

Rechtsgeschichte Legal History

www.rg.mpg.de

<http://www.rg-rechtsgeschichte.de/rg23>

Zitiervorschlag: Rechtsgeschichte – Legal History Rg 23 (2015)

<http://dx.doi.org/10.12946/rg23/286-290>

Rg **23** 2015 286–290

Michael Stolleis

Juristen und »Juristen«

und Rechtsgeschichte verschafft. Dabei ist es vollkommen klar, dass eine dreitausendjährige Entwicklung auf 228 Seiten, die sich zudem nicht nur an Fachstudierende richten, an vielen Stellen nur oberflächlich dargestellt werden kann. Umso mehr kommt es darauf an, dem Leser nicht bloß aneinander gereiht historische Fakten zu präsentieren, sondern seinen Blick für Erkenntnisquellen und Entstehungsprozesse, aber auch für Forschungsdefizite und offene Fragen zu schärfen. Dies gelingt Heuser an vielen Stellen sehr gut. Die Ausführungen zum Qin-Kodex (72) geben z. B. einen lebendigen Überblick über Erkenntnismöglichkeiten und den Wandel, der sich in dem Blick auf eine Epoche ergeben kann, wenn neues Material gefunden wird. Die Darstellung zur chinesischen Fachbegriffsbildung, als es darum ging, ein Zivilgesetzbuch zu schaffen, führt dem Leser vor Augen, wie vieler »Zwischenschritte« eine Modernisierung des chinesischen Rechts bedurfte. Heuser haucht dem abstrakt anmutenden Begriff der Rechtsreform dadurch in willkommenem Maße Leben ein. Es gelingt ihm zudem immer wieder,

aus der Menge der Informationen sinnvolle Kategorien zu bilden, Kontinuitäten aufzuzeigen und Linien zu beschreiben. Gleichzeitig ist anzumerken: Ergänzende eigene Recherche zur Geschichte des chinesischen Rechts erspart Heusers Grundriss nicht. Den Einstieg in eine solche Recherche erleichtert Heuser in erster Linie hinsichtlich der Gesetzestexte und der darauf bezogenen zeitgenössischen Quellen, insbesondere des beginnenden 20. Jahrhunderts. An anderer Stelle müsste er dem Leser – dem Zweck einer Einführung entsprechend – mehr an die Hand geben. Eine stärkere Einbeziehung amerikanischer und asiatischer Forschungsergebnisse des 21. Jahrhunderts würde den Zugang zu Problemkreisen ermöglichen, die durch Heusers Quellenauswahl in seinem Grundriss untergehen. Das Fazit muss also lauten, dass Heusers Werk einen guten Überblick gibt. Es lohnt sich aber auf eigene Faust über seine Ausführungen hinauszuschauen. ■

Michael Stolleis

Juristen und »Juristen«*

Die Lektüre des Buchs beginnt mit dem Titel. Er ist offenbar bewusst vage gehalten. »Die Juristen«, als Gattung oder Stand, als Denktypus, als wissenschaftliche Formation? Geht es um Juristen aller Herren und Länder? Und was bedeutet »kritische Geschichte« – ist eine unkritische denkbar? Handelt es sich um eine soziologische historische Studie zur Ausbreitung der Juristen und eine Analyse ihres Einflusses? »The Jurists« ist also ein anspruchsvolles Portal, hinter dem sich jedenfalls kein Juristenlexikon verbirgt. Treten wir also ein und sehen wir zunächst, welchen Ballast Gordley abwerfen musste, um sein Schiff flott zu bekommen.

Nicht behandelt werden die »Juristen« der ganzen Welt, unter welchem Namen sie auch immer als Spezialisten für die Lösung von zwischenmenschlichen Konflikten auftreten mögen. »Jurists« sind (im Gegensatz zu den »lawyers«, »barristers« oder »solicitors«) die universitären Vertreter der *iurisprudentia*. Nicht gehandelt wird also von richtenden Dorfältesten oder Ratsherren, von juristisch ausgebildeten Syndici, Anwälten und Notaren, Hof- und Staatsräten und anderen. Es geht auch nicht um eine vergleichende Sozialgeschichte des akademischen Juristenpersonals, die zeigen könnte, wie sich Verhaltenskodices der Rechtslehrer ausbilden, wie sie eine Vorrangstellung vor den

* JAMES GORDLEY, *The Jurists. A Critical History*, Oxford: Oxford University Press 2013, XI, 320 S., ISBN 978-0-19-968939-2

Theologen erobern usw. Es handelt sich also, positiv gewendet, um die römischen Juristen, die »civilians« und »canonists« des Mittelalters und der frühen Neuzeit mit ihren methodischen Wegen des *mos italicus* und *mos gallicus*, die Natur- und Völkerrechtler sowie um die französischen und deutschen Juristenformationen des 19. und 20. Jahrhunderts,¹ unterlegt von der Folie des »anglo-american common law«, der intellektuellen Heimat Gordleys selbst. Nachgezeichnet wird also der klassische Weg von Rom nach Bologna und von da aus fächerförmig in die vor allem kontinentaleuropäische Tradition bis in eine noch offene Gegenwart.

Gordley setzt voraus, sicher zu Recht, dass Juristen durchweg nicht als Individuen handeln, sondern meist in Form von »Gruppen« oder »Schulen«. Um sie geht es ihm, um ihre Ursprünge und Methoden, um die jeweils von ihnen verfolgten zeittypischen »Projekte«. Dazu bedarf es griffiger Kennzeichnungen und eines Verzichts auf Individualitäten. So gruppiert Gordley nach römischen, mittelalterlichen, spätscholastischen, humanistischen, naturrechtlichen Juristen, deutschen Pandektisten und französischen Exegeten, Freirechtlern und anderen »Schulen« bis zur Gegenwart. Das macht die Sache schon einfacher. Aber Gordley wirft noch mehr Ballast ab, indem er große Gebiete des Rechts beiseitelässt. Er folgt im Wesentlichen dem Hauptstrom des Zivilrechts. Das geht vom »roman law and later civil law« zu den »civilians« der mittelalterlichen Juristen und zu den französischen Humanisten, von der italienischen Zivilrechtswissenschaft zum gemeinen Recht und zum *Usus modernus pandectarum* niederländisch-deutscher Prägung, zur Parallele von französischer *école de l'exégèse* und deutschem Pandektismus bis zur Gegenwart, die nach Positivismus und Begriffsjurisprudenz nach neuen Wegen sucht. Dabei bleibt nun viel auf der Strecke. Gewiss bezieht Gordley nebenbei auch die Kanonistik ein, und er wirft in der Neuzeit einen Blick auf das *ius gentium* auf seinem Weg zum heutigen Völkerrecht und auf das Internationale Privatrecht. Strafrecht kommt nur als Randphänomen der

unerlaubten Handlung zur Sprache. Der ganze Komplex, den man seit Ulpian *ius publicum*, öffentliche Herrschaft, Staat, Verfassung und Verwaltung nennt, fällt einfach weg. Dass moderne Industriestaaten, die permanent mit Mitteln des öffentlichen Rechts in den Raum des Privatrechts intervenieren, und zwar nicht nur mit Steuern und Abgaben, sondern auch indem sie die Vertragsgestaltung regulieren, den Verbraucher, Mieter und sozial Schwächeren schützen, dass Versicherungen den klassischen Schadensausgleich überlagern, dass der Sozialstaat die typischen Lebensrisiken mildert – all dies wird hier nicht sichtbar, obwohl es doch »Juristen« sind, die es konstruieren und in Gang halten. Auch dass sich seit zwei Generationen ein eigenständiges Europarecht ausgebildet hat, an dem ganze Heerscharen von Menschen arbeiten, kommt in diesem Buch nicht vor. Und wenn schon von »Schulen« die Rede ist, Hans Kelsen bleibt ungenannt wie H. L. A. Hart oder die Skandinavier wie Karl Olivecrona oder Alf Ross.

Dieser etwas umständliche Bericht über die »weißen Flächen« war wohl notwendig, um genauer zu verstehen, was Gordley im Blick hat. Er beschreibt die in verschiedenen Zeiten den Juristen vorschwebenden Aufgaben (projects) des Zivilrechts, die sie als jeweils fassbare Gruppe theoretisch lösen wollen. Er unterscheidet von ihnen jene anderen Juristen, die das Recht auf die Fälle der Praxis applizieren (oder die Fälle so formen, dass das Recht Lösungen bietet) und es auf diese Weise gebrauchen. Das setzt voraus, dass theoretisch arbeitende Juristen, die über Recht reflektieren, von den »Praktikern« überhaupt trennbar sind. Aber über weite Strecken der Geschichte, beginnend mit Rom, war das gerade nicht der Fall, sondern Rechtskundige reflektierten die Normen, angeregt durch die ihnen vorgelegten Fälle, und verdichteten ihre Ergebnisse schrittweise zu allgemeineren Maximen, immer aber reflexiv zur Praxis. Bis in die Gegenwart sind weite Domänen des Rechts beherrscht von der Arbeit der Gerichte und Schiedsgerichte, der Verwaltung und der Politik. Die dort tätigen Praktiker schreiben auch und

1 Es ist nicht entscheidend, aber es muss doch mit Bedauern festgehalten werden: Das Buch hat bei der Herstellung nicht die nötige Sorgfalt erfahren. Die Fußnoten und das Register enthalten eine Menge an Schreib-

fehlern. Vor allem deutsche Namen und Titel wurden »verballhornt«. Wer sind etwa Liebnitz, Karl Droeschel, Fiammetta Paladini oder Karl Wieacker? Ein Literaturverzeichnis fehlt.

diskutieren ihre Fälle mit Blick auf Gerichtsentscheidungen, aber sie treiben kaum abstrakte methodische Selbstreflexion. Das macht sie aber nicht zu Nicht-Juristen, sondern stellt sie eigentlich in die Tradition Roms. Aber gleichviel: Was Gordley anstrebt, ist unverkennbar eine historisch fortlaufende, kritische Beobachtung der Verwandlungen der römischen Texttradition des Zivilrechts in Kontinentaleuropa, und zwar mit Ausblicken auf England und Nordamerika. Diese Beschränkungen bringt er auch deutlich zum Ausdruck.

Auf dem so begrenzten historischen Pfad schreitet Gordley voran, zunächst gestützt vor allem auf Alan Watson, Fritz Schulz, Aldo Schiavone und Peter Stein, vom republikanischen Rom zum Prinzipat, schildert die Stationen des römischen Prozesses, die Herausbildung von Rechtsspezialisten und die ihnen vorgelegten Fragen. Indem er kurzerhand erklärt »Jurists had little to say about criminal law« (6), kann er die zivilrechtlichen Kernfragen innerhalb des vertrauten Schemas »property, tort, contract, unjust enrichment« (18) erörtern. So gesehen ist es nicht überraschend zu erfahren und in der Sache richtig, dass die römischen und die anglo-amerikanischen Juristen methodisch durchaus vergleichbar arbeiten.

Letzteres gilt auch für die mittelalterliche Jurisprudenz mit ihrer doppelten Aufgabe, die veränderten praktischen Lebensprobleme mit Hilfe antiker Texte zu lösen, »they had to make bricks without clay« (32), wie Gordley witzig sagt. Zugleich versuchten sie aber auch eine gewisse Systematik in den Stoff zu bringen. Das setzte eine scholastische Gewandtheit der Interpretation voraus, eine Vertrautheit mit den Figuren der Logik und Rhetorik, aber auch eine Ordnungsidee der »concordia« mit dem Ziel eines widerspruchsfreien Gebäudes von Normen. Eine Kette einprägsamer Beispiele erläutert dies.

Gleichzeitig mit diesem weltlichen Recht entstand in Bologna nach 1140 die Parallelwelt des kanonischen Rechts. Methodisch verfuhr man hier nicht anders, aber mit anderen Autoritäten (Bibelstellen, Kirchenväter, Konzilsbeschlüsse, Papstbriefe, ältere Regelsammlungen). Wir erfahren das Nötige über die Textgeschichte des Corpus Iuris Canonici, über die Versuche der Harmonisierung zwischen *ius commune* und *ius canonicum*, aber auch über »Canon law solutions to civil law problems« (57 f.), etwa bei Eigentum, Injurienklage, Schadenszufügung oder Vertragsrecht. Wie Gordley zeigt, wurden Lücken durch extensive oder

restriktive Interpretation, naturrechtliche Sätze, Alltagsmaximen (etwa: »wähle von zwei Übeln das kleinere«) oder Sätze christlicher Moral geschlossen. Langfristig wohl noch wichtiger wurde das arbeitsteilig zwischen Kanonisten und Legisten entwickelte Prozessrecht, kurz: der »römisch-kanonische Prozess«, dessen Prinzipien bis in das ausgehende 18. Jahrhundert galten. Damit rückte auch das materielle Strafrecht, dessen Handhabung im *forum externum* der weltlichen Macht zustand, stärker nach vorne. »Verbrechen« und »Sünde« treten als Kategorien auseinander, das Schuldprinzip entsteht, zur Ermittlung der materiellen, in ein Geständnis mündenden Wahrheit wird die Folter eingeführt.

Stand auf der einen Seite des Spektrums die individuelle Rechtsverletzung als »crimen«, dann auf der anderen Seite der nicht von Gerichten zu entscheidende Krieg zwischen Souveränen. So beginnt das Völkerrecht mit der materiellen Frage nach der *justa causa* und den Formalien von Kriegserklärung und Friedensschluss. Gordley skizziert hier die mittelalterlichen Anfänge und leitet damit auf die spanische Spätscholastik und deren grundlegende Beiträge zum frühmodernen Natur- und Völkerrecht über. Er widmet den Autoren von Salamanca viel Aufmerksamkeit, erklärt ihre aristotelisch-thomistischen Voraussetzungen und ihre Nutzung des römisch-italienischen Rechts und des Kirchenrechts. Aber ihre Texte stehen hier gewissermaßen beziehungslos im Raum. Dass ihr Schreiben etwas mit der Entdeckung Amerikas, der Weltmachtstellung Spaniens und der Diskussion um die Stellung der »Indios« zu tun hatte, muss sich der Leser hinzudenken. Ähnlich ist es, wenn wir in die so genannte Humanistische Jurisprudenz eingeführt werden. Petrarca, Valla, Polizian, Budé, Alciato, Cujas treten auf, der nun einsetzende Prozess der Historisierung des römischen Rechts im *mos gallicus* wird beschrieben, auch die damit verbundene Problematik, dass die Texte einerseits auf aktuelle Fälle zu applizieren waren, andererseits aber in ihrer »wahren« historischen Gestalt rekonstruiert werden sollten. Aber warum dies alles geschieht, ist nur schattenhaft erkennbar. Wir erfahren: Eine neue Generation folgt der älteren, sie gibt den Studien »neues Leben«, so etwa durch das Wunderkind Hugo Grotius, dem andere auf der Bahn des Natur- und Völkerrechts folgten und das Naturrecht zu artifiziellen Systemen formten, während das positive Recht nach Ort und Zeit variierte (Kap. V). Der auf juristische

Methoden- und Dogmengeschichte fixierte Autor berichtet nichts zur veränderten Weltlage, zum Aufstieg des Absolutismus und zur naturwissenschaftlichen Revolution jener Zeit, obwohl es doch mit Händen zu greifen ist, dass mit Bodin einerseits, Kopernikus, Kepler, Galilei und Newton andererseits (die hier alle unerwähnt bleiben) sich ganz neue Wissenschaftsideale durchsetzten, denen die Juristen dann mit dem *mos geometricus* und der deduktiven Methode nacheiferten (L. Daston, M. Stolleis, ed., *Natural Law and Laws of Nature in Early Modern Europe*, 2008). Dass spätere Kapitel VIII, das zeitlich zur Spätscholastik und zum Beginn des Naturrechts zurückspringt, begründet noch einmal ausführlich die Bedeutung des deduktiv verfahrenen juristischen Rationalismus mit Bezug auf Leibniz und Wolff.

»The iusnaturalists were not trying to change the way in which jurists were educated«, sagt Gordley eingangs des Kapitels VI (141). Die Naturrechtslehrbücher seien nur für »educated nonspecialists« geschrieben, anders aber in Frankreich, dank Domat und Pothier. Dieser Weg habe dann zu Portalis und zum klar und elegant formulierten Code civil geführt.² Wie verhält sich das zu der Beobachtung, dass etwa in den Niederlanden und in Deutschland das Naturrecht im 17. Jahrhundert auf breiter Front in die Juristenausbildung einzog, dass alle Fakultäten eigene Lehrstühle dafür einrichteten und tausende von Büchern und Dissertationen sich dem Naturrecht widmeten? Und dies obwohl, wie Gordley zutreffend schildert, die Juristen des *Usus modernus* praktische Lösungen vor Augen hatten und Rückgriffe sowohl auf abstrakte Prinzipien als auch auf nur noch historisch relevante »Subtilitäten« vermieden. Mit anderen Worten, das hier gezeichnete Bild ist nicht nur skizzenhaft, es ist auch schief, weil es die systematisierende, die Kodifikationen vorbereitende Funktion des Naturrechts verkennt.

Vorletzte große Station von Gordleys Weg durch die europäische Rechtsgeschichte sind der »Positivismus« (»if we use the word with caution«) und die »Begriffsjurisprudenz« des 19. Jahrhun-

derts (»if, again, we are careful about the word«). Gemeint ist ein Gesetzespositivismus, der aber durch Interpretation mit Rückgriff auf allgemeingültige »Begriffe« wieder flexibel gehalten werden konnte. Die Darstellung markiert hier Ähnlichkeiten und Unterschiede der mit Präjudizien, staatlichem Gesetz oder mit einer historisch-philosophischen Erneuerung des »heutigen römischen Rechts« arbeitenden europäischen Rechtskulturen Englands, Frankreichs und Deutschlands. Gordley sieht zwischen diesen Ländern Konvergenzen in Richtung auf eine schärfere und systematischere Begriffsbildung und eine verstärkt einsetzende staatliche Gesetzgebung. Warum aber wird der Gesetzgeber nun im Wirtschafts-, Gesellschafts-, Handels- und Gewerberecht so aktiv? Eine Antwort könnte die Verfassungs- und Wirtschaftsgeschichte des 19. Jahrhunderts geben, aber sie wird nicht herangezogen.

Vielmehr spielt Gordley den Gedanken von Distanz und Konvergenzen in einem privatrechtlichen Kapitel noch einmal durch; die leitenden Kategorien sind *property*, *possession*, *tort*, *contract* und *unjust enrichment*, anhand derer die englischen, amerikanischen, französischen und deutschen dogmatischen Fragen verglichen werden. Um diesen Vergleich auf eine Ebene zu bringen, müssen die Lösungen von ihrem historischen Kontext getrennt werden. Die dabei zu beobachtenden Paradoxien und ungelösten Probleme bleiben solche der Juristen selbst (»their search for solutions, and the difficulties that they themselves found with these solution«, 275). Sie kommen zu unterschiedlichen Lösungen, da sie in verschiedenen Rechtskulturen leben, gewiss. Aber dass es die Kräfte der Mobilisierung des Bodens und des Kapitals, der Industrialisierung, Technisierung und der Sozialen Frage sind, die zu neuen Lösungen drängen, wird hier kaum einmal angedeutet.

Sogar die Phänomene des rasch wachsenden Völkerrechts und des Internationalen Privatrechts bleiben auf der theoretischen Ebene merkwürdig blass. Das Vertrags-Völkerrecht wächst so stark an, dass man sogar an eine Kodifikation allgemeiner

2 Gordley (147) fährt fort »so elegantly that the novelist Stendhal, it is said, read the Code to improve his style«. Der Hinweis auf Stendhal stammt offenbar von Wieacker, der aber keinen Nachweis gibt. Tatsächlich handelt es sich um einen in drei Fassun-

gen überlieferten Brief des Napoleon-Verehrers Stendhal an Balzac vom Oktober 1840.

Sätze denken kann (Francis Lieber, J. C. Bluntschli, beide hier nicht erwähnt) und sie teilweise sogar realisiert (Haager Landkriegsordnung). Auch das Internationale Privatrecht macht eine entsprechende Karriere, nicht zufällig im 19. Jahrhundert, als sowohl der Nationalismus aufsteigt als auch die Industrialisierung zur Internationalität zwingt.

So geht auch die Abwendung von den dominanten juristischen Vorstellungen des 19. Jahrhunderts (»Positivismus«, »Begriffsjurisprudenz« – caution! careful about the word!) wieder von den Juristen aus (Oliver Wendell Holmes, François Gény, Rudolph von Jhering), nicht von den ökonomischen, sozialen und technischen Veränderungen. Gordley skizziert demgemäß Freirechtsschule, Interessenjurisprudenz, Appelle an das Rechtsgefühl, die Entstehung der Rechtssoziologie (auch Eugen Ehrlich wird nicht erwähnt), den anglo-amerikanischen und skandinavischen Pragmatismus und Rechtsrealismus bis hin zur Ökonomischen Analyse des Rechts und den Critical Legal Studies, als seien dies ausschließlich akademische Erörterungen gewesen, eine Abfolge von »Projekten«, bestimmt von immanenten Zielen und Methoden.

Warum es aber zu dieser Abfolge von Zielen und Methoden kam, bleibt rätselhaft: »But why any particular project started is a mystery« (312). Aber ist eine solche Dekontextualisierung für die Rechtsgeschichte akzeptabel? Sollte sie nicht ein Feld sein, dieses Mysterium Schritt für Schritt zu erklären, indem sie die Funktionsweise von Recht im Kontext menschlicher Bemühung um Frieden und Ordnung zeigt, immer wieder unterbrochen durch neue Konflikte, immer wieder erneut in wechselnden materiellen und sozialen Verhältnissen? Rechtsgeschichte mag auch einmal als Verbeugung vor dem Genius des römischen Rechts geschrieben werden, aber in einem ernsthafteren Sinn sollte sie doch als eine alle menschlichen Kulturen erfassende historische Anstrengung verstanden werden, um zu verstehen, wie jenes Spezifikum »Recht« als Steuerruder in einem Meer widerstreitender Interessen funktioniert, was es kann und wo es versagt. Dazu müssen die Interessen der nichtjuristischen Akteure (Non-Jurists) erkannt und benannt werden.



Michael Stolleis

Heerschau der Rechtsgeschichte in Frankreich*

Aussagen über den »Zustand« der Rechtsgeschichte in verschiedenen Ländern sind schwer zu gewinnen und zu gewichten. Akademische Fächer als reale Verbandspersönlichkeiten sind ohnehin eine luftige Konstruktion. Die Zahlen der Professuren in Relation zur Zahl der Universitäten, die Abschlussexamina der Juristenausbildung (mit oder ohne rechtshistorischen Anteil, mit oder ohne Bologna-Modell), die Zahl der Dissertationen, die Ausstattung der Bibliotheken und viele andere

Daten lassen sich natürlich erheben. Aber schon die Ausgangspunkte sind unterschiedlich. In den meisten Ländern widmen sich die Rechtshistoriker nur ihrem Fach, während sie in Deutschland in der Lehre auch geltendes Recht vorzutragen und im Examen zu prüfen haben. Letztlich entscheiden statistisch kaum greifbare Faktoren über Qualität und Bedeutung der Rechtsgeschichte im Kontext gesellschaftlicher Erwartungen an die Juristenausbildung. Das intellektuelle Klima an Fakultäten

* L'Histoire du droit en France. Nouvelles tendances, nouveaux territoires, sous la direction de JACQUES KRYNEN et BERNARD D'ALTEROCHE (Histoire du Droit 1), Paris: Classiques Garnier 2014, 596 S., ISBN 978-2-8124-2963-7