

bildend seien, sie sich in Sachsen von ihrer ursprünglichen Gestalt entfernt hätten oder wenn ihre Anwendung in Sachsen umstritten sei.³ Die Einbeziehung des römischen Rechts erschien Schott noch rechtfertigungsbedürftig, gleichwohl gelangte er, wie die Lektüre seines Werks beweist, bei den Rechtsquellen zu einer Zitatenfolge, die nur wenig zwischen römischem und sächsischem Recht unterscheidet. Vor diesem Hintergrund perfektionierte Wächter wissenschaftsgeschichtlich betrachtet ältere Versuche, gemeines römisches Recht und Partikularrecht darstellerisch zu homogenisieren. Seine Bedeutung wird dadurch keinesfalls relativiert, sondern konkretisiert.

Abgesehen von den genannten Punkten, die mehr als weiterführende Hinweise denn als Kritik verstanden werden wollen, gelingt es Maun- tel, zahlreiche seit Landsbergs Tagen vertraute Geschichtsbilder zu revidieren. Nicht der politisch geprägte, auf die deutsche Einheit abzielende Kodifikationsstreit zwischen Savigny und Thibaut, sondern der Untergang des Alten Reichs und mit ihm das Ende der Selbstsicherheit des gemeinen Rechts stand für Wächter am Anfang

seiner Rechtsquellenlehre. Aus dem Traum eines universalen Reichsrechts aufgewacht, stellte er sich dem realen Kosmos des württembergischen Privatrechts, in dem sich römisches und einheimisches Recht quasi als *Usus modernus particularis* begegneten. Wächters Methode führte jedoch anders als der klassische *Usus modernus* die verschiedenen Rechtsfaktoren auf der Ebene des Partikularrechts gleichberechtigt zusammen. Ohne Wächter wären Heinrich Dernburgs und Joseph Ungers Leistungen in Preußen und Österreich, aber auch Otto Stobbes und Paul v. Roths Systeme des Deutschen Privatrechts undenkbar. Dies alles beleuchtet zu haben, ist das große Verdienst der Wächter-Monographie. Historiker und Rechtshistoriker werden in Zukunft gerne auf die »Rechtswissenschaft im Frühkonstitutionalismus« zurückgreifen. Die neue Arbeit zu Wächter ragt in ihrer Quellentiefe, im Analyseniveau sowie in ihrem Problembewusstsein bei weitem über vergleichbare Dissertationen der neueren Zeit zur Rechtswissenschaft des 19. Jahrhunderts hinaus.

Frank L. Schäfer

Gesetzeskunst*

Wenn wir heute, im frühen 21. Jahrhundert, Gesetze schreiben, so schreibt sich unsere moderne Praxis ein in eine lange historische Tradition. Das wissen wir. Doch wie sehr prägt dieses Wissen auch unsere Praxis? Und wenn wir bei unserem modernen legislatischen Tun darüber nachdenken, wie man es wohl am besten macht beim Gesetzeschreiben, so schreibt sich auch diese Reflexion ein in eine lange historische

Tradition des Nachdenkens über die Kunst guter Gesetzgebung. Dies allerdings wissen wir schon weit weniger genau, und entsprechend wenig nur vermag diese historische Reflexionstradition unser Tun hier und heute zu beeinflussen. Ohnehin hat sich das Gesetzeschreiben im deutschsprachigen Raum erst in den vergangenen Jahrzehnten allmählich einen wissenschaftlichen Spiegel zugelegt – die Gesetzgebungslehre (mit entsprechen-

³ AUGUST FRIEDRICH SCHOTT, *Institutiones iuris Saxonici electoralis privati*, 3. Aufl., besorgt von Christian Gottlieb Haubold, Leipzig 1795, XI (Vorwort 1. Aufl.).

* BERND MERTENS, *Gesetzgebungs-kunst im Zeitalter der Kodifikationen. Theorie und Praxis der Gesetzgebungstechnik aus historisch-vergleichender Sicht* (Tübinger Rechtswissenschaftliche Abhandlungen, Bd. 98), Tübingen: Mohr Siebeck 2004, XVI, 549 S., ISBN 3-16-148300-6

den Lehrbüchern, Lehrveranstaltungen, wissenschaftlichen Gesellschaften, Tagungen, Fachzeitschriften). Doch ist dieser jüngere Zweig der Methodenlehre (ich zögere zu sagen: der juristischen Methodenlehre, vielmehr einer Methodik im Grenzgebiet der Rechtswissenschaft und der politischen Wissenschaft) bis heute eher unterbelichtet, um nicht zu sagen blind, was seine eigene Geschichte anbelangt, und er vermag der modernen Gesetzgebungspraxis entsprechend wenig Bewusstsein für die Historizität ihres Tuns und der Reflexion über dieses Tun zu vermitteln.

Doch »was soll's?«, wird man einwenden. Hauptsache, die Köche können gut kochen. Sie brauchen nicht zu wissen, wie man früher gekocht hat (irgendwoher wird ihr Wissen schon kommen), und noch weniger brauchen sie zu wissen, was in alten Kochbüchern steht – die alte Frage nach Nutzen und Frommen der Geschichte für die Probleme der Gegenwart. Bernd Mertens, dessen dickes Buch hier präsentiert werden soll, stellt sich dieser Frage kaum. Ihm ist das »Schließen einer historischen Forschungslücke« eigentlich Legitimation genug.

Eine Forschungslücke schließt er tatsächlich. Wohl gibt es Einzelabhandlungen zu historischen Gesetzgebungsprojekten – der Praxis und der dazugehörigen Reflexion – in großer Zahl, und zahllos sind die verstreuten Bemerkungen in Arbeiten anderer thematischer Ausrichtung. Doch fehlt die umfassende Erschließung wichtiger Quellen und ihre Zusammenfügung zu einer historischen Gesamtschau. Hier leistet Mertens ohne Zweifel eine historische Herkulesarbeit – historisch im doppelten Sinn: eine Arbeit zur Historie, die selber Fachgeschichte schreiben wird.

Was genau ist der Gegenstand von Mertens' groß angelegter Untersuchung? Die »Gesetzgebungskunst im Zeitalter der Kodifikationen«.

Das Zeitalter der Kodifikationen meint den Zeitraum von der Mitte des 18. Jahrhunderts bis zum Beginn des 20. Jahrhunderts, als man in weiten Teilen Europas planmäßig und systematisch große Bereiche der Rechtsordnung legislatorisch zu erfassen, aufzuarbeiten und darzustellen begann und zugleich das, was an Verstreutem bisher galt, außer Kraft setzte. Mertens befasst sich eingehend mit den folgenden sieben Kodifikationsprojekten:

- Preußisches Allgemeines Landrecht von 1794
- Österreichisches Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch von 1811
- Bayerisches Strafgesetzbuch von 1813
- Preußisches Strafgesetzbuch von 1851
- Strafgesetzbuch für Britisch-Indien von 1860
- Deutsches Bürgerliches Gesetzbuch von 1896
- Schweizerisches Zivilgesetzbuch von 1907

Diese Auswahl ist anspruchsvoll, ja mutig: Sie umfasst schwergewichtig kontinentaleuropäische, genauer deutschsprachige Kodifikationen (sieht man davon ab, dass das schweizerische Zivilgesetzbuch zumindest von der Fiktion her dreisprachig ist), blendet wichtige Impulsgeber wie namentlich den französischen Code Civil aus, nimmt dafür aber eine Kodifikation des angelsächsischen Common Law in die genauere Betrachtung auf. Mertens begründet Letzteres – überzeugend wie mir scheint – zum einen damit, dass so eine fruchtbare Kontrastierung möglich wurde, zum andern damit, dass dies erlaubte, den äußerst wichtigen theoretischen Stimmen eines Francis Bacon und eines Jeremy Bentham ausgiebig Gehör zu verschaffen. Mutig ist die Auswahl auch, weil sie sowohl Privatrechtskodifikationen wie auch Kodifikationen des Strafrechts umfasst.

Die Darstellung konzentriert sich sowohl auf die in diesen Projekten entwickelte und an-

gewandte Praxis wie auch auf die zeitgenössischen Zeugnisse der Reflexion dieser Praxis, also die »Gesetzgebungskunst« als Vorläuferin dessen, was heute Gesetzgebungslehre heißt und erst heute, wie dargelegt, allmählich Züge einer eigenen Disziplin bekommt.

Die Gesetzgebungskunst oder »Gesetzgebungstechnik«, wie der Untertitel des Buches sie moderner nennt, meint den formalen und den prozeduralen Aspekt der Frage nach der guten Gesetzgebung, soweit sich diese Aspekte von inhaltlichen Aspekten überhaupt trennen lassen. Der prozedurale und der formale Aspekt – das sind die beiden Problembereiche, die der Darstellung ihre Struktur verleihen: In einem ersten Hauptteil behandelt Mertens »die Entwicklung des zweckmäßigen Verfahrens zum Abfassen, Bekanntmachen und Verbessern von Gesetzen«, also Fragen des Gesetzesproduktionsprozesses. Gute Texte sind ja – das lehrt uns die Schreibforschung – nicht zuletzt das Resultat guter Bedingungen ihrer Produktion. Was also sind die guten Bedingungen der Gesetzestextproduktion? In einzelnen Kapiteln behandelt Mertens Fragen wie: Was soll Veranlassung sein und was ist der richtige Zeitpunkt für die Lancierung eines Gesetzgebungsprojektes? Wer soll das Projekt vorbereiten und wie? Soll eine Kommission oder ein Einzelredaktor den Entwurf schreiben? Welche begründenden und erläuternden Begleittexte sollen zu einem Entwurf veröffentlicht werden? Wie sollen die Beratung und die Beschlussfassung über den Entwurf gestaltet werden? Wer soll sich um die Schlussredaktion kümmern?

Im zweiten Hauptteil widmet sich Mertens der »Entwicklung der formalen Anforderungen an den Gesetzesinhalt« und behandelt dabei so zentrale Fragen wie: Verallgemeinerung oder Kasuistik? Abstraktion oder Anschaulichkeit?

Befehlende oder beherrschende Gesetze? Vollständigkeit oder aber Exemplarisches, Wichtigstes und Vertrauen auf die Analogie? Das Bestimmtheitsgebot. Die Diskussion um die Gemeinverständlichkeit. Das Gebot der Kürze und der Redundanzfreiheit. Was ist ein zweckmäßiger Aufbau, was leistet ein Allgemeiner Teil? Besondere Gesetzgebungstechniken wie Legaldefinitionen, Verweisungen oder Fiktionen.

In jedem dieser zahlreichen Kapitel durchschreitet Mertens den Raum seiner sieben Kodizes und ihrer zahlreichen Begleitstimmen. Der Leser findet eine Überfülle an Informationen, wie man es tatsächlich gemacht hat und wie man geraten hat, es zu machen oder nicht zu machen. Der Autor stellt umsichtig Position gegen Position und vergleicht sie, stellt Übereinstimmungen und Differenzen heraus. Die Gesetze kommen dabei kaum je selber zu Wort, auf Exempel wird zumeist nur verwiesen, und das ist ausgesprochen schade. Die referierten Autoren werden zumeist paraphrasiert. Originalton ist auch hier wenig zu vernehmen, und wenn, dann in den Fußnoten. Ja diese Fußnoten! Sie machen, kleingedruckt, über die Hälfte des Textes aus. Wir lesen, wie könnten wir es vergessen, eine deutsche Habilitationsschrift! Diese Fußnoten also, sie bieten ab und zu Originalton, Verweise auf Beispielhaftes in den behandelten Gesetzestexten, und dann vor allem Verweise auf Literatursonderzahl und sehr viele sehr anregende weiterführende Gedanken.

Am Ende der Lektüre, ich muss es gestehen, war ich regelrecht erschlagen, müde, satt. Die Anlage der Darstellung bringt es mit sich, dass sich vieles wiederholt, weil die behandelten Fragestellungen sehr eng zusammenhängen, und dass man am Ende angesichts der Überfülle an Einzelformen etwas den Blick für das Ganze verloren hat. Ich habe das Buch nach dem zweiten

Hauptteil und vielen übersprungenen Fußnoten (mit schlechtem Gewissen übersprungen, wissend, dass sich darin so manche Kostbarkeit verbirgt) ermattet zur Seite gelegt, mit dem Gefühl, nun fast zu viel zu wissen und keiner Ganzheit mehr gewiss zu sein. Zugleich aber hatte ich die Gewissheit, dass ich einzelne Kapitel später wieder und wieder lesen würde im festen Wissen darum, zu einer sektoriellen Fragestellung schnell sehr viel zu finden.

Dann habe ich das Buch wieder zur Hand genommen und den kurzen dritten Hauptteil, die »Schlussbetrachtung«, gelesen und darin zu meiner Freude nun doch die eine oder andere Synthetisierungsleistung des Autors gefunden, etwa zum »Rhythmus« bestimmter Diskussionschwerpunkte über den Zeitraum von 150 Jahren hinweg, zur gesetzestechnischen Vorreiterrolle des Strafrechts vor dem Zivilrecht oder zum Unterschied zwischen der kontinentaleuropäischen und der angelsächsischen Diskussion.

Zum Schluss möchte ich vier Bemerkungen anfügen aus meiner persönlichen Stellung als Sprachwissenschaftler, der in der Schweiz als Gesetzesredaktor tätig ist:

Bernd Mertens schreibt zwar eine deutsche Habilitationsarbeit nach allen Regeln der Kunst, er schreibt aber eine wohltuend klare, verständliche und unprätentiöse Sprache, die uns mit der Selbstverständlichkeit eines Kamels durch die über 500 Seiten Wort- und Bleiwüste trägt.

Gesetzgebungskunst ist eine interdisziplinäre Angelegenheit – oder sollte es zumindest sein. Wenn in der vorliegenden Abhandlung nur Juristen und »Staatsdenker« zur Sprache kommen, so hat dies vermutlich seine historischen Gründe. Ein Kapitel über das Bestimmtheitsgebot zum Beispiel ist aber so bar aller sprachtheoretischen Reflexion, dass jeder Linguist, der

es liest, eigentlich sofort Lust bekommen müsste, sich mit seiner Stimme einzumischen.

Als Schweizer hat mich der »Schlussstein« in Mertens Kodifikationsbogen, das schweizerische Zivilgesetzbuch, besonders interessiert, und ich habe mit ausgesprochenem Genuss und Gewinn die umsichtige Kontrastierung dieser späten Zivilrechtskodifikation mit dem um einige Jahre älteren deutschen BGB gelesen: Dieses ungleiche Paar auf der Weltbühne der großen Kodifikationen gibt bei Mertens ein eigentliches Lehrstück ab.

Schließlich hat sich eine Bemerkung des Autors in der Einleitung bei mir festgesetzt und mich nicht mehr losgelassen – und mit ihr kommen wir nun doch noch einmal zurück zur eingangs gestellten Frage nach Nutzen und Frommen einer Geschichte der Gesetzgebungskunst für die Gegenwart und die Zukunft: »Nachdem das 19. Jahrhundert das Zeitalter der großen nationalen Kodifikationen war«, heißt es da (15), »spricht einiges dafür, dass das gerade begonnene 21. Jahrhundert besonders in Europa eine Zeit großer grenzüberschreitender Kodifikationsanstrengungen wird, um die unterschiedlichen Rechtsordnungen innerhalb der Europäischen Union zusammenzuführen.« Dabei wird es nicht bloß um eine inhaltliche Rechtsangleichung gehen, sondern es müssen auch unterschiedliche, zum Teil aber auch gemeinsame historische Traditionen der Gesetzgebungskunst aufgearbeitet, zusammengeführt und fruchtbar gemacht werden. Europa braucht eine intensive Diskussion über gute Gesetzgebung. Diese wird aus meiner Sicht kaum geführt. Könnte da eine historische Abhandlung von diesem Kaliber Impulse geben? Ich würde es mir wünschen.

Markus Nussbaumer