

This is not a Biography*

1929 malt René Magritte eine Pfeife. Darunter schreibt er: »Ceci n'est pas une pipe.«¹ Eine Provokation ist geboren.

Knapp achtzig Jahre später erscheint ein Buch. In seinem Titel prangt, gedruckt in großen Lettern, ein Name: Frederick Pollock. Seine Einleitung verspricht die Rehabilitierung eines Juristen des viktorianischen England, der lange in der zweiten Reihe hinter den Größen des Fachs stand: Austin, Dicey, Maine, Maitland, Wendell, Holmes. Und dann dies: »This book is not a biography« (xi). Scharf, lakonisch und allem anderen vorangestellt. Autor dieser bemerkenswerten Studie ist Neil Duxbury. Lebte er noch, Magritte könnte sich ein Lächeln kaum verkneifen.

Die Provokationen sind wohl überlegt. Magritte und Duxbury lösen von der Ähnlichkeit die Gleichartigkeit und spielen diese gegen jene aus. Die Ähnlichkeit hängt an einer Referenz, die vorschreibt und klassifiziert; sie hängt am Original. Die Gleichartigkeit dagegen gehorcht keiner Hierarchie; sie etabliert zirkuläre Referenzen, die sich über Unterschiede hinweg fortsetzen.² Magrittes Bild der Pfeife ist keine Pfeife, aber *gleich* einer Pfeife. Duxburys Text ist keine Biographie, ist seinem Patron nicht unter-, sondern *gleichgeordnet*, ist ein Spiel von Übertragungen, die sich einander annähern und voneinander entfernen. Duxbury weiß, was er tut, wenn er dem Menschen Pollock gerade einmal etwas mehr als siebzig Seiten widmet. »F.P.« steht über diesem Kapitel: ein Kürzel statt eines Namens, eine Abstraktion statt einer konkreten Person, ein Konstrukt statt einer Repräsentation. So wird anstelle einer Vergegenwärtigung ein umkehrbarer Bezug des Gleichartigen zum

Gleichartigen gesetzt. Der »echte« Pollock interessiert nicht – so er denn überhaupt jemals zu finden wäre. Denn: »People are not always consistent« (80).

Und Rechtshistoriker sind keine Psychologen. Sie haben es mit Recht als sozialem Phänomen zu tun. Die Gleichartigkeit – nicht die Ähnlichkeit – von Frederick Pollock und F.P. ermöglicht, dass Pollock der Mensch nicht verschwindet, aber als F.P. in die Umwelt des Rechts rückt und dort die Chiffre bildet für jene Kommunikationszusammenhänge, die Duxbury interessieren; für jene »English Juristic Tradition«, wie es im Titel der Studie weiter heißt, die auf die spätviktorianische Initiative zurückgeht, das *common law* als wissenschaftliche Disziplin zu betreiben, und die damit für das moderne englische Rechtsdenken der zweiten Hälfte des 20. Jahrhunderts anschlussfähig wurde. Dass Pollock der Mensch zeit seines Lebens ein Außenseiter blieb, dass er *professor of jurisprudence* an der Universität Oxford, aber letztlich für das Fach bedeutungslos war (83), dass er *Lincoln's Inn* angehörte, aber nur zweimal vor Gericht auftrat (20, 29), dass er unermüdlich publizierte, aber heute kaum mehr gelesen wird (328) – all dies ist dann kein Hinderungsgrund, F.P. als für die Gegenwart wirkmächtige Vergangenheit zu entwickeln (327 f.). Wichtig sind die Rechtskommunikationen. Zu deren Verortung reicht ein Kürzel, ja reicht sogar Anonymität, wie im Fall von Pollocks *case notes* in der *Law Quarterly Review*, deren Herausgeber er 35 Jahre lang war (172, 321). Anonymität machte F.P.'s Texte anschlussfähig für Kommunikationszusammenhänge weit über die Beschränkungen des Menschen Pollock hinaus.

* NEIL DUXBURY, *Frederick Pollock and the English Juristic Tradition*, Oxford, New York: Oxford University Press 2004, 360 S., ISBN 0-19-927022-8

1 »La trahison des images« (Öl auf Leinwand), Kat. Nr. 303. DAVID SYLVESTER, SARAH WHITFIELD, René Magritte. *Catalogue raisonné*, Bd. 1: Oil Paintings 1916–30, hg. von DAVID SYLVESTER, Basel 1992, 331 f. Cf. auch die beiden späteren (1952 oder 1953) Werke (Gouache auf Papier resp. Karton), Kat. Nr. 1357 und 1358. SARAH WHITFIELD u. MICHAEL RAEBURN, René Magritte. *Catalogue raisonné*, Bd. 4: Gouaches, Temperas, Watercolours and Papiers Collés 1918–67, hg. von DAVID SYLVESTER, Basel 1994, 156 f.

2 Cf. MICHEL FOUCAULT, *Das ist keine Pfeife*; mit zwei Briefen und vier Zeichnungen von René Magritte, Frankfurt a. M., Berlin, Wien 1983, 40.

Was Duxbury in seiner quellenreichen Untersuchung zu diesen Kommunikationszusammenhängen erzählt, ist eine Geschichte der operativen Schließung des englischen *common law* am Ende des 19. Jahrhunderts und seiner gleichzeitigen strukturellen Öffnung durch Binnendifferenzierung.

Um die Mitte des 19. Jahrhunderts hatte sich eine Auffassung des *common law* als eines Systems von Rechtsbehelfen etabliert, in dem sich das materielle Recht gleichsam von unten aus den vor Gericht getragenen Streitigkeiten entwickelte.³ Zwar waren seit den 1830er Jahren die mittelalterlichen Klageformeln abgeschafft, aber das *common law* verharrte in aktionsrechtlichem Denken: »The forms of action we have buried, but they still rule us from our graves.«⁴ Duxbury reformuliert diesen Befund als Krise der Moderne: »The forms of action ... had militated against abstraction to principle« (234). Ein fragmentarisches, sich von Fall zu Fall vorwärtstastendes Recht konnte der modernen Welt immer weniger bieten, dessen sie eigentlich bedurft hätte – Systematik und Prinzipien zur Stabilisierung immer komplexerer Verhaltenserwartungen.

Krisen sind Treiber der Rechtsevolution. F.P.'s Restabilisierungsvorschlag bestand in der These der doppelten Vernünftigkeit des *common law*. Dieses entspreche erstens dem *common sense* (157–160) und beruhe zweitens auf Prinzipien (162). Während die erste Behauptung noch stark Bezug nimmt auf die gesellschaftliche Umwelt einer gebildeten viktorianischen Oberschicht, lässt die zweite die selbstreferentielle Schließung des Rechtsdiskurses erkennen. Nicht mehr wird in jeder einzelnen fallbezogenen Rechtsepisode die Lebenswelt auf akzeptable Lösungen hin geprüft; es wird jetzt eine parallele Ebene abstrakterer Rechtsdiskurse etabliert, die

die einzelnen Rechtsepisoden verknüpfen und eine Selbst-Thematisierung in den semantischen Größen Rechtssicherheit, Einzelfallgerechtigkeit und dogmatische Konstruierbarkeit erlauben.⁵ »What frustrates unfettered judicial discretion ... is the constraining power of principles« (164).

Anders als auf dem Kontinent resultierte jener Meta-Diskurs nicht in großen Begriffssystemen, sondern in einer Relationierung der Sachverhalte von Fällen.⁶ »Legal rules exist not for their own sake, but to further justice and convenience in the business of human life« (214). Es war jener Pragmatismus, der F.P. betonen ließ, Arbeit an Prinzipien sei kein Selbstzweck, sondern müsse der Reduktion von Komplexität und Abstraktion sowie der Verständlichkeit von Rechtsdoktrinen dienen (222): »Law, in short, must come first« (110). Es war jener Sinn für die Vielfalt und den Nuancenreichtum des Lebens, der F.P. vor *grand theory*⁷ und Absoluta zurückschrecken, ihn einen brillanten Textbookautor, aber inspirationslosen *professor of jurisprudence* werden ließ (87 f., 201, 282). Und es war jene Achtung F.P.'s für das Funktionieren des Rechts jenseits aller Rechtswissenschaft, die ihn den performativen Widerspruch zwischen offener Vernünftigkeit des Rechts und gleichzeitigem Mangel an Kohärenz und Logik dem »perverse genius of his lady the common law« zuschreiben und damit ertragen ließ, wo kontinentale wie amerikanische Rechtsgelehrte fürchteten, die Welt stünde still, gelänge es ihnen nicht, umfassende Erklärungen zu entwickeln (214 ff., 282). Entstanden war damit ein geschlossener Kreislauf, in dem ein praxisnaher Diskurs Fallerfahrungen in Prinzipienkonstruktionen wandelte und diese zurück in den Entscheidungsprozess der Gerichte einspeiste. Dieser Kreislauf hat eine Chiffre: F.P. Und er hat einen Körper: Frederick Pollock – gleichzeitig

3 MICHAEL LOBBAN, *The Common Law and English Jurisprudence 1760–1850*, Oxford 1991, 257.

4 FREDERIC WILLIAM MAITLAND, *The Forms of Action at Common Law. A Course of Lectures*, hg. von A. H. CHAYTOR u. W. J. WHITTAKER, Cambridge 1968, 1.

5 Cf. GUNTHER TEUBNER, *Episodenverknüpfung. Zur Steigerung von Selbstreferenz im Recht*, in: *Theorie als Passion*. Niklas Luh-

mann zum 60. Geburtstag, hg. von DIRK BAECKER, JÜRGEN MARKOWITZ, RUDOLF STICHWEH, HARTMANN TYRELL u. HELMUT WILLKE, Frankfurt a. M. 1987, 423–446, 432.

6 TEUBNER (Fn. 5) 436.

7 Dazu QUENTIN SKINNER, *Introduction: The Return of Grand Theory*, in: *The Return of Grand Theory in the Human Sciences*

(1985), hg. von DEMS., Cambridge 1990, 3–20, 3 ff., 12 ff.

leitender Herausgeber der *Law Reports*, Kommentator der von ihm selbst edierten Urteile im Medium der von ihm herausgegebenen *Law Quarterly Review* und herausragende Autorität für die Gerichte (169), deren Urteile er wiederum rapportierte.

Jener Diskurs des operativ geschlossenen *common law* lag nicht mehr allein in den Händen der Richter, sondern auch und vor allem in denen der akademischen Juristen wie F.P. (165). Genau aber hielt F.P. diese beiden Sphären auseinander: »Jurists, whether we like it or not, are at the periphery of common law development« (169). Im Zentrum des Rechts operieren die Gerichte. Sie stehen unter Entscheidungszwang. Sollte das *common law* nicht einfach als willenslose Fortsetzung rechtsexterner Pressionen arbeiten und seiner Autonomie verlustig gehen, bedurfte es einer von Operationszwang befreiten Peripherie, in der die zunehmenden Irritationen der Moderne aufgenommen und in Rechtsform gebracht werden konnten – oder auch nicht.⁸ In der akademischen Peripherie fand ein Sedimentierungsprozess statt, der gesellschaftliche The-

men auf diejenigen »sound principles of justice« (142) reduzierte, mit denen die Gerichte dann operieren konnten. *Scholarship*, in F.P.'s Sprache, *is a craft* (128).

Jede Beobachtung hat ihren Ort. *This is not a biography*. Der Ort der vorliegenden Studie ist bei einem heutigen akademischen Juristen, der Beobachtungen der viktorianischen akademischen Juristen beobachtet, deren Diskurskonstellationen an Frederick Pollock untersucht und in F.P. chiffriert. Der Ort dieses Buches ist bei der gegenwärtigen englischen Rechtswissenschaft, die sich ein Stück ihrer eigenen Geschichte erzählt – jener Geschichte, die sie selbst verortet: Duxbury ist – wie Pollock – unerhört genau und kenntnisreich. Und auch er ist kein Theoretiker. Jede Beobachtung hat ihren Ort. Ohne weitere theoretische Selbstreflexion kann Duxbury, der Beobachter, nicht sehen, dass er nicht sieht, was er nicht sieht:⁹ dass er eine wunderbare Geschichte der Evolution des englischen Rechtssystems geschrieben hat.

Oliver M. Brupbacher

Das Ganze des Rechts*

I. Die Beschäftigung mit Rechtstheorie ist uncool geworden. Das Fach ist kein Teilgebiet des Wirtschaftsrechts. Zur sozialen Stilisierung juristischer Kompetenz gibt die Theorie nichts her. Im akademischen Bereich ist sie das Steckenpferd des »studentischen Sonderlings«.¹

Das Uncoole ist bekanntlich steigerungsfähig. Nicht jeder Schlagersänger ist wie Heino. Nicht jede Theorie ist gleich grau. So genannte »rechtsethische« Debatten über Klonen oder Eu-

thanasie nehmen sich geradezu populär aus, wenn man sie mit den Dauerbrennern der »allgemeinen Rechtslehre« vergleicht. Einem Vortrag, der sich der Frage widmet, was die Ermächtigungsnorm sei, ist das leere Auditorium gewiss. Unter den juristischen Fächern verbreitet die allgemeine Rechtslehre die Aura der unendlichen Langeweile. Die Beschäftigung mit den Grundbegriffen und den Relationen, welche das Rechtssystem ausmachen (287), holt niemanden hinter

8 NIKLAS LUHMANN, *Das Recht der Gesellschaft*, Frankfurt a. M. 1993, 322.

9 Dazu DIRK BAECKER, *Kybernetik zweiter Ordnung*, in: HEINZ VON FOERSTER, *Wissen und Gewissen. Versuch einer Brücke*, hg. von SIEGFRIED J. SCHMIDT, 2. Aufl. Frankfurt a. M. 1994, 17–23, 19.

* ANDREAS FUNKE, *Allgemeine Rechtslehre als juristische Strukturtheorie. Entwicklung und gegenwärtige Bedeutung der Rechtstheorie um 1900* (Grundlagen der Rechtswissenschaft, Bd. 1), Tübingen: Mohr Siebeck 2004, xii, 338 S., ISBN 3-16-148476-2

1 Diesen Ausdruck verdanken wir Regina Ogorek. Siehe REGINA OGOREK, *Rechtsgeschichte in der Bundesrepublik (1945–1990)*, in: *Rechtswissenschaft in der Bonner Republik. Studien zur Wissenschaftsgeschichte der Jurisprudenz*, hg. von DIETER SIMON, Frankfurt a. M. 1994, 12–99, hier: 14.