

Die Struktur der Frage: »Wozu Rechtsgeschichte?« *

»Wie gesagt: denk nicht, sondern schau!«
(L. Wittgenstein)

1. Frage I und Frage II

Wozu Rechtsgeschichte? (Frage I) – Eine Frage, die »alt« ist, sofern sie bereits zahllose, vor allem aber rechtshistorisch interessierte Intellektuelle dazu verführt hat, auf sie je eigene Antworten zu geben. Es scheint keine ausschlaggebende Meinung zu ihr mehr zu geben. Und doch wird sie immer und immer wieder, in letzter Zeit sogar noch häufiger, mit verschiedenen Akzentuierungen, gestellt. Interessant ist demnach nicht mehr die bloße »Meinung« zur Frage, sondern die Tatsache der unermüdlichen Wiederholung jener Fragestellung. Dies zwingt uns dazu, eine zweite Frage zu stellen, die sich zu der ersten ironisch verhält: Was provoziert uns zur wiederholten Auseinandersetzung mit der ersten Frage? (Frage II).

2. Von Wittgenstein ausgehend – Gagnérs Position als Orientierung (1)

Die Frage II ist wiederum keineswegs neu. In einer ungewöhnlichen Weise hat sich mit ihr bereits Sten Gagnér eindringlich beschäftigt. Eindringlich, weil er auf diese Problematik in seinen Arbeiten¹ wiederholt zurückgegriffen hat. In einer ungewöhnlichen Weise, weil er diese Thematik nicht direkt theoretisch behandelt. In Anlehnung an Wittgenstein klammert er seine eigene Position gleichsam aus und gestaltet sein Werk in Form eines »Mosaiks«. ² Diejenigen Texte nämlich, die um jene Thematik kreisen, werden in der

Weise koordiniert, dass eine Art »Landschaft«³ zu der Thematik entsteht. Wir wollen nun, um uns mit der Frage II näher zu beschäftigen, Gagnérs Ansicht in hier gebotener Kürze in Betracht ziehen.

Die Motivation seiner methodologisch angelegten Untersuchungen stellt Gagnér in der für ihn typischen, nur scheinbar naiv-erzählerischen Formulierung dar: »Seit meiner Rückkehr zur wissenschaftlichen Tätigkeit nach recht vielen, gerne verlebten praktischen Lehrjahren beim Gericht, vor allem bei Polizei und Staatsanwaltschaft, beschäftigen mich immer wieder Fragen zur rechtshistorischen Methodik in ihrer Abhängigkeit von theoretisch-philosophischem Denken.«⁴ Zu diesem Satz sei zweierlei bemerkt.

Erstens: Nicht zufällig ist das Subjekt dieses Satzes »Fragen«, das Objekt »mich«, und nicht umgekehrt. Nicht Gagnér stellt die Fragen, sondern sie beschäftigen ihn. Dadurch werde weniger seine persönliche Passivität den Fragen gegenüber und damit seine eigene Unbefangenheit, sondern vielmehr jene besondere Gefahr taktisch zum Ausdruck gebracht, die jede Untersuchung über die ausgesprochenen Fragen begleiten muss: das Verfallen in eine bestimmte philosophisch-ideologisch gefärbte Position. Er sieht sich dieser Gefahr unentrinnbar ausgesetzt. Worauf es ihm ankommt, »ist keineswegs, das unsinnige Wagnis einer systematischen und normativen rechtsgeschichtlichen Methodenlehre zu unternehmen«. ⁵ Es bleibt ihm also nur noch der Weg, die bereits bestehenden und als repräsentativ erscheinenden Texte über die rechtshistorische Methodologie sprachlich zu analysieren. Mit Zustimmung zitiert Gagnér Wittgensteins Aphorismen: »Alle Erklärung muß fort, und nur Beschreibung an

* Herrn Prof. Dr. Dr. h.c. Masasuke Ishibe zu seinem 70. Geburtstag am 3. Januar 2003 zugeeignet.

1 S. GAGNÉR, Studien zur Ideengeschichte der Gesetzgebung, Uppsala 1960; DERS., Über Voraussetzungen einer Verwendung der Sprachformel »Öffentliches Recht und Privatrecht: im kanonistischen Bereich, in: Dt. Landesreferate zum 7. internat. Kongreß für Rechtsvergleichung, Berlin

1967, 23–57; DERS., Die Wissenschaft des gemeinen Rechts und der Codex Maximilianeus Bavaricus Civilis, in: Wissenschaft und Kodifikation des Privatrechts im 19. Jh., Frankfurt am Main 1974, 1–118; DERS., Zielsetzungen und Werkgestaltung in Paul Roth's Wissenschaft, in: FS Krause, Köln, Wien 1975, 276–450; DERS., Zur Methodik neuerer rechtsgeschichtlicher Untersuchungen I., Ebels-

bach 1993; hierzu Rez. (»Altpapier«) von F. HORAK, in: RJ 13 (1994) 167–176; Rez. von P. CAPPELLINI, in: Quad. Fior. 23 (1994) 410–419; Rez. von G. DILCHER, in: ZNR 18 (1996) 172–173.

2 GAGNÉR, Methodik (Fn. 1) 1.

3 Loc. cit.

4 Op. cit. 1.

5 Op. cit. 132. Gerade diese Haltung Gagnérs löst bei seinen Lesern oft Irritationen aus, vgl. HORAK

ihre Stelle treten. [...] Die Probleme werden gelöst, nicht durch Beibringen neuer Erfahrung, sondern durch Zusammenstellung des längst Bekannten. Die Philosophie ist ein Kampf gegen die Verhexung unsres Verstandes durch die Mittel unserer Sprache.«⁶

Zweitens: Gagnér spricht von seiner »Rückkehr« von der praktischen zur wissenschaftlichen Tätigkeit. Damit wird ein kritisches Verhältnis der Theorie zur Praxis angedeutet. Gagnér ist überzeugt, dass jeder Versuch der axiomatischen Begriffssystematik bereits zusammengebrochen ist. Und dennoch: »Wir analysieren nicht ein Phänomen (z. B. das Denken), sondern einen Begriff (z. B. den des Denkens), und also die Anwendung eines Worts.«⁷ Phänomene kann man nicht unmittelbar sehen, sondern einzig durch Begriffe. Unser Denken wird durch Begriffe maßgeblich strukturiert: »Begriffe leiten uns zu Untersuchungen. Sind der Ausdruck unseres Interesses, und lenken unser Interesse.«⁸ Jede Theorie ist durch Begriffe koordiniert und lenkt unser Denken. Auf eine bestimmte Theorie fixiert sein heißt aber theoretische Blindheit. Zu unserer geradezu *theoretischen* Aufgabe gehört es also, jedes bestehende Theoriegebäude in einzelne umgangssprachliche Sprachspiele kritisch zu zerlegen »Der Kampf gegen die Verhexung unsres Verstandes durch die Mittel unserer Sprache stellt also [...] im Grunde eine empirische Untersuchung dar«,⁹ nämlich eine konkrete Analyse des jeweiligen Wortgebrauchs. »Wir führen die Wörter von ihrer metaphysischen, wieder auf ihre alltägliche Verwendung zurück.«¹⁰

Gagnérs Methodik-Buch ist nicht in einem gewöhnlichen Sinne zum Abschluss gekommen. Es wurde zwar im Jahre 1963 einmal fertiggestellt, ist dann aber mehrmals überarbeitet worden.¹¹ Trotzdem ist es in der Fassung von 1993

als »Eine Bestandsaufnahme aus den sechziger Jahren« – so der Untertitel des Buches – präsentiert worden. Ob dieser Vorgang ein Scheitern des Gagnérschen Versuchs, eine methodologische »Landkarte«¹² herzustellen, bescheinigen soll, mag dahinstehen. Es gibt auch signifikantes Scheitern. Jedenfalls war Gagnérs Interesse für »die methodologischen Fragen mit philosophischer Färbung« nicht gewichen, war »mir relevant in einigen Veröffentlichungen«¹³ 1967, 1974, 1975, 1980 wie in meinem Unterricht, besonders in dem gemeinsamen Gedankenaustausch mit Doktoranden und Habilitanden in dem für sie und mit ihnen lebenden speziellen Seminar.¹⁴ Auch hier in diesen persönlichen Bemerkungen schwingt eine theoretische Einsicht mit. Die rechtshistorische Methodologie Gagnérs verwandelt sich nämlich so leicht in die, sei es pädagogischen, sei es auf eigene Forschungen bezogenen, philologisch orientierten, i. e. begriffskritischen Auseinandersetzungen mit den rechtshistorisch bedeutsamen Quellenkonvoluten. Symptomatisch ist es schon, dass selbst das Methodik-Buch gerade nicht mit allgemeinen methodologischen Überlegungen, sondern mit einer recht sorgfältigen, philologisch angelegten Analyse vor allem der Jheringschen Auffassung der Rechtsdogmatik endet.¹⁵ Denk nicht, sondern schau!¹⁶ – diesem Spruch Wittgensteins getreu hat Gagnér seine eigene methodologische Ansicht nicht direkt zur Schau gestellt, sondern gegen seine geschichtlichen Erkenntnisse ausgetauscht. Gagnérs methodologische Ansicht zu verstehen heißt demnach seine konkreten historischen Erkenntnisse ins Auge zu fassen, was also auch hier gleich, wennschon nur in einer von ihm verachteten Nuancenlosigkeit, geschehen soll.

(Fn. 1) 167; DILCHER (Fn. 1) 172. Vortrefflich CAPPELLINI, Rez. (Fn. 1).

6 L. WITTGENSTEIN, Philosophische Untersuchungen, in: Werkausgabe Bd. 1, 225–618, 298; vgl. GAGNÉR, Methodik (Fn. 1) 133.

7 WITTGENSTEIN (Fn. 6) 400 (Nr. 383).

8 Op. cit. 452 (Nr. 570).

9 GAGNÉR, Methodik (Fn. 1) 144.

10 WITTGENSTEIN (Fn. 6) 300 (Nr. 116).

11 Horaks Aussage, die Arbeit Gagnérs sei seit 1963 bis heute einfach liegengelassen, ist schlicht falsch, vgl. HORAK (Fn. 1) 167 f. Genau bei CAPPELLINI (Fn. 1) 412.

12 GAGNÉR, Methodik (Fn. 1) 1.

13 Bibliographische Angaben dazu oben in Fn. 1.

14 GAGNÉR, Methodik (Fn. 1) 4. Zum Milieu des Gagnérschen »Seminars

für Nordische und Vergleichende Rechtsgeschichte« vgl. M. STOLLEIS, Gewährenlassen. Zum Tod des Rechtshistorikers Sten Gagnér, in: FAZ, 26. Mai 2000.

15 GAGNÉR, Methodik (Fn. 1) 4. Kapitel. System, Begriff, Rechtsgeschichte, bes. 173–212.

16 WITTGENSTEIN (Fn. 6) 277 f. (Nr. 66).

3. *Historisch-kritische »Bestandsaufnahme«
statt theoretischer Konzeption –
Gagnérs Position als Orientierung (2)*

Wir haben bereits darauf hingewiesen, dass Gagnér sich mit der Frage II auseinandergesetzt hat. Wir wollen nun die Sache etwas verdeutlichen. Die Frage I setzt nämlich voraus, dass die Rechtsgeschichte einem Zweck dient. Gefragt wird nicht nach dem Ob der Existenz des Zwecks, sondern nach dem Gehalt desselben. Hierzu mag man herabsetzend meinen: Teleologie ist heute obsolet. »Zirkularität statt Teleologie«, so propagiert beispielsweise neuerdings Fögen.¹⁷ Sie lehnt sich an die Evolutionstheorie an. »Evolution ist nicht notwendig, sondern ein Produkt ihrer selbst. Evolution ist auch nicht linear und schon gar nicht zielgerichtet. Sie ›dient‹ deshalb nichts und niemandem. Und findet doch, seitdem man sie beobachten kann, immer und überall statt. Wissenschaftlich beobachtet wird sie bekanntlich seit Darwin.«¹⁸ Diese Theoretikerin macht sich somit auf immer immun gegen den Verdacht der Teleologie. Doch wird andererseits bei ihr eine gewisse Einheit des Rechts nie in Zweifel gezogen. »Wer die Evolution des Rechts untersuchen will, muss wissen, welche Einheit er oder sie beobachten will«. »Außerdem gab und gibt es Recht ohne Rechtswissenschaft, auch Recht ohne Gesetze und ohne Dogmatik und sogar ohne geschulte Juristen. Benötigt wird also eine Einheit ›Recht‹, die nicht von historisch höchst wechselhaften und kontingenten Begleiterscheinungen abhängt. Dafür eignet sich ›Kommunikation‹, die sich an der Leitdifferenz Recht–Unrecht orientiert. Recht ist überall dort, wo über Recht–Unrecht kommuniziert wird, gleich ob es Gerichtsgebäude oder gelehrte Juristen oder eine Rechtswissenschaft gibt. Eine Kommunikation setzt eine ›Informa-

tion‹ voraus, die aus dem allgemeinen Rauschen der Welt ausgewählt und spezifiziert wird.«¹⁹ Eine gewisse Einheit des Rechts ist für Fögen immer, weil vom Kontext, vom Rauschen oder gar von der Geschichte bequem entkoppelt, existent.²⁰ Das Problem des Kontakts des Rechts mit seiner Umwelt ist bei Fögen in Form einer »eleganten theoretischen Architektur« der naturwissenschaftlich angelegten Evolutionstheorie aufzuheben.²¹ Diese Gedankenwelt ist, obwohl, nein, weil in einem modischen Gewand gehüllt, nicht neu, sondern seit Jhering gang und gäbe – dies ist gerade das Ergebnis der historischen Beobachtung Gagnérs.

Gagnérs historischer Überblick zu der fraglichen Gedankenwelt sei hier kurz referiert: Jhering hat die juristische Systematik von der Geschichte sauber abgekoppelt.²² »Eine Jurisprudenz, die seit Jahrtausenden arbeitet, hat die Grundformen oder Grundtypen der Rechtswelt entdeckt, und in ihnen hält sich auch alle fernere Bewegung, so sehr sie im Uebrigen von der bisherigen divergieren möge; eine solche Jurisprudenz läßt sich nicht mehr durch die Geschichte in Verlegenheit setzen.«²³ Seine »juristische Construction«, die »den gegebenen Rohstoff zu Begriffen verflüchtigt,«²⁴ hat es weniger mit der Transzendentalphilosophie der Historischen Rechtsschule Savignyscher Provenienz zu tun, als man gelegentlich glaubt.²⁵ Sein »Gliederungsdenken ohne transzendentalphilosophische Begründung«²⁶ reicht vielmehr weit bis ins 17. Jahrhundert zurück, wo die Geburt der neuen Mathematik und Physik mit der Entstehung eines veränderten Weltbildes zusammentrifft.²⁷ Leibniz' vom Empirischen gereinigte Logik der wissenschaftlichen Erfindung und Kombination – *ars combinatoria* bzw. *logica inventiva* – stellt für Jherings »logischen Organismus des Rechts«²⁸ das wichtige Vorbild dar.²⁹

17 M. TH. FÖGEN, Rechtsgeschichte – Geschichte der Evolution eines sozialen Systems. Ein Vorschlag, in: Rg 1 (2002) 14–20, 18.

18 Loc. cit.

19 Op. cit. 15.

20 Dies geschieht abweichend von der Theorie Luhmanns selbst, s. N. LUHMANN, Die Gesellschaft der Gesellschaft, Frankfurt am Main 1997, 5. Kapitel; vgl. auch S. ROBERTS, Against a Systemic

legal History, in: Rg 1 (2002) 21–25, bes. 22.

21 Cf. M. TH. FÖGEN, Zu einer Debatte, die keine werden wollte, in: Rg 2 (2003) 12–13, 12.

22 GAGNÉR, Methodik (Fn. 1) 178, 181 f., 199.

23 R. JHERING, Unsere Aufgabe, in: Jahrbücher für die Dogmatik des Privatrechts 1 (1857) 1–52, 16.

24 Op. cit. 9.

25 GAGNÉR, Methodik (Fn. 1) 189.

26 GAGNÉR, Methodik (Fn. 1) 192.

27 Op. cit. 191; vgl. weiter J. TAUBES, Abendländische Eschatologie, München 1991.

28 R. JHERING, Geist des römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung. I. Teil, Leipzig 1852, 31 f.

29 GAGNÉR, Methodik (Fn. 1) 195; vgl. auch 194 (Hinweis auf die Leibnizsche Renaissance in den vierziger Jahren des 19. Jh.).

Diese Gedankenwelt, durch Gagnér erbarungslos als »logische Phantastereien«³⁰ bloßgestellt, ist bestimmend bis zu unserer Zeit. In ihr ist die rechtsgeschichtliche Forschung *ancilla fidei dogmaticae*.³¹

Umso signifikanter erscheint für Gagnér jene einzigartige »Bekehrung« Jherings »von der Begriffsjurisprudenz zu einer teleologischen Methode«. ³² Jhering beginnt nun, die metaphysische Stabilität der logisch-juristischen Konstruktion in Zweifel zu ziehen. Nicht nur von der hegelianischen Dialektik, sondern auch von »jeder anderen spekulativen Philosophie«, i.e. inklusive auch derjenigen von Leibniz, wird Abstand genommen.³³ Seine »für die Veränderung seiner ganzen Rechtslehre entscheidende Erfahrung ist die, daß sich die juristischen Grundbegriffe im Laufe der Zeit verändern«. ³⁴ Die Heranziehung des jeweiligen historischen Kontexts gehört nunmehr zu den unverzichtbaren Voraussetzungen für seine Überlegungen über die Funktion des Rechts.³⁵

In der »Bekehrung« Jherings sieht Gagnér aber nicht nur dessen intensiviertere Berücksichtigung des historischen Kontexts des Rechts im Allgemeinen, sondern auch eine erneute Aufmerksamkeit für die gerichtliche Praxis.³⁶ Die juristische Konstruktion ist somit sowohl aus dem historischen Kontext heraus als auch in Hinblick auf die praktische Anwendung relativiert worden. Dies war Jhering einzig deshalb möglich, weil er die Arsenalen seiner juristischen Überlegungen vom Gedanken ihrer Abhängigkeit von der juristischen Konstruktion endgültig befreit hatte.

Diesen Sachverhalt hat Gagnér auch in seinen ebenfalls methodisch interessierten, aber in einer strikt geschichtswissenschaftlichen Manier verfassten bohrenden zwei Monographien vor allem an der Gestalt Paul Roths (1820–1892),

der Zeitgenosse Jherings (1818–1892) war, kenntlich und plausibel gemacht.³⁷ Seit etwa 1848 war eine neue, politisch motivierte rechtswissenschaftliche Bewegung durch Gerber, Laband und Jhering ausgelöst und verbreitet worden, deren Programm darauf gerichtet war, eine von Geschichte und Politik verselbständigte, den Gegensatz von römischem und germanischem aufhebende, dennoch römisch angelegte allgemeine Konstruktionsjurisprudenz zu etablieren, die eine gesamtdeutsche Kodifikation zum Ziel hatte.³⁸ Was die konkreten Ausführungen dieses Programms betrifft, so vermochten sie oft nur, die Fortdauer des pandektistisch verkleideten Usus Modernus Pandectarum bis ins späte 19. Jahrhundert hinein zu bestätigen.³⁹ Roth war aber von diesem Programm kaum beeindruckt,⁴⁰ sondern wurde vielmehr durch die in der modernen Geschichtswissenschaft seit Niebuhr unverzichtbar gewordene philologisch-kritische Methode früh geprägt⁴¹ und hatte dann diese Methode auf die aktuelle Rechtslage in einer eigentümlichen Weise angewandt.⁴² Er hatte sich nämlich im Rahmen dieses Programms vor allem an Jhering orientiert, aber insoweit, als er in ihm so etwas wie einen Keim zur Relativierung des Gemeinen Rechts sehen konnte. Denn auf dem Weg zur Etablierung eines einheitlichen deutschen Privatrechts sollte neben der römischrechtlich und theoretisch angelegten Pandektistik auch die seit Savigny zwar vernachlässigte,⁴³ aber für das wirkliche Rechtsleben entscheidende partikularrechtlich entwickelte gerichtliche Praxis entsprechend, i.e. »systematisch bearbeitet« werden.⁴⁴ Bei aller seiner Achtung gegenüber Jherings Konzeption hat sich Roth jedoch vom Drang zur Vereinheitlichung des Rechts bei Jhering vor dessen »Bekehrung« behutsam distanziert. Die folgenden Worte aus dem von Roth und Victor von Meibom

30 GAGNÉR, Methodik (Fn. 1) 207.

31 S. GAGNÉR, Roths Wissenschaft (Fn. 1) 335.

32 GAGNÉR, Methodik (Fn. 1) 202. Die heikle Streitfrage, wie diese »Bekehrung« zu *deuten* ist, wollen wir nicht verfolgen.

33 Op. cit. 203.

34 Op. cit. 208.

35 Loc. cit.

36 Loc. cit.

37 GAGNÉR, Roths Wissenschaft (Fn. 1); GAGNÉR, Codex Maximilianus (Fn. 1).

38 GAGNÉR, Roths Wissenschaft (Fn. 1) 314 ff., 433; DERS., Codex Maximilianus (Fn. 1) 94, 96 f.

39 GAGNÉR, Codex Maximilianus (Fn. 1) 4, 90 f., 98, 110 f. passim.

40 GAGNÉR, Roths Wissenschaft (Fn. 1) 314, 325.

41 Op. cit. 339 ff.

42 Op. cit. 400 f.

43 Op. cit. 428 f.

44 Op. cit. 429 ff., 446 (»systematische Bearbeitung«).

gemeinsam verfassten *Kurhessisches Privatrecht* (1858), die in Hinblick auf das Thema der Zivilrechtskodifikation ausgesprochen worden sind, zitiert Gagnér – man ist versucht zu sagen; er rezitiert sie, zärtlich, in seiner gleichsam lautlosen Stimme: »Die Mannigfaltigkeit der Partikularrechte aber ist an sich kein Grund sie zu beseitigen, da die Schwierigkeit sie kennen zu lernen durch wissenschaftliche Bearbeitung leicht angehoben, ihre anscheinende Buntheit, namentlich in den Fällen, wo sie aus einer gemeinsamen Grundlage hervorgegangen sind, durch eine sorgfältige Praxis größtenteils ausgeglichen werden kann.«⁴⁵ »Zugleich haben wir in dem kurhessischen Recht ein lebendiges Zeugniß, daß es nicht der Kodifikation bedarf, um die Beibehaltung der gemeinrechtlichen Grundlage für das Privatrecht möglich zu machen. Die Kodifikation kann das gemeine Recht weder in der Hauptsache beseitigen, noch das quellenmäßige Studium desselben überflüssig machen [...]. Neben einer Umgestaltung einzelner Rechtsinstitute kann die Kodifikation nur die Ausscheidung dessen, was keine Anwendung mehr leidet, die gesetzliche Entscheidung von Streitfragen und eine Vereinigung der beizubehaltenden Grundlagen des römischen mit den noch erhaltenen Instituten des deutschen Rechts zu einem Ganzen bezwecken. Dies ist in Kurhessen ohne Kodifikation erreicht.«⁴⁶

Gagnér charakterisiert das Werk von Roth und Meibom als »historisch kritische Bestandsaufnahme«,⁴⁷ die auch vor der Rechtszersplitterung nicht zurückschreckt. Eine gewisse Differenz Roths gegenüber dem Programm Jheringscher Prägung drückt er in einer wiederum ihm typischen scheinbar unauffälligen, aber unübertrefflich feinen Weise aus als »Begegnung eines kritischen Rechtshistorikers [...] mit den Jheringschen fünfziger Jahren«.⁴⁸ Aus diesen durch-

dachten Wendungen Gagnérs geht unmissverständlich hervor, dass er eine besondere Haltung einnimmt, die sich zum Programmgedanken nicht konträr, sondern ironisch verhält. Sein Augenmerk fokussiert sich, durch seine bewundernswerte Empfänglichkeit nie verstellt sondern nuanciert, auf jene Schnittstelle zwischen Theorie und Praxis, auf die praktische Funktion der Rechtslehre. Die von ihm gewählte Methode ist die historisch-kritische Bearbeitung der Materien, aus der ja seine Monographien, jeweils als »Bestandsaufnahme«, entstanden sind. Das Wort »Bestandsaufnahme« ist auch in den Untertitel jenes Methodik-Buchs sowohl unauffällig als auch absichtsvoll eingeführt.⁴⁹

4. *Ein blinder Fleck in Gagnérs Position*

Gagnér hat die Geburtsstunde der Frage »Wozu Rechtsgeschichte?« in der Suche nach einer einheitlichen Rechtsordnung gesehen. Es war für ihn diese Suche selbst, die zweckfreie rechtshistorische Einzelforschungen in Zweifel zog und die Frage des Wozu stellte. Von Wittgenstein inspiriert, hat er diese Frage ausgeschaltet, denn er konnte an die Erreichbarkeit einer wie immer gearteten einheitlichen Rechtsordnung ohne metaphysische Zutaten nicht glauben.⁵⁰ Das ist seine Überzeugung.

Über die Genealogie seiner eigenen Überzeugung hat Gagnér wenig Rechenschaft gegeben. Er hat zwar seine Anlehnung an Wittgensteins Philosophie keineswegs verhehlt, hat aber historische Zusammenhänge, in denen diese Philosophie entworfen war, kaum in Betracht gezogen, so dass sein Anschluss an sie auch nicht als zwingend erscheint. Mit anderen Worten: Sein methodischer Standpunkt ist noch nicht wissenschaftsgeschichtlich unter die Lupe ge-

45 Op. cit. 448.

46 Op. cit. 449.

47 Op. cit. 448 ff.

48 Op. cit. 449.

49 Siehe oben Fn. 1.

50 Zu dieser Thematik siehe eine Reihe der ideenreichen Werke eines großen Stilisten: R. M. KIESOW, *Das Naturgesetz des Rechts*, Frankfurt am Main 1997; DERS., *Das Alphabet des Rechts*, in: RJ 19 (2000) 329–343; DERS.,

Juristen müssen lesen können
(= ein ungedrucktes Manuskript
für den am 14.12.2002 in Kobe
gehaltenen Vortrag).

nommen worden. Es ist demnach auch bei Gagnér ein blinder Fleck festzustellen, der, wie es scheint, nicht trivial ist.

Die von Gagnér mit großer Sympathie erschöpfend gewürdigten privatrechtlichen Werke des gereiften Roth, jeweils basierend auf langjährigen historisch-kritischen Bearbeitungen der Rechtspraxis, sind letztlich doch in die juristische Literaturgattung einzuordnen. Sie fungierten juristisch-normativ, keineswegs rein hypothetisch. Gagnér hat eines von ihnen als »Bestandsaufnahme« bezeichnet. Das war ein etwas vorschnelles Urteil. Warum denn sollte eine historisch-kritische »Bestandsaufnahme« auch noch normativ fungieren? Mit jener Bezeichnung war dieser Schwede, durch seine Distanznahme gegenüber der begrifflichen Konstruktion gleichsam verleitet, der anderen ebenfalls deutschen Tradition unversehens verfallen, i.e. dem seit der Neuzeit zuerst publizistisch etablierten, dann mehr und mehr bis aufs Privatrecht verbreiteten, aber seit der Mitte des 19. Jahrhunderts allmählich durch die Konstruktionsjurisprudenz in den Schatten gedrängten gedanklichen Konnex »dogmatisch-historisch« (Johann Ludwig Klüber).⁵¹

»Rechtsgeschichte« – das ist ja auch ein Wort, das von diesem traditionsreichen Amalgam »historisch-dogmatisch« lebt. Der Stellenwert der Rechtsgeschichte in der Jurisprudenz wird erst dann in Frage gestellt, wenn dieses Amalgam nicht mehr für selbstverständlich erachtet wird. In diesem Sachzusammenhang könnte die Konzipierung der von der Historie abgeschotteten genuinen Rechtswissenschaft seit der zweiten Hälfte des 19. Jahrhunderts geradezu signifikant gewesen sein. Man hätte da statt der Frage des »Wozu« der Rechtsgeschichte die folgende stellen können: In welchem Verhältnis steht die historische Sehweise zur juristischen Praxis?

Letztlich haben weder Gagnér noch Roth diese Frage gestellt. Sie waren beide davon überzeugt, dass die »Mannigfaltigkeit« bzw. die »Buntheit« der Partikularrechte »namentlich in den Fällen, wo sie aus einer gemeinsamen Grundlage hervorgegangen sind, durch eine sorgfältige Praxis größtenteils«, i.e. ohne wissenschaftliche Verarbeitung, »ausgeglichen werden kann«. Sie glaubten zwar nicht an eine systematisch-geschlossene Einheit des Rechts, aber eben noch an eine historisch-relative Einheit des Rechts. Sie haben deshalb übersehen, dass bereits F. C. von Savigny jenen unreflektierten Konnex zu brechen suchte, ohne zugleich die Relevanz der historischen Methode für die Auffassung des Rechts zu negieren.

Diese Bemerkung mag auf den ersten Blick überraschen. Savigny war immerhin einer der Gründer der Historischen Schule, die im Allgemeinen noch als jenem Konnex zutiefst verhaftet angesehen wird.⁵² Diese Impression gilt mit einiger Wahrscheinlichkeit für einen anderen Gründer der Schule, Karl Friedrich Eichhorn,⁵³ aber weit weniger für Savigny.⁵⁴ Seine Rechtswissenschaft war in Wahrheit ausdrücklich gegen »die Herrschaft der Vergangenheit über die Gegenwart«⁵⁵ gerichtet. Seine Gesetzgebungsfreundlichkeit hängt weniger mit seinem Konservatismus, als vielmehr mit seiner Erfahrung der tiefgreifenden erkenntnistheoretischen Wende um 1800 zusammen, die ihn dann zur historischen Methode führen wird.

Während man im Mittelalter annahm, dass sich die Erkenntnis nach den Gegenständen richtet, ist es bekanntlich das Axiom der Metaphysik Kants, dass sich die Gegenstände nach der Erkenntnis des Subjekts richten müssen.⁵⁶ Das Erdbeben von Lissabon ist die Geburtsstunde der Vernunftkritik Kants. Die Gewissheit einer irdischen Erfahrung, die durch die Koinzidenz

51 Zitat bei M. STOLLEIS, Die Historische Schule und das öffentliche Recht, in: Die Bedeutung der Wörter, FS für Sten Gagnér zum 70. Geburtstag, München 1991, 495–508, 498; zu dieser Problematik grundlegend N. HAMMERSTEIN, Jus und Historie, Göttingen 1972; A. MOMIGLIANO, The Introduction of history as an academic subject and its implications, in: The Golden and the brazen

world. Papers in literature and history, 1650–1800, Berkeley, Los Angeles, London 1985, 187–204, bes. 204 f.

52 So zum Beispiel STOLLEIS, Die Historische Schule und das öffentliche Recht (Fn. 51) 498 f.

53 Op. cit. 504–507.

54 Siehe auch die zutreffende Warnung von H. KIEFNER, Geld und Geldschuld in der Privatrechtsdogmatik des 19. Jahrhunderts,

in: DERS., Ideal wird, was Natur war, Goldbach 1997, 109–136, 121 Fn. 54.

55 F. C. VON SAVIGNY, Vom Beruf unsrer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft, Heidelberg 1814, 113.

56 I. KANT, Kritik der reinen Vernunft (KrV), 1. Aufl. (A) (1781), 2. hin und wieder verbesserte Aufl. (B) (1787), in: Werkausgabe III und IV, Vorwort zur 2. Aufl., B XVI.

mit dem Himmel verbürgt worden ist, wird erschüttert.⁵⁷ Der von Cicero stammende, bis ins 18. Jahrhundert fast ungebrochen gewahrte *Topos Historia magistra vitae* ist ins Schwanken geraten.⁵⁸ Der deutsche Idealismus steht also am Ende der Metaphysik. Dies ist oft, und auch bei Gagnér, übersehen worden, gehört aber zu den grundlegenden historischen Prämissen, in denen sich die von Kant ausgehende deutsche klassische Philosophie befand. An die Stelle der verstaubten Metaphysik ist längst die skeptische Haltung getreten, die in der Indifferenz endet. Gegen diese Tendenz wollte die idealistische Philosophie Widerstand leisten.⁵⁹ Die idealistische Metaphysik ist also von derjenigen im 17. Jahrhundert in diesem Sinne grundverschieden.

Aus der Kluft zwischen dem radikalen Skeptizismus und der von Kant ausgehenden gesteigerten Metaphysik ersprießt die romantische Erkenntnistheorie, in der sich das Kritisieren ins Beobachten verwandelt.⁶⁰ Dieser romantischen Einsicht ist Savigny durch seine ›philosophischen Lehrjahre‹ sehr nahegekommen. Er glaubt nicht mehr, »die Herrschaft der Vergangenheit über die Gegenwart« etwa mit einem Vorschlag einer vernunftrechtlich abgeleiteten Kodifikation abfertigen zu können. Gesetzgebungsfeindlich wurde er nicht so sehr seiner Geschichtsmetaphysik halber,⁶¹ sondern einfach wegen der Einsicht, die Gesetzgebung sei gegenüber der Herrschaft der Vergangenheit hilflos.

Das Hauptproblem für ihn besteht darin, dass die Vergangenheit ihm nicht als etwas Fixierbares, sondern als »ungeheuere Masse juristischer Begriffe und Ansichten«⁶² erscheint. Der Einfluss der Vergangenheit »ist auf keine Weise vermeidlich«.⁶³ Er musste in Ruinen denken. Hier hilft kein Maßstab. Die einzige Waffe, die ihm zur Verfügung steht, war eben die historische Beobachtung. Er beobachtet jene »unge-

heuere Masse juristischer Begriffe und Ansichten« historisch, um in ihnen überhaupt gewisse ›organische‹ Sinnzusammenhänge nach chronologischer Ordnung⁶⁴ entstehen zu lassen. Der überwiegende Einfluss des bestehenden Stoffs ist dann »wohlthätig, wenn wir ihm eine lebendig bildende Kraft entgegensetzen, durch historische Ergründung ihn unterwerfen [!], und so den ganzen Reichthum der vergangenen Geschlechter uns aneignen [!]«.⁶⁵ Die »ungeheuere Masse juristischer Begriffe und Ansichten« wird erst »durch historische Ergründung« zu »unserem Werkzeug«.⁶⁶

Dann, auf der zweiten Arbeitsstufe, konzipiert er aus den zum »Werkzeug« gewordenen Begriffen und Ansichten eine systematisch-dogmatische Architektur ganz frei zum heutigen Zweck.⁶⁷ Die historische, begriffskritische Methode macht die vorhandenen, als Unordnung erschienenen Materialien handhabbar, woraus dann die dogmatische Lehre herausgearbeitet wird. Savignys juristische Lehre ist, im Gegensatz zu Roth und Gagnér, nicht aus der juristischen Vergangenheit »so geworden«, schließt sich vielmehr absichtsvoll, gelegentlich höchst selektiv und nie unvermittelt an die tradierte Ansicht an und steht dieser oft radikal neu gegenüber.

Savignys Rechtswissenschaft ist, da sie aus der *Interpretation* der Geschichte ein System komponiert, von der Geschichte artikuliert, ist aber darum von dieser und der Ansicht des sie interpretierenden Subjekts abhängig. »Das einzelne Werk ist so vergänglich.«⁶⁸ Man komponiert ein System nur, um den inneren Zusammenhang der vereinzelt überlieferten Begriffe »successiv in unser Bewußtseyn aufzunehmen und Anderen mitzutheilen«.⁶⁹ Das System wird als Orientierung der Rechtsauffassung verstanden. Wenn ein System inhaltlich veraltet, muss es durch ein neues ersetzt werden. Es bleibt nur

57 TAUBES, Eschatologie (Fn. 27) 125 ff.

58 R. KOSELLECK, *Historia Magistra Vitae*, in: DERS., *Vergangene Zukunft*, Frankfurt a. M. 1989, 38–66.

59 KrV, Vorwort zur 1. Aufl., A IX f.; vgl. auch G. W. F. HEGEL, *Verhältnis des Skeptizismus zur Philosophie*, in: DERS., *Werke II*, 213–272.

60 Dazu immer noch grundlegend W. BENJAMIN, *Der Begriff der*

Kunstkritik in der deutschen Romantik, in: DERS., *Gesammelte Schriften (GS)* 1, 7–122, bes. 65.

61 So aber GAGNÉR, *Ideengeschichte* (Fn. 1) 27 ff.

62 SAVIGNY, *Vom Beruf* (Fn. 55) 112; DERS., *System des heutigen römischen Rechts*, 1. Bd., Berlin 1840, Vorrede XI.

63 SAVIGNY, *Vom Beruf* (Fn. 55) 113.

64 Vgl. F. C. VON SAVIGNY, *Recension des Lehrbuchs der Geschichte des*

Römischen Rechts von Gustav Hugo, 2. Ausg. Berlin 1799, 3. Ausg. Berlin 1806, in: DERS., *Vermischte Schriften* 5, 1–36, bes. 5 f.

65 SAVIGNY, *Vom Beruf* (Fn. 55) 113.

66 Op. cit. 113.

67 SAVIGNY, *System*, 1. Bd. (Fn. 62) XII, XXXVI f.

68 SAVIGNY, *System*, 1. Bd. (Fn. 62) L.

69 Op. cit. XXXVII; vgl. auch XI.

noch eine systematische *Form*. Savigny bezeichnet die Aufgabe der Rechtswissenschaft »als eine periodisch wiederkehrende Betrachtung der von unsren Vorgängern geleisteten Arbeit«. ⁷⁰

Bei Savigny ist das Verhältnis zwischen Recht und Geschichte komplex genug, enthält aber wiederum einen blinden Fleck. Wieso soll das System des Rechts »organisch« sein? Ob diese »organische« Vorstellung des Systems doch die vorangehende historische Untersuchung beeinträchtigen könnte? Genau genommen geht es Savigny um das Verhältnis der Geschichte nicht direkt zum Recht, sondern zur Rechtswissenschaft. Das Problematische geht in der historischen Weiterentwicklung des Savignyschen »Systems« deutlicher hervor. Nachdem durch Savigny eine systematische Übersichtlichkeit des Gemeinen Rechts wieder hergestellt worden war, wurde dann auch das deutsche Recht nach dem romanistischen Modell systematisiert. ⁷¹ Das Interesse für die geschichtlichen Monographien bei den Juristen ließ ungefähr ab 1850 merklich nach. Die Abhängigkeit des Savignyschen Systems von der Geschichte wurde schnell vergessen. Selbst Savignys »System« aber, das ursprünglich nur zur momentanen juristischen Landkarte vom Haufen der Begriffe dienen sollte, stellt sich als »lebendig« und »organisch« dar. Es war mit diesem seinem sprachlichen Gewand nicht genügend davor gefeit, zum Selbstzweck zu werden und so seinen Bezug zur Geschichte selbst fallen zu lassen. Das »System« war allerdings zum Kollektivtraum der wissenschaftlich angelegten Juristen des deutschen 19. Jahrhunderts geworden. Und neben dem wissenschaftlichen Drang zur Ganzheit funktionierte doch die praktische Justiz, weil sie so funktionieren konnte. ⁷²

Aus dem Traum erwacht, befinden wir uns wieder inmitten der Ruinenwelt aus tausenden

Begriffen und Ansichten. Und es funktioniert die Justiz, solange sie funktioniert. Die Zersplitterung des Rechts ist in einem Maße gestiegen, dass man nicht mehr selbst an eine historisch-relative, natürlich entstehende Einheit des Rechts glauben kann. Das ist, wenn man will, die »Wirklichkeit« der Rechtspraxis. Wir brauchen in diesen Ruinen eine gewisse Orientierung, die Wissenschaft des Rechts heißt. Und sie ist heute einer besonderen Gefahr ausgesetzt. Denn gerade nach dem Ende des Drangs zur Ganzheit wächst die Sehnsucht nach ihr. Die Sehnsucht kann man heute nur noch im Reich des Utopisch-Ästhetischen erfüllt sehen, da die Wirklichkeit selbst nicht schön ist. ⁷³ »Geschichte zerfällt in Bilder, nicht in Geschichten«. ⁷⁴ Man ist geneigt, wieder in der Bilderwelt zu schlafen. Doch uns ist nicht gegeben, auf einem Bild zu ruhen. Aus den Ruinen der Bilder (Begriffe, Ansichten) muss, um die bildlich verkleidete Wirklichkeit wieder erfahrbar zu machen, eine Geschichte, die keine Selbstverständlichkeit ist, erst konstituiert werden. Auf der Basis dieser historischen Beobachtung ist dann für die juristische Orientierung ein wissenschaftliches, gleichsam bis auf weiteres nützliches Leitbild des Rechts zu entwerfen.

»Wozu Rechtsgeschichte?« – eine Frage, die gewöhnlicherweise diejenigen stellen, die zur Zukunft der Rechtsgeschichte gehören. Auch in Japan verhält sich dies nicht anders. Aber haben sie sie wirklich gestellt? Ist sie nicht vielmehr gestellt durch jenen unreflektierten Konnex »historisch-juristisch«, durch jenen Gedanken, der auch im Wort »Rechtsgeschichte« einen Niederschlag findet? Hinter diesem Gedanken obwaltet jene Vorstellung der historisch zu entdeckenden Einheit des Rechts. Wir leben heute aber, auch im Bereich des Rechts, in einer semantischen Katastrophe und darum brauchen wir eine wissen-

70 Op. cit. XII.

71 Vgl. GAGNÉR, *Codex Maximilianus* (Fn. 1) 57 f.

72 Hierauf hatte also Roth seine Aufmerksamkeit mit Recht gerichtet, was Gagnér dann entsprechend gewürdigt hat; vgl. auch KIESOW, *Juristen müssen lesen können* (Fn. 50).

73 Dazu grundlegend N. BOLZ, *Auszug aus der entzauberten Welt. Philosophischer Extremismus*

zwischen den Weltkriegen, 2. Aufl.

München 1991.

74 W. BENJAMIN, *Das Passagen-Werk*, in: GS 5, 45–1063, 596.

schaftliche Orientierung. Rechtswissenschaft ohne geschichtliche Beobachtung des Wirklichen würde der Bilderwelt des Begrifflichen all zu leicht nachgeben, wozu das deutsche 19. Jahrhundert reichlich Beispiele gegeben hat. Dem rechtswissenschaftlichen Konstrukt muss also die geschichtliche Beobachtung vorangehen.

Die Frage I ist obsolet. Wir brauchen »Rechtsgeschichte« als Fach nicht mehr. Unverzichtbar sind nur unermüdliche geschichtliche Beobachtungen, um über die juristischen Zusammenhänge reflektieren zu können.

Kenichi Moriya

