

## Juristische Bücher des Jahres - Eine Leseempfehlung\*

Professor Dr. Reinhard Zimmermann, Hamburg

### I. Einleitung

Seit 1995 trifft sich einmal jährlich ein Kreis von Kollegen<sup>1</sup>, um für die Leser dieser Zeitschrift eine Reihe juristischer Leseempfehlungen zusammenzustellen. Die damit verfolgten Intentionen sind bereits mehrfach dargelegt worden (vgl. zuletzt NJW 2003, 3315; NJW 2004, 3466). So mag die Einleitung des diesjährigen Beitrags der Ausräumung des offenbar nahe liegenden Missverständnisses dienen, es gehe hier um eine Art Preisverleihung für die fachlich besten wissenschaftlichen Leistungen des jeweils vergangenen Jahres.

Dass dies nicht so sein kann, zeigt bereits eine einfache Überlegung: Es werden überhaupt nicht alle Publikationen erfasst. Denn zum einen sind nicht nur die Arbeiten der Mitglieder des Lesekreises, sondern auch die aller ihrer Schüler von der Auswahl von vornherein ausgeschlossen. Zum anderen bleiben, da für die Leseempfehlungen so gut wie ausschließlich Monografien eine Rolle spielen, ganze Literaturgattungen unberücksichtigt. Über Aufsätze, auch tiefdringende und umfangreiche, Kommentierungen, Festschriften und andere Sammelbände ist jedenfalls bislang kaum diskutiert worden. Allerdings sind hier die Grenzen gelegentlich fließend. So erscheint in diesem Jahre auf der Nebenliste empfehlenswerter ausländischer Literatur ein Band mit Beiträgen mehrerer Autoren, der in seiner gedanklichen Konsistenz einer Monografie jedoch gleichkommt.

Hinzu kommt manches andere. Die Auswahlentscheidungen beruhen in jedem Jahr auf einem Kompromiss zwischen verschiedenen für relevant erachteten Kriterien. So darf ein ausgewähltes Buch nicht hinter einem gehobenen Standard wissenschaftlicher Prosa zurückbleiben; nach Möglichkeit sollte es durch besondere sprachliche Klarheit oder Eleganz auf sich aufmerksam machen. Was die inhaltliche Seite betrifft, sollte es in Zugriff und Anspruch die Grenzen des Binnendiskurses der jeweils einschlägigen Fachdisziplin überwinden. Damit sind juristisch-dogmatische Arbeiten keineswegs ausgeschlossen. Doch werden sie nur dann berücksichtigt, wenn sie auch Lesern, die an der Erörterung der Thematik nicht von vornherein ein professionelles Interesse haben, Gewinn und Anregung bieten können. In diesem Zusammenhang spielt natürlich vor allem eine Orientierung an den philosophischen, theoretischen, historischen und ökonomischen Grundlagen des Rechts sowie an seinen kulturellen oder internationalen Perspektiven eine Rolle. Auch in diesem Jahr ist die Mehrzahl der ausgewählten Bücher den so genannten Grundlagenfächern zuzurechnen. Von Bedeutung ist weiterhin gerade bei Grundlagenarbeiten rechtshistorischen Charakters der Gesichtspunkt:

Zimmermann: Juristische Bücher des Jahres - Eine Leseempfehlung

NJW 2005 Heft 46 3337

„et tua res agitur“. Hier kann es etwa darum gehen, die geistesgeschichtlichen Wurzeln von Vorstellungen freizulegen, die unser Denken prägen: Dies geschieht in dem Buch von *Harald Maihold* über Strafe für fremde Schuld. *Rudolf Uertz* verfolgt demgegenüber das Ringen der katholischen Kirche um die Anerkennung gesellschaftlicher Wertvorstellungen und regt damit dazu an, die Redeweise vom „christlichen Europa“ neu zu überdenken. Gleichzeitig gewinnt der Leser ein Verständnis für ähnlich schmerzhaft adaptationsprozesse in anderen Religionen, mit denen wir auch in Deutschland immer stärker konfrontiert werden. Schließlich: Wer sind die Adressaten unserer Empfehlungen? Dies lässt sich kaum anders als mit einer sehr allgemeinen Formel definieren: jeder Jurist, dessen intellektueller Horizont über die Probleme seiner Alltagsarbeit hinausreicht. Zwar ist ohne weiteres zuzugeben, dass sich auch für ihn die meisten der hier vorgeschlagenen Werke nicht zur Nachttischlektüre eignen (obwohl jedenfalls *ein* solches Buch, das von *Oesterle*, in der diesjährigen Auswahl enthalten ist). Aber im Übrigen sind im Grunde nur etwas Ruhe und Konzentration erforderlich, um von der Lektüre zu profitieren. Auch der vielseitig interessierte Leser (ja gerade er) hat wenig Zeit, und deshalb wird nicht zuletzt die Länge eines Buches berücksichtigt. Kürze ist zumeist eine Tugend. Das Buch von *Uertz* erscheint in der diesjährigen Liste nicht *weil*, sondern *obwohl* es vergleichsweise „lang“ ist.

All dies ist ein komplexes Bündel von Kriterien, die Jahr für Jahr neu erörtert, erprobt und mitunter auch unterschiedlich gewichtet werden. Unsicher ist zudem bereits der der Auswahl zu Grunde liegende Begriff des „juristischen Buchs“. Immerhin sind drei der Leseempfehlungen dieses Jahres nicht von Juristen verfasst worden; sie stammen von einem Soziologen, einem Politikwissenschaftler

und einem Journalisten. Man kann sich durchaus fragen, ob ein Soziologe ein juristisches Buch schreiben kann (*Beckert*). Doch denken wir, dass es sich jedenfalls um ein Buch für Juristen (oder genauer: *auch* für Juristen) handelt, denn es befasst sich mit einem genuin juristischen Thema aus der Sicht einer anderen Disziplin. Diese Außensicht hat gerade für Juristen einen spezifischen Charme. Besonders strapaziert wird der Begriff des „juristischen Buches“ durch das Stammheim-Buch von *Kurt Oesterle*. Hier besteht die Verbindung zum Juristischen im Grunde nur darin, dass es um eines der spektakulärsten Strafverfahren in der Geschichte der Bundesrepublik geht; dass hier eine ansonsten eher vernachlässigte Perspektive, nämlich die des Strafvollzugsbeamten, im Mittelpunkt einer spannenden Reportage steht; und dass die Frage, wie der Staat mit denjenigen umgeht, die ihn bekämpfen, ein zentrales Thema auch der juristischen Zeitgeschichte ist.

Schließlich beruht die Auswahl der juristischen Bücher des Jahres auf gewissen Unwägbarkeiten auch insoweit, als nur solche Bücher berücksichtigt werden, die zumindest einem der Mitglieder der Leserunde aufgefallen und dann zur Diskussion gestellt worden sind. Keiner von uns hat einen Überblick über alle in einem Jahr erschienenen Dissertationen und Habilitationen, und keiner von uns kann sich deshalb ein vergleichend fundiertes Urteil über die jeweils beste Arbeit erlauben. Wir können für uns nicht mehr in Anspruch nehmen, als dass es sich um gute Bücher handelt, die aus dem Durchschnitt juristisch-literarischer Produktion herausragen und die deshalb einem weiteren Kreis interessierter Juristen zur Lektüre empfohlen werden können. Es ist offensichtlich, dass sich dieser Anspruch nicht mit den Kriterien von Forschungsförderungsorganisationen oder Berufungsausschüssen deckt.

Unsere Wahl ist in diesem Jahr auf sieben Bücher gefallen. Drei von ihnen sind Dissertationen, zwei Habilitationsschriften, eine gehört der immer selteneren Gattung von Monografien an, die keine Qualifikationsschrift darstellen. Das Stammheim-Buch beschreibt sich selbst als „Komposition aus Erzählung, literarischer Reportage und historischem Essay“. Vier Bücher gehören in den Bereich der Grundlagenfächer (Römisches Recht, Rechtsgeschichte, Rechtstheorie und Methodenlehre), zwei weitere haben starke Grundlagenbezüge. Zudem werden von einzelnen Mitgliedern des Lesekreises drei ausländische Bücher empfohlen.

## II. Die ausgewählten Bücher

*Katharina Schickert*, Der Schutz literarischer Urheberschaft im Rom der klassischen Antike, Mohr Siebeck, Tübingen 2005, 164 S.

Das Buch von *Katharina Schickert* hat das Prädikat „pffiffig“ erhalten. Selbst wer sich bislang nicht sonderlich für römische Rechtsgeschichte interessierte, wird sich gern von Frau *Schickert* in literarisch gewandtem Stil in das antike Verlags- und Bibliothekswesen und den antiken Buchhandel einführen lassen und sich freuen über die anschauliche Beschreibung, wie denn solche Bücher ausgesehen haben und hergestellt wurden.

Rechtshistorisch gilt als gesichert, dass es im Rom der klassischen Antike kein Urheberrecht im juristischen Sinne gab. Die Verfasserin begnügt sich damit nicht, vor allem nicht mit der These, dem damaligen Rechtsdenken habe die Fähigkeit zur Abstraktion gefehlt. Die Römer kannten sehr wohl körperlose Sachen, die nur im Recht und durch das Recht bestanden. Sie fragt mit Bedacht allgemeiner nach dem Schutz literarischer Urheberschaft. Damit ist die Brücke geschlagen zur Ideen-, Sozial- und Wirtschaftsgeschichte. Der Stellenwert literarischen Schaffens, die politische und gesellschaftliche Einbettung schriftstellerischer Tätigkeit, die Bedeutung der Sprache (oft genug der griechischen), die ganz andere Einschätzung von „Originalität“ werden im steten Wechselspiel mit Rechtsfragen aller Art erschlossen. Flüssig und spannend lässt *Schickert* zum Beispiel Mäzenatentum, das Eigentum am abgesandten Brief (scil. dem papierenen Gegenstand) und dessen gedanklichem Gehalt, den Unterschied zwischen Honoraranspruch und Honorarerwartung, zwischen Plagiat und ruhmreichem Wettkampf mit großen Vorbildern Revue passieren. Dieses Unterfangen erzwingt die intensive Auseinandersetzung sowohl mit juristischen wie literarischen Quellen, die sauber nachgewiesen sind, ohne die Lesbarkeit zu beeinträchtigen. Ein philosophisches Kompendium dagegen kann und will ein solches Buch nicht sein. Griechische und römische Vorstellungen vom Schaffensprozess sind denn auch nur als Skizze ausgeführt. Jedenfalls rückt das Werk, den Göttern nah, deutlich in den Vordergrund, was auch die Rolle des Urhebers bestimmt. Die Anerkennung von Urheberschaft und Werkintegrität spiegelt sich in den Reaktionen auf deren Missachtung. Interessen und Interessenkonflikte sind untrennbar verknüpft mit der Verbreitungs- bzw. bei Theaterstücken der Aufführungspraxis. Ein kurzer Einschub über das heutige Verständnis arbeitet das noch deutlicher heraus und ermöglicht zugleich eine Momentaufnahme des deutschen Urheberrechts.

Die Urheberpersönlichkeit im antiken Rom wird getragen vom Wohlwollen der Musen, geehrt durch (fehlerfreie) Vervielfältigung und Verbreitung des Werks in autorisierter Form. Reputation ist, oft

stärker noch als wirtschaftliche Aspekte, eine mächtige Antriebskraft. Nach der Erstveröffentlichung ist die weitere Verwertung eines Werks willkommen, Textentstellungen und Plagiate jedoch rufen beträchtliche Empörung hervor. Auch im heutigen Wirtschaftsrecht wäre eine beschränkte Betrachtung von Recht im engen Sinn der klageweise

*Zimmermann: Juristische Bücher des Jahres - Eine Leseempfehlung*

*NJW 2005 Heft 46 3338*

durchsetzbaren Ansprüche angesichts der Bedeutung von Verhaltenskodices und Reputation unvollständig. Dass Urheberchaft auch ohne Urheberrecht im engen Sinn (Rechts-)Schutz genießen konnte, ist das differenzierte Ergebnis einer Arbeit, die sich den Musen wohl verbunden weiß.

*Harald Maihold, Strafe für fremde Schuld? Die Systematisierung des Strafbegriffs in der spanischen Spätscholastik und Naturrechtslehre, Böhlau Verlag, Köln 2005, 393 S.*

Im deutschen Sprachraum wird gegenwärtig mit Vehemenz über die Einführung einer Strafbarkeit von Verbänden gestritten. Im anglo-amerikanischen Rechtskreis sind strafrechtliche Sanktionen gegen juristische Personen bereits seit längerem weit verbreitet. Zahlreiche kontinentaleuropäische Staaten erkennen mittlerweile ebenfalls die Zulässigkeit von Verbandsstrafen an. Auch die Mehrheit der deutschen Autoren tendiert dazu, die Möglichkeit einer strafrechtlichen Haftung von Unternehmen zu bejahen. Nach Auffassung der Kritiker löst sich das Strafrecht mit der Zulassung von Verbandsstrafen von der Vorstellung, individuelle Schuld sei eine notwendige Bedingung von Strafbarkeit. An die Stelle einer im Sinne von persönlicher Vorwerfbarkeit verstandenen Schuld trete in dem sich abzeichnenden künftigen Strafrecht die vage und äußerst dehnbare Kategorie der Verantwortlichkeit. Wenn eine Tradition sich ihrem Ende zuneigt, stellt sich die Frage nach ihren Anfängen mit besonderem Nachdruck. In seiner Dissertation „Strafe für fremde Schuld“, einem Werk von imponierender Gelehrsamkeit, zeigt *Harald Maihold* anhand minutiöser Quellenstudien, dass diese Anfänge in der Theologie des Mittelalters zu suchen sind. Ist es zulässig, wegen der Sünden Einzelner die Exkommunikation bzw. das Interdikt gegen die gesamte Einwohnerschaft einer Stadt zu verhängen? Wie ist mit den Söhnen von Häretikern und Majestätsverbrechern zu verfahren? *Maihold* weist nach, dass im Zuge der Diskussion dieser und ähnlicher Fragen die „Strafe ohne Schuld“ allmählich aus dem Bereich der „echten“ Strafe herausgenommen und auf eigene Füße gestellt wurde. Mit der Straftheorie des *Thomas von Aquin* einsetzend, gelangte diese Entwicklung in der spanischen Spätscholastik des 16. Jahrhunderts zu einem gewissen Abschluss.

*Thomas von Aquin* schied die „eigentliche Strafe“ (*poena rationem poenae*) als Schuldstrafe von Strafmaßnahmen mit anderen Zielen. Die „eigentliche Strafe“ bezwecke einen Ausgleich der freiwilligen Sünde durch ein unfreiwilliges Leiden. Sie sei niemals für die Sünde eines anderen möglich, weil die Sünde etwas Höchstpersönliches sei. Anders liege es bei der „medizinale Strafe“ (*poena medicinalis*). Mit ihr dürften präventive Zwecke verfolgt werden: Heilung von der begangenen Sünde oder Bewahrung vor künftigen Sünden. Noch entschiedener als *Thomas von Aquin* bekannten sich die Theologen der spanischen Spätscholastik zu der zentralen Rolle der Schuldkategorie innerhalb des Strafbegriffs. *Alfonso de Castro* (1495-1558) war der erste, der die Strafe ganz auf die Schuldstrafe reduzierte und andere Phänomene - insbesondere jene Übel, die einem „medizinale“ (präventiven) Zweck zu dienen bestimmt seien - außerhalb des Strafbegriffs neu ansiedelte. Die Differenzierungen der Theologen fanden über die spanische Kanonistik des 16. Jahrhunderts allmählich Eingang in die Jurisprudenz und wurden von dort an die spätere Naturrechtslehre und die sich herausbildende rein weltliche Rechtswissenschaft weitergegeben. So wurde es möglich, eine allgemeine Geltung des Schuldprinzips für das Gebiet der „echten“ Strafen zu postulieren. Die schuldunabhängigen Zwangsmaßnahmen wurden hingegen unter Berufung auf ihre Unverzichtbarkeit für das gemeine Wohl legitimiert und allmählich in ein auf Sicherung der Gesellschaft und Besserung der Delinquenten abstellendes neuartiges Präventionsrecht überführt. Damit waren die Grundlagen für die „Zweigleisigkeit“ des modernen Strafrechts gelegt. In der heutigen Tendenz zur Gleichstellung der Verbandsstrafe mit den „echten“ Strafen erblickt der Verfasser vor dem Hintergrund seiner rechtsgeschichtlichen Analysen die Abkehr von einer 500-jährigen Rechtstradition.

Der Ausgangspunkt dieser Tradition ist kaum je eindringlicher dargestellt worden als in der Arbeit *Maiholds*. *Maihold* belegt den immensen Einfluss, den die Theologie auf die Entstehung des modernen Strafrechts genommen hat. Es war die Idee der göttlichen Gerechtigkeit, die das Schuldprinzip hervorbrachte und die das Phänomen einer Strafe für fremde Schuld zunehmend als ein irritierendes, ja irreguläres Phänomen erscheinen ließ. In höchst anschaulicher Weise lässt *Maihold* den Leser an den vielfältigen Versuchen der frühneuzeitlichen Theologen und Juristen teilnehmen, mit dieser Problematik fertig zu werden. Wer erfahren will, wie wir im Bereich des Strafrechts wurden, was wir zumindest bis gestern noch waren, sollte zu *Maiholds* Buch greifen.

*Rudolf Uertz, Vom Gottesrecht zum Menschenrecht. Das katholische Staatsdenken in Deutschland von der Französischen Revolution bis zum II. Vatikanischen Konzil (1789-1965), Verlag Ferdinand*

Schöningh, Paderborn u.a. 2005, 552 S.

Der erläuternde Untertitel dieser gewichtigen Eichstätter politikwissenschaftlichen Habilitationsschrift steckt den zeitlichen Rahmen ebenso klar ab, wie der schlagkräftige Haupttitel die inhaltliche Kernaussage benennt. Es geht um nichts Geringeres als den gewaltigen Wandlungsprozess, den das katholische Staatsdenken angesichts der Herausbildung des modernen Verfassungsstaates durchlaufen hat. Wandel bedeutet hier im Zeitraum von gut 150 Jahren vollständige Umorientierung: Während das katholische Lehramt unter *Pius VI.* und die offizielle theologische Doktrin die Erklärung der Menschen- und Bürgerrechte zunächst ebenso radikal für unvereinbar mit Vernunft und Offenbarung erklärten wie den Gedanken der Volkssouveränität, setzte sich (erst) mit dem II. Vatikanischen Konzil die Anerkennung und positive Würdigung der wesentlichen Elemente moderner Verfassungsstaatlichkeit und somit die genau entgegengesetzte Position durch. Nunmehr gelten die in der Würde des Einzelnen wurzelnden Menschenrechte als für eine gerechte politische Ordnung unabdingbar, wird eine demokratische politische Ordnung ausdrücklich bejaht. Wie es zu einem derartig fundamentalen Umschwung von der „Rundumabwehr“ (*Böckenförde*) der Ideen der Aufklärung zu ihrer Bejahung kommen konnte, welche Entwicklungsschritte namentlich der katholischen Laienethik und welche Rückschritte namentlich des päpstlichen Lehramts notwendig waren, wie beharrende und vorwärtstreibende Kräfte im 19. Jahrhundert sowie insbesondere in den bewegten Jahren der Weimarer Republik aufeinander trafen - dies alles schildert das gründliche, lückenschließende Werk in tief greifender, exakter Analyse. Neben der eingehenden Würdigung der Neuscholastik wird dabei implizit auch deutlich, dass die Bejahung von Menschenrechten und Volkssouveränität nicht etwa „dem“ Christentum von Anbeginn eingeschrieben, sondern Folge einer bestimmten, historisch voraussetzungsreichen Interpretation des christlichen Glaubens ist. Die gelehrte, aber niemals langweilige Schrift wird für lange Zeit die maßgebliche Studie zur Entwicklung des modernen katholischen Staatsdenkens bleiben. Ihre Lektüre stellt ein Muss für jeden dar, der sich für das Verhältnis von Staat und Religion im Allgemeinen und von Christentum und Verfassungsstaat im Besonderen interessiert. Man kann das insofern durchaus brisante Buch im Übrigen nicht allein als historischen Rückblick auf mittlerweile vergangene Zeiten und längst geschlagene

*Zimmermann: Juristische Bücher des Jahres - Eine Leseempfehlung*

*NJW 2005 Heft 46 3339*

Schlachten lesen, sondern auch als lehrreichen (wenngleich nicht gerade besonders optimistisch stimmenden) Beitrag zu gravierenden Problemen unserer Tage.

*Stephan Meder, Missverstehen und Verstehen: Savignys Grundlegung der juristischen Hermeneutik, Mohr Siebeck, Tübingen 2004, 269 S.*

Es handelt sich um eine Analyse von *Savignys* Lehre von der „Auslegung der Gesetze“, die er seit 1802 in Vorlesungen vorgetragen und 1840 im ersten Band des „Systems des heutigen römischen Rechts“ veröffentlicht hat. *Meder* versteht diese Ausführungen *Savignys*, im Unterschied zu vielen modernen Darstellungen, nicht als eine juristische Methodenlehre (d. h. eine Aufstellung von verbindlichen Regeln zum korrekten Umgang mit dem Gesetz und zur korrekten Lösung von Rechtsfällen), sondern als eine juristische „Hermeneutik“, das heißt als eine Analyse des „Verstehens“ juristischer Texte, namentlich von Gesetzestexten. Bis ins beginnende 19. Jahrhundert - so sein Befund - fasste man Hermeneutik als „Stellenhermeneutik“ auf (Ermittlung des Sinns dunkler „Stellen“ in einem vorgegebenen Text), mit der Folge, dass klare Texte nicht als Gegenstand der Interpretation angesehen wurden - eine Ansicht, die auch heute noch als *Acte clair*-Doktrin im englischen und französischen Recht verbreitet ist und im europäischen Recht bei der Anwendung des Art. 234 EG (Vorlagepflicht der nationalen Gerichte zum *EuGH*) eine wichtige Rolle spielt. Die „moderne“ Hermeneutik, die in Deutschland gleichzeitig von *Savigny* für die Jurisprudenz, von *Schleiermacher* und *Boeckh* (mit den Vorläufern *F.A. Wolf* und *Ast*) für die Theologie und Philosophie entwickelt worden ist und im 20. Jahrhundert durch *Gadamer* ihre philosophische Neubegründung erfahren hat, beruht dagegen auf dem Ausgangspunkt, dass jeder, auch der klare Text, der Auslegung bedürfe (*Schleiermacher* erklärte das damit, dass jeder Text Gegenstand eines möglichen Missverständnisses sei und dass die Auslegung dieses Missverständnis abwehren müsse - daher der Titel „Missverstehen und Verstehen“).

*Meder* versteht die Entwicklung der Hermeneutik bei *Savigny*, *Schleiermacher* und *Boeckh* als einen geistesgeschichtlichen Prozess, der in der Kantischen Kritik der Urteilskraft seine gemeinsame Wurzel habe. Zwischen den beteiligten Autoren bestanden enge persönliche Verbindungen; jedoch hätten insbesondere *Savigny* und *Schleiermacher* ihre Lehren unabhängig voneinander entwickelt, trotz mancher frappierender Übereinstimmungen (dazu S. 28ff., zu den gemeinsamen geistesgeschichtlichen Grundlagen im Gedankengut der deutschen Klassik der Goethezeit S. 43ff., zur Philosophie *Kants* S. 52ff. und nochmals S. 96ff.).

Von diesem Ausgangspunkt aus entwickelt *Meder* die einzelnen hermeneutischen Fragestellungen

und die Antworten, die sich den Texten *Savignys* dazu entnehmen lassen, wobei zur Ergänzung und Erläuterung immer wieder auch auf die parallelen Texte bei *Schleiermacher* und *Boeckh* zurückgegriffen wird: so S. 64ff. zur „Anwendungsbezogenheit“ des *Savigny'schen* Auslegungskonzepts, S. 85ff. zur Auslegung als „Kunst“, S. 106ff. zur Formel, dass es möglich und geboten sei, den Text besser zu verstehen als der Autor (die *Savigny* in dieser Form allerdings nicht verwendet), S. 131ff. zu den Grenzen der Interpretation, S. 149ff. zu Analogie und Rechtsfortbildung, S. 170ff. zur Bedeutung des Systemgedankens und S. 193ff. zur Denkfigur des „hermeneutischen Zirkels“ in *Savignys* Auslegungslehre. Dabei hat *Meder* Gelegenheit, manche kritischen Einwände zu entkräften, die *Gadamer* (soweit es *Savigny* betrifft, wohl im Anschluss an *Forsthoff*) gegenüber der Hermeneutik *Savignys*, aber auch *Schleiermachers* erhoben hat, und manche Fehlbeurteilungen (übrigens durchaus widersprüchlicher Art) zu entkräften, die in der neueren rechtswissenschaftlichen Literatur anzutreffen sind, soweit sie sich mit *Savigny* befasst. Im abschließenden Kapitel hebt er hervor, was uns Heutige mit *Savigny* verbindet; nicht so sehr, was uns von ihm trennt.

Das angenehm zu lesende Buch bietet jedem an den methodischen Grundlagen der Jurisprudenz interessierten Leser Anregung und Gewinn. Besonders interessant ist die Verbindung von *Savignys* Hermeneutik und *Kants* Kritik der Urteilskraft. Auch die Einbeziehung der parallel laufenden theologischen Diskussion trägt viel zu einem vertieften Verständnis der auch heute noch einflussreichen Lehre *Savignys* bei. Es ist schön, dass solche Monografien noch geschrieben und veröffentlicht werden, auch ohne dass sie von der Absicht einer Promotion oder Habilitation getragen werden.

*Marietta Auer*, Materialisierung, Flexibilisierung, Richterfreiheit. Generalklauseln im Spiegel der Antinomien des Privatrechtsdenkens, Mohr Siebeck, Tübingen 2005, 262 S.

Die Autorin dieser mit dem Münchner Fakultätspreis ausgezeichneten Dissertation geht rechtstheoretisch, rechtshistorisch und rechtsvergleichend vor. Sie ist unzufrieden mit der traditionellen Einordnung der Generalklauseln in ein als geschlossenes System vorgestelltes Privatrecht. In ihm erscheinen §§ 138 I, 242 BGB als Ausnahmen, deren Reichweite man mit dem klassischen methodischen Instrumentarium zu begrenzen sucht. Ihr schwebt vor, von drei grundlegenden Antinomien des Privatrechts auszugehen: Einem materiell-rechtlichen „Grundwiderspruch“ zwischen individueller Freiheit und „kollektivistischer“ Sorge für die Schwachen, einem weiteren formalen zwischen Rechtssicherheit und Einzelfallgerechtigkeit, sowie schließlich einem institutionellen zwischen Gesetzgeber und Richter. Nun sind diese Antinomien gewiss nichts Neues, aber ihre Diskussion findet stets separat im materiellen Recht, Prozessrecht oder Verfassungsrecht statt. Hier werden sie auf einleuchtende Weise miteinander verknüpft.

Den Grundgedanken exemplifiziert *Marietta Auer* an den Generalklauseln in dreifacher Weise. Der erste Teil ist der Privatrechtstheorie gewidmet, der zweite der rechtsgeschichtlichen Darstellung der deutschen Debatte über die Generalklauseln in der Frühzeit des BGB, der dritte schließlich der Rechtsvergleichung mit der Debatte in den USA. Frau *Auer* belegt überzeugend, übrigens auch an zahlreichen Beispielen aus der aktuellen Rechtsprechung, dass die Antinomien dem Zivilrecht stets zu Grunde lagen, dass sie in anderen Rechtsordnungen nur unter anderen Bezeichnungen diskutiert werden und dass sie - unter den Bedingungen eines Kodifikationssystems - kausal für die „Karriere“ von Generalklauseln werden mussten. Ein fest gefügtes System muss ständig mit dem Paradox leben, dass seine Festigkeit nur dann erhalten werden kann, wenn sie in typisch antinomischen Entscheidungslagen aufgeweicht wird.

Ein besonderes Verdienst der Arbeit liegt in der durchdachten Konfrontation einer Problematik der klassischen deutschen Methodenlehre mit den Ergebnissen der US-amerikanischen „critical legal studies“. Während die deutsche Methodik - repräsentiert durch *Auers* Münchner Lehrer *Canaris* - streng systemimmanent und mit hoher Relevanz für die Rechtsfindung diskutiert, erhebt sich die US-Lehre - repräsentiert durch *Auers* Lehrer in Harvard *Duncan Kennedy* - auf eine Meta-Ebene, die ihr einerseits eine übergeordnete Beurteilungsperspektive ermöglicht, sie andererseits jedoch auf die Rolle des bloßen Beobachters reduziert. Der Verfasserin gelingt es, diese beiden Ebenen zusammenzuführen, ohne in eklektische Beliebigkeit zu geraten. Bei alledem ist das Werk erfreulich schmal geblieben. Der Leser

*Zimmermann: Juristische Bücher des Jahres - Eine Leseempfehlung*

*NJW 2005 Heft 46 3340*

findet also nicht eine erneute Materialschlacht um §§ 138, 242 BGB, sondern eine zwar weit ausgreifende und unter Einbeziehung konkreten Fallmaterials geschriebene, dabei aber intelligent reduzierte und besonders „lesbare“ Studie.

*Jens Beckert*, Unverdientes Vermögen, Campus Verlag, Frankfurt/New York 2004, 423 S.

„Unverdientes Vermögen“ ist der Versuch einer Soziologie des Erbrechts, und zwar nicht aus der Feder eines Juristen, sondern eines Soziologen. *Beckert* untersucht die Entwicklung des Erbrechts in

ihrem Verhältnis zur Entwicklung des Diskurses über Erbrecht anhand von vier zentralen Konfliktbereichen in drei verschiedenen Rechtsordnungen und über zwei Jahrhunderte hinweg. Die Konfliktbereiche sind (i) die Testierfreiheit und ihre Beschränkung durch Pflichtteilsrechte für Angehörige des Erblassers; (ii) die gesetzliche Erbfolgeordnung; (iii) der Versuch dauernder Vermögensbindung durch Fideikommiss und (iv) die Beteiligung des Staates an Erbschaften vor allem durch Erhebung einer Erbschaftsteuer. Die drei untersuchten Rechtsordnungen sind Deutschland, Frankreich und die USA; und der erfasste Zeitraum sind die letzten beiden Jahrhunderte. *Beckert* zeigt, dass in allen drei behandelten Ländern von einer Seite in der Auseinandersetzung die Position eines möglichst unbeschränkten Erbrechts vertreten wird. Ihr stehen in allen drei Ländern kritische Auffassungen gegenüber, die auf spezifische Argumente zurückgreifen, die zwischen den drei Ländern unterschiedlich sind, innerhalb der Länder jedoch eine große Kontinuität aufweisen. Abgekürzt lässt sich sagen, dass diese unterschiedlichen Auffassungen das individualistisch-meritokratische Eigentumsverständnis in den USA, das familiär-soziale Eigentumsverständnis in Deutschland und das egalitär-familiäre Eigentumsverständnis in Frankreich spiegeln. Diese These belegt *Beckert* in den vier Hauptkapiteln seiner Arbeit anschaulich und im Wesentlichen überzeugend. Insgesamt geht es ihm freilich nicht um den Nachweis, dass die von ihm herausgearbeiteten Diskurse und Begründungsordnungen die Erbrechtsentwicklung allein erklären könnten; vielmehr spielen sie neben anderen Aspekten (insbesondere ökonomischen) ebenfalls eine Rolle. Das ist angesichts der häufig festzustellenden Vernachlässigung des kulturellen Moments als Erklärungsfaktor für die Rechtsentwicklung eine notwendige und in ihrer Bescheidenheit sympathische These. Kritisch lässt sich freilich einwenden, dass *Beckert* insgesamt kaum mehr sagt, als dass die Rechtsentwicklung von einer Reihe unterschiedlicher Faktoren bestimmt wird. Die große Stärke des Buches liegt deshalb nicht so sehr in der theoretischen Diskussion, als in der anschaulichen Herausarbeitung der Erbrechtsdiskurse (einschließlich der maßgeblichen Parlamentsdebatte) in den drei betroffenen Ländern und in deren vergleichender Analyse.

*Kurt Oesterle*, Stammheim: Die Geschichte des Vollzugsbeamten Horst Bubeck, Klöpfer & Meyer, Tübingen 2003, 3. Aufl. (2004), 182 S.

Die rund 500 Akten des RAF-Prozesses in Stuttgart-Stammheim, der am 28. 4. 1977 mit einem Urteil endete, sind seit dem Frühjahr 2005 nach Ablauf der Frist von 30 Jahren für die Öffentlichkeit zugänglich. Das hier vorgestellte Buch, das 2004 in 3. Auflage vorliegt, rührt in besonderer Weise noch einmal an diesem unseligen Komplex, der sich tief in die Geschichte der Bundesrepublik eingeschrieben hat.

Man erinnere sich: Von der Kerngruppe mit *Andreas Baader*, *Ulrike Meinhof*, *Gudrun Ensslin*, *Jan-Carl Raspe* und *Holger Meins* lebten am Ende des Prozesses nur noch *Baader*, *Ensslin* und *Raspe*, die dann wegen Mordes in vier Fällen und Mordversuchs in 34 Fällen zu lebenslanger Haft verurteilt wurden. Von Anfang an waren sie ein „Problem“. Sie wollten selbst eines sein, indem sie für ihre Taten Rechtfertigungen im Völkerrecht suchten und es dabei darauf anlegten, dem Staat die Maske des Rechtsstaats abzureißen, um den von ihnen als selbstverständlich unterstellten „Faschismus“ sichtbar zu machen. Sie trafen dabei auf weitere Problemfelder, eine zu jeder Aufheizung bereite Massenpresse, eine nachgiebige Justiz und eine verunsicherte Politik.

*Kurt Oesterle*, Philologe und freier Autor in Tübingen, erzählt die Geschichte von Stuttgart-Stammheim einmal anders, nämlich nicht aus der Perspektive der „Gesellschaft“ im weitesten Sinne (*Jillian Becker*, *Hitlers Kinder? Der Baader-Meinhof-Terrorismus*, London 1977, dt. 1978; *Stefan Aust*, *Der Baader-Meinhof-Komplex*, neueste Aufl. Hamburg 2005), sondern aus der des leitenden Vollzugsbeamten *Horst Bubeck*, auf der Grundlage von dessen Aufzeichnungen und von Interviews mit ihm. Der Leser gerät so auf die „andere Seite“, lernt den Vollzug von innen kennen und erlebt das Drama der allein gelassenen Vollzugsbeamten, die zwischen Justiz und Politik, einer hoch emotionalisierten Gesellschaft, der Massenpresse, aggressiven und zynischen Gefangenen und ihren Verteidigern eingeklemmt erschienen. Die Politiker sehen aus dieser Perspektive ebenso schlecht aus wie eine Justiz, die den Gefangenen nahezu allen Komfort und jede Freiheit genehmigte, die sie forderten. Der Staat, so kann man es sehen, reagierte damals angstbesetzt und hochgerüstet, nicht anders als die ganze Gesellschaft. Die Spannung zwischen rechtsstaatlicher Unschuldsumutung samt deren möglicher Ausnutzung und dem Ruf nach Sicherheit, für den der „Hochsicherheitstrakt“ von Stammheim Symbol geworden ist, wird fast körperlich greifbar.

Das Buch ist nicht nur ein Zeitdokument und eine Anerkennung für einen aufrechten Beamten, sondern auch eine höchst lesenswerte Studie über den Strafvollzug, im konkreten Fall über jene Untersuchungshaft unter besonderen Bedingungen. Sie ist mit hoher sprachlicher und gedanklicher Sensibilität geschrieben, menschlich anrührend und, gerade wegen so vieler kontroverser Deutungsmöglichkeiten, genau im Ausdruck.

Hingewiesen sei schließlich noch auf drei ausländische Bücher, die im vergangenen Jahr erschienen

sind.

*Reinier Kraakman, Paul Davies, Henry Hansmann, Gerard Hertig, Klaus J. Hopt, Hideki Kanda und Edward B. Rock, The Anatomy of Corporate Law. A Comparative and Functional Approach, Oxford University Press, Oxford 2004, 231 S.*

Das schmale Buch demonstriert einen sehr seltenen Typus von souveräner Teamarbeit (kein Herausgeber, in unterschiedlicher Besetzung gezeichnete Kapitel) der weltweit wichtigsten Fachvertreter und bildet im Grunde einen Mosaikstein für ein „Weltrecht“. Es behandelt in rechtsvergleichender und funktional-analytischer Weise Grundfragen der Gestaltung von unternehmerischen Einheiten. Die Autoren bereiten auf knappstem Raum die gemeinsamen Sachprobleme und unterschiedlichen Lösungen einzelner Rechtsordnungen systematisch auf. Art und Weise der Darstellung sprechen einen großen Kreis von Lesern an: Jurastudenten unter jeder Rechtsordnung könnten daraus ein wirkliches Verständnis für zentrale Regelungsanliegen gewinnen, Rechtspolitiker ihre Vorschläge abgleichen und Anregungen erhalten und Wissenschaftler Distanz zum Untersuchungsgegenstand des eigenen Rechts finden. (*Christine Windbichler, Wolfgang Schön*)  
*Nicola Lacey, A Life of H.L.A. Hart: The Nightmare and the Noble Dream, Oxford University Press, Oxford 2004, 422 S.*

*H.L.A. Hart*, Professor of Jurisprudence in Oxford von 1952 bis 1968, war einer der bedeutendsten und einflussreichsten

*Zimmermann: Juristische Bücher des Jahres - Eine Leseempfehlung*

NJW 2005 Heft 46 3341

Rechtsphilosophen des 20. Jahrhunderts. Für viele war er eine Figur des intellektuellen und sozialen Establishment in England par excellence (nach seiner Emeritierung wurde er Principal des Brasenose College). *Nicola Lacey*s Biografie widmet sich Werk und Wirkung ebenso wie der faszinierenden und komplexen Persönlichkeit *Harts*. Der aus einer Perspektive kritischer Sympathie geschriebenen Darstellung kommt besonders zugute, dass die Biografin Zugang zu den persönlichen Papieren *Harts* und seiner Familie hatte. Gleichzeitig wird damit ein ungemein gut lesbarer Einblick in das intellektuelle Leben Oxfords in der Zeit seit dem Zweiten Weltkrieg geboten. (*Reinhard Zimmermann*)

*Calum Carmichael, Ideas and the Man: Remembering David Daube, Vittorio Klostermann, Frankfurt 2004, 173 S.*

Ein sehr persönliches Erinnerungsbuch an den überaus gelehrten und originellen Rechtshistoriker der antiken mediterranen Welt, *David Daube* (1909-1999), der 1933 aus Deutschland vertrieben wurde, um dann in Aberdeen, als Regius Professor in Oxford und in Berkeley, zahlreiche Schüler und Bewunderer zu finden. *Carmichaels* „memoir“ beschwört nicht nur die Intelligenz und Heiterkeit *Daubes*, sondern zeigt auch, was ihn methodisch auszeichnete. (*Michael Stolleis*)

---

\*Der Redaktor dieses Beitrags und Koordinator der Leserunde, auf deren Beratungen der Beitrag beruht, ist Direktor am Hamburger Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Privatrecht.

<sup>1</sup>Dieser Kreis hat sich im Laufe der Jahre immer wieder verändert; derzeit gehören ihm an: *Horst Dreier* (Würzburg), *Klaus Günther* (Frankfurt a.M.), *Ulrich Huber* (Bonn), *Hein Kötz* (Hamburg), *Gertrude Lübbecke-Wolff* (Karlsruhe), *Michael Pawlik* (Regensburg), *Karsten Schmidt* (Hamburg), *Wolfgang Schön* (München), *Michael Stolleis* (Frankfurt a.M.), *Christine Windbichler* (Berlin) und *Reinhard Zimmermann* (Hamburg).