den Gelehrten besonders eingängig. Leider können die Ausführungen angesichts des Gesamtumfangs der Arbeit grundsätzlich nur cursorischen Charakter haben. Immerhin wird aber hinsichtlich des wichtigen Familien- und Erbrechts das Ehescheidungsrecht vertieft abgehandelt. Im Rahmen des Zivil- und Wirtschaftsrechts wird zu Recht der Schwerpunkt auf den Umgang mit Zins- und Spekulationsgeschäften sowie „islamischen“ Geschäftsmodellen gelegt. In Bezug auf das Staats- und Verwaltungsrecht werden die Diskussionen um das Verhältnis des Islam zu Demokratie und zur Rechtsstaatlichkeit, insbesondere zu den Menschenrechten, sowie zum Umgang mit religiösen Minderheiten und nichtislamischen Staaten in ihrer Breite und Vielfalt beleuchtet. Im Rahmen der strafrechtlichen Ausführungen wird aus guten Gründen beispielhaft die Apostasie ausführlicher erörtert.

Der Anwendung islamischen Rechts in der Diaspora ist der dritte Teil gewidmet. Die Auswahl der Staaten Indien, Kanada und Deutschland als Repräsentanten typischer Entwicklungen überzeugt. Das Recht der muslimischen Minderheit in Indien wird erstmals intensiver beleuchtet. Das klassische Einwanderungsland Kanada hat gerade in den letzten

Jahrzehnten einen starken Zuwachs an Muslimen erfahren. In Deutschland als jungem Einwanderungsland sind einschlägige rechtspolitische Debatten erst im Entstehen. Angesichts des schon vorhandenen Umfangs der Arbeit wird leider nicht auch eine klassische Kolonialmacht wie England oder Frankreich mit ihren besonderen Problemen exemplarisch behandelt. Lobenswerterweise wird aber Deutschland mit Blick auch auf die anderen europäischen Staaten erörtert. Hinsichtlich Indiens skizziert Rohe ausgehend von den rechtlichen Rahmenbedingungen plastisch die aktuellen islam-rechtlichen Debatten, in denen die sunnitischen Traditionalisten dominieren und grundlegende reformerische Ideen derzeit keine Realisierungschance haben. Was Kanada angeht, so legt der Autor zu Recht den Schwerpunkt auf die Skizzierung und Kommentierung der mehr von Emotionen als von Fakten geprägte Debatte über die islamische Schiedsgerichtsbarkeit, der die nationale Rechtsordnung als einzigem westlich geprägten Staat weitreichende Kompetenzen einräumt. In Bezug auf Deutschland gibt Rohe zunächst einen kurzen Abriss über die Rechtspraxis in öffentlich-rechtlichen, zivilrechtlichen und strafrechtlichen Fragestellungen mit islam-rechtlichen Bezügen, erörtert dann knapp die wichtigsten kollisionsrechtlichen Probleme mit Bezügen zum islamischen Familien- und Erbrecht, die vor allem die Anwendung des deutschen *ordre public* betreffen; und widmet sich dann der Anwendung islam-rechtlicher Normen im Rahmen der vom deutschen Zivilrecht gewährten inhaltlichen Gestaltungsfreiheit, vor allem nationalen und internationalen Finanzgeschäften nach islam-rechtlichen Grundsätzen. Besonders lobenswert ist der Blick auf die Inkorporation islam-rechtlicher Normen in die Rechtsordnungen anderer europäischer Staaten wie Spanien, auf entsprechende Diskussionen insbesondere in Großbritannien und auf Praktiken außerstaatlicher Streitschlichtung vor allem im Vereinigten Königreich. Überzeugend erteilt Rohe der religiös-personalen Rechtsspaltung für Europa eine klare Absage. Abschließend klassifiziert er die Grundhaltungen der europäischen Muslime zur geltenden Rechtsordnung und sieht in der Entwicklung eines eigenständigen Islam, der sich als Teil der europäischen Gesellschaft begreift und sich mit den Prinzipien der europäischen Rechtsordnungen identifiziert, eine Chance für die Zukunft.

Den Perspektiven des islamischen Rechts in einer globalisierten Welt ist der kurze vierte Teil gewidmet. Den im 19. Jahrhundert breitflächig begonnenen Reformprozess sieht Rohe überzeugend noch nicht als abgeschlossen an; besondere Herausforderungen bestünden insoweit hinsichtlich Demokratie und Menschenrechten. Gegenläufige Tendenzen der Re-Islamisierung seien uneinheitlich und beruhten auf den verschiedensten Beweggründen. Das trotz der Vielfältigkeit der islam-rechtlichen Erscheinungsformen Prägende des islamischen Rechts sieht Rohe zu Recht in der Art und Weise des Umgangs mit seinen Quellen. Hingen die Traditionalisten an den althergebrachten Lesarten der Texte, bemühten sich die Reformier um eine zeitgemäße Auslegung der Quellen, indem diese von ihrem Sinn her und unter Berücksichtigung des historischen Kontext interpretiert würden.

Rohes Hoffnung, dem Leser die Vielseitigkeit und Dynamik des islamischen Rechts einerseits und das noch bestehende gewaltige Forschungspotential hinsichtlich des islamischen Rechts andererseits deutlich gemacht zu haben, dürfte sich mehr als erfüllt haben.

Wer auch jetzt noch herkömmlichen plakativen Vorstellungen vom islamischen Recht das Wort redet, kann unter Hinweis auf das beeindruckende Werk von Rohe nicht entschuldigt werden. Für Politiker, Journalisten und jeden, der sich sonst noch berufen fühlt, die öffentliche Meinung zu islam-rechtlichen Fragen zu prägen, sollte das Werk zur Pflichtlektüre werden. Dann endlich könnte auch in Deutschland eine sachgerechte Diskussion um das islamische Recht beginnen.

*Peter Scholz, Berlin*

*Ilan Pappé*

**Die ethnische Säuberung Palästinas**

Aus dem Englischen von Ulrike Bischoff, Zweitausendeins, Frankfurt a.M. 2008; 413 S., 22,00 €, ISBN 978-3-86150-791-9

Auch wenn *Ilan Pappé* als „Protagonist der Neuen israelischen Historiker“ (S. 413) und „mutigster ... Historiker Israels“ (Klappentext) vorgestellt wird, bleibt doch festzuhalten, dass er nach eigenem Bekunden die Universität Haifa, wo er Politische Wissenschaften gelehrt hatte, 2007 nach Konflikten mit der Universitätsleitung verließ, um nun als Historiker an der englischen Universität Exeter zu arbeiten. Diese Konflikte als Mobbing gegen einen als Nestbeschmutzer empfundenen Kollegen zu interpretieren, dürfte legitim sein, zumindest nachdem 2006 „The Ethnic Cleansing of Palestine“ bei *Oneworld Publications* in Oxford erschienen war.

Es ist auch ein beunruhigendes, ja verstörendes Buch, das es hier zu würdigen gilt; unternimmt der Verfasser doch nicht weniger, als die offizielle Darstellung der Staatswerdung Israels, wie sie auch jetzt wieder bei der Sechzigjahrfeier des Staates Israel zu hören und zu lesen war, als brillante und erfolgreiche „politische Öffentlichkeitsarbeit“ zu qualifizieren. Dass deren Urheber sie inzwischen wahrscheinlich selbst glauben, entspricht den in Orwells „1984“ dargestellten Denkmechanismen. Würde ein Nichtjude derartiges behaupten, wäre ihm der Vorwurf der antisemitischen Hetze sicher. Doch wäre ein Nichtjude nie an die vom Verfasser ausgiebig zitierten Quellen – militärische Geheimakten (freigeworden nach 60 Jahren), Privatkorrespondenz der zionistischen Führungspersönlichkeiten – herangekommen. Auch die Gespräche mit palästinensischen Opfern der Vertreibungen von 1948/49 sind hier zu nennen – bei aller Skepsis gegenüber der hier möglichen „blumenreichen Sprache des Orients“. Was also setzt der Verf. der offiziellen Version – „Sie (die zionistischen Einwanderer) kamen in ein leeres Land und brachten die Wüste zum Blühen“ – konkret entgegen? Zusammengefasst ließe sich sagen „Sie kamen in ein blühendes Land, vertrieben dessen Bewohner und richteten sich in deren Hinterlassenschaft häuslich ein“, wobei die Zielvorstellung eines ausschließlich jüdischen Staates nie aus den Augen verloren wurde.

Als führender Kopf und treibende Kraft dieser Aktivitäten, die zumindest seit 1938 minutiös geplant wurden, erscheint wohl zu Recht der spätere Gründervater Israels, *David Ben Gurion*, der mit seinen Mitarbeitern, die fast alle später in hohe israelische Staatsämter aufstiegen, im „Roten Haus“ in Tel Aviv plante und koordinierte. Wichtigstes Projekt war dabei die Erkundung oder besser Auskundschaftung der 531 Dörfer Palästinas nach ihrer wirtschaftlichen und strategischen Lage, Einwohnerzahl und -struktur sowie Namen und Einstellung – vor allem gegenüber den Juden – der Honoratioren. Die Ergebnisse wurden dann bis 1943 in „Dorfossiers“ zusammengefasst, die eine gute Grundlage für die spätere (1948) „Übernahme“ bildeten. Auch die „arabischen Viertel“ der elf Städte des Landes wurden keineswegs vergessen.

Nach Ende des Zweiten Weltkriegs, an dem übrigens sowohl zionistische Juden als auch Palästinenser als Freiwillige in der Britischen Armee teilgenommen hatten, wurde schnell deutlich, dass die britische Regierung, insbesondere Außenminister *Ernest Bevin*, ihr Palästina-Mandat baldmöglichst loswerden wollte, zumal das Land nach der Entlassung Indiens und Pakistans in die Unabhängigkeit 1947 als Stützpunkt auf dem Wege dorthin nicht mehr benötigt wurde. In dieser Situation gelang *Ben Gurion* ein schlechthin genialer Schachzug: Ein Geheimabkommen mit *Abdullah*, Emir (später König) von (Trans-) Jordanien, das dessen begrenzte Ansprüche auf Teile Palästinas (Westbank) im Gegenzug zu einem Stillhalteversprechen gegenüber zionistischen Aktivitäten im übrigen Palästina anerkannte. An diese Vereinbarung haben sich beide Seiten strikt gehalten, auch und gerade, nachdem die Staaten der Arabischen Liga aus protokollarischen Gründen ausgerechnet *Abdullah* den Oberbefehl über die gegen die Zionisten 1948 in Marsch gesetzte „Arabische Befreiungsarmee“ (Arab Liberation Army = ALA) übertragen hatten. Über deren Erfolglosigkeit braucht man sich also nicht zu wundern, und *Ben Gurions* publikumswirksame Warnungen vor einem angeblich drohenden „zweiten Holocaust“ entbehrten, wie er wohl wusste, jeder realen Grundlage.

Die turbulenten Ereignisse der ersten Jahreshälfte 1948 werden übersichtlich dargestellt: Überstürzter Abzug der Mandatsmacht Mitte Mai, am 14.05. Proklamation des Staates Israel durch Ben Gurion und Anerkennung durch die USA (Präsident *Truman*), Krieg zwischen Juden und Arabern, Vermittlung und Teilungspläne der Vereinten Nationen (UN), Einsetzung von UNSCOP und des Vermittlers *Graf Folke Bernadotte*, der am 17.09. von einem jüdischen Extremisten ermordet wurde. Man sollte aber auch nicht vergessen, dass die bereits 1920 gegründete „Hagana“-Miliz schon im April umfangreiche Waffenlieferungen aus der Tschechoslowakei erhalten hatte. Sie war also bestens gerüstet, den im März beschlossenen „Plan Dalet“ in die Tat umzusetzen, jetzt als „Israel Defence Force“ – IDF.

Diese Operationen werden minutiös geschildert, Dorf für Dorf und Tag für Tag bis in den Januar 1949 unter Nennung der auf israelischer Seite Verantwortlichen. Normalerweise wurde dabei ein Dorf von drei Seiten eingeschlossen, gestürmt und die Bevölkerung durch die offen gebliebene vierte Seite vertrieben. Die sich ständig wiederholenden Beschreibungen sind eine ausgesprochen „zähe“ Lektüre, sind aber wohl nötig, um dem Vorwurf unzu-

lässiger Verallgemeinerung von Einzelfällen zu begegnen. Wurde durch unklare Befehle oder taktische Fehler bei deren Ausführung auch die vierte Seite geschlossen, so wurde mehrfach die männliche Bevölkerung im Alter zwischen 10 und 50 Jahren exekutiert, und zwar nicht nur durch die ursprünglich nur gegen die Briten operierenden auch offiziell als terroristisch bezeichneten Gruppen „Irgun Zwei Leumi“ und „Stern“, die sich am 9. April durch die Einnahme des bei Jerusalem gelegenen Dorfes Deir Yasin in die beginnenden Aktionen einklinkten und dabei 230 Menschen töteten, sondern auch durch Hagana- bzw. IDF-Einheiten. Hier nennt der Verf. besonders die „Alexandroni“-Brigade, die im Zuge ihres Einmarschs in Galiläa an 22. Mai Tantura einnahm. Dort kamen zunächst durch Exzesshandlungen zahlreiche Einwohner ums Leben. Danach wurden Frauen und Kinder evakuiert, die Männer aber an den Strand getrieben. Dort wurden sie durch den Geheimdienstoffizier *Shimshon Marvitz* an Hand einer vorbereiteten Liste sortiert und die darin markierten exekutiert. Nach Angaben des jüdischen Traktorenbesitzers *Mordechai Sokoler*, der die Toten begrub, waren es 230 Leichen. Noch 1999 lehnte es der damalige Kommandeur der Brigade, General *Shlomo Anbar* ab, Fragen eines Doktoranden zu den Ereignissen zu beantworten: Er wolle „nur noch vergessen“, da sein Verhalten im Widerspruch zu seinem eigenen Ehrenkodex gestanden habe. Das schlimmste Massaker ereignete sich gegen Ende der Säuberungsaktionen, als das 89. Bataillon am 18.10.1948 das Dorf Dawaymeh bei Hebron besetzte: Hier kamen 455 Menschen ums Leben, 170 davon Frauen und Kinder. Dies wurde in einem VN-Bericht vom 14.06.1949 dokumentiert.

Die Gesamtheit dieser Ereignisse hat die palästinensische Bevölkerung so nachhaltig traumatisiert, dass sich die Bezeichnung „Nakba“, d.h. die Katastrophe schlechthin in ihr Kollektivgedächtnis eingebrannt hat. Man wird dem Verfasser zustimmen, dass eine tragfähige Lösung zwischen Israel und den Palästinensern nur möglich ist, wenn das offizielle Israel das Faktum der Vertreibung anerkennt und es nicht länger ablehnt, über eine mögliche Rückkehr der Vertriebenen auch nur zu sprechen. Seinen israelischen Fachkollegen rät er, an der Erforschung der Tatsachen mitzuwirken, statt sich an der Erzeugung des patriotischen Nebels zu beteiligen, in dessen diffusem Licht die damaligen Täter und ihre Apologeten sich das sanfte Ruhekitzen eines guten Gewissens zurechnen. Leider scheinen wir heute von diesem Ziel weiter entfernt denn je.

Dem für seine unkonventionelle Publikationspolitik bekannten Verlag Zweitausendeins gebührt Dank dafür, dass er dem deutschen Publikum dieses sperrige aber notwendige Werk zugänglich gemacht hat. Ein Kompliment verdient auch die Übersetzerin für ihre kompetente Textwiedergabe.

Karl Leuteritz, Königswinter

*Francisco Fernández Segado*

**La justicia constitucional: una visión de derecho comparado**

Sammlung Dykinson – Constitucional, Madrid: Editorial Dykinson, S.L., 2009, Vol. I – III, 3.479 S., EUR 445,00; ISBN 978-84-9849-355-9 (Gesamtwerk)

Band I: Los sistemas de justicia consitucional – Las “dissenting opinions” – El control de las omisiones legislativas – El control de “comunitariedad”, 1251 S., EUR 160,00, ISBN 978-84-9849-356-6;

Band II: La Justicia constitucional en Francia, 1107 S., EUR 160,00; ISBN 978-84-9849-3;

Band III: La justicia constitucional en América Latina y en España, 1121 S., EUR 125,00; ISBN 978-84-9849-358-0

Ein so inhaltsreiches und eindrucksvolles Werk, wie es *Francisco Fernández Segado* zur Verfassungsgerichtsbarkeit in Europa, Nord- und Südamerika vorlegt, setzt jahrelange eigene Vorarbeiten voraus. Er kann auf 22 früheren Untersuchungen aufbauen, die er vielfältig aktualisiert, verbessert und erweitert. Einige davon sind völlig neu erarbeitet wie insbesondere die beiden Abhandlungen zur Verfassungsgerichtsbarkeit in Frankreich, der auch ein eigener Band, der zweite, vollständig gewidmet ist. Mit seinen Untersuchungen zu den verfassungswidrigen Unterlassungen des Gesetzgebers beschreibt er neue Wege zur Gewährleistung der Verfassung, vor allem die neu geschaffenen Techniken zu einer derartigen Kontrolle in Portugal und Brasilien, die eine Vorarbeit von fast zwei Jahren in Anspruch nahmen (Band I, 3. Teil, S. 559 – 1197). Sie stellt eine eigene monographisch ausgebaute Untersuchung dar, die bisher noch nicht veröffentlicht wurde. Die äußerst aufschlussreichen detaillierten Ausführungen zur dem Problem der dissenting opinions im 2. Teil des Bandes I (S. 225 – 558), die einen weiteren Gegenstand für eine eigene Monographie darstellen, sind ebenfalls neu. Dagegen geht seine Abhandlung über die Verfassungskontrolle im Europäischen Gemeinschaftsrecht auf einen bereits veröffentlichten Vortrag zurück, den er bereits im Jahre 2004 bei der Erlangung der Ehrendoktorwürde durch die Universität Messina gehalten hat (Band I, 4. Teil, S. 1199 – 1240).

Der Verfasser ist durch vielfältige Aktivitäten der internationalen Zusammenarbeit wie kaum ein Zweiter berufen, gemeinsame verfassungsrechtliche Strukturen in einer Vielzahl nationaler und supranationaler Systeme herauszuarbeiten. Als Rechtslehrer an der Universidad Complutense de Madrid pflegt er seit Jahren besonders engen Kontakt mit Iberoamerika. Die Katholische Universität von Lima verlieh ihm ebenfalls die Ehrendoktorwürde, bei 14 lateinamerikanischen Universitäten ist er Honorarprofessor. Einige dreihundert Vorlesungen hat er an Universitäten und wissenschaftlichen Einrichtungen in Europa und Lateinamerika gehalten. Er ist Direktor des Iberoamerikanischen Jahrbuches für Verfassungsgerichtsbarkeit. An dem von ihm zusammengestellten Monumentalwerk zum 25. Jubiläum der spanischen Verfassung haben sich 111 Autoren aus 25 europäischen Ländern beteiligt<sup>1</sup>. Er hat 24 Bücher in Italien, Mexiko, Peru und Spanien und mehr als 500 wissen-

<sup>1</sup> Besprochen von *Paul Steinbeck* in VRÜ 39 (2006). S. 373 ff.

schaftliche Artikel in einer Reihe von Ländern, vor allem auch in Deutschland, Argentinien, Bolivien, Brasilien und Kolumbien veröffentlicht.

Die Untersuchung zur Entstehung der Verfassungsgerichtsbarkeit beginnt naturgemäß mit der Entwicklung in den USA. Die berühmte Entscheidung *Marbury versus Madison* des Chefrichters John Marshall aus dem Jahre 1803 zum "judicial review" steht im Vordergrund; aber auch die Vorläufer einer richterlichen Kontrolle von Gesetzen in England und in den britischen Kolonien in Amerika werden dargestellt. Eine der ältesten und berühmtesten ist das Urteil des Richters *Edward Coke* zum Fall von Dr. Bonham aus dem Jahre 1610, in dem ein Gesetz des Parlaments wegen eines angenommenen Verstoßes gegen "common rights" und gegen "die Vernunft" für ungültig erklärt wurde. In der Folgezeit fand sich diese Entscheidung freilich durch die Lehre von der Suprematie der Volksvertretung in den Hintergrund gedrängt, geriet aber nicht völlig in Vergessenheit. In den englischen Kolonien stützten sich die Gerichte wiederholt auf königliche Chartas, die sie als "higher law" oder "fundamental law" zugrunde legten, um Gesetze lokaler Parlamente außer Kraft zu setzen. Auf *Edward Coke* berief sich in Boston 1761 vor allem der berühmte Anwalt *James Otis*, ebenso wie andere Anwälte, um die amerikanischen Kaufleute gegen das Vorgehen der englischen Zollbehörden und die Zollgesetze, die Stamp Act von 1765, zu schützen. In diesem Zusammenhang taucht auch der Begriff „verfassungswidrig“ auf (Band I S. 68).

Das Prinzip der richterlichen Verfassungskontrolle auch von Bundesgesetzen fand allerdings nicht unmittelbar Ausdruck im Text der amerikanischen Verfassung von 1787, obwohl eine Mehrheit von 17 Mitgliedern von insgesamt 21 sie bejahte und sich berühmte Vorkämpfer der Unabhängigkeit in Zeitungsartikeln, die später in den *Federalist Papers* zusammengefasst wurden, dafür mit Nachdruck eingetreten waren. Auf Hamiltons Artikel in diesem Buch (Nr. 78) berief sich auch John Marshall ausdrücklich in seiner Begründung des judicial review. *Fernández* führt die in Amerika ausgeprägte Aufgeschlossenheit für die richterliche Befugnis, über die Gültigkeit von Gesetzen zu befinden, vor allem darauf zurück, dass dort das Parlament in enger Verbindung mit dem König und seiner Regierung als Unterdrücker des Volkes gesehen wurde (Band I, S. 53 ff.). Die Gerichte wurden dagegen als Befreier betrachtet, während in Europa die Gerichte, die in der Regel mit Adeligen besetzt waren, eher als Handlanger tyrannischer Monarchen galten. Die Aufgabe der Befreiung wurde in der Französischen Revolution dem Parlament als dem repräsentativen Organ des Volkes übertragen. Ihnen wurde nach der Lehre Rousseaus Unfehlbarkeit zugesprochen, galt das vom Parlament beschlossene Gesetz doch als Ausdruck der *volonté générale*, als Magna Charta der Freiheit, dem der Richter als ausführendes Organ zu dienen habe. Diese Auffassungen waren am Ende des 18. Jahrhunderts in ganz Europa vorherrschend. Die Verfassungsgerichtsbarkeit wurde als störendes Element für die reine Demokratie angesehen.

Die amerikanischen Regelungen über die richterliche Kontrolle von Gesetzen fanden in Deutschland Niederschlag in der Frankfurter Paulskirchen-Verfassung von 1848, der freilich Wirksamkeit versagt blieb. Das Oberste Reichsgericht, das der Entwurf einer österrei-

chischen Verfassung von 1848 als Schiedsgericht für Streitigkeiten zwischen den Ländern vorsah, wurde ebenfalls niemals Wirklichkeit. Dem Reichsgericht nach der Verfassung von 1867 wurden zwar bereits bestimmte Aufgaben richterlicher Verfassungskontrolle übertragen, die jedoch wegen ihres deklaratorischen Charakters kaum Wirkung entfaltet hatten. Erst nach dem Ersten Weltkrieg wurde in der Verfassung für Deutsch-Österreich ein Verfassungsgerichtshof geschaffen, dem speziell verfassungsrechtliche Entscheidungen übertragen wurden. Es handelt sich um ein Werk von *Hans Kelsen*, dessen Verdienste in dieser Hinsicht auffälligerweise in der spanisch-sprachigen Literatur weitaus stärker gewürdigt werden als in der deutschsprachigen, in der erst allmählich auch der österreichische Verfassungsgerichtshof in den Blick gerät. Auch in Österreich wird selbst in einem führenden Werk zur österreichischen und deutschen Rechtsgeschichte der Vorläufer einer Normenkontrolle durch das Reichskammergericht, nicht dagegen eine solche durch den Verfassungsgerichtshof seit 1920 behandelt, dessen Existenz nur in anderem Zusammenhang nebenbei erwähnt wird.<sup>2</sup> Dagegen wird in Spanien und Lateinamerika das „österreichische Modell der autonomen Kontrolle der Verfassungsmäßigkeit“ – wie es bei *Fernandez* (Band I S. 108 ff) heißt – seit langem dem amerikanischen System insoweit gegenüber gestellt, als hier ein besonderer Gerichtshof ausschließlich für Verfassungsfragen zuständig ist. Andererseits wird jetzt besonders nachdrücklich die zunehmende Konvergenz der beiden Systeme in dem Sinne hervorgehoben, dass auch beim amerikanischen Obersten Gerichtshof immer mehr die Funktionen eines speziellen Verfassungsgerichts hervortreten. Bei den Beratungen des Parlamentarischen Rates in Bonn über die Schaffung eines Bundesverfassungsgerichts wurde lediglich der amerikanische Oberste Gerichtshof, aber nicht der 1949 in Österreich bereits wieder errichtete Verfassungsgerichtshof in die Erörterungen einbezogen.<sup>3</sup>

Bei der ausführlichen Erörterung von abweichenden Meinungen von Richtern kommen auch durchaus bedenkliche Züge bei der Entwicklung der richterlichen Kontrolle vor allem in den USA zur Sprache, von denen hier einige Fälle beispielhaft herausgegriffen werden, um sich kritisch mit ihnen auseinanderzusetzen. Dabei wird zugleich die Berechtigung des Wortes „*America would not be America without the dissenting opinion*“ (Band I, S. 231 ff.) beleuchtet. Die jeweiligen Chef-Richter des Obersten Gerichtshofes prägten in der Regel dessen Rechtsprechung in einer Weise, dass es üblich geworden ist, nach ihm die jeweilige Gerichtsperiode zu benennen: dem „*Marshall Court*“ folgte nach dessen Tod – alle obersten Richter werden auf Lebenszeit ernannt – der „*Taney Court*“ von 1836 bis 1864. Unter den Entscheidungen des Gerichts unter dem Vorsitz von Roger Taney befinden sich zwar auch einige, die als bedeutsame Beiträge zur amerikanischen Verfassungsrecht-

<sup>2</sup> *Rudolf Hohe*, Österreichische und Deutsche Rechtsgeschichte, 2. Aufl. 1996, zum Reichskammergericht S. 158 ff., zum Bundesverfassungsgesetz von 1920, S. 468 ff., wo Hans Kelsen lediglich als Mitverfasser des Entwurfs, aber nicht seine Idee des Verfassungsgerichtshofs erwähnt wird.

<sup>3</sup> Zu den möglichen Gründen diese Nichtbeachtung *Hans-Rudolf Horn*, Richter versus Gesetzgeber, Jahrbuch des Öffentlichen Rechts, Neue Folge, 55 (2007). 275-302, 293.

sprechung anerkannt werden, sie werden jedoch durch mehrere unrühmliche Fälle überlagert, vor allem den Fall *Dred Scott v. Sandford* aus dem Jahre 1857, bei dem man die dissenting opinion des Richters *Benjamin Robbins Curtis* als einzigen Lichtblick bei einer Entscheidung ansehen kann, von der man mit Recht gesagt hat, dass sie schlimmer war als ein Verbrechen, kann man sie doch ebenso wie vorangegangene Entscheidungen des Taney-Courts als Ursache für den amerikanischen Bürgerkrieg ansehen. Zum ersten Mal nach *Marbury v. Madison* im Jahre 1803 erklärte das Gericht ein Bundesgesetz für verfassungswidrig. Es gab den bisher geltenden Grundsatz "Once free, always free" auf und verurteilte den ehemaligen Negerklaven *Dred Scott* nach Jahren der Freiheit in anderen Bundesstaaten, sich nach seiner Rückkehr nach Missouri als Sklave wieder in die Gewalt seines früheren Herren zu begeben.

Ein „great dissenter“ war der Richter *John Marshall Harlan* mit nicht weniger insgesamt 380 abweichenden Meinungen. Die berühmteste dissenting opinion war im Fall *Plessy v. Ferguson* aus dem Jahre 1896. In dieser Entscheidung wurde unter dem Schlagwort „separate, but equal“ die Trennung der Rassen vom Obersten Gerichtshof für mehr als ein halbes Jahrhundert festgelegt, bis endlich 1954 in dem Fall *Brown v. Board of Education* – in diesem Fall einstimmig – die bisher praktizierte Apartheid aufgegeben wurde. In seiner berühmt gewordenen abweichenden Meinung hatte Harlan bereits hervorgehoben, dass eine Verfassung farbenblind ist und alle Menschen für sie gleich sind. Ein weiterer great dissenter, der eine spätere Änderung der Rechtsprechung vorwegnahm, war Chief Justice *Oliver Wendell Holmes*, der besonders in dem Fall *Lochner v. New York* 1905 die Notwendigkeit des Arbeitsschutzes, hier einer Vorschrift zur Höchst Arbeitszeit von zehn Stunden am Tag für Bäcker, im Gegensatz zu der Mehrheit der Richter befürwortete. Auch in der Auseinandersetzung des Gerichts mit notwendigen sozialen Schutzgesetzen im Rahmen des New Deal des Präsidenten Roosevelt, die bis 1937 sämtlich mit einer richterlichen Mehrheit von 5:4 für verfassungswidrig erklärt wurden, trat ab da ein Wandel ein, der als Verfassungsrevolution empfunden wurde, nachdem die bisher abweichenden Mindermeinungen die Mehrheit erhielten. Aber nicht nur im Bereich sozialer Rechte, sondern auch bei der Verteidigung des Rechts der freien Meinungsäußerung spielten abweichende Meinungen wie die von *Hugo Lafayette Black* in der Ära McCarthy eine wichtige Rolle.

Die Rezeption des Sondervotums (dieser deutsche Ausdruck wird in den spanischen Text übernommen) erfolgte in Deutschland nach anfänglicher Ablehnung erst verhältnismäßig spät, obwohl es bereits im Reichskammergericht 1654, aber auch in Ländern wie Bayern und Baden-Württemberg zulässig war. Bei der Ablehnung des Sondervotums war lange Zeit der Gesichtspunkt der Wahrung der Autorität des Gerichts und des Beratungsgeheimnisses maßgebend, bis dann nach langen Erörterungen, unter denen die des Deutschen Juristentages von 1968 hervorgehoben werden, „im Interesse der Fortentwicklung der Rechtsprechung“ (*Friesenhahn*) das Sondervotum und seine Veröffentlichung im Jahre 1971 zugelassen wurde. Ebenso ausführlich behandelt der Verfasser die Bedeutung abweichender Meinungen in Spanien, Italien, England, Kanada und verschiedenen europäischen Ländern und gelangt zu dem Schluss, dass dissenting opinions durchaus nicht nur für die

Systeme des common law geeignet sind, sondern auch für Kontinentaleuropa, wenn sie auch hier nicht im gleichen Maße die Veränderungen und Dynamisierung des Rechts bewirken können wie in den USA (Band I, S. 535 f.).

Während in Iberoamerika zur Verteidigung der verfassungsmäßigen Ordnung anfänglich Organe der politischen Kontrolle nach dem Vorbild des französischen *Senat Conservateur* verbreitet waren, übernahmen im Laufe des 19. und dann vor allem des 20. Jahrhunderts Gerichte die Aufgabe der Verfassungskontrolle. Verfassungsgerichtshöfe sind inzwischen in einer Vielzahl von Staaten mit zunehmenden Zuständigkeiten und großem politisch bedeutsamen Einfluss entstanden. Die erste Regelung einer richterlichen Verfassungskontrolle von Gesetzen enthält die Verfassung des mexikanischen Bundesstaates Yucatán aus dem Jahre 1841 auf Vorschlag des berühmten Juristen *Manuel Crescencio Rejón*. Er wurde dabei von der nordamerikanischen Entwicklung, besonders die Veröffentlichungen in den *Federalist Papers* und das Buch von *Alexis de Tocqueville* „La démocratie en Amérique“ beeinflusst, der die Bedeutung der judicial review hervorgehoben hatte, baute aber gleichzeitig auf den überkommenen Grundlagen des Amparo-Verfahrens auf, das seine Wurzeln in der spanischen Rechtstradition hat. Im Jahre 1847 wurde die richterliche Kontrolle von Gesetzen auch in die Bundesverfassung übernommen, die nunmehr einen Schutz des Bürgers (amparo) nicht nur gegenüber der Exekutive, sondern auch der Legislative vorsah. Insofern handelt sich um die erste verfassungsrechtliche Regelung überhaupt, die ausdrücklich auch eine Überprüfung von Bundesgesetzen zulässt. Deren Einführung war das Verdienst von *Mariano Otero*, der die Wirkungen der Gerichtsentscheidung auf den entscheidenden Einzelfall beschränkte, um das Ansehen des Parlaments, dessen Gesetzesbeschluss aufgehoben wurde, in den politisch unruhigen Zeiten nicht übermäßig zu gefährden (*fórmula Otero*). An der *fórmula Otero*, die in Mexiko ein Gegenstand nationalen Stolzes ist, wird bis heute festgehalten, obwohl sich die Lehre nahezu einmütig dagegen wendet und eine Allgemeinverbindlichkeit der Entscheidungen des Obersten Gerichtshofes im Interesse der Rechtsgleichheit für geboten hält.

Das Vorbild des Amparo-Verfahrens hatte erhebliche Auswirkungen auf andere iberoamerikanische Staaten. Bemerkenswert ist vor allem die Entwicklung in Argentinien, wo der Oberste Gerichtshof von sich aus ohne besondere gesetzliche Grundlage in zwei berühmten Entscheidungen (*Ángel Siri* 1957 und *Samuel Kot* 1958) das Amparo-Verfahren und die damit verbundene richterliche Verfassungskontrolle einführte. Aber auch die ersten Regelungen einer richterlichen Verfassungskontrolle in Kuba (1901 – 1952) werden eingehend erörtert, ebenso die Entwicklung in Guatemala, wo 1965 ein speziell für Verfassungsfragen zuständiger Gerichtshof (Corte de Constitucionalidad) geschaffen wurde; die richterliche Kontrolle der Verfassungsmäßigkeit war bereits in der Verfassung von 1837 vorbereitet, die besondere Vorkehrungen zum Schutz der Menschenrechte enthielt. In Peru hatte die Verfassungsrechtsprechung ein wechselhaftes Schicksal: das Tribunal des Garantías Constitucionales erklärte unter Präsident *Fujimori* erlassene Regelungen für verfassungswidrig und wurde im Verlauf der Auseinandersetzung mit Hilfe des Obersten Gerichtshofes ausgeschaltet (man sprach von einem „fujimorazo“), bis es in der Verfassung von

1993 zur Errichtung eines arbeitsfähigen Verfassungsgerichts kam, das als „der oberste Interpret der Verfassung“ vorgesehen ist, in dessen richterliche Unabhängigkeit freilich auch eingegriffen worden ist. In Bolivien entschied der Oberste Gerichtshof nach der Verfassung von 1967 zunächst als einzige Instanz über reine Rechtsfragen, von deren die Verfassungsmäßigkeit von Gesetzen, Verordnungen oder anderen Beschlüssen abhing. Diese Befugnisse wurden im Jahre 1998 in einer umfangreichen Verfassungsreform nach dem österreichischen Modell einem spezialisierten Verfassungsgericht übertragen, das über viele Verfassungsbeschwerden im Rahmen des habeas corpus und des Amparo-Verfahrens entschieden hat: ihre Zahlen stiegen von 1225 im Jahre 2000 auf 1906 im Jahre 2002 und sind inzwischen weiter angestiegen. Dem Schutz persönlicher Daten dient ein eigenes Verfahren, das *hábeas data* genannt wird.

Entwicklung und Strukturen der Verfassungsgerichtsbarkeit in Spanien nehmen für Fernández als Lehrer des spanischen Verfassungsrechts selbstverständlich breiten Raum ein (Band I S. 543 – 1109). Nach der Beschreibung des Tribunal de Garantías Constitucionales der Zweiten Republik von 1931 werden untersucht: die Organstruktur des Verfassungsgerichts nach der Verfassung von 1978, die prozessualen Auswirkungen des *recurso de amparo*, der vieles mit der Verfassungsbeschwerde gemein hat und auf mexikanischem Einfluss beruht, aber auch dessen Benutzung als Instrument der streitigen Auseinandersetzung zwischen dem Obersten Gerichtshof und dem Verfassungsgericht, die darin gipfelten, dass der Oberste Gerichtshof die 11 Verfassungsrichter persönlich für deren Entscheidung zivilrechtlich haftbar machte und sie zur Zahlung von je 50 Euro an den Kläger verurteilte (!) (Band I S. 854 ff., bes. S. 872). Der Verfasser gelangt im Ergebnis zu einer recht kritischen Würdigung des spanischen Verfassungsgerichts, dem er eklatante Widersprüche, das Verschweigen einer Änderung seiner Rechtsprechung und richterliche Willkür vorwirft.

Der Verfassungsgerichtsbarkeit in Frankreich widmet sich der Verfasser besonders eingehend, vor allem auch noch in einem eigenen Band (Band II 1107 Seiten). Ihr stand zunächst die aus der französischen Revolution stammende Idee des Gesetzes als der Emanation der *volonté générale*, ein "fétichisme de la loi" entgegen, auch wenn es durchaus Ideen einer richterlichen Verfassungskontrolle wie die „*jurie constitutionnaire*“ von *Sieyès* gab. Die Vergänglichkeit der Verfassungen in Frankreich – in der Zeit zwischen 1791 und 1975 waren es nicht weniger als 15 – trug nicht dazu bei, ihnen einen Vorrang gegenüber den gewöhnlichen Gesetzen zu verschaffen.. Der in der Verfassung von 1958 geschaffene Verfassungsrat (*Conseil constitutionnel*) war nach den Vorstellungen des Präsidenten de Gaulle nicht als Verfassungsgericht konzipiert, gewann jedoch im Laufe der Zeit, besonders durch seine Entscheidung vom 16. Juli 1971 die Stellung eines Organs der Verfassungsgerichtsbarkeit, das nach allgemeiner Meinung bei der Verteidigung der Freiheitsrechte neue Wege der Rechtsfortbildung gegangen ist.

Als eines der aufregendsten und faszinierenden Themen bezeichnet Fernández die Verfassungswidrigkeit von legislativen Unterlassungen, die als verfahrensrechtliches Instrument zum ersten Mal in der jugoslawischen Verfassung von 1974 auftaucht und mit der Logik des konstitutionellen Dirigismus im marxistischen Sinne in Einklang steht. Unter

dem gleichen Einfluss wurde eine Regelung in die portugiesische Verfassung von 1976 übernommen, von wo aus sie auch in die brasilianische Verfassung von 1982 gelangte. In beiden lusitanischen Ländern können Unterlassungen des Gesetzgebers auf Verfassungswidrigkeit überprüft werden. Während diese Idee in Deutschland zunächst auf grundsätzliche Ablehnung stieß, hat *Peter Häberle* klargestellt, dass die Grundrechte einerseits der Beschränkungen, andererseits aber auch der Konkretisierung durch den Gesetzgeber bedürfen (Band I, S. 566). Das Bundesverfassungsgericht fordert den Gesetzgeber immer wieder in Apellentscheidungen zu bestimmten gesetzgeberischen Maßnahmen auf, besonders wenn ein Gesetz für mit dem GG unvereinbar, nicht aber für nichtig erklärt wird. In Italien besteht eine ähnliche Einrichtung (*sentenza monito*). Auch in Spanien hat das Verfassungsgericht die Möglichkeit, die verfassungswidrige Unterlassung legislativer Maßnahmen festzustellen. Der Verfasser vermutet, dass sich derartige Maßnahmen verbreiten werden, vielleicht weniger in Europa und mehr in Lateinamerika. Dabei hält er eine Selbstbeschränkung der Verfassungsgerichte (*self-restraint*) für unerlässlich.

Besonderes Interesse verdient der Beitrag am Ende von Band I über die Kontrolle der Vereinbarkeit des nationalen Rechts mit dem Recht der Europäischen Gemeinschaften, die er mit dem von ihm geprägten Begriff der „*comunitariedad*“ kennzeichnet. Der Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften (EuGH) hat in seiner wegweisenden Entscheidung vom 5. Februar 1963 festgelegt, dass die Europäische Gemeinschaft ein neues System des internationalen Rechts geschaffen hat, dem nicht nur die Mitgliedsstaaten, sondern auch die Bürger unterworfen sind, dem sie aber auch Rechte einräumt und Rechtsbeziehungen nicht nur zwischen dem Staat und seinen Bürgern, sondern auch zwischen den Bürgern schafft. Der EuGH hat im folgenden Jahr ferner klargestellt, dass die bindende Kraft des Gemeinschaftsrechts zur Vermeidung von Diskriminierungen nicht zwischen den Staaten abweichen darf. Dagegen haben die Verfassungsgerichte in den Mitgliedsstaaten und weite Kreise der Rechtslehre die nationale Verfassungsordnung verteidigt, in Deutschland und Italien besonders auf dem Gebiet des Schutzes der Rechte des persönlichen Rechtsschutzes. Eine wichtige Rolle spielt in diesem Falle der Grundsatz, dass niemand seinem gesetzlichen Richter entzogen werden dürfe, der auch vom österreichischen Verfassungsgerichtshof betont wurde.

Wie mit vollem Recht *Antonio Ruggieri* von der Universität Messina in seinem Geleitwort, das allen drei Bänden vorausgestellt ist, hervorgehoben hat, zeichnen sich die Untersuchungen von Fernández durch eine beispielhafte Klarheit der Darstellung, systematische Ordnung, Reichtum und Genauigkeit der Analyse, Finesse der Argumentation und Originalität des Denkens aus. Alle drei Bände können unabhängig voneinander erworben werden. Jeder von ihnen enthält die gleiche Einführung, die einen guten Überblick verschafft. Bereits im ersten Band finden sich wesentliche Gesichtspunkte und Hinweise auch zu den Themen der übrigen Bände.

Wer sich mit Verfassungsvergleich vertieft befassen will, kommt an diesem Werk nicht vorbei.

*Hans-Rudolf Horn, Wiesbaden*