

Professor Dr. Reinhard Zimmermann, Hamburg

Juristische Bücher des Jahres – Eine Leseempfehlung*

I. Einführung

Seit vielen Jahren trifft sich jeweils Anfang Juli in Hamburg ein Kreis von Kollegen, der sich darum bemüht, gute juristische Literatur aus dem vergangenen Jahr zu identifizieren und zur Lektüre zu empfehlen. „Gut“ bedeutet für uns: inhaltlich anregend, aufschlussreich nicht nur für Spezialisten des jeweiligen Faches, und stilsvoll geschrieben. Jedes Mitglied des Kreises schlägt bis Mitte Mai im Regelfall zwei Bücher vor, die dann von allen gelesen und während unseres Treffens in Hamburg diskutiert werden.¹ Diese Diskussionen sind für uns in jedem Jahr genauso gewinnbringend wie die Lektüre der in Erwägung gezogenen und empfohlenen Bücher, eröffnen sie doch einen unmittelbaren Einblick auch in Themen und Diskurse juristischer Sub-Disziplinen, die außerhalb der eigenen Lehr- und Forschungsinteressen liegen. Wir hoffen durch unsere Auswahl für die Leser unseres Beitrages Anregungen zu bieten, auch ihren juristischen Horizont zu erweitern. Damit verbunden ist eine Fokussierung auf Grundlagenthemen und Grundlagenfächer. Das bedeutet gleichzeitig einen Gegenakt zu der ständig weiter voranschreitenden Spezialisierung einer Fachdisziplin, die in ihren Ausbildungsordnungen doch immer noch am Ideal des Einheitsjuristen orientiert ist. Weiterhin soll das Bewusstsein für die Bedeutung monographischer Literatur geschärft werden, die, ungeachtet der Proliferation von Kommentaren, Sammelbänden und Zeitschriften, und ungeachtet der Usancen in anderen Disziplinen, für die Jurisprudenz immer noch ein zentrales Diskursmedium bildet. Und schließlich geht es uns darum, einen Beitrag zur Stärkung des Rezensionswesens zu leisten, das einen Überblick über allgemein lesenswerte juristische Neuerscheinungen leider auch nicht ansatzweise bietet. Wir lassen uns dabei von einer Reihe eigentlich selbstverständlicher Regeln leiten, auf die kürzlich *Tatjana Hörnle* noch einmal aufmerksam gemacht hat.² Das Kriterium „fehlende Neutralität als Ausschlussgrund“³ interpretieren wir so, dass nicht nur eigene Bücher und die Bücher von Familienangehörigen, sondern auch die Werke der eigenen akademischen Schüler von den Empfehlungen ausgeschlossen sind. Das Verfassen des Zweit- oder Drittgutachtens bei einer Dissertation oder Habilitationsschrift stellt

demgegenüber keinen Ausschlussgrund dar. Nicht ausgeschlossen sind auch die Werke von Fakultätskollegen und von akademischen Schülern der akademischen Schüler. Hier scheint uns die Tatsache, dass wir ein Gremium von immerhin (in diesem Jahr) zehn Kollegen sind, eine hinreichende Neutralitätsgewähr zu bieten. Und da wir zehn unterschiedlichen Fakultäten angehören, wäre der Kreis der überhaupt berücksichtigungsfähigen Literatur ansonsten allzu stark beschränkt. Unsachliche Angriffe gegen die Person des Autors eines Buches und überschießende Polemik sind in unserem Fall kaum zu erwarten, da wir uns von vornherein um die Auswahl guter juristischer Literatur bemühen (für ein Äquivalent zum *Bulwer-Lytton Fiction Contest*⁴ oder zur Verleihung der Euro-Zitrone⁵ bedürfte es eines anderen Gremiums). Ob auch wir, wie dies in Rezensionen vielfach üblich ist, durch Mangel an Gehalt zur Verarmung des wissenschaftlichen Diskurses beitragen,⁶ wird der Leser selbst beurteilen. Jedenfalls bemühen wir uns darum, die Verwendung der nur allzu bekannten Phrasen zu vermeiden und dem Leser ein ebenso anschauliches wie faires Bild von den empfohlenen Büchern zu vermitteln.

Unser Kreis ist Mitte der 1990er Jahre in Frankfurt/Main in anderer Zusammensetzung gegründet worden;⁷ seit 2003 trifft er sich Hamburg. Ein wesentliches Bindeglied zwischen der Frankfurter und der Hamburger Zeit war *Michael Stolleis*.⁸ Er ist am 18. März verstorben. Damit ist ein großer Gelehrter und enger Freund von vielen Mitgliedern unseres Kreises von uns gegangen. *Pascale Cancik* hat ihm in dieser Zeitschrift einen Nachruf gewidmet, der die Bedeutung seines Werkes ebenso wie seine menschenfreundliche Persönlichkeit und Zugewandtheit in Erinnerung ruft.⁹ *Cancik* beschreibt *Stolleis* als einen „strengen Vielleser“. Durch seine umfassende Bildung, seine „Gabe, Details mit großen Linien zu verbinden“ und die enorme Spannweite seiner Arbeiten hat er ein Vermächtnis hinterlassen, das bleiben wird und Anknüpfungspunkte für weitere Forschungen in die verschiedensten Richtungen bietet. Das zeigt sich, beispielsweise, an den Themen der fünf in diesem Jahr von uns vorgestellten Bücher, die sich alle in der einen oder anderen Weise auf *Stolleis* beziehen lassen. So wird in der Verfassungsgeschichte des Deutschen Kaiserreichs von *Oliver Haardt Stolleis*’ Analyse der zeitgenössischen Staatsrechts-

* Der Redaktor dieses Beitrags und Koordinator des Kollegenkreises, auf dessen Beratungen er beruht, ist Direktor am Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Privatrecht in Hamburg. Weiterhin gehörten dem Kollegenkreis in diesem Jahr an: *Thomas Ackermann* (München), *Gregor Bachmann* (Berlin), *Horst Dreier* (Würzburg), *Stefan Huster* (Böschung), *Nils Jansen* (Münster), *Claus Krefß* (Köln), *Gertrude Lübke-Wolff* (Bielefeld), *Michael Pawlik* (Freiburg i. Br.), und *Uwe Volkmann* (Frankfurt/Main).

1 Leider mussten die Diskussionen auch in diesem Jahr pandemiebedingt wieder „hybrid“ stattfinden. In dem Fall eines der online zugeschalteten Teilnehmer lag das daran, dass seine Universität sich weigerte, eine Dienstreisegenehmigung zu erteilen – zu einer Zeit, als im Londoner Wembley-Stadion über 60 000 Zuschauer die Halbfinalspiele der Fußball-Europameisterschaft verfolgten.

2 *Tatjana Hörnle*, Gute wissenschaftliche Praxis bei Rezensionen, NJW 2021, 1933–1936.

3 *Hörnle* (Fn. 2), S. 1935.

4 Ausgezeichnet wird der Roman mit dem ersten Satz des denkbar schlechtesten Romans; vorbildlich dafür ist ein Werk von *Edward George Bulwer-Lytton*, das mit dem Satz beginnt: „It was a dark and stormy night“.

5 Dazu *Jürgen Basedow*, Euro-Zitrone für den Palandt!, ZEuP 1 (1993), 656 f.

6 Dazu *Hörnle* (Fn. 2), S. 1933; vgl. auch bereits *Zimmermann* NJW 2016, 3142–3146.

7 Der erste Beitrag, noch unter dem Titel „Die juristischen Bücher des Jahres – Eine Leseempfehlung“, ist in der NJW 1995, 234–238 von *Gerhard Dilcher* veröffentlicht worden.

8 Vgl. *Michael Stolleis*, Die juristischen Bücher des Jahres – Eine Leseempfehlung, NJW 2002, 3593–3596.

9 *Pascale Cancik*, Michael Stolleis (20. 7. 1941 – 18. 3. 2021), JZ 2021, 459 f.

lehre mit der Hauptlinie eines historisch fundierten Positivismus, aber auch mit Gegenstimmen wie denjenigen von *Otto von Gierke* und *Hugo Preuß* aufgegriffen.¹⁰ *Hans Kelsen*, der „sowohl in der Rechtstheorie als auch im Staatsrecht [...] nach wie vor seinesgleichen [sucht]“¹¹ (und dem nunmehr die Biographie von *Thomas Olechowski* gewidmet ist), gehört neben den anderen Protagonisten des Methoden- oder Richtungsstreits der Staatsrechtslehre der Weimarer Zeit – insbesondere also *Carl Schmitt* und *Rudolf Smend* – zu den meistzitierten Autoren im dritten Band von *Stolleis'* Wissenschaftsgeschichte des öffentlichen Rechts.¹² Im vierten Band dieser Wissenschaftsgeschichte thematisiert *Stolleis* die Lehrjahre der bundesdeutschen Demokratie (einschließlich der Diskussion um die Notstandsgesetze) und das Krisenmanagement im Staat der modernen Sicherheitsgesellschaft¹³ (von *Tristan Barczak* als „nervöser Staat“ bezeichnet); für das Thema einschlägig ist auch, was *Stolleis* in Band III zur Diktaturgewalt des Reichspräsidenten in Krisenlagen geschrieben hat.¹⁴ Ein weiteres der zur Lektüre empfohlenen Bücher befasst sich mit dem Europäischen Menschenrechtsgerichtshof: einem der Pfeiler des „europäischen Hauses“¹⁵, in dem Deutschland, die „Nation ohne Haus“ der Jahre 1949 – 1969¹⁶ ihren Platz gefunden hat. Damit ist der Bereich der juristischen Zeitgeschichte berührt, an deren Prägung und fachlichen Verankerung *Stolleis* einen erheblichen Anteil gehabt hat.¹⁷ So hat er 1988 die Reihe „Beiträge zur Rechtsgeschichte des 20. Jahrhunderts“ mitbegründet, in der das letzte der hier vorgestellten Bücher erschienen ist. Wenn deshalb die Rechtsgeschichte bei den zur Lektüre empfohlenen juristischen Büchern jedenfalls in diesem Jahr eine zentrale Rolle spielt,¹⁸ so entspricht das *Stolleis'* Credo, mit dem er Band IV seines *magnum opus* beschließt: „Denn wir sind in der Lage, bei der Organisation der uns tragenden und schützenden rechtlichen und institutionellen Strukturen Erfahrungen der Vergangenheit diskursiv zu verarbeiten. Einen Weg zurück gibt es nicht, aber auch den Weg nach vorn können wir nur mit Hilfe derjenigen Krücken beschreiten, die wir uns aus den Erfahrungen der Vergangenheit anfertigen.“¹⁹

¹⁰ *Michael Stolleis*, Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland, Zweiter Band 1800–1914, 1992, S. 348–364; zur Frage des „deutschen Dauerproblems von Unitarismus und Föderalismus“ S. 364–370; zum Verfassungswandel S. 376–378; beides ebenfalls zentrale Themen in dem Buch von *Haardt*.

¹¹ *Stanley L. Paulson/Michael Stolleis*, Vorwort, in: *Stanley L. Paulson/Michael Stolleis* (Hrsg.), Hans Kelsen: Staatsrechtslehrer und Rechtstheoretiker des 20. Jahrhunderts, 2005 (unveränderte E-Book-Ausgabe 2020), v–viii (v). *Stolleis* hat sich immer wieder mit dem Schicksal deutschsprachiger jüdischer Juristen beschäftigt; es ist deshalb kein Zufall, dass das letzte Buch, dessen Fahnen er noch im Krankenhaus korrigiert hat, sich mit diesem Thema befasst: *Till van Rahden/Michael Stolleis* (Hrsg.), Emanzipation und Recht: Zur Geschichte der Rechtswissenschaft und der jüdischen Gleichberechtigung, 2021.

¹² Vgl. etwa *Michael Stolleis*, Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland, Dritter Band 1914–1945, 1999, S. 153–186.

¹³ *Michael Stolleis*, Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland, Vierter Band 1945–1990, 2012, vgl. die Überschriften zu dem vierten und dem sechsten Kapitel des Buches.

¹⁴ *Stolleis*, Geschichte des öffentlichen Rechts III (Fn. 12), S. 114–116.

¹⁵ *Stolleis*, Geschichte des öffentlichen Rechts IV (Fn. 13), S. 603–629.

¹⁶ *Stolleis*, Geschichte des öffentlichen Rechts IV (Fn. 13), S. 601 f.

¹⁷ *Cancik* (Fn. 9), S. 460.

¹⁸ Das ist offensichtlich für *Haardt*, *Olechowski* und *Paas*, gilt aber auch für *Nußberger* („The Court Over Sixty Years“, S. 1–37) und *Barczak* („Der Ausnahmestand als Gesetz – Historische Rekonstruktion“, S. 209–349).

¹⁹ *Stolleis*, Geschichte des öffentlichen Rechts IV (Fn. 13), S. 697.

II. Die ausgewählten Bücher

Oliver F. R. Haardt: Bismarcks ewiger Bund: Eine neue Geschichte des Deutschen Kaiserreichs. – Darmstadt: wbg Theiss, 2020. 944 S.; geb.: 40.– €. ISBN 978-3-8062-4179-2.

Wer, sofern er nicht gerade Verfassungshistoriker ist, an das vor 150 Jahren gegründete Deutsche Kaiserreich denkt, wird unwillkürlich den zentralisierten Nationalstaat vor Augen haben, dessen Armeen 1914 in den Ersten Weltkrieg zogen: mit einem Monarchen in der Paradeuniform des Regiments der *Gardes du Corps* an der Spitze, mit einem Reichskanzler als Chef einer Reichsregierung, und mit einem Reichstag, der das Budgetrecht hatte, dem gegenüber der Reichskanzler politisch verantwortlich war und in den aufgrund eines vergleichsweise sehr fortschrittlichen Wahlrechts Vertreter fester politischer Lager gewählt wurden. Dass es zudem einen Bundesrat gab – immerhin das einzige Gremium, dessen Name in der heutigen Verfassung fortlebt –, ist meist wenig bekannt. Etwas verwundert nimmt deshalb etwa der an der Entwicklung des Privatrechts Interessierte eine Denkschrift des „Reichsjustizamtes“ zum BGB zur Kenntnis oder auch die Tatsache, dass in den Materialien Mal um Mal von den „verbündeten Regierungen“ die Rede ist. Diese Verwunderung weist darauf hin, dass zu Beginn, als das Reich gegründet wurde, alles ganz anders war. Das Reich war 1871 als lockerer Bund von 22 Fürstenstaaten und drei freien Städten unter preußischer Führung gegründet worden. Es handelte sich mithin um einen föderalen Staat, dessen konstituierende Teile ihre Hoheitsrechte zum großen Teil behielten: um eine Dachorganisation „zum Schutze des Bundesgebietes und des innerhalb desselben geltenden Rechtes“, wie es in der Verfassung hieß. Von 1871 bis 1914 hatte sich also eine spektakuläre Metamorphose vollzogen. Sie ist Gegenstand des Buches von *Oliver Haardt*.

Der Autor ist ein junger deutscher Historiker, der als Research Fellow am Magdalene College in Cambridge tätig ist; sein Buch beruht auf einer von *Christopher Clark* (deutschen Lesern vor allem als Autor von „Die Schlafwandler“ und „Preußen: Aufstieg und Niedergang“ bekannt) betreuten Dissertation. Es handelt sich, dem etwas zu weit gefassten Untertitel zum Trotz, im Kern um eine Darstellung der Verfassung und des Wandels der Verfassungswirklichkeit des Deutschen Reiches, und damit um Verfassungsgeschichte im anspruchsvollsten Sinne des Wortes. Das erlaubt es, *Haardts* Buch jedenfalls auch als „juristisches Buch“ zu klassifizieren. Zu den Quellencorpora, die *Haardt* immer wieder heranzieht, gehören gerade auch die Schriften der zeitgenössischen Staatsrechtslehrer.

Das Werk untergliedert sich in drei Teile, die ihrerseits wieder in drei Kapitel aufgegliedert sind. Teil I befasst sich mit der Reichsgründung. Sehr anschaulich werden die Ereignisse geschildert, die zu der berühmten Zeremonie im Spiegelsaal von Versailles führten, in der der preußische König *Wilhelm I.* zum „Deutschen Kaiser“ (und nicht, wie er eigentlich erwartet hatte, zum „Kaiser von Deutschland“!) proklamiert wurde. *Haardt* zeigt, wie die Verfassung des Kaiserreichs aus derjenigen des Norddeutschen Bundes entwickelt wurde, wie es *Bismarck* darum ging, die bestehenden Strukturen soweit wie möglich zu erhalten, und welche Rolle insbesondere die von ihm in die Welt gesetzte Idee vom Fürstenbund bei der Reichsgründung spielte. Illustriert wird die Entstehungsgeschichte des Reichs und seiner Verfassung durch eine Vielzahl von Karikaturen, die aufschlussreiche Einblicke in die zeitgenössische Stimmungslage bieten. Teil

II ist den Wandlungsprozessen der wichtigsten Reichsinstitutionen gewidmet. Von zentraler Bedeutung waren die „Monarchisierung des Kaiseramtes“ (der preußische *primus inter pares* der Reichsverfassung von 1871, der sein Kaiseramt als „Akzessorium der preußischen Krone“ [Paul Laband] innehatte, wurde *de facto* zu einem Reichsmonarchen), das „Schattendasein des Bundesrates“ (dieses Vertretungsorgan der verbündeten Regierungen wurde nie zu einem eigenständigen Organ der politischen Willensbildung oder gar zum Regierungszentrum des Deutschen Reiches, als das es ursprünglich einmal gedacht war) und der „Aufstieg des Reichstages“ (nach *Bismarcks* Vorstellung so fern wie möglich von der Regierungsgewalt gehalten, entwickelte er sich zu einem Organ, das im Zusammenspiel mit der „Reichsleitung“ [faktisch also der Reichsregierung] die Richtung der Politik bestimmte). In Teil III („Ruhelosigkeit“) versucht *Haardt*, die „nervöse Großmacht“ aus der ihr konstitutiv mitgegebenen Instabilität zu erklären. Die drei hier einschlägigen Kapitel stehen unter den Überschriften „Macht vor Recht“ (das lückenhafte System zur Beilegung verfassungsrechtlicher Streitigkeiten – wie etwa der Thronfolgestreitigkeiten der Häuser Braunschweig und Lippe – habe mehr zur Beunruhigung als zur Stabilisierung der föderalen Regierungsordnung beigetragen), „Der Widerstreit der Ideen“ (hier zeigt *Haardt*, wie schwer sich die zeitgenössische Staatsrechtslehre damit tat, die Verfassung des Deutschen Reichs zu verstehen), und „Peripherie und Zentrum“ (illustriert an den Schwierigkeiten, angesichts seiner föderalen Grundstruktur, Elsass und Lothringen in das Reich zu integrieren).

All dies wird ausgesprochen fesselnd erzählt; *Haardt* schreibt nicht nur glänzend, sondern seine Darstellung ist auch von dem erzählerischen Elan der anglo-amerikanischen Geschichtsschreibung geprägt. Das zeigt sich nicht zuletzt an der Art und Weise, wie er anhand charakteristischer Begebenheiten in sein Thema einführt: Sei es die schnodderige Begrüßung, die der junge Fürst *Georg Albert von Schwarzburg-Rudolstadt* den anderen gekrönten Häuptern beim Betreten des Spiegelsaals von Versailles entbot, oder sei es die Zabern-Affäre, die 1913 zu einer schweren innenpolitischen Krise führte. Abgeschlossen wird das Werk mit einem Vergleich des Föderalismus des Kaiserreichs mit anderen Bundesstaaten, mit der Frage nach dem Vermächtnis der föderalen Evolution für die Weimarer Republik (und darüber hinaus), sowie mit allgemeinen Lehren für die Errichtung föderaler Systeme (etwa im heutigen Europa).

Thomas Olechowski: Hans Kelsen: Biographie eines Rechtswissenschaftlers. – Tübingen: Mohr Siebeck, 2. Aufl. 2021. XXIII, 1029 S.; Leinen: 59.– €. ISBN 978-3-16-160205-4; eBook 978-3-16-160206-1.

Nicht wenigen gilt *Hans Kelsen* (1881 bis 1973) als bedeutendster Jurist des 20. Jahrhunderts. Über die verschiedenen Stufen seines ereignisreichen Lebens, das ihn von Wien über Köln, Prag und Genf schließlich erst an die Ost-, dann an die Westküste der USA führte, sind wir im Großen und Ganzen gut unterrichtet. Was freilich schmerzlich fehlte, war eine große, umfassende und geschlossene biographische Darstellung auf dem Stand des heutigen Wissens und auf angemessenem historiographischen Niveau. Diese Lücke schließt nun das monumentale, rund eintausend Seiten umfassende Werk des Rechtshistorikers *Thomas Olechowski*. Er legt keine unkritische Hagiographie vor, sondern eine fakten- und quel-

lengesättigte, im souveränen Zugriff auf die Materialfülle in fünf chronologisch geordnete Teile mit jeweils fünf Unterkapiteln gegliederte Lebens- und Werkgeschichte. Und obwohl zu Recht die Person *Kelsens* im Vordergrund steht und der Autor klugerweise darauf verzichtet, zu den vielen offenen Interpretationsfragen von dessen Werk sozusagen eine „autoritative“ Deutung vorzulegen, tritt die wissenschaftliche Lebensleistung *Kelsens* doch nicht ungebührlich in den Hintergrund. Durch geschickte Verschränkung von Lebenslauf und Werkbiographie wird auch den bedeutenden wissenschaftlichen Schöpfungen *Kelsens*, seinen großen wie kleinen Schriften, gebührende Aufmerksamkeit zuteil. *Olechowski* berichtet über die zahlreichen, von *Kelsen* mit sichtlicher Spottlust ausgetragenen Kontroversen mit seinen zeitgenössischen Kritikern, streut immer wieder kenntnisreiche, knappe Werkberichte über wichtige Publikationen ein und lässt auch den allmählichen Reifeprozess seiner Rechtstheorie bis hin zur postum erschienenen „Allgemeinen Theorie der Normen“ plastisch hervortreten. Erfreulicherweise stellt *Kelsens* epochale „Reine Rechtslehre“ aber die anderen Veröffentlichungen nicht in den Schatten. So kommt der herausragende Demokratietheoretiker („Vom Wesen und Wert der Demokratie“) ebenso zu seinem Recht wie der eminente Wahlrechtsexperte; der bedeutende Völkerrechtler, Visionär einer weltweiten Friedensordnung und erste Kommentator der UN-Charta nicht weniger als der Verfasser soziologischer und ideologiekritischer Arbeiten über „Gott und Staat“ oder „Vergeltung und Kausalität“; der engagierte Verteidiger des Parlamentarismus und Fürsprecher des politischen Kompromisses nicht anders als der kritische Analytiker des Kommunismus, antiker griechischer Staatsphilosophie und säkularer Religionen. Auch der umfangreichen Gutachterstätigkeit in staats- und völkerrechtlichen Fragen wird immer wieder gedacht.

Doch naturgemäß dominiert die durchaus bunte Lebensgeschichte, die *Olechowski* sehr detailfreudig und immer unter intensiver Einbeziehung des zeit- und kulturgeschichtlichen sowie des politischen Kontextes nachzeichnet: so etwa *Kelsens* universitären Werdegang nach der 1911 erschienenen Habilitationsschrift oder seine wichtige Rolle bei der Schaffung des österreichischen Bundesverfassungsgesetzes von 1920, als dessen Schöpfer er zuweilen leicht übertrieben bezeichnet wird, dessen Architekt er aber mit Fug und Recht genannt werden kann. Auch sein tatkräftig wahrgenommenes Richteramt am maßgeblich von ihm gestalteten österreichischen Verfassungsgerichtshof einschließlich des unrühmlichen Endes seiner Amtszeit erfährt eine eingehende Darstellung. Es folgten wenige, aber insgesamt glückliche Jahre in Köln. Mit viel Empathie begleitet der Autor *Kelsen* dann auf seinem beschwerlichen, teils abenteuerlichen Weg ins amerikanische Exil und schildert eingehend die nicht unbeträchtlichen Schwierigkeiten, in der fremden (und ihm im Grunde immer fremd bleibenden) Hochschullandschaft dauerhaft Fuß zu fassen. Erst 1945, nach Erlangung der amerikanischen Staatsbürgerschaft, wird die langwierige und mühselige Suche nach einer festen universitären Anstellung von Erfolg gekrönt.

Kelsens Leben war ungeachtet der oft widrigen Lebensumstände geprägt von einem eisernen Willen zur Arbeit an dem gewaltigen Theoriegebäude seiner in mehr als 30 Sprachen übersetzten Rechtslehre, die er mit niemals erlahmender Energie bis ins hohe Alter vorantrieb. Parallel dazu war sein Ruhm weltweit beständig gewachsen, wenn auch mit einer gewichtigen Ausnahme: Deutschland. Hier konnte er noch in den Weimarer Jahren als zwar scharf attackierter, aber

doch letztlich geachteter Gegner gelten, um nach 1933 dann endgültig zum verfeimten und vertriebenen Feind erklärt und später in der Bundesrepublik bis in die 1980er Jahre aufgrund offensichtlicher Rezeptionsunwilligkeit ganz überwiegend marginalisiert und ignoriert zu werden. 1973 starb *Kelsen*, hochbetagt und vielgeehrt, in der Nähe von Berkeley, Kalifornien. Es war ein weiter Weg vom Wien des *fin de siècle* zur amerikanischen Westküste in Zeiten von *flower power*. *Thomas Olechowski* hat diesen Weg erschöpfend bis in den letzten Winkel ausgeleuchtet. Sein flüssig geschriebenes Buch ist ein Meilenstein der Kelsen-Literatur.

Tristan Barczak: Der nervöse Staat. Ausnahmezustand und Resilienz des Rechts in der Sicherheitsgesellschaft – Tübingen: Mohr Siebeck, 2. Aufl. 2021. XXXI, 847 S.; brosch.: 134.– €. ISBN 978-3-16-160745-5; eBook 978-3-16-160746-2.

Verfasst und geschrieben ganz überwiegend vor Ausbruch der Corona-Krise, handelt es sich bei *Tristan Barczaks* „nervösem Staat“ doch um eines der Bücher, die dazu einladen, sie ihrerseits im Lichte der Pandemie noch einmal neu und anders zu lesen. *Barczaks* großes Thema ist der Ausnahmezustand, und zwar nicht als das ganz Andere der Normallage, sondern als eine Kategorie und Denkfigur, die zu ihr in einem ebenso komplexen wie schillernden Verhältnis steht. In der klassischen Sicht, wie sie exemplarisch von *Carl Schmitt* vorgestellt wurde, waren beide strikt voneinander geschieden, als zwei getrennte Reiche oder Ordnungen, die füreinander den äußersten Gegensatz bilden: der Ausnahmezustand als Situation des Chaos, in der rechtliche Bindungen nichts mehr gelten und die Ordnung durch souveräne Entscheidung erst wieder hergestellt werden muss, der Normalzustand als der Zustand des Rechts, in dem auf alle kleineren und auch größeren Herausforderungen mit den vorhandenen Mitteln und in den Grenzen des Rechts reagiert wird. Mit dieser Mythologisierung des Ausnahmezustands räumt *Barczak* gründlich auf, und zwar sowohl in der politischen Theorie, die von *Kelsen* bis *Heller*, von *Schmitt* bis *Agamben* souverän aufgearbeitet wird, als auch mit wachem Blick auf die Realität des heutigen Rechts, das mittlerweile mehr vom Ausnahmezustand und seiner Logik in sich hat, als ihm um seiner Rationalität willen lieb sein sollte. Minutiös und vor allem am Beispiel der Terrorbekämpfung wird dazu dargelegt, wie das Denken in den Kategorien des Außerordentlichen und der Bedrohung nach und nach in dieses Recht eingewandert ist, es von innen gleichsam infiziert und sich nun dort für unabsehbare Zeit festgesetzt hat: durch die allmähliche Verwischung der Unterscheidung zwischen Gesetz und Maßnahme, mit der großflächigen Umstellung des Verwaltungsrechts auf ein Risikoverwaltungsrecht, in den Präventions- und Vorfeldbefugnissen der neuen Generation des Polizeirechts, um nur einiges zu nennen. Der Ausnahmezustand wird so durch das Recht einerseits antizipiert, andererseits aber auch auf Dauer gestellt. Der Staat selbst wandelt sich darüber zum „nervösen Staat“, immer auf der Hut vor tatsächlichen oder imaginierten Gefahren, sich nach allen Seiten hin wappend gegen den Einbruch des Außerordentlichen, das er schon im frühesten Ansatz erkennen und entschärfen will. Es ist „ein Staat, der nie ruht“, wie es zum Ende der Arbeit heißt.

Gegen diese Nervosität empfiehlt *Barczak* in den letzten Kapiteln vor allem „Resilienz“ und „Flexibilität“ als neue Leitbegriffe, denen er am Schluss noch einen Vorschlag zur Einführung einer neuartigen „Gesetzesbereitschaft“ durch

einen noch zu schaffenden Art. 80b GG zur Seite stellt. Diese soll den Ausnahmezustand, wenn die Situation einmal da ist, von der einfachgesetzlichen wieder zurück auf die verfassungsrechtliche Ebene verlagern, auf die er gehört, ihn gerade dadurch aber als punktuell Ereignis sichtbar machen und so zugleich zeitlich begrenzen. Ob sich damit gegen die Eigenlogik der bisherigen Entwicklung viel ausrichten lässt? Das mag man bezweifeln, ebenso wie man bei einem Buch dieses Kalibers natürlich immer auch dieses und jenes bekritisieren kann, nicht zuletzt, dass es doch ziemlich lang geworden ist. Umgekehrt schützt selbst diese Länge nicht vor dem einen oder anderen blinden Fleck. So hätten sich möglicherweise aus einem Seitenblick auf die breite Diskussion im Völkerrecht zu Fragen des transnationalen Terrorismus oder zur normativen Einhegung des Bürgerkriegs noch weitere Funken schlagen lassen: Mit der mittlerweile weit fortgeschrittenen Überformung des Friedensvölkerrechts durch Elemente des früheren Kriegsvölkerrechts lässt sich dort ja eine ganz ähnliche Entwicklung feststellen wie im innerstaatlichen Recht.

Auch ohne deren Einbeziehung wartete das Buch allerdings schon in der noch um 20 Seiten kürzeren ersten Auflage mit 1,247 kg Lebendgewicht auf, wie ein Rezensent nachgewogen hat. Der gerade eben erschienen zweiten Auflage ist nun noch ein „Supplement“ zur Corona-Krise angefügt, die für die erste nur ganz punktuell eingearbeitet werden konnte. Die Art und Weise ihrer bisherigen Bewältigung bestätigt und verkörpert für *Barczak* nur das Bild des nervösen Staates, wie er es in seinem Buch gezeichnet hat. Ob wir aus dieser Nervosität je herausfinden werden?

Angelika Nußberger: The European Court of Human Rights. – Oxford: Oxford University Press, 2020. (Elements of International Law) XXXIII, 256 S.; geb.: 87.60.– €. ISBN 978-0-19-884964-3.

Von 2011 bis 2019 war *Angelika Nußberger* die deutsche Richterin am Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte (EGMR), von Anfang 2017 an war sie eine der beiden Vizepräsidenten des Gerichts. Mit diesem Band legt sie ein lebendig und mit großer Leichtigkeit geschriebenes Porträt „ihres“ Gerichts vor. Das in einem gut lesbaren Umfang gehaltene und erkennbar an eine breite juristische Leserschaft gerichtete Buch ist glücklich komponiert. Denn die Autorin schreibt nicht eindimensional, sondern beleuchtet den EGMR aus immer wieder neuen Blickwinkeln. So kommen Geschichte, Aufbau und Arbeitsweise, Grundlinien der Rechtsprechung, Stellung im Mehrebenensystem des Grund- und Menschenrechtsschutzes, Rechtswirkung und Wirksamkeit der Urteile sowie Zukunftsperspektiven jeweils gebührend zur Sprache. *Nußberger* vermeidet es durchgängig, auf ermüdende Weise ins Detail zu gehen, aber sie eröffnet ihrem Leser doch immer wieder konkrete Innenansichten, die die Arbeit des Gerichtshofs anschaulich werden lassen. Das gilt etwa für die nähere Beschreibung der zentralen Aufgaben der Kanzlei.

Im Hinblick auf ihre eigenen Präferenzen nimmt sich die Autorin zurück, und schon gar nicht geht es ihr darum, für eigene Positionen zur Rechtsprechung oder für eine ganz bestimmte Vision zur Mission des Gerichtshofs zu werben. Stattdessen liegt ihr daran, den Leser über zentrale Streitfragen ins Bild zu setzen, und ihm einen Eindruck davon zu vermitteln, wie vor und im EGMR immer wieder aufs Neue darum gerungen werden muss, zu Kompromissen zu finden, die die Arbeitsfähigkeit des Gerichts sichern, die den unter-

schiedlichen nationalen Vorprägungen angemessen Rechnung tragen und die eine tragfähige Balance zwischen Durchsetzung eines gemeineuropäischen Menschenrechtsstandards und nationalen Freiräumen gewährleisten. In diesem eher „undogmatischen“ Zugang des Buchs spiegelt sich vielleicht auch die Einschätzung der Verfasserin, das „Theoretisieren“ sei nie die Stärke oder Aspiration des Gerichtshofs gewesen. Auch im Verhältnis zu den nationalen Verfassungsgerichten setzt die Autorin nicht auf stolzen Rigorismus, sondern auf einen kompromissbereiten Dialog. Die Bewertung der Reform der deutschen Sicherungsverwahrung in dem sich über mehrere Stationen entfaltenden Gespräch zwischen dem Bundesverfassungsgericht (BVerfG) und dem EGMR stellt sie als positives Beispiel heraus, und mit spürbarer Erleichterung stellt sie fest, dass der vom BVerfG in *Görgülü* formulierte Verfassungsvorbehalt gegenüber der Umsetzung von Urteilen des EGMR bislang eine theoretische Option geblieben ist.

Die langjährige Richterin macht aus ihrer Zuneigung zu ihrem früheren Gericht keinen Hehl, und im Großen und Ganzen fällt ihr Urteil über dessen Arbeit wohlwollend aus. Manche Ausprägung der Rechtsprechung des EGMR, so etwa diejenige zum Charakter der Europäischen Menschenrechtskonvention als „living instrument“, habe eine erhebliche internationale Ausstrahlung entfaltet, und mit seinen etwa 20.000 Urteilen sei es dem Gerichtshof gelungen, einen europäischen *ordre public* zu entwickeln. Doch verschweigt *Nußberger* auch Wirksamkeitsgrenzen, Angriffsflächen der Rechtsprechung und aktuelle Nöte nicht. Sie erkennt an, dass der Gerichtshof bei systematischem Unrecht häufig nur sehr selektiv und zumeist erst sehr spät tätig werden kann, sie lässt anklingen, dass das Gericht die Rezeptionsbereitschaft der Staaten durch allzu mutige Innovation und auch durch manche Änderung der Rechtsprechung mitunter strapaziert hat, und sie sieht, wie schmal der Grat zwischen der gebotenen rechtlichen Kontrolle und einer gefährlichen Politisierung ist, auf dem der Gerichtshof in Anbetracht der sich gegenwärtig in Europa auftuenden ideologischen Gräben zu wandeln hat. Am Ende schlägt das Buch denn auch einen besonders nachdenklichen Ton an: Der Gerichtshof sei heute so wichtig wie nie, um Europa von dem „Weg in die Unfreiheit“ (*Timothy Snyder*) fernzuhalten. Doch die Zukunft des Gerichtshofs sei ungewiss, weder seine Rolle noch sein Einfluss seien unbestritten.

Mit diesem Buch ist die neue Oxforder Reihe „Elements of International Law“ eröffnet worden. Deren Chefherausgeber *Mark Janis* schreibt am Ende seines Vorworts, er denke nicht, dass es irgendwo sonst eine bessere Analyse des Gerichtshofs zu lesen gebe als in diesem Buch. Dem kann man sich nur anschließen.

Susanne Karoline Paas: Das bewegliche System: Zur Karriere einer juristischen Denkfigur. – Tübingen: Mohr Siebeck, 2021. (Beiträge zur Rechtsgeschichte des 20. Jahrhunderts; Bd. 117.) XVI, 277 S.; brosch.: 79.– €. ISBN 978-3-16-160046-3; eBook 978-3-16-160129-3.

Die Lehre vom „beweglichen System“ geht von der Annahme einer Pluralität der für ein bestimmtes Rechtsgebiet maßgeblichen Grundwertungen (bzw. „Elemente“ oder „bewegenden Kräfte“) aus, die vom Gesetzgeber und Rechtsanwender jeweils in ihrem konkreten Zusammenspiel zu beachten sind. Sie können in verschiedener Stärke auftreten und bilden also keine absoluten Größen; vielmehr entschei-

det „die Gesamtwirkung ihres variablen Spiels“. So formulierte es der Grazer Hochschullehrer *Walter Wilburg*, der Begründer dieser Lehre. Das bewegliche System gilt deshalb als österreichischer Beitrag zum juristischen Methodenarsenal und wird von einflussreichen österreichischen Zivilrechtslehrern (*Franz Bydlinski*, *Helmut Koziol*, *Bernd Schilcher*) besonders nachdrücklich propagiert. *Koziol* bezeichnet es als „goldene Mitte“ zwischen starren Regeln und unbestimmten Generalklauseln – zwei Extremen, deren Kombination nach seiner Beobachtung für die spezifisch *deutsche* Zivilrechtswissenschaft charakteristisch ist. Das bewegliche System hat aber auch in Deutschland engagierte Anhänger gefunden, unter ihnen *Claus-Wilhelm Canaris*. Doch ist *Wilburgs* Lehre in ganz unterschiedlichen Zusammenhängen rezipiert worden, und auch die Nachhaltigkeit dieser Rezeption ist keineswegs deutlich. So wird das bewegliche System in den gängigen Lehrbüchern der Methodenlehre teilweise ignoriert, teilweise marginalisiert, und teilweise recht unterschiedlich akzentuiert; erhebliche Bedeutung als „Methode der Konkretisierung“ misst ihm neuerdings *Thomas Möllers* bei. Es herrscht also eine gewisse Unsicherheit.

Es ist deshalb ebenso lohnend wie verdienstvoll, dass *Susanne Karoline Paas* in ihrer hier anzuzeigenden Monographie, einer Kölner juristischen Dissertation, die Geschichte des beweglichen Systems untersucht. Immerhin sind seit seiner „Entdeckung“ bereits achtzig Jahre verstrichen. Zurückzugehen ist nämlich auf *Wilburgs* bereits 1941 verfasste Monographie über „Die Elemente des Schadensrechts“. Darauf wies er in seiner Rektoratsrede von 1950 („Die Entwicklung des beweglichen Systems im Bürgerlichen Recht“) selbst hin, und es wird von *Paas* eindrucksvoll bestätigt. Die Analyse der haftungsrechtlichen Monographie bildet deshalb einen Schwerpunkt der Arbeit von *Paas*. Vorbildlich wird diese Monographie im Kontext der (intensiven) zeitgenössischen Diskussionen um Struktur und Neugestaltung des Haftungsrechts gewürdigt. Insbesondere erkannte *Wilburg*, dass weder der Versuch, dieses Rechtsgebiet auf einen Grund (etwa das Verschuldensprinzip) zurückzuführen noch der Verweis auf die Billigkeit weiterführten. Vielmehr bestünde ein Mittelweg darin, eine begrenzte Anzahl von Elementen zu kombinieren und diese im Wege einer Abwägung flexibel die im Einzelfall angemessene Rechtsfolge bestimmen zu lassen. *Paas* zeigt, dass diese Idee eines beweglichen Systems in früheren Schriften *Wilburgs* (wie etwa seiner einflussreichen Abhandlung zur „Lehre von der ungerechtfertigten Bereicherung“) noch nicht präsent war, von ihm also jedenfalls ursprünglich spezifisch auf die haftungsrechtliche Problematik zugeschnitten wurde.

„Die Elemente des Schadensrechts“ war eine Schrift, die für die Akademie für Deutsches Recht verfasst wurde und dem Neuaufbau des deutschen Haftungsrechts (im Rahmen eines „Volksgesetzbuches“) dienen sollte. Eines der von *Wilburg* hervorgehobenen „Elemente“ waren die Interessen der Gemeinschaft. Und sein System bot dem Richter erhebliche Freiheit, die als Einfallstor für zeittypische ideologische Vorstellungen dienen konnte. All das legt die Frage nahe, ob das bewegliche System eine typisch nationalsozialistische Rechtslehre war. *Paas* legt überzeugend dar, dass das bei aller ihm anhaftenden Missbrauchsanfälligkeit nicht der Fall war. Vielmehr sei *Wilburgs* Entwurf als Kind der wissenschaftlichen Debatten um die Grundlagen des Haftungsrechts (darunter vor allem um das Phänomen einer verschuldensunabhängigen außervertraglichen Haftung) seit dem späten 19. Jahrhundert zu verstehen. Nicht von ungefähr wurde die Schrift von *Josef Esser* und *Rudolf Reinhardt* – zwei

Mitgliedern der NSDAP – als veralteten Vorstellungen verhaftet und ohne erkennbare Fundierung in der „Sozialwirklichkeit“ seit dem Umbruch von 1933 kritisiert. Damit ist ein zweiter Schwerpunkt der Arbeit von *Paas* bezeichnet. Ein drittes wesentliches Erkenntnisinteresse liegt in der Rezeption und Fortentwicklung von *Wilburgs* Ansatz. Dabei wird deutlich, dass unsere heutigen Vorstellungen vom beweglichen System ebenso stark von *Bydlinski* und *Canaris* geprägt sind wie von *Wilburg* – dass wir häufig also eigentlich diese beiden Autoren, oder aber einen von ihnen, aufrufen, wenn wir meinen, *Wilburg* zu zitieren. Wiederum entfaltet *Paas* mit großer Subtilität die Gemeinsamkeiten und Unterschiede im Systemdenken dieser drei Autoren.

Insgesamt ist damit ein facettenreiches geistesgeschichtliches Panorama entstanden, das dem Leser eine Vielzahl weiterführender Anregungen vermittelt. Geschrieben ist die Arbeit, wie die Verfasserin selbst schreibt, als „Rundgang“: Sie nimmt ihren Ausgangspunkt bei den „Ursprungslegenden und gegenwärtigen Deutungen“ des beweglichen Systems, verfolgt diese zurück bis zu dessen Entstehung 1941 und analysiert die (eigentliche) Geschichte dann wiederum bis heute. Das macht zwar eine „Leseanleitung“ am Ende des Buches für denjenigen erforderlich, der konkrete Ergebnisse sucht, lässt aber von vornherein die Fragestellungen deutlich werden, die der Arbeit zugrundeliegen.

Hingewiesen sei noch auf vier ausländische Bücher:

Paolo Astorri: *Lutheran Theology and Contract Law in Early Modern Germany (ca. 1520–1729)*. – Paderborn: Schöningh, 2019. (Law and Religion in the Early Modern Period/Recht und Religion in der Frühen Neuzeit; Bd. 1.) XX, 657 S.; geb.: 128.– €. ISBN 978-3-506-70150-3.

Der Einfluss der Kanonistik und der spätmittelalterlichen Moralthologie auf die Entwicklung einer allgemeinen Vertragstheorie ist inzwischen gut erforscht; stellvertretend mögen hier die Namen *James Gordley* und *Wim Decock* stehen. Dasselbe gilt für den Beitrag der Vertreter eines säkularisierten Naturrechts; für Deutschland wären etwa *Malte Diesselhorst* und *Klaus Peter Nanz* zu nennen. Die Theologie *Martin Luthers*, *Philipp Melancthons* und ihrer Nachfolger hat demgegenüber bislang im Schatten gestanden. *Harold J. Berman* hat im zweiten Band von *Law and Revolution* die Bedeutung der „Protestant Reformation on the Western Legal Tradition“ analysiert und damit offenbar die Untersuchung von *Paolo Astorri* angeregt. Diese zeigt aufgrund einer eingehenden Befassung mit Dutzenden von Primärquellen, die bislang noch nie aus juristischer Perspektive ausgewertet worden sind, die Originalität der Vertragstheorie der Reformatoren ebenso wie ihre Abhängigkeit von der Spätscholastik. Inhaltlich geht es um Themen wie Vertragsschluss, Willensmängel, Vertragsgerechtigkeit, Unmöglichkeit, Preisfestlegung beim Kauf, Restitution, sowie Zinsgeschäfte.

R.Z.

William Phelan: *Great Judgments of the European Court of Justice: Rethinking the Landmark Decisions of the Foundational Period*. – Cambridge: Cambridge University Press, 2019. XX, 258 S.; geb.: 106.35 €. ISBN 978-1-108499088.

Die mit van Gend & Loos und Costa/ENEL einsetzende Reihe früher Leitentscheidungen, mit denen der EuGH die Autonomie des Europarechts begründete, wird oft mit Blick auf das Individuum präsentiert: Mit Hilfe des Vorrangs und der unmittelbaren Anwendbarkeit mobilisierte der EuGH

den Einzelnen für die Durchsetzung des Europarechts. Wie *William Phelan* vor allem anhand der Schriften des in der Frühphase des Gerichtshofs prägenden, aber hierzulande wenig bekannten EuGH-Richters (und zeitweiligen Präsidenten) *Robert Lecourt* aufzeigt, trieb den Gerichtshof allerdings vor allem die Sorge um, wie die Durchsetzung des Rechts der neu geschaffenen Gemeinschaft von einseitigen Selbsthilfe- und Vergeltungsmaßnahmen der Mitgliedstaaten befreit werden konnte. Die Herauslösung des Europarechts aus dem Völkerrecht ist zwar schon von anderen historisch untersucht worden, aber *Phelans* Buch setzt mit der Fokussierung auf *Lecourt* einen neuen Akzent. Außerdem ist es durch seine Orientierung an „great judgments“ besonders anschaulich. Nicht zuletzt erinnert das Buch daran, dass die oft abgehoben und hermetisch erscheinende EuGH-Rechtsprechung zur Autonomie des Unionsrechts ihren Ausgangspunkt in einem Anliegen hat, das auch uns aktuell erscheinen muss, wenn man nur an die Post-Brexit-Beziehung zum Vereinigten Königreich und die Angriffe auf den Vorrang des Unionsrechts in einigen Mitgliedstaaten denkt.

T.A.

Francine Hirsch: *Soviet Judgment at Nuremberg: A New History of the International Military Tribunal after World War II*. – Oxford: Oxford University Press, 2020. 512 S.; geb.: 33.75 €. ISBN 978-0-19-937793-0.

Stalins Sowjetunion hatte einen entscheidenden Anteil daran, dass es zum Nürnberger Prozess kam. Der zentrale Nürnberger Straftatbestand verdankt seinen Namen „Verbrechen gegen den Frieden“ dem sowjetischen Völkerrechtsgelehrten *Aaron Trainin*. Beides dürfte nun stärker ans Licht treten – dank *Francine Hirschs* glänzender Geschichte des sowjetischen Beitrags zur Geburtsstunde des Völkerstrafrechts. Das Buch erhellt einerseits etwa den Hintergrund des bemerkenswerten Eröffnungsvortrags der sowjetischen Anklage-seite mit der tief bewegenden Zeugenaussage des jüdischen Dichters und sowjetischen Partisanen *Abraham Sutzkever*. Andererseits handelt es von dem (gescheiterten) Versuch, den Nationalsozialisten das sowjetische Massaker von Katyn zuzuweisen, von dem fiebrigen Bemühen, das geheime Zusatzprotokoll zum Hitler-Stalin-Pakt aus dem Prozess herauszuhalten oder auch von der fortlaufenden „Tuchfühlung“ des sowjetischen Richters *Iona Timofejewitsch Nikitschenko* mit seiner politischen Führung bis hin zu den Beratungen über die Abfassung des Urteils. In „Soviet Judgment at Nuremberg“ zeigt die Autorin mit dem distanzierten Blick der Historikerin, wie die sowjetische Politik bei ihrem machtvollen Versuch des Zugriffs auf das Recht nicht nur mit den westlichen Alliierten, sondern nicht selten auch mit der widerständigen Eigenlogik des Rechts zu ringen hatte.

C.K.

Adam Cohen: *Supreme Inequality: The Supreme Court's Fifty-Year Battle for a More Unjust America*. – New York: Penguin Random House, 2021. 448 S.; paperback: 16.40 €. ISBN 978-0-73-522152-9.

Dieses von einem rechtskundigen Journalisten verfasste Buch beschreibt, wie der *Supreme Court* der USA unter *Earl Warren* (Chief Justice 1953 bis 1969) seine Rechtsprechung zu stärkerem Schutz der Armen hin orientiert hatte und diese Orientierung sich dann im Gefolge von *Richard Nixons* Richternominierungen gedreht und bis heute im Wesentli-

chen die seitdem verfolgte, im Ergebnis ungleichheitsverschärfende Richtung beibehalten hat. Das wird durch verschiedene Rechtsmaterien – Sozialfürsorge (*welfare*), Bildung, Arbeitsbeziehungen, Demokratiefragen, Verbraucherschutz, Strafrecht i. w. S. – verfolgt. Man kann dem Buch seinen unfairen Untertitel und inhaltliche Unausgewogenheiten ankreiden. Trotzdem ist die Lektüre nachdrücklich zu empfehlen. Sie verschafft ein eindrucksvolles Bild teilweise schockierender Parteilichkeiten des US-amerikanischen

Rechts zulasten der Schwachen, und ein eindrucksvolles Bild des Scheiterns des höchsten Gerichts der USA an der Aufgabe, Rechtsprobleme auf dilemmaentschärfende und entpolarisierende Weise kleinzuarbeiten, Mittelwege zu finden und seine Rechtsprechung so stabil zu halten, dass die Verfassung zwar lebendig bleibt, ihre Inhalte aber nicht mit jedem Wechsel des politischen Nominationshintergrundes der Richtermehrheit neu zur Disposition stehen.

G. L.-W.

Glosse

Die Sorgfalt als Rechtsbegriff – zwischen Deutschem Wörterbuch und Deutsch'schem Korpus

Seit gut vier Jahren steht bundesgerichtlich fest, dass die „Sorgfalt“ zur linguistischen Dreifaltigkeit gehört – den einzigen drei Worten, die im Deutschen auf „-falt“ enden.¹ Woher jedoch stammt der Begriff „Sorgfalt“ eigentlich?

Als Rechtsbegriff reüssiert die Sorgfalt in über 120 Bundesgesetzen und -verordnungen (allein in zwanzig Vorschriften des BGB) und soll doch so alt noch gar nicht sein. Zumindest wenn man dem Doyen des deutschen Haftungsrechts² *Erwin Deutsch* (1929–2016) glaubt. Sorgfalt war gewissermaßen die thematische Klammer um sein Lebenswerk: Angeregt als Student *Ernst Rabels* durch ein Seminarreferat „über die Fahrlässigkeit im amerikanischen Recht“, wurde *Deutsch* 1963 über „die erforderliche Sorgfalt“ habilitiert – ein Thema, das ihn Zeit seines Lebens „nicht mehr loslassen“ würde.³ Noch wenige Jahre vor seinem Tod baute er eine Randnotiz aus seiner damals schon fünfzig Jahre zurückliegenden Habilitationsschrift⁴ zu einer Untersuchung der „Sorgfalt als Rechtsbegriff“ aus.⁵ In diesem wiederholt zitierten⁶ Festschriftbeitrag (auf den sich die nachfolgend in Klammern angegebenen Seitenzahlen beziehen) suchte *Deutsch* nach den Ursprüngen des Begriffes „Sorgfalt“ in der Laien- und Fachsprache und stellte fest, dass die „sprachliche Erscheinung ‚Sorgfalt‘ [...] relativ neuen Datums“ (576) und erst mit dem BGB in die Rechtssprache gelangt sei (577). Wohl deshalb meint noch heute einer seiner Schüler – längst selbst hochrenommiertes Haftungsrechtler –, dass das Substantiv Sorgfalt „wohl“ erst „im 19. Jahrhundert entstanden“ sei.⁷

Neuere computergestützte Recherchen wecken daran indes Zweifel:

1. *Sorgfalt in der Laiensprache*: Im Gegensatz zu seinem Schüler meinte *Deutsch* noch, der Begriff „Sorgfalt“ sei „als Rückbildung aus dem Adjektiv [sorgfältig] zuerst im 17. Jahrhundert“ (576) nachweisbar: „Das Substantiv Sorgfalt tritt erst im 17. Jahrhundert auf“ (575). Dafür berief er sich auf etymologische Wörterbücher, die das Wort in der Tat auf diesen Zeitraum datieren – und es mit *Sorgenfalten* assoziieren,⁸ was auch die *Deutsch*-Schule übernahm.⁹

Zumindest die bisherige Datierung des erstmaligen Auftretens lässt sich allerdings kaum halten: Schon in der ersten Hälfte des 16. Jahrhunderts, als man Würzburg noch „Wirtzburg“ schrieb, berichtete der *Fürstl. Wirtzburgische Rath und Secretarius Lorenz Frieß von Mergetheim* von eines früheren Bischofs „löblicher sorgfalt in beförderung des aufnehmens seines Stifts“ um das Jahr 1250.¹⁰ Das Buch ist seit 2010/2011 in der Digitalen Sammlung der Bayerischen Staatsbibliothek erfasst (www.digitale-sammlungen.de), ebenso wie die 1574 von einem Beisitzer des preußischen Kammergerichts herausgegebene Gerichtsordnung, in deren „Vorrede“ der *Hochgelehrte Herr Raphael Seyler, beyder Rechte Doctor und dazumal der uralten freyen Reichs Stadt Wormbs Rath und Advocaten* seinem Kurfürsten (dem „Erzbischoff zu Meyntz“) versicherte, sein Werk „mit nicht geringer mühe, arbeit und sorgfalt guthertzig zusammen getragen und verfasst“ zu haben.¹¹

Beide Fundstücke belegen, dass eine computergestützte Recherche in digitalen Textkorpora inzwischen weiterführen kann als selbst – und gerade! – die traditionsreichsten etymo-

1 *BPatG*, Beschluss v. 21. 9. 2017 – 25 W (pat) 37/17 (*Vierfalt*) mit Verweis auf *Muthmann*, Rückläufiges deutsches Wörterbuch, 3. Aufl. 2001. Die beiden anderen sind *Vielfalt* und *Einfalt*.

2 *Spickhoff* NJW 1999, 1004, 1005: „führender Haftungsrechtler“.

3 *Spickhoff* VersR 2004, 450.

4 *Deutsch*, Fahrlässigkeit und die erforderliche Sorgfalt, 1963, S. 93 – ebenso 2. Aufl. 1995.

5 *Deutsch*, in: *Wandt/Reiff/Looschelders/Bayer* (Hrsg.), Versicherungsrecht, Haftungs- und Schadensrecht: Festschrift für Egon Lorenz, 2014, S. 575; knapper, aber z. T. wortgleich zuvor schon *Deutsch* JZ 1988, 993, 994; *ders.* VersR 2012, 1193, 1194.

6 *Schaub*, in: BeckOGK BGB, Stand 1.3.2021, § 276 (Schrifttum), § 277 Rn. 10 Fn. 17; *Jansen*, Der Medizinische Standard, 2019, S. 56 Fn. 116; *Wandt*, Versicherungsrecht, 6. Aufl. 2016, S. 246 Fn. 93.

7 *Spickhoff*, Medizinrecht, 3. Aufl. 2018, § 276 BGB Rn. 11.

8 Vor allem *Kluge*, Etymologisches Wörterbuch der deutschen Sprache, 1989 (digital unter www.doi.org/10.1515/9783110845037), S. 680: „Bezeugt seit dem 17. Jh. Rückbildung aus [...] mndl. *sorchvoudich*. Dieses vermutlich als ‚mit Sorgenfalten versehen‘ zu erklären.“; ebenfalls auf das 17. Jh. datieren *Pfeifer* u. a., Etymologisches Wörterbuch des Deutschen, 1993 (digital unter www.dwds.de/wb/etymw/b/Sorgfalt).

9 *Deutsch* (Fn. 4), S. 93; *ders.* (Fn. 5), S. 576; *Spickhoff* (Fn. 7): „Mit der Wahl des Wortes Sorgfalt mag der Gesetzgeber auf die Sorgenfalten anspielen.“ (ohne Wörterbuchbezug); *Borgmann*, in: *Borgmann/Jungke/Schwaiger*, Anwaltschaft, 6. Aufl. 2020, Kap. V Rn. 43 Fn. 140 wiederum mit Verweis auf *Deutsch* JZ 1988, 993, 994.

10 Historie, Nahmen, Geschlecht, Wesen, Thaten, gantz Leben und Sterben der gewesenen Bischoffen zu Wirtzburg und Herzogen zu Francken usw., 1544, S. 565 (C. XXXV.), Digitalisat nbn-resolving.de/urn:nbn:de:bvb:12-bsb10316659-8 aus: *Johann Peter Ludewig* (Hrsg.), Geschichte-Schreiber von dem Bischoffthum Wirtzburg (Bd. 2), 1713.

11 Der Römischen Kaiserlichen Mayestät und gemeiner des Heyligen Reichs Stenden angenommene und bewilligte Cammergerichts Ordnung, Meyntz: Franciscus Behem 1574, Digitalisat nbn-resolving.de/urn:nbn:de:bvb:12-bsb10145479-9.

