

# Pandektenwissenschaft und ihre historischen Hintergründe

Moriya Kenichi

<b>Citation</b>	Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte: Germanistische Abteilung. 136(1); 368-386
<b>Issue Date</b>	2019-06-26
<b>Published</b>	2019-07-17
<b>Type</b>	Journal article
<b>Text version</b>	Publisher
<b>Right</b>	© 2019 Walter de Gruyter GmbH, Berlin/Boston. For personal use only. No other uses without permission. The following article appeared in Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte: Germanistische Abteilung. Vol.136, Issu.1, p.363-386 and may be found at <a href="https://doi.org/10.1515/zrgg-2019-0013">https://doi.org/10.1515/zrgg-2019-0013</a> .
<b>DOI</b>	10.1515/zrgg-2019-0013

Placed on: Osaka City University Repository

[https://dlistv03.media.osaka-cu.ac.jp/il/meta\\_pub/G0000438repository](https://dlistv03.media.osaka-cu.ac.jp/il/meta_pub/G0000438repository)

MORIYA, K. (2019). Pandektenwissenschaft und ihre historischen Hintergründe. *Zeitschrift Der Savigny-Stiftung Für Rechtsgeschichte: Germanistische Abteilung*. 136, 368-386. doi: 10.1515/zrgg-2019-0013

## Pandektenwissenschaft und ihre historischen Hintergründe\*)

*The Pandectist Jurisprudence and its Historical Background.* This prolonged critique will observe carefully an undoubtedly important and timely enterprise initiated by H.-P. Haferkamp and T. Reppen to understand the Pandectist legal thinking immanently which has been often blocked for its rather pejorative reputation such as too conceptual, too systematic, too abstract and lifeless etc. It will be shown that this significant first step must be surely continued – only with far more attentiveness. Especially one must read the overall complex structure of the Pandectist legal thinking almost with a seismographic sensitiveness and simultaneously with due respect to the general and long-term historical background.

Keywords: Pandectist Jurisprudence, Legal Interpretation, German Historical Legal School, Conceptual Jurisprudence

Das hier zu besprechende Buch ist ein Sammelband, der die Beiträge zu einem Symposium unter dem Thema „Wie pandektistisch war die Pandektistik?“ vom 10. bis 12. September 2015 in der Universität zu Köln vereint. Anlass war der 80. Geburtstag von Klaus Luig. Herausgeber sind H.-P. Haferkamp und T. Reppen.

Das wissenschaftliche Ziel des Buchs wird von den Herausgebern klar umrissen. Es seien die Zuschreibungen zum Begriff „Pandektistik“ „näher zu ergründen und dabei ganz bewusst ‚Romanisten‘ und ‚Germanisten‘ unmittelbar miteinander ins Gespräch zu bringen“ (V, Vorwort). In der von den beiden Herausgebern gemeinsam geschriebenen *Einleitung* (1–16) wird der wissenschaftshistorische Hintergrund des genannten Ziels eingehender expliziert (1–10): Seit Jherings Kritik an „Begriffsjurisprudenz“ sei die Pandektenwissenschaft ein polemischer Gegenstand geblieben (1f.). Noch 1967 habe Franz Wieacker die Pandektistik in ein „einhelliges“ und pejoratives Bild kondensieren können (3). Dieses Bild verblasse inzwischen (3). Trotzdem sei die nähere Beschreibung der Pandektenwissenschaft bislang daran gescheitert, dass ihre Untersuchung seit den 1970er Jahren immer entweder auf den historischen Kontext oder auf die bruchlose Entwicklung der römischrechtlichen Auslegung bezogen worden sei, wobei zwischen diesen zwei Lagern noch immer kein aufgeschlossenes und intensives Gespräch stattgefunden habe (5f.). Aber in den letzten Jahren seien „diese Gräben zunehmend“ verschwunden (6). Anhand der „konkreten dogmatischen Probleme“ sollen nun „die alten Gegensätze“ überbrückt und „möglichst viele Kenner der Pandektenwissenschaft miteinander“ ins Gespräch eingeladen werden, und zwar nach dem Vorbild von Klaus Luig (6).

In der zweiten Hälfte der Einleitung (10–16) werden einige besonders hervorzuhebende Aussagen in der Schlussdiskussion berichtet sowie die einzelnen Vorträge nüchtern zusammengefasst.

\*) Ursprünglich war diese Schrift als eine normale Rezension zu Hans-Peter Haferkamp/Tilman Reppen (Hgg.), *Wie pandektistisch war die Pandektistik?* Symposium aus Anlass des 80. Geburtstags von Klaus Luig am 11. September 2015, Mohr Siebeck, Tübingen 2017, VIII, 308 S., konzipiert worden. Die erste Version war aber bereits ziemlich umfangreich geworden. Sie wurde von den Herausgebern der Zeitschrift sprachlich korrigiert, aber auch inhaltlich energisch glossiert. Aus einer recht intensiven Auseinandersetzung damit ist diese Miszelle entstanden. Für dieses unvergessliche, letztlich doch als unendlich kostbar empfundene intellektuelle Erlebnis, ermöglicht durch ihr selbstloses Engagement für diese Rezension, dankt der Rezensent den Herausgebern Joachim Rückert, Hans-Peter Haferkamp und Peter Oestmann aufrichtig. Es war, als hätten wir alle im Zeitalter von Gustav Hugo gelebt.

Nach der soeben gestreiften Einleitung werden die einzelnen Vorträge in der Reihenfolge gedruckt, die den Verlauf der Tagung in Köln widerspiegelt (vgl. 12)<sup>1)</sup>. Die ersten drei Beiträge setzen sich jeweils mit den Phänomenen der gewöhnlich als ‚deutsch‘ apostrophierten Pandektistik außerhalb des ‚kleinen‘ Deutschlands, nämlich in Österreich, Russland und den baltischen Territorien auseinander<sup>2)</sup>: Meissel sprach über die österreichische Pandektistik, Avenarius über Russland, Luts-Sootak über die baltische Rechtswissenschaft. Nach einem Beitrag zum Vergleich zwischen dem römischen Recht der Pandektistik und dem römischen Recht der Römer durch den italienischen Romanisten Cardilli folgen Einzelstudien über einige, schwerpunktmäßig gesagt, aus dem Privatrecht des deutschen 19. Jahrhunderts gewählte Themen von der insolvenzrechtlichen Rechtspraxis (Falk) über bestimmte dogmatische Probleme (Jansen, Rückert, Rübner und Schermaier) oder über einen bestimmten Autor wie Mühlenbruch (Sirks) bis hin zur Auslegungslehre (J. Schröder). Von den 13 Teilnehmern sind 9 Romanisten (Falk eingerechnet), vier Germanisten. Sechs Teilnehmer sind in den 1960ern geboren, drei in den 1940ern, jeweils einer in den 1950ern und in den 1970ern.

Aus den Beiträgen über die Funktion der Pandektistik im Ausland scheint der von Avenarius dem Rezensenten am interessantesten zu sein, weil er vor allem anhand der Texte von Sergej Muromcev (1850–1910)<sup>3)</sup> die Funktion der russischen Zivilrechtsdogmatik vor dem historischen Hintergrund des spezifisch russischen staatlich verordneten Gesetzespositivismus darstellt. Die von Avenarius angedeutete Linie von der römischen, oft pejorativ bewerteten ‚Kasuistik‘ (vgl. 42f. mit Anmerkungen

<sup>1)</sup> Hier seien die einzelnen Autoren und Titel ihrer Aufsätze wiedergegeben: Franz-Stefan Meissel, Joseph Unger und das Römische Recht – Zu Stil und Methoden der österreichischen „Pandektistik“ (17–33); Martin Avenarius, Rechtswissenschaft als „Dogma“, Die Ablösung der Dogmatik vom positiven Recht und die Weiterentwicklung des Rechtsdenkens in Russland (35–50); Marju Luts-Sootak, Zu der Universalität der Pandektenwissenschaft – am Beispiel der baltischen Privatrechtswissenschaft nach der Kodifikation von 1864 geprüft (51–81); Riccardo Cardilli, Das römische Recht der Pandektistik und das römische Recht der Römer (83–99); Ulrich Falk, Haftung des Konkursverwalters in der Rechtsprechung des Reichsgerichts vor 1900: „Höchste Ungerechtigkeit und Willkür“? (101–164); Nils Jansen, Naturrechtsfäden im Gewebe pandektistischer Theoriebildung: drei Beispiele aus dem Recht der Schuldverhältnisse (165–183); Boudevijn Sirks, War Mühlenbruch ein Pandektist? (185–204); Joachim Rückert, Pandektistische Leistungsstörungen? (205–239); Thomas Rübner, Pandektistik und Prozessrecht (241–255); Martin Schermaier, „... nicht mit Willkür ersonnen, sondern seit Jahrhunderten bereitet“: Die Auslegung römischer Quellen bei Savigny (257–288); Jan Schröder, Zur Aequitas/Billigkeit in der Rechtstheorie des 19. Jahrhunderts (289–305).

<sup>2)</sup> Nach der Angabe von Luts-Sootak soll auch irgendein Beitrag über die ‚pandektistische‘ Methode in Schweden vorhanden gewesen sein (cf. 52). Dem Rezensenten ist aber ein solcher Beitrag nicht kenntlich geworden.

<sup>3)</sup> Muromcev war auch bekannt als „Haupt der konstitutionellen Bewegung in Rußland“, s. A.N. Meduschewskij, Art. Muromcev, Sergej Andreevič (1850–1910), in: Juristen, Ein biographisches Lexikon von der Antike bis zum 20. Jahrhundert, hg. von M. Stolleis, München 2001, 459–460, bes. 459; sehr instruktiv auch A.N. Meduschewskij, Konstitutionelle Projekte in Rußland am Anfang des 20. Jahrhunderts und ihre deutschen Prototypen, in: Reformen im Rußland des 19. und 20. Jahrhunderts, Westliche Modelle und russische Erfahrungen, hg. von D. Beyrau/I. Čičurov/M. Stolleis, Frankfurt am Main 1996, 236–259.

23f.) über Muromcevs Konzept der soziologisch angelegten Lehre vom „Dogma“ (44–49) bis auf Ehrlichs Rechtssoziologie (49f.) wäre einer weiteren Vertiefung wert.

Dagegen erscheint Meissels Beitrag über Joseph Unger (1828–1913), „praeceptor iurisprudentiae Austriacae“ (19) weniger ertragreich, denn die hier vertretene These, Unger sei „wohl nicht als Romanist und Rechtshistoriker im engeren Sinn einzuordnen, sondern als ein rechtshistorisch und rechtsvergleichend interessierter, umfassend gebildeter Zivilist“ (32), geht kaum über das bereits verfestigte Verständnis von Unger hinaus<sup>4)</sup>. Luts-Sootak versucht, die Universalität der Pandektenwissenschaft anhand der Werke von Carl Eduard Erdmann (1841–1898) nachzuweisen. Er sei bislang vor allem im Schatten von Friedrich Georg von Bunge (1802–1897) geblieben, dem Hauptredakteur der baltischen Privatrechtskodifikation von 1864 (54f.). Dieses in der deutschen Literatur verbreitete Bild soll revidiert werden. Luts-Sootak vertritt die These, dass Erdmann in seinen wissenschaftlichen Leistungen die baltische Privatrechtskodifikation ungeachtet des sog. Ausschließlichkeitsprinzips wieder ins enge Zusammenspiel mit dem Gemeinen Recht und den Provinzialrechten gesetzt und nach dem Vorbild der „zeitgenössischen“ (58, 76, 79) deutschsprachigen Pandektisten gestalterisch behandelt habe. Diese These scheint an sich plausibel zu sein. Bisweilen tendiert die Verfasserin freilich dazu, das rechtswissenschaftliche Verdienst Erdmanns nicht in einem nüchternen Vergleich, sondern in einem polemischen Kontrast zu der kodifikatorischen Leistung Bunes hervorzuheben<sup>5)</sup>. Man fragt sich indes, ob die juristische Aufgabe, die Bunge einst vor sich hatte, mit derjenigen, der er um 39 Jahre jüngere Erdmann ausgesetzt war, ohne weiteres zu vergleichen ist. War die dogmatische Leistung von Erdmann nicht eher *aufgrund* einer übersichtlichen kodifikatorischen Leistung Bunes erst möglich geworden<sup>6)</sup>, während sich Bunge angesichts der äußerst zersplitterten Quellenlage (55, 61) in dogmatischer Hinsicht noch pragmatischer verhalten musste, um sich eine erste Übersicht des Rechts zu verschaffen? Inwiefern war das Ausschließlichkeitsprinzip der baltischen Kodifikation ernstzunehmen, verwies doch die Kodifikation des Privatrechts selbst auf die ursprünglichen Quellen der Artikeltexte – wenn auch nur selektiv (70 Anm. 97<sup>7)</sup>). Bei den konkreteren, überaus ertragreichen Beobachtungen der Erdmannschen Dogmatik über den „Allgemeinen Teil“ (68–80) werden als „zeitgenössische“ Juristen u. a. Unger (68f., 74), Bunge (69, 73f.), Friedrich Carl von Savigny (1779–1861, 75, 78f.), Bernhard Windscheid (1817–1892, 76) sowie Karl August Unterholzner (1787–1838, 77) herangezogen. Aber Savigny dürfte wohl schwerlich als Zeitgenosse Erdmanns bezeichnet werden. Müsste man nicht auch mit einer gewissen

<sup>4)</sup> Hier sei auf die folgenden bekannten Artikelaufsätze hingewiesen: J. Schröder, Art. Josef Unger (1828–1913), in: *Deutsche und Europäische Juristen aus neun Jahrhunderten*, 6. Aufl. 2017, 461–464; B. Dölemeyer, Art. Unger, Josef (1828–1913), in: *Juristen (wie Anm. 3)*, 643–644.

<sup>5)</sup> Pejorativ anmutende Bemerkungen der Verfasserin zu der Leistung Bunes finden sich etwa auf S. 55f., 62, 63f., 66, 69, 73, 74.

<sup>6)</sup> Erdmann sparte nicht mit Lob für die Kodifikation wegen der erzielten Rechtssicherheit und Rechtserleichterung (59, vgl. auch 65).

<sup>7)</sup> Man kann die Quelle, die original in deutscher Sprache erschien, nachsehen: *Provincialrecht der Ostseegouvernements, Dritter Teil: Privatrecht, Liv-, Est- und Curlaendisches Privatrecht*, zusammengestellt auf Befehl des Herrn und Kaisers Alexander II., St. Petersburg 1864.

methodischen Zäsur durch die Generation von Jhering und Gerber rechnen? Mit dieser relativ weiten Auffassung der ‚Zeitgenossen‘ sollte letztlich die ‚universalistische‘ Auffassung der dogmatischen „Konstruktion“<sup>8)</sup> von Luts-Sootak koinzidieren.

Der Beitrag von Cardilli enthält eine Fülle von ziemlich sorglosen Feststellungen. Bei jeder wissenschaftlichen Überlegung ist es doch auch wichtig, den Gang des Denkens auch handwerksmäßig zu sichten. Selbstverständlich sind in der wissenschaftlichen Darlegung phantasievolle Assoziationen nicht nur erlaubt, sondern manchmal willkommen, weil sie, wenn gelungen, erfrischend wirken können. Allein auf einer einzigen Seite (84) finden sich im Beitrag Cardillis folgende zweifelhafte Darstellungen:

Das erste Beispiel: „Es ist erstaunlich, dass in den *Einleitungen* der *Pandektenrechtswerke* nach Savigny nicht nur das juristische[sic]-politische Argument einer Kontinuität vom *Imperium Romanum* zum *Deutschen Reich* zugunsten einer Bestätigung der Gültigkeit des römischen Rechts im Sinne eines unsterblichen [sic] Urbilds des Rechts verwendet wird.“ An diesen Passus hängt Cardilli eine Fußnote an, die folgenderweise lautet: „*B. Windscheid*, Lehrbuch des Pandektenrechts<sup>5</sup>, Bd. I, Stuttgart 1879, S. 2–3, schreibt: ‚Neben diesem Hauptgrunde wirkte als unterstützend mit die Idee, dass das römische Reich, dessen Krone der deutsche König trug, nur eine Fortsetzung des alten Reichs der römischen Imperatoren sei, daher den Justinianischen Rechtsbüchern die gleiche verbindende Kraft zukomme, wie einem Reichsgesetze‘“. Obwohl Cardilli im Plural von „Einleitungen“ bzw. „Pandektenrechtswerke[n]“ spricht, weist er nur auf ein einziges Werk von Windscheid hin. Worauf sich das Wort „nicht nur“ bezieht, ist dem Rezensenten nicht klar. Vermutlich wollte Cardilli sagen, dass Windscheid das juristisch-politische Argument für die Gültigkeit des römischen Rechts auch im Sinne eines über das bloß Juristisch-Politische hinausgehenden „unsterblichen Urbilds des Rechts“ verwendet habe. Für diese Auslegung spricht, dass Cardilli gegen Ende seines Aufsatzes apodiktisch feststellt, das römische Recht sei „für die Pandektisten ein Geschenk an die Welt“ (98). In der von Cardilli herangezogenen Stelle spricht aber Windscheid weit nüchternere Worte. Er weist zunächst darauf hin, dass das römische Recht den deutschen Juristen des späten Mittelalters „gegenüber dem einheimischen Recht nach Form und Inhalt so sehr das vollkommeneren“ sei, „daß es nicht mehr als *ein* Recht, sondern als *das* Recht erschien“<sup>9)</sup>. Vielleicht mag dieses Wort Windscheids Cardilli dazu veranlasst haben zu behaupten, dass die Pandektisten im römischen Recht ein „unsterbliches Urbild des Rechts“ gesehen hätten. Windscheid zeigte sich hier indes als der historischen Rechtsschule angehörig. An die oben bei Fn. 9 zitierte Stelle schließt er folgende Worte an: „Die

<sup>8)</sup> Luts-Sootak zitiert die Ansicht Giaros, die pandektistische Methode nicht als deutschrechtliches Phänomen, sondern als etwas Universalisierbares aufzufassen (51, 62). Gerade in diesem Sinne schlägt sie schließlich vor, auf die Giarosche Bezeichnung „Pandektisierung“ zu verzichten, weil sie eine stark deutsche Prägung hat (80). Es handle sich vielmehr, so Luts-Sootak, um ein dogmatisches Durchdringen (80), um die „rechtswissenschaftliche ‚Konstruktion‘“ (81), und zwar über die Differenz sowohl zwischen Romanistik und Germanistik (67) als auch zwischen Privat- und öffentlichem Recht (80) hinaus.

<sup>9)</sup> B. Windscheid, Lehrbuch des Pandektenrechts, 5. Aufl. Stuttgart 1879, Bd. 1, S. 2.

deutschen Juristen folgten, indem sie das römische Recht zur Anwendung brachten, dem gleichen Zug, welcher ihre ganze Zeit beherrschte, dem Zuge der widerstandlosen Hingabe an die der Vergessenheit wieder entrissene antike Cultur<sup>10)</sup>. Durchgängig verwendet Windscheid die Vergangenheitsform („erschien“, „folgten“, „brachten“, „beherrschte“). Er stützt seine Ausführung auf die historische Untersuchung von keinem geringeren als Otto Stobbe, dem großartigen Germanisten mit philologischer Schulung. An die Stelle, wo Windscheid berichtet, dass das römische Recht den deutschen Juristen des Spätmittelalters „als *das* Recht erschien“, hängt er eine Fußnote an, in der er die von Stobbe geäußerte Ansicht<sup>11)</sup> in einer angemessenen Weise dahingehend zusammenfasst: „Das einheimische Recht war zum großen Theil Gewohnheitsrecht, und insofern, wie man es damals nannte, *ius incertum*; es enthielt eine Reihe von einzelnen, meist sehr concret gefaßten Regeln, aber es mangelte ihm an leitenden Grundsätzen [!]; seine Bestimmungen waren gegenüber den Bedürfnissen des immer mehr aufblühenden Verkehrs nicht ausreichend. Das römische Recht, wie es aus geschriebenem Buchstaben mit Sicherheit erkannt werden konnte, gewährte Hülfe für Alles“<sup>12)</sup>. Anschließend an die von Cardilli herangezogene Stelle sagt Windscheid: „Als im Jahre 1495 das neu errichtete Reichskammergericht unter Anderem auch auf das römische Recht verwiesen wurde, war dieß bereits bei Weitem keine Neuerung mehr; seit der Mitte des 16. Jahrhunderts kann die Reception des römischen Rechts in Deutschland als vollendet angesehen werden“<sup>13)</sup>. Es geht Windscheid um eine historisch gerechte Darlegung des Prozesses der Rezeption des römischen Rechts in Deutschland aufgrund einiger zuverlässiger Untersuchungen überwiegend der Germanisten (außer Stobbe noch Senckenberg, Eichhorn, Albrecht, Franklin, Gerber, Stölzel, Stintzing bis auf einen Romanisten und Kirchenrechtler, Sohm)<sup>14)</sup>. Nirgends findet man im Text Windscheids Anlass zur Deutung, dass der nüchterne Windscheid das römische Recht als „Urbild des Rechts“ überhaupt verstanden hätte<sup>15)</sup>.

Zweitens: „Das Pandektenrecht begreift das Privatrecht als geistiges Erzeugnis der Rechtswissenschaft in einem Kontext von nicht kodifiziertem Recht, das einerseits den Inhalt der zukünftigen Gesetzgebungen beeinflusst und andererseits dieselben Gesetzgebungen überlebt“ (84). Das Pandektenrecht ist aber, *per definitionem*, das Recht der Pandekten und die Pandekten machen einen bedeutenden Teil des *justinianischen* Gesetzbuchs aus. Ein Ziel der geschichtlichen Rechtswissenschaft, aus der die Pandektenwissenschaft hervorging<sup>16)</sup>, lag darin, das *klassische* Römische Recht aus den in den Pandekten verstreuten Materialien heraus historisch zu re-

<sup>10)</sup> *Ibid.* 2.

<sup>11)</sup> O. Stobbe, *Geschichte der deutschen Rechtsquellen*, Bd. 1, Braunschweig 1860, bes. 636–638.

<sup>12)</sup> Windscheid (wie Anm. 9) 2 Fn. 4. Stobbe selber (wie Anm. 11) 638 sagte abschließend: „Man erhielt ein ausführliches Rechtsbuch und sah darüber hinweg, dass es ein fremdes Recht enthält.“

<sup>13)</sup> Windscheid (wie Anm. 9) 3f.

<sup>14)</sup> Zu Senckenberg vgl. E. Landsberg, *Geschichte der deutschen Rechtswissenschaft*, Abt. 3 Halbbd. 1: Text und Noten, München 1898, 245–249 (Text), 162–164 (Noten); zu Franklin *ibid.* Abt. 3 Halbbd. 2, München 1910, 774–775 sowie 330 (Noten).

<sup>15)</sup> Cardilli wiederholt seine Ansicht mit Bezug auf Windscheid noch auf S. 85f.

<sup>16)</sup> Daher ist die von Cardilli (86) zustimmend herangezogene Ansicht von G.

konstruieren, d. h. befreit von den Absichten Justinians. Die Pandektenwissenschaft entwickelte sich also eher Auge in Auge mit der kaiserlichen Kodifikation und nicht aus dem bloßen „Kontext von nicht kodifiziertem Recht“<sup>17)</sup>. Cardilli behauptet, die Pandektenwissenschaft habe die Kenntnisse vom antiken römischen Recht methodisch dadurch wiederhergestellt, dass „das neue System des Privatrechts im Rahmen eines nicht kodifizierten Rechts unmittelbar vom römischen Recht des Kaisers Justinian ab[hängt]. Es ist ein direkter Ausdruck der Überzeugung von der wichtigen Rolle und Bedeutung des römischen Rechts in der europäischen Rechtskultur“ (84). Es ist auffallend, dass Cardilli das römische Recht „des Kaisers Justinian“ mit dem „antiken Recht der Römer“ (83) identifiziert. Die Jurisprudenz in der Zeit von Justinian ohne Einschränkung als die der „Römer“ zu bezeichnen, ist, besonders mit Blick auf die Pandektenwissenschaft, mehr als fragwürdig. Savigny etwa sprach in der Tat von der „Meisterschaft in der juristischen Methode“ der römischen Juristen<sup>18)</sup>. Aber es geht dabei um eine „hohe Bildung der Rechtswissenschaft bey den Römern im Anfang des dritten Jahrhunderts christlicher Zeitrechnung“<sup>19)</sup>, d. h. nicht in der Mitte des 6. Jahrhunderts. Ein beeindruckender, auch heute noch zitierter Beitrag von Friedrich Bluhme über die Entstehungsgeschichte der Pandekten wurde 1818 nicht zufällig in Savignys Zeitschrift veröffentlicht<sup>20)</sup>. Der Mehrzahl der Pandektisten war die Differenzierung zwischen dem Justinianischen Corpus Iuris Civilis und der römischen Rechtswissenschaft geläufig<sup>21)</sup>.

Drittens: „Zunächst also methodisch: das neue System des Privatrechts im Rahmen eines nicht kodifizierten Rechts hängt unmittelbar vom römischen Recht des Kaisers Justinian ab“ (84). Die Pandektenwissenschaft soll methodisch vom römischen Recht Justinians abhängen. Aber eine gewisse Vorbildlichkeit für die Pandektisten bestand, wie gesehen, nicht im Justinianischen Gesetzbuch, sondern in der klassischen römischen Jurisprudenz, deren reiche Materialien ins Gesetzbuch allerdings aufgenommen worden sind.

Der Leser ist also auf einer einzigen Seite einer Fülle von schwer zu verdauenden Ausführungen ausgesetzt.

Cardillis Vergleich zwischen der Lehre der Pandektenwissenschaft und derjenigen der Römer in Bezug auf die Bedeutung des Schweigens ist recht cursorisch (89–90). Aus dem Lager der Pandektenwissenschaft wird nur Windscheid herangezogen. In Bezug auf den Begriff der Obligation gibt der Verfasser reichlich Erörterungen von Savigny wieder (91–93). Anschließend vergleicht er Savignys Ansicht mit der von

Pugliese, der von einem „taglio netto col passato (fra Giustiniano e i loro giorni)“ spricht, nicht sogleich einleuchtend.

<sup>17)</sup> Das Justinianische Gesetzbuch diente seit Langem als Muster für Kodifikation und Gesetzgebung, vgl. S. Gagnér, Studien zur Ideeengeschichte der Gesetzgebung, 1960, etwa 110–116.

<sup>18)</sup> F. C. von Savigny, Vom Beruf unsrer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft, Heidelberg 1814, 35.

<sup>19)</sup> Vom Beruf *ibid.* 31.

<sup>20)</sup> F. Bluhme, Die Ordnung der Fragmente in den Pandectentiteln, Ein Beitrag zur Entstehungsgeschichte der Pandecten, in: Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft 4 (1818) 257–478; hierzu W. Kunkel, Römische Rechtsgeschichte, Eine Einführung, 11. Aufl. 1985, 151.

<sup>21)</sup> Hierzu neuestens differenzierend H.-P. Haferkamp, Die Historische Rechtsschule, 2018, 84–92.

Kant und Hegel, um dann zu den Überlegungen von Wieacker überzugehen (93–96). Savignys Überlegungen werden von Cardilli sehr philosophisch als „Dialektik von Herrschaft versus Freiheit“ charakterisiert. Savigny gestaltet seine Lehre der Obligation freilich nicht bloß philosophisch, sondern vor allem im Kontrast zu der Lehre des Sachenrechts, die „die unfreye Natur“ zum Gegenstand hat<sup>22)</sup>. Hier weicht seine Lehre der Obligation bewusst von der römischen Lehre ab, um die Möglichkeit eines in der römischen Antike möglichen „Eigenthums an einem Menschen“ auszuschließen. Davon nimmt Cardilli keine Notiz. Die römischrechtliche Lehre der Obligation scheint einem romanistischen Laien, historisch gesehen, einer ganz anderen Aufgabe gewidmet gewesen zu sein<sup>23)</sup>. Cardilli zitiert die Worte Paulus' (D. 44,7,3pr.) ständig falsch (96f. *substantiam* statt *substantia*).

Abschließend stellt Cardilli fest: „Das römische Recht arbeitet mit konkreteren Begriffen, während das aktuelle Recht zu mehr abstrakten begrifflichen Kategorien neigt, die die oft sehr spezifische Wahl der Werte nicht explizit machen“ (98). Aber, so möchte der romanistische Laie fragen, markierten die im römischen Recht reichlichen Formen wie feierliche Rede oder zeremonielle Handlung nicht einen großen Schritt zur juristischen Abstraktion, um die Wirklichkeit so der rechtlichen Kontrolle unterziehen zu können<sup>24)</sup>? Es wäre weit interessanter gewesen, verschiedene Arten der Abstraktion voneinander theoretisch wie historisch zu differenzieren, statt die Abstraktion im Allgemeinen zu verwerfen.

Nun zu den Abhandlungen, die sich direkt mit den Leistungen der Pandektisten oder von in der Pandektenwissenschaft geschulten Praktikern auseinandersetzen. Dabei enthält der Aufsatz von Sirks wieder einige argumentative Ungereimtheiten. Sirks versucht, Christian Friedrich Mühlenbruchs (1785–1843) Zessionslehre vor dem Hintergrund der Entwicklung der Pandektistik zu beleuchten (vgl. 192). Dieser Fragestellung geht eine allgemeine Überlegung über die Charakteristik der Pandektistik voran (186–192), die aber nicht zuverlässig ist. Bereits die gleich an den Anfang gestellten Ausführungen machen den Leser stutzig: „Wie Rückert bemerkt hat, wurde der Terminus Pandektist erst viel später geläufiger, um 1907, und zwar pejorativ. Anfang des 19. Jahrhunderts sprach man von Pandektenwissenschaft und Mühlenbruch hätte sich zweifellos als Pandektenwissenschaftler bezeichnet“ (186). Rückert (zu seinem Beitrag gleich in der Folge) geht es aber um das Wort Pandektistik, nicht Pandektist. Rückert zufolge soll das Wort „Pandektist [...] als bloße Fachberufsbezeichnung wesentlich älter und ganz neutral schon

<sup>22)</sup> F.C. von Savigny, System des heutigen Römischen Rechts, Bd. 1, Berlin 1840, 334–340.

<sup>23)</sup> Siehe nur P. Jörs/W. Kunkel/L. Wenger, Römisches Recht, 3. Aufl. 1949, bes. 61f. und 163.

<sup>24)</sup> Hier sei es erlaubt, nochmals die Ansicht zu zitieren von Jörs/Kunkel/Wenger, Römisches Recht (wie Anm. 23), 90: In der frühen Phase der Geschichte sei rechtliches Handeln „anders als in Formen überhaupt nicht denkbar; nur die feierliche Rede, die zeremonielle Handlung hat rechtliche Wirkung. Auch das römische Recht stand einstmals auf diesem Standpunkt, und seinem konservativen Charakter entsprechend hat es beträchtliche Spuren dieser Auffassung sehr lange bewahrt. [...] Daß den Formalgeschäften noch in dem hochentwickelten Rechtssystem der klassischen Zeit eine derartige Bedeutung zukam, beruht mindestens teilweise auf einer besonderen Eigenschaft, die ihnen innewohnte: auf ihrer Neigung zu abstrakter Geltung.“



bei Gustav Hugo 1808 und Theodor K. Hartleben 1800 verwendet“ worden sein (Rückert 208). Dagegen sei „das Wort ‚Pandektistik‘ viel jünger. Es erscheint zuerst 1912“ (Rückert 208; Sirks bezieht sich auf Rückerts Vortrag, in dem noch 1907 genannt war). Sirks' Darstellungen über die Charakteristika der Pandektenwissenschaft (186–192) bringen kaum neue Einsichten. Seine Beobachtungen über den Werdegang der Zessionslehre Mühlenbruchs bis 1817 lehren uns doch einen konkreten historischen Zusammenhang der Zessionslehre mit dem Konkursrecht. Aber die darauf folgenden, weniger mitteilenden als vielmehr erörternden Ausführungen scheinen ziemlich problematisch zu sein. Sirks fasst die Zessionslehre von Mühlenbruch dahingehend zusammen: Mühlenbruch „entwarf eine Theorie der Zession auf der Grundlage des klassischen römischen Rechts und sein Ausgangspunkt war das Rechtsverhältnis“ (203). „Sein Ansatz war gegen die gemeinrechtliche Meinung gerichtet, die Zession schaffe ein eigenständiges Recht für den Zessionar, wenn nicht der Zedent Einschränkungen bei der Abtretung vorgenommen habe. Er befürwortete die Meinung, dass unter allen Umständen und immer das Recht des Zessionars vom Recht des Zedenten abhängig war und dass der Zedent immer, bis auf die *litis contestatio*, sein eigenes Recht ausüben konnte. Mühlenbruch hatte damit großen Erfolg“ (203f.). Dogmengeschichtlich sind Sirks offenbar zwei wichtige neuere Untersuchungen über die gemeinrechtliche Zessionslehre von Kriechbaum und Schlinker<sup>25)</sup> entgangen, die unterstreichen, dass das gemeine Recht die Möglichkeit der Übertragung von Forderungen nie kategorisch verneinte. Über die Begründung der Übertragbarkeit wurde freilich immer gestritten. Mühlenbruch war nicht allgemein „gegen die gemeinrechtliche Meinung“, sondern gegen die seit dem 18. Jahrhundert schrittweise, und zwar in Wissenschaft und Gesetzgebung anerkannte „formfreie“ Zession einer Forderung. Diese Auffassung ist aber bereits von der Dissertation des Jubilars auch im großen Ganzen vertreten worden<sup>26)</sup>, von der Dissertation nämlich, die Sirks mehrmals zitiert. Freilich arbeiten Kriechbaum und Schlinker die aktionenrechtliche Komponente bei der gemeinrechtlichen Rechtslehre stärker heraus als Luig. Selbst bei Mühlenbruch kann man noch beobachten, dass dieser trotz der Annahme des seit *Usus modernus* verbreiteten<sup>27)</sup> „Rechtsverhältnis“<sup>28)</sup> (199) noch an der mit der *litis contestatio* aufs engste verbundenen Begründung der Zessionslehre festhielt. Dieser wichtige Aspekt bleibt von Sirks unberührt.

Sirks versucht, eine gewisse Parallelität zwischen Kant und Savigny einerseits und Mühlenbruch andererseits herzustellen. Dabei liest er jedoch Savigny oder Kant recht sorglos. Hier sollte man sich damit begnügen, ein Beispiel zu Savigny näher zu betrachten: Sirks zitiert aus C. F. Mühlenbruch, *Die Lehre von der Cession der Forderungsrechte*, Nach den Grundsätzen des römischen Rechts dargestellt, Greifswald 1817, § 1: „Rechte und Rechtsverhältnisse sind nur insoferne der Uebertragung

<sup>25)</sup> M. Kriechbaum, *Actio, ius und dominium in den Rechtslehren des 13. und 14. Jahrhunderts*, 1996, bes. 232–288; S. Schlinker, *Litis Contestatio*, Eine Untersuchung über die Grundlagen des gelehrten Zivilprozesses in der Zeit vom 12. bis zum 19. Jahrhundert, 2008, bes. 195, 403–407, 455f., 648–650 und *passim*.

<sup>26)</sup> K. Luig, *Zur Geschichte der Zessionslehre*, 1966, bes. 23–59.

<sup>27)</sup> *Ibid.* 57.

<sup>28)</sup> Obwohl Sirks einen Zusammenhang dieses Begriffs mit Kant und Savigny andeutet, ist die Basis dieser Andeutung doch wackelig.

von dem berechtigten Subject auf ein anderes fähig, als ihr individueller Gegenstand auch als Object der *rechtlichen* Einwirkung Anderer gedacht werden kann.“ Dabei dachte Mühlenbruch als mögliche Objekte „Dominium und obligatio“ (§ 2). Nun behauptet Sirks, der hier von Mühlenbruch vertretene „Satz erinnert an Savigny“ (197). Was Sirks dabei meint, sind die folgenden Worte Savignys: „Alle denken sich unter dem Besitz einer Sache den Zustand, in welchem nicht nur die eigne Einwirkung auf die Sache physisch möglich, sondern auch jede fremde Einwirkung unmöglich ist.“ Das sei aber nur ein Zustand der Detention. Nur Eigentum könne fremde Einwirkung ausschließen: „Da nämlich das Eigenthum die rechtliche Möglichkeit ist, auf eine Sache nach Willkür einzuwirken, und jeden andern von ihrem Gebrauch auszuschließen“<sup>29)</sup>. Mühlenbruch spricht vom „Object“, während Savigny bewusst von der „Sache“ redet, um den *qualitativen* Kontrast zwischen Detention als „natürlichem Zustand“ und Eigentum als „rechtlichem Zustand“ zu verdeutlichen. Dieser Kontrast würde verdunkelt, wenn zum Gegenstand des Eigentums auch die unkörperliche Obligation gezählt würde. Oder wollte man eine Figur wie Detention der Obligation annehmen? Sirks deutet an, Savigny sei großzügig gegenüber dem Besitzerwerb durch fremde Handlungen (198), was aber unverständlich macht, warum Savigny mit aller Kraft die Rechtsfigur der *facta apprehensio* prinzipiell negieren musste<sup>30)</sup>. Die Denkweise eines Mühlenbruch ist also doch von derjenigen eines Savigny diametral verschieden.

Rückert macht für die gründliche Erörterung der Frage, wie pandektistisch die Pandektistik war, die überaus wichtige Beobachtung, dass es sich bei dem Begriff der Pandektistik um einen „Kampfbegriff“ handle (211). Das Wort tauche erst um 1912 mit einer deutlich polemischen Konnotation auf (208f.)<sup>31)</sup>. Diese Beobachtung macht uns darauf aufmerksam, dass jene von den Herausgebern gestellte Frage den deutschen Zivilrechtlern seit etwa 1800 bis zumindest tief in die Mitte des 19. Jahrhunderts hinein völlig unbekannt war. Auf die Titelfrage ist daher logischerweise nur eine Antwort möglich: Die ‚Pandectisten‘<sup>32)</sup> haben *per definitionem* gar nicht ‚pandektistisch‘ sein können, weil dies ein späteres polemisches Phänomen war.

Völlig verständlich ist es also, dass einige wie Falk, Rückert sowie Rüfner die für die ‚Pandektistik‘ unerwartete, in der Praxis taugliche Flexibilität der Pandektenwissenschaft herausstellen. In seinem langen und gedankenreichen Aufsatz über die Haftung des Konkursverwalters ist es Falk gelungen zu zeigen, wie die Diskussionen über die Haftung des Konkursverwalters seit dem späten 20. Jahrhundert sehr von der Voreingenommenheit geprägt worden sind, die Konkursordnung (1877)<sup>33)</sup> und die auf ihr basierte Rechtspraxis ins „großmeisterlich“ (103) von Wieacker ge-

<sup>29)</sup> F. C. von Savigny, Das Recht des Besitzes, Eine civilistische Abhandlung, Gießen 1803, 2 (§ 1).

<sup>30)</sup> Recht des Besitzes *ibid.* 146–152 (§ 14).

<sup>31)</sup> Die Praktikabilität des Vorschlags von Falk, der Begriff der Pandektistik „sollte deskriptiv benutzt werden, ohne ihn [...] mit positiven oder negativen Wertungen aufzuladen“ (104), ist daher zweifelhaft, weil er ein abtrünniges Kind des 20. Jahrhunderts ist.

<sup>32)</sup> Die Bezeichnung „Pandectist“ ist Rückert zufolge seit dem Anbeginn des 19. Jahrhunderts verwendet worden (208).

<sup>33)</sup> Falk zitiert sie stets als „KO 1879“ (106f.). Hier in dieser Rezensionismiszelle ist aber der weit verbreiteten Zitierkonvention gefolgt.

malte, liberalistische Bild<sup>34</sup>) zu zwingen und „sanierungsfeindlich“ zu deuten. Die KO 1877 und die darauf fußende Rechts- und Justizpraxis seien in Wirklichkeit gegenüber der Fortführung bzw. Sanierung des in Konkurs gegangenen Unternehmens überaus „freundlich“ gewesen (132–135 und *passim*). Diese Erfahrungen seien durch die „Großkatastrophen des 20. Jahrhunderts, beginnend mit dem Ausbruch des Ersten Weltkriegs“ (134f.), in Vergessenheit geraten<sup>35</sup>).

Rückert versucht, die bislang negativ aufgeladenen Charakteristika der „Pandektistik“ unter anderem dadurch positiv umzudeuten (210), dass er vor allem den Begriff des Systems dynamisiert. Er schlägt vor, das Augenmerk nicht auf einzelne Begriffe wie „Nichterfüllung“ oder „Unmöglichkeit“ steif zu fixieren, sondern auf die Frage zu lenken, wie die verschiedenen Sachprobleme in der Pandektenwissenschaft in ein schlüssiges Bild der Leistungsstörung zusammengeführt wurden. Es gehe „um System im bewusst anspruchsvollen ‚wissenschaftlichen‘ Sinne seit Kant, als ein nach Prinzipien geordnetes Ganzes, hier des Rechts“ (214). Er geht diesem Prozess der Systematisierung der Leistungsstörungstheorie nicht erst seit Friedrich Mommsen (1818–1892), sondern seit Georg Arnold Heise (1778–1851) und Savigny vor ca. 1820 nach (vgl. 233). Der in diesem Prozess nicht erst von Mommsen, sondern bereits von Savigny eingeführte (226f.) Begriff „Unmöglichkeit“ sei fruchtbar „vertragsflexibel“ (vgl. 232, 233) im Unterschied zur engen und naturalen Auffassung der Schuldrechtsreform 2002, die den Begriff durch Verengung schließlich „ausmanövriert“ habe (232). Die in der Rechtswissenschaft des deutschen 19. Jahrhunderts angestrebten „Prinzipien“<sup>36</sup>) seien nicht lebensfremd und der praktischen Anwendung durchaus fähig gewesen, ohne sich in den mannigfaltigen kasuistischen Abwägungen verlieren zu müssen (vgl. 233). Allerdings sei die eindrucksvolle Lösung der Pandektenwissenschaft „in den Umwälzungen seit 1900 am Ende doch ziemlich schief“ gegangen (233).

Entgegen Knut W. Nörr und Steffen Schlinker will der Aufsatz von Thomas Rübner den Einfluss der aufs römische Recht fixierten Pandektistik auf das durch die Kanonistik und die Reichsgesetze geprägte und darum aus der Praxis gewachsene Prozessrecht weiterhin negieren. Selbst bei Savigny in dessen Überlegung über die *litis contestatio* sei, so Rübner, „das praktische Bedürfnis, unter den veränderten prozessrechtlichen Bedingungen den Zeitpunkt der *litis contestatio* möglichst früh anzunehmen“, „ausschlaggebend“. „Savigny legt offen, dass für ihn weder die Quellenanalyse, noch eine begriffliche Ableitung entscheidend sind“ (251). Hier sieht Rübner, im Gegensatz zu Rückert, auf das dogmatische Endergebnis Savignys,

<sup>34</sup>) F. Wieacker, *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit*, 2. Aufl. 1967, 482f.: „Der privatrechtlichen Gestaltungsfreiheit entsprach ein zwar fortschrittliches und nicht inhumanes, aber strenges und rücksichtsloses Vollstreckungs-, Zwangsversteigerungs- und Konkursrecht. Dieser Zusammenhang kommt in der beständigen Gleichstellung der Zwangsverfügung durch Vollstreckungsakte des Gläubigers mit der rechtsgeschäftlichen Verfügung des Berechtigten auch dogmatisch zu kennzeichnendem Ausdruck.“

<sup>35</sup>) Vgl. auch U. Falk, *Die Konkursübel*, Forschungsfragen zur Geschichte des Konkursverfahrens in Deutschland, ZRG Germ. Abt. 131 (2014) 266–324.

<sup>36</sup>) Zu diesem von Rückert gerne verwendeten, von Kant entlehnten Ausdruck vgl. J. Rückert, *Juristische Methode und Zivilrecht beim Klassiker Savigny (1779–1861)*, in: ders., *Savigny-Studien*, 2011, 561–607, bes. 577f.

um von dessen Gedankengang abzusehen. Obwohl seine Einschätzung der Prozessrechtswissenschaft im 19. Jahrhundert auf der Oberfläche derjenigen von Falk und Rückert ähnelt, so ist die Methode seiner Überlegungen mit derjenigen von Jansen und Schermaier weit verwandter. Darum gehen wir hiermit zu einer näheren Betrachtung dieser beiden wichtigen Abhandlungen über.

Was die These angeht, so versuchen sowohl Jansen als auch Schermaier, anhand dogmengeschichtlicher Beobachtungen die „Verbindungen von Naturrecht und Pandektenwissenschaft“<sup>37)</sup> neu zu beleuchten (183 und *passim* bei Jansen; 261f., 284–286 bei Schermaier). Schermaier zufolge sah Savigny das „organische“ Prinzip „im römischen Recht vorgebildet“, obwohl dieses Prinzip „regelmäßig vernunftrechtlich geprägt“ gewesen sei (260f.). Jansen weist auf „die spezifischen Spannungen, die sich aus der Verbindung vernunftrechtlich abstrakter Begriffs- und Systembildung und historisch romanistischer Quellenexegese ergeben mussten“ (167), hin. Mit der Betonung der Verbindung von Naturrecht und Pandektenwissenschaft wollen beide darauf hinaus zu zeigen, dass die Pandektenwissenschaft ihr „System“ nicht direkt aus den römischen Rechtsquellen geschöpft habe, sondern aus der langen europäischen Rechtstradition. Dem schließt sich auch Rüfner an.

Diese Überlegung beruht auf dogmengeschichtlichen Beobachtungen, deren Überzeugungskraft also für diese These entscheidend ist. Dafür soll nur Schermaiers fünfseitiger Befund über Savignys Besitzlehre (262–266) näher betrachtet werden<sup>38)</sup>. Schermaier zufolge soll Savigny beispielsweise behauptet haben<sup>39)</sup>:

1. In Bezug auf die historische Exegese:

1.1 „Wenn in den Quellen von *possessio* die Rede ist, sei der interdiktengeschützte Besitz gemeint, wenn von *possessio civilis*, der besonders qualifizierte Ersitzungsbesitz“ (263).

1.2 Als „zeitlosen Beweis dafür“ wolle Savigny „den Aufbau der Edikttskommentare von Paulus und Ulpian beibringen: In jenem werden Besitzerwerb und -verlust im Zusammenhang der *usucapio* erörtert, in diesem im Zusammenhang mit dem Interdiktschutz“ (263).

2. In Bezug auf die Systematisierung:

2.1 Savigny habe Interdiktenbesitz und Ersitzungsbesitz aber „zugunsten der begrifflichen Einordnung des Besitzschutzes“ „unhistorisch“ „hierarchisiert, diesen also als Sonderfall des anderen ein[ge]ordnet“ (263).

2.2 Savigny habe die possessorischen Interdikte zu den *obligationes ex delicto* gerechnet, indem er den quellenmäßigen Unterschied zwischen *actiones* und *interdicta* ignoriert habe (264).

Zu 1.1: Diese Zusammenfassung ist nicht richtig. Savigny bezieht in der Tat den Terminus *possessio civilis* auf die *usucapio*<sup>40)</sup>. Aber er lässt den interdiktengeschütz-

<sup>37)</sup> So die Zusammenfassung von Repgen zu Jansen (14) und Schermaier (16).

<sup>38)</sup> Um Savignys Besitzlehre dogmenhistorisch genauer einzuschätzen, wäre es freilich unerlässlich, die einschlägigen Leistungen von Carl Georg Bruns heranzuziehen, was Schermaier versäumt; C. G. Bruns, Das Recht des Besitzes im Mittelalter und in der Gegenwart, Tübingen 1848; ders., Der ältere Besitz und das Possessorium ordinarium, in: ders., Kleinere Schriften, Bd. 1, Weimar 1882, 136–220.

<sup>39)</sup> Hier sei aus räumlichen Gründen auf die Thematik des Rechtsbesitzes verzichtet.

<sup>40)</sup> Savigny, Recht des Besitzes (wie Anm. 29), 33, bes. 34–47.

ten Besitz eben nicht automatisch aus dem Wort *possessio* resultieren. Denn ursprünglich „bedeutet *possessio* das Verhältniß der bloßen Detention, also ein nicht-juristisches, natürliches Verhältniß“<sup>41)</sup>. Mitunter komme dem Wort *possessio* eine juristische Bedeutung zu, wobei dies Wort, nunmehr als technischer Begriff verstanden, der natürlichen *possessio* (*possessio naturalis*) kontrastiert werde<sup>42)</sup>.

Zu 2.1: Schon aus dem gerade Gesagten zu 1.1 erscheint es problematisch, Savignys Konstruktion als hierarchisch zu bezeichnen. Er sagt zudem ausdrücklich, dass bei zwei juristischen Bedeutungen, nämlich *possessio ad interdicta* und *possessio ad usucapionem*, „durchaus keine *Eintheilung eines juristischen Besitzes überhaupt* zu Grunde liegt, sondern daß es nur *eine* juristische *possessio* gibt, die, wenn sie allein vorhanden ist, bloß die Interdicte begründet, aber wenn noch andere Bestimmungen hinzukommen, auch die Usucapion zur Folge hat“<sup>43)</sup>.

Zu 1.2: Savigny versteht Paulus und Ulpian nicht als diejenigen, die „zeitlose Beweise“ zu liefern befähigt wären. Es geht ihm zunächst darum, die in den Edikten überlieferte Ansicht der Besitzlehre schlüssig mitzuteilen, was ihm aber wegen der dürftigen Quellenlage als schwierig erscheint. Daher beruft er sich auf die Kommentare von Paulus und Ulpian. Dies bringt die Sache für Savigny aber nicht zu einem einheitlichen Bild. Während Ulpian die Interdikte mit dem Besitz verbinde, habe Paulus Besitz „nur als Bedingung der Usucapion vorgetragen“. Die Aussage von Ulpian war nicht identisch mit derjenigen von Paulus. Savigny sagt hier vorsichtig: „So ungewiß aber diese Sache ist, kann man doch mit der größten Wahrscheinlichkeit behaupten, daß in dem Edict selbst Besitz an keiner andern Stelle, als entweder bey den Interdicten oder bey der Usucapion vorkam“<sup>44)</sup>.

Zu 2.2: Es ist richtig, dass Savigny den Besitz ‚in das Obligationenrecht‘ stellt. Auch ist es richtig, dass Savigny diese Einordnung nicht quellenmäßig ‚belegt‘. Diese Auffassung könne, so argumentiert Savigny, „in dem Römischen Recht als völlig bestimmt vorausgesetzt werden“<sup>45)</sup>. Jedoch darf diese Argumentation Savignys nicht sogleich als philosophisch gedeutet werden. Savigny versucht, die Frage, warum die possessorischen Interdikte im Römischen Recht nicht mit den *obligationes ex maleficiis* zusammengestellt werden, möglichst prosaisch und historisch zu erläutern. Ihm zufolge beruht „die Classification der Römer“, d.i. die im römischen Recht befindliche terminologische Differenzierung zwischen *actio* und *interdictum*, „auf prozessualischen Gründen [...] Sie“, i.e. die Römer, „stellen unter der Rubrik *Obligationen* bloß die zusammen, welche eine eigentliche *actio* begründen“<sup>46)</sup>. Im Paragraphen 34 der Besitzmonographie wird das Verhältnis zwischen *actio* und *interdictum* genauer erörtert, wobei Savigny betont, der Unterschied sei rein prozessual und auch römischrechtlich unbedeutend<sup>47)</sup>. Beide Begriffe hätten auf dem *ordo*

<sup>41)</sup> *Ibid.* 33.

<sup>42)</sup> *Ibid.* 33, 47–54; hierzu eingehender K. Moriya, Savignys Gedanke im Recht des Besitzes, 2003, 192–199.

<sup>43)</sup> Savigny, *Recht des Besitzes* (wie Anm. 29), 55. Kursivierungen hier und im folgenden stets im Original.

<sup>44)</sup> *Ibid.* 20.

<sup>45)</sup> *Ibid.* 26.

<sup>46)</sup> *Ibid.* 27f.

<sup>47)</sup> *Ibid.* 328–330: „Also vor dem *judex* wurde ein *Interdict* eben sowohl, als eine *actio*, durchgeführt: demnach kann der Unterschied beider Prozeßformen bloß in

*judiciorum privatorum* beruht, wobei die Art und Weise der Instruktion vom *Judex* bei den *interdicta* leicht anders gewesen sei als bei den *actiones*. Der *ordo judiciorum privatorum* unterscheide sich zwar von den *actiones extraordinariae*, aber die Letzteren würden immer mehr Regel und der *ordo judiciorum privatorum* sei seit dem 3. Jahrhundert im Verschwinden begriffen<sup>48)</sup>. Diese These Savignys wurde in den späteren Auflagen und in seinem ‚System des heutigen Römischen Rechts‘<sup>49)</sup> historisch noch differenzierter vorgetragen, aber ihr Tenor wurde grundsätzlich beibehalten. Aufgrund dieser historischen Ansicht hat sich Savigny für seine „civilistische Abhandlung“ in der Tat dafür entschieden, von der Differenz abzusehen. Diese rechtsdogmatische Entscheidung ignoriert aber die historische Untersuchung nicht, sondern setzt diese vielmehr voraus und ermöglicht Savigny erst eine durchdachte dogmatische Entscheidung.

Schermaier behauptet dagegen gerade in Bezug auf die Besitzlehre Savignys, dessen historische Methode diene nicht dazu, „einen vergangenen Rechtszustand freizulegen, sondern ein Recht zu rekonstruieren, das den zeitgenössischen Ansprüchen an Rationalität und Systematik genügt“ (264f.). Diese Behauptung überzeugt nicht. Wieso soll man den langen mühevollen Umweg der historischen Methode einschlagen, um das zeitgenössische Rechtssystem zu konstruieren? Ist es doch selbstverständlich, dass die historisch präzise Forschung nicht direkt zur Systematik führt. Bemerkenswerterweise spricht Jansen, wie erwähnt, von „spezifischen Spannungen“ zwischen der historisch romanistischen Quellenexegese und der Systembildung. Dennoch will er nicht der hiermit zusammenhängenden Frage nachgehen, warum einige Pandektisten diese Spannungen nicht umgingen, sondern geradezu eingingen<sup>50)</sup>. Diese Haltung Jansens ist schwer verständlich. Es verbietet sich, das später geläufig gewordene Bild von ‚System‘ in die historischen Texte hineinzuprojizieren.

der mehr oder weniger förmlichen Untersuchung liegen. Das Wesentliche der *Interdicte* also bestand in einem *summarischen Prozeß vor dem judex*: genauer läßt sich dieser Begriff durchaus nicht bestimmen“; dazu eine Kritik von G. Hugo, in: Göttingische gelehrte Anzeigen, 30. Stück, den 23. Februar 1804, 289–296, bes. 295f. Eine erste Entgegnung fand in der 2. Auflage der Savignyschen Besitzlehre in einer langen Fußnote statt: F. C. von Savigny, Das Recht des Besitzes, 2. Aufl. Gießen 1806, S. 385f. n. 1. Dann in der 3. Auflage (1818) wird der Unterschied der Praxis der Instruktion zwischen *actio* und *interdictum* zwar, mit Blick auf Hugos Kritik, mehr herausgearbeitet (400–404), um dann doch zum folgenden Ergebnis zu kommen: „Der wesentliche Erfolg war also bey Interdicten genauso derselbe, wie bey Actionen, und der Unterschied lag mehr in der Form und dem Ausdruck, als in der Sache selbst“ (402). Seitdem ist die Darstellung hierüber im Wesentlichen bis in die 7. Auflage nicht geändert. Eine gewisse Konzession gegenüber der Kritik Hugos liest man in einer Fußnote seit der 4. Auflage (1822), S. 347 n. a., die noch in der 7. Aufl. 1865, 379 n. 1 zu finden ist. Diese Konzession betrifft aber nur die prozessuale Seite, und eine gewisse Differenz war bereits in der ersten Auflage von Savigny angenommen. Es ist allerdings auffallend, dass Savigny das materielle Recht vom Prozessrecht fast ‚dichotomisch‘ unterscheidet, ein Gedanke, der in der naturrechtlichen Literatur nicht zu finden wäre.

<sup>48)</sup> Savigny, Recht des Besitzes (wie Fn. 29) 328f.

<sup>49)</sup> Ders., System (wie Fn. 22) Bd. 5, Berlin 1841, 63–66.

<sup>50)</sup> Für Jansen ist die Frage, warum man die Zusammenhänge zwischen den Quellenforschungen und der Systembildung, die Jansen freilich als „Vernunftrechtsdiskussion“ bzw. „Naturrechtsdiskussion“ zu bezeichnen pflegt, nicht offenlegte, „allerdings unfruchtbar spekulativ“ (169); vgl. auch 174f., 177f., 182.

Der Begriff des Systems befand sich seit Kant in einem tiefgreifenden Wandel<sup>51</sup>). Die Literaturgattung der vom Naturrecht doch zu unterscheidenden ‚Enzyklopädie‘ muss in diesem Zusammenhang berücksichtigt werden<sup>52</sup>). Die Historische Rechtsschule war mit der Modernisierung der Geschichtswissenschaft der Antike eng verwandt<sup>53</sup>). Es hat inzwischen auch einige Versuche gegeben, die konkrete Dogmatik der Pandektenwissenschaft möglichst immanent, aber doch auch vor dem geistigen und politischen Hintergrund zu beleuchten<sup>54</sup>).

Es ist geradezu symptomatisch, dass Rüfner dasselbe Problem sieht wie Schermaier, wenn er, wie erwähnt, behauptet, bei der Savignyschen Lehre der *litis contestatio* werde weder auf die Quellenanalyse noch auf die begriffliche Ableitung, sondern auf „das praktische Bedürfnis“ Wert gelegt. Diese Behauptung ist schon in rein formaler Hinsicht wenig überzeugend. Savigny hat der *litis contestatio* im 6. Bd. seines „System[s] des heutigen römischen Rechts“ (1847) eine Darstellung von 256 Seiten gegeben, die von seiner intensiven Auseinandersetzung mit dem römischen und kanonischen Recht sowie den Reichsgesetzen zeugt<sup>55</sup>). Rüfners These ist aber auch inhaltlich unpassend. Savigny argumentiert weit komplexer. Ihm zufolge stand nämlich die *litis contestatio* ursprünglich in einer engen Verbindung mit den „*ordinaria judicia*“<sup>56</sup>). Darauf folgt die uns seit seiner Besitzlehre ver-

<sup>51</sup>) M. Riedel, Art. System, Struktur, in: Geschichtliche Grundbegriffe, Bd. 6, 1990, 285–322, bes. 305–312; Art. System, in: Historisches Wörterbuch der Philosophie, Bd. 10, 1998, Sp. 824–825 (F.-P. Hager) und 825–856 (Chr. Strub), bes. 836–845; aber vgl. auch S. Gagné, Zur Methodik neuerer rechtsgeschichtlicher Untersuchungen, I: Eine Bestandsaufnahme aus den sechziger Jahren, 1993, bes. Kapitel 4.

<sup>52</sup>) A. Mazzacane, Jurisprudenz als Wissenschaft, Die Vorlesungen über juristische Methodologie von Friedrich Carl von Savigny, in: Friedrich Carl von Savigny: Vorlesungen über juristische Methodologie 1802–1842, 2. erweiterte Aufl. hg. und eingeleitet von A. Mazzacane, 2004, 1–56, bes. 10–17; japanisch und vortrefflich M. Ishibe, Keimōki Shizenhōgaku kara Rekishihōgaku he. 18 Seiki Doitsu no Hōgaku Kyōiku no Kaikaku tonō Kanren ni oite [Von der Naturrechtslehre der Aufklärung zur Historischen Rechtsschule mit besonderer Berücksichtigung der Reform der juristischen Ausbildung im 18. Jahrhundert in Deutschland], in: Shimin Hōgaku no Rekishiteki-shisouteki Tenkai, hg. von H. Kouchi *et al.*, Tokyo 2006, 153–201; dazu eine knappe Inhaltsangabe bei K. Moriya, Neuere deutsche Rechtsgeschichte in Japan, 2. Teil, ZNR 31 (2009) 95–131, bes. 119–121.

<sup>53</sup>) Mazzacane, Jurisprudenz (wie Anm. 52), 43; C. Vano, Der Gaius der Historischen Rechtsschule, Eine Geschichte der Wissenschaft vom römischen Recht, 2008. Hier sei auch besonders auf das folgende brillante Werk hingewiesen: B. Bravo, Philologie, histoire, philosophie de l’histoire, Étude sur J.G. Droysen, historien de l’antiquité, Breslau 1968.

<sup>54</sup>) Ein Versuch mit Bezug auf die Besitzlehre Savignys ist gemacht in Moriya, Savignys Gedanke (wie Anm. 42). Der politische und wirtschaftliche Hintergrund ist jedoch in diesem Werk noch ziemlich ungenügend bearbeitet.

<sup>55</sup>) Vgl. Savigny, System (wie Fn. 22) Bd. 6, Berlin 1847, bes. 1–236. Nach einer Einleitung (8 Seiten) wird das „Wesen der Litis Contestation“ römischrechtlich und kanonistisch (8–48) dargelegt, dann die „Wirkung der Litis Contestation“ doch meist stark römischrechtlich und exegetisch in den fast 200 starken Seiten erörtert (48–236). Die von Rüfner angenommene „für die so genannte Pandektistik typische und namensgebende Konzentration auf das römische Recht und die Quellen des justinianischen Corpus Iuris“ (241) gilt hier nicht.

<sup>56</sup>) Savigny, System Bd. 6 (wie Anm. 55), 8–36, 64; ders., System Bd. 5 (wie Anm. 49), 63–66 (S. 65 n. i ist ein Hinweis auf seine Besitzlehre).

traute Ausführung: Neben den *ordo judiciorum* als Regel trete sehr früh auch als Ausnahme das *extraordinarium iudicium* hervor, das immer mehr die Regeln des Formularprozesses verdrängt habe, um schließlich den *ordo judiciorum* im dritten Jahrhundert verschwinden zu lassen<sup>57)</sup>. Savigny verstand, grob gesagt, die *litis contestatio* wesentlich als prozessuale Vorbereitung zum Übergang vom *Jus* ins *Judicium*<sup>58)</sup>. Wenn also der *ordo judiciorum* für immer, i.e. sowohl in der späten Kaiserzeit Roms als auch in der gelehrten Prozessordnung verschwindet, was er nach seiner Untersuchung konstatiert, so ist der *litis contestatio* prozessual in der Tat der Boden entzogen. Daher gibt er eine neue Erklärung der *litis contestatio*, die „wesentlich übereinstimmend mit dem Begriff des älteren Rechts“ sein sollte: Die Litiskontestation „besteht in der vor der richterlichen Obrigkeit abgegebenen Erklärung beider Parteien über das Daseyn und den Inhalt des Rechtsstreits“<sup>59)</sup>. So verstanden, hat er als Zivilrechtler, wie Rüfner richtig bemerkt, den Zeitpunkt der *litis contestatio* „möglichst früh“ (251) angenommen. Es geht aber dabei um eine bewusste dogmatische Entscheidung, die Savigny selber „Meinung“ nannte, weil ihm ein Festhalten an den römischen Quellen hier „eine leere Formalität“<sup>60)</sup> darstellen würde. Um dieser Meinung aber wissenschaftliche Überzeugungskraft verleihen zu können, brauchte Savigny eine eingehende historische Arbeit. Auch hier gilt wie zu Schermaier: Die „Meinung“ Savignys ist zwar nicht unmittelbar quellenmäßig, basiert aber auf eingehender historischer Forschung.

Diese „Meinung“ trug freilich, obwohl an sich historisch fundiert, letztendlich doch im Laufe der Zeit zur Ausbildung der Dichotomielehre zwischen dem subjektiven Recht und dem Aktionenrecht im 19. Jahrhundert bei. Die verdichtete Dichotomielehre ist es, die dann eine historisch angemessene Auffassung des Aktionenrechts seit dem Spätmittelalter bis ins 19. Jahrhundert hinein späterhin erschwert hat, wie es die Untersuchungen von Knut W. Nörr, Maximiliane Kriechbaum oder Steffen Schlinker verschiedentlich, aber gleichermaßen beleuchtet haben<sup>61)</sup>. Diese Problematik hat Rüfner und Schermaier wenig interessiert. Es scheint, dass der Prozess zur Dogmatisierung jener Dichotomie mit dem zunehmenden Verlust des Sinns für

<sup>57)</sup> Savigny, System Bd. 6 (wie Anm. 55), 8f.: „Der Standpunkt, den wir in dieser Untersuchung [über die *litis contestatio*] zu nehmen haben, um zu einer befriedigenden Einsicht in den Inhalt unsrer Rechtsquellen zu gelangen, ist das Zeitalter des Formularprozesses, oder der vorherrschenden *ordinaria iudicia*. Das Recht der früheren Zeit kann dabei nicht mehr in Betracht kommen. Dagegen ist allerdings eine besondere Rücksicht nöthig auf die Behandlung dieses Gegenstandes in dem *extraordinarium iudicium*, welches schon frühe als Ausnahme in dem Zeitalter des Formularprozesses vorkam. Die Feststellung dieses exceptionellen Zustandes wird dann den Uebergang bilden zu dem späteren R.R., in welchem der *ordo judiciorum* völlig verschwindet, also die frühere Ausnahme als einzige Regel erscheint“; vgl. auch ders., Das Recht des Besitzes (wie Anm. 29), 328f.

<sup>58)</sup> Savigny System Bd. 6 (wie Anm. 55), 13.

<sup>59)</sup> *Ibid.* 22.

<sup>60)</sup> *Ibid.* 239.

<sup>61)</sup> K.W. Nörr, Wissenschaft und Schrifttum zum deutschen Zivilprozeß im 19. Jahrhundert [1983] und ders., Zur Historischen Schule im Zivilprozeß- und Aktionenrecht [1977], beide in: ders., *Iudicium est actus trium personarum*, 1993, 189–247 und 155–180. Zu den Werken von Kriechbaum und Schlinker siehe oben die Anm. 25.



die Geschichte seit der Mitte des 19. Jahrhunderts zusammenhängt<sup>62</sup>). Savigny selber war sich noch der Gefahr der unkritischen Verhärtung der juristischen Meinungen methodisch bewusst<sup>63</sup>).

Der Aufsatz von Jan Schröder über die *Aequitas* in der Rechtstheorie des 19. Jahrhunderts verhält sich ironisch zu dem gegen die Pandektistik gerichteten „Formalismus-Vorwurf“ (289). Anstatt die gleichsam verborgene Nähe der Pandektenwissenschaft zur Billigkeit zu betonen, um damit den Formalismus-Vorwurf etwa zu relativieren, zielt er auf den „Begriff der *Aequitas* selbst“ ab (290), nämlich auf die gedanklichen Rahmenbedingungen, in denen man sich bewegte. Dabei vergleicht er die pandektistischen Überlegungen mit der „Vor- und Nachgeschichte“, nämlich mit den Überlegungen in der Spätaufklärung und im Kaiserreich, und zwar mit gewohnt souveräner Beherrschung der reichen Materie. Er konstatiert überzeugend und mit ironischen Nebentönen, dass die Pandektistik der *Aequitas* keine gesetzsergänzende Funktion zuerkennen wollte, während sie der Billigkeit die gesetzeskorrigierende Funktion in Richtung auf die einschränkende Auslegung hin zumaß (zusammenfassend 305).

Bemerkenswert erscheint schließlich dass diesem festlichen Sammelband durchgehend der explizit verfassungshistorische Blick fehlt. Ohne diesen Blick kann man aber nicht verstehen, warum die Pandektisten nur das Privatrecht mit Abkoppelung vom öffentlichen Recht wissenschaftlich entfalteteten<sup>64</sup>). Folgende Phä-

<sup>62</sup>) Dazu noch andeutungsweise K. Moriya, Zum römischen Gewohnheitsrecht bei Georg Friedrich Puchta, ZRG Rom. Abt. 128 (2011) 298–338.

<sup>63</sup>) Savigny, System Bd. 1 (wie Fn. 22), Vorrede, XI: „Wenn uns aber die durch viele Geschlechter fortgesetzte Ausbildung unsrer Wissenschaft einen reichen Gewinn darbietet, so entspringen uns ebendaher auch eigenthümliche große Gefahren. In der Masse von Begriffen, Regeln und Kunstausdrücken, die wir von unsren Vorgängern empfangen, wird unfehlbar der gewonnenen Wahrheit ein starker Zusatz von Irrthum beygemischt seyn, der mit der traditionellen Macht eines alten Besitzstandes auf uns einwirkt und leicht die Herrschaft über uns gewinnen kann. Um dieser Gefahr zu begegnen, müssen wir wünschen [!], daß von Zeit zu Zeit die ganze Masse des Überlieferten neu geprüft, in Zweifel gezogen, um seine Herkunft befragt werde. Dieses geschieht, indem wir uns künstlich in die Lage versetzen, als hätten wir das überlieferte Material einem Unkundigen, Zweifelnden, Widerstrebenden mitzuthemen.“ Schermaier sagt: „Das, was Savigny selbst über seine Methode reflektierte, bleibt dabei weitgehend unberücksichtigt. Denn wir wollen nicht aus Savignys Sicht beurteilen, wie er Rechtswissenschaft trieb, sondern aus unserer heutigen“ (262). Wer sind aber Schermaiens „wir“? Eine Rechtswissenschaft, die, wie angedeutet, bisweilen auf einer willkürlichen Lektüre des Textes basiert, mag immerhin eine stets mögliche oder bestimmte gegenwärtige Version darstellen, wird aber einem Unkundigen, Zweifelnden, Widerstrebenden verschlossen bleiben.

<sup>64</sup>) Diese etwas verkürzte Feststellung kann nicht dadurch widerlegt werden, dass man auf die Beiträge der Pandektenwissenschaft in den Bereichen wie Prozessrecht, Rechtsquellenlehre, Rechtsbegriffslehre usw. hinweist, denn dieser kritisch gemeinte Hinweis selbst setzt die kategoriale Trennung logisch voraus. Es geht hier, grob gesprochen, um die evident rechtspolitische Selbstinszenierung der Pandektenwissenschaft, eine Dichotomielehre zu entwickeln und sich dabei vornehmlich auf das Privatrecht zu konzentrieren. Prominent sind die folgenden Worte in Savignys System Bd. 1 (wie Anm. 22), 2: „Nur das Privatrecht gehört zu unsrer Aufgabe, nicht das öffentliche Recht“; vgl. auch ders., Vom Beruf (wie Anm. 18) 32. Aus dieser ‚privatrechtlichen‘ Sicht heraus arbeitete er etwa auch die Lehre des Aktionenrechts heraus. Zum rechtspolitischen Charakter der Dichotomie vgl. S. Gagnér, Über Voraussetzungen einer Verwendung der Sprachformel „öffentliches Recht und

nomene sind nicht genügend berücksichtigt: Das Heilige Römische Reich Deutscher Nation wurde 1806 aufgelöst. Savigny war gegen die kodifizierende Gesetzgebung nicht nur, weil er konservativ war, sondern auch weil er befürchtete, dass durch die rege gesetzgeberische Tätigkeit die einzelnen deutschen Länder rechtlich immer weiter verselbständigt würden. Mit der Verarbeitung der Begrifflichkeit wurde eine neue Möglichkeit durch die universitäre Lehre geschaffen, einen länderübergreifenden zivilrechtswissenschaftlichen Kommunikationsraum zu etablieren<sup>65</sup>). Über die Reform der Juristenausbildung wurde heftig gestritten<sup>66</sup>). Die „geschichtliche Schule der Rechtswissenschaft“ war eine durchaus politische Bewegung, 1815 explizit gegründet mit einer ambitionierten Zeitschrift. Wenn Jansen behauptet, „den Quellen historisch gerecht zu werden, bedeutete, sie zu historisieren“ (166), so hat er eine wichtige Rolle der Geschichte seit der Renaissance vergessen<sup>67</sup>). Den römischrechtlichen Quellen historisch gerecht zu werden, hieß für Savigny zunächst einmal, das bisherige Rechtsleben, d. h. die auf der vielleicht pragmatischen, aber durch und durch ahistorischen Interpretation des römischen Rechts beruhende Rechtspraxis im Sinne des *Usus Modernus Pandectarum* grundlegend zu kritisieren. Die Konzentration auf das römische Recht ermöglichte der geschichtlichen Schule, ihr ‚heutiges Recht‘ gerade nicht in einem Kontinuum zu ihrer jüngsten Vergangenheit, sondern im radikalen Vergleich mit dem antiken Recht neu zu gestalten. Der Untergang der dogmatischen Geschliffenheit gegen Ende des 19. Jahrhunderts hat nicht nur mit dem Inkrafttreten des BGB zu tun, nicht nur mit der theoretischen Kritik gegen das begriffliche ‚Rechnen‘ und dem angeblichen Abstand zur sozialen Realität, sondern auch mit dem tiefgreifenden Strukturwandel seit dem Entstehen des „Interventionsstaates“<sup>68</sup>). Doch ohne eine gewisse begriffliche Errungenschaft im Bereich des Privatrechts wäre die sog.

Privatrecht“ im kanonistischen Bereich [1967], in: ders., *Abhandlungen zur europäischen Rechtsgeschichte*, hg. von J. Rückert/M. Stolleis/M. Kriechbaum, 2004, 121–161, bes. 122–141. Freilich sieht Gagnér den hauptsächlichen Grund der Dichotomielehre der Pandektisten in der Metaphysik. Ein Versuch, ihren ideenhistorischen Hintergrund im Tacitismus zu finden, wird gemacht in: K. Moriya, *Zum verborgenen Tacitismus im Beruf Savignys*, in: *Savigny global 1814–2014, „Vom Beruf unsrer Zeit“ zum transnationalen Recht des 21. Jahrhunderts*, hg. von S. Meeder/Chr.-E. Mecke, 2016, 145–171.

<sup>65</sup>) In dieser Hinsicht ist der Hinweis von Hammerstein und Stolleis darauf instruktiv, dass die Reichspublizistik methodisch die Rolle eines Vorläufers für die Historische Rechtsschule gespielt hatte, N. Hammerstein, *Jus und Historie, Ein Beitrag zur Geschichte des historischen Denkens an deutschen Universitäten im späten 17. und im 18. Jahrhundert*, 1972; M. Stolleis, *Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland*, Band 1: 1600–1800, 1988; ders., *Die Historische Schule und das öffentliche Recht* [1991], in: ders., *Konstitution und Intervention, Studien zur Geschichte des öffentlichen Rechts im 19. Jahrhundert*, 2001, 33–46.

<sup>66</sup>) Die hierzu wesentliche Einsicht verdanken wir auch hier den langjährig betriebenen, präzisen Leistungen von Ishibe, vgl. eine deutschsprachige Zusammenfassung bei Moriya, ZNR 31 (wie Anm. 52), bes. 118–122.

<sup>67</sup>) Hierzu grundlegend H. Baron, *The Crisis of the Early Italian Renaissance*, Princeton 1966; K. Flasch, *Das philosophische Denken im Mittelalter, Von Augustin zu Machiavelli*, 2. Aufl. Stuttgart 2000, bes. 561–663.

<sup>68</sup>) Hierzu nur M. Stolleis, *Die Entstehung des Interventionsstaates und das öffentliche Recht* [1989], in: ders., *Konstitution und Intervention* (wie Fn. 65) 253–282.

„juristische Methode“<sup>69)</sup> nicht denkbar gewesen, anhand derer man während der Kaiserzeit dann die Wissenschaft des öffentlichen Rechts zu gestalten suchte, um somit doch die Tätigkeit des Staates im sehr begrenzt liberalen Zeitalter rechtlich zu kontrollieren<sup>70)</sup>.

Haferkamp zweifelt die Auffassungen von Gustav Rümelin (1878) und Jan Schröder leicht an, das Fehlen eines klaren Methodenprogramms zu deuten „als Zeichen dafür, dass sich die Zeitgenossen besonders sicher über ihr Verfahren gewesen seien, eine explizierte Methodologie also gar nicht benötigten“ (4). Dagegen spreche aber, so Haferkamp, „sicher die dargestellte Uneinigkeit über die zeitgenössischen Versuche, eine solche Methodologie dennoch zu formulieren. Gleichwohl: Hier steckt ein blinder Fleck der bisherigen Forschung. Wenn eine solche sozusagen intuitiv-verbindende Methode der Pandektistik existierte, kann man dies nur feststellen, wenn man ihr ins Feld folgt“ (4f.). Trotz einer klugen Einschränkung ist Haferkamps Skepsis gegenüber Rümelin und Schröder mit seiner Wortwahl („Dagegen spricht sicher“, Anspruch auf „feststellen“) evident. Darf man nun so sicher von einem blinden Fleck der bisherigen Forschung über die Pandektenwissenschaft sprechen? Die bereits vorhandenen Untersuchungen über die Pandektenwissenschaft durch Sten Gagnér, Hans Kiefner oder Dieter Nörr mögen zwar nicht etwa die heute zugänglich gewordenen ungedruckten Quellen erschöpfend verwertet haben, scheinen – zumindest dem Rezensenten dieser Zeilen – jedoch jeweils ihre ziemlich sensiblen und nuancenreichen Auffassungen gegenüber den einschlägigen Texten der Pandektisten geliefert zu haben, und sie decken eine gleichsam ‚osmotische‘ methodische Gemeinsamkeit in den Pandektisten verschiedentlich auf. Solide dogmenhistorische Untersuchungen fehlen auch nicht<sup>71)</sup>.

Nach der Lektüre dieses Bandes fällt es geradezu auf, dass die einst überall verbreitete negative Einstellung gegenüber der Pandektenwissenschaft, die in diesem Band repräsentativ Wieacker zugeschrieben wird, durchgehend, fast *unisono*, als ahistorisch verworfen wird, als hätte sich bislang keiner, der sich gegenüber der

<sup>69)</sup> Siehe W. Wilhelm, Zur juristischen Methodenlehre im 19. Jahrhundert, 1958; A. Ebihara, Was ist „juristisch“ in der juristischen Methode des Staatsrechts im 19. Jahrhundert? Die Funktion des privatrechtlichen Begriffes der „juristischen Person“ in der staatsrechtlichen Diskussion um den Bundesstaatsbegriff, ZNR 18 (1996) 66–85.

<sup>70)</sup> Siehe nur W. Pauly, Der Methodenwandel im deutschen Spätkonstitutionalismus, 1993.

<sup>71)</sup> Vgl. im Sammelband H. Kiefner, *Personae vice fungitur? Juristische Person und „industrielle Corporation“ im System Savignys* [1974]; ders., *Geld und Geldschuld in der Privatrechtsdogmatik des 19. Jahrhunderts* [1980]; ders., *Der abstrakte obligatorische Vertrag in Praxis und Theorie des 19. Jahrhunderts* [1977]; ders., *Das Städel'sche Kunstinstitut, Zugleich zu C.F. Mühlens Beurteilung eines berühmten Rechtsfalls* [1983]; ders., *Ut lite pendente nil innovetur, Zum Verbot der Verfügung über res und actiones litigiosae im römischen Recht und im gemeinen Recht des 19. Jahrhunderts* [1984]; ders., *Zur zivilrechtlichen Genealogie des Mißbrauchstatbestands (§ 266 StGB)* [1993], alle in: ders., *Ideal wird, was Natur war, Abhandlungen zur Privatrechtsgeschichte des späten 18. und des 19. Jahrhunderts*, 1997, 83–94, 95–107, 109–136, 353–368, 369–427, 429–290, 491–511; daneben auch A. Ebihara, *Savigny und die gemeinrechtliche Verjährungslehre des 19. Jahrhunderts*, ZRG Rom. Abt. 110 (1993) 602–637; zu dem interessanten Fall des Städel'schen Kunstinstituts auch R. Noda, *Zum Städel'schen Beerbungsfall*, ZRG Germ. Abt. 133 (2016) 365–403.

Pandektenwissenschaft verhalten hatte, mit der Pandektenwissenschaft ernsthaft historisch auseinandergesetzt. Dem ist nicht zuzustimmen. Darf man die kritische Einsicht eines Gagnér gegenüber der metaphysischen Denkweise der Pandektisten so leicht vergessen? Vielleicht sollte man die durch die Geburt des Wortes Pandektistik angedeuteten gravierenden methodischen Änderungen seit 1900 nicht als „Umwälzung“ (233, Rückert) bezeichnen. Sie wurden vielmehr durch einen tiefgreifenden gesellschaftlichen Strukturwandel ausgelöst. Sie trugen durchgehend polemische bis angriffslustige Ausdrucksformen, um das bisherige juristische Sprachspiel gleichsam zu ‚verderben‘. Die Misere der heutigen Dogmatik mag evident sein. Dem hilft aber weder ein Lamento noch ein bloßer Rückgriff auf eine dogmatische Tradition ab, noch eine Aufwertung der Pandektenwissenschaft. Eine Rolle der Rechtsgeschichte besteht darin, die Vergangenheit des Rechts nicht als *juristische* Vergangenheit (innere Rechtsgeschichte) zu betrachten, sondern sie vor dem allgemeinhistorischen Hintergrund gleichsam zu beobachten<sup>72)</sup>. Dann wird es einem starken Geist möglich sein, auf einer historisch fundierten, von der gegenwärtigen juristischen Lage möglichst unabhängigen Auffassung der Vergangenheit des Rechts basierend, juristisch radikal Neues auf eigene Gefahr klar und begriffsstark zu konzipieren und auszusprechen. Die Pandektisten der frühesten Phase hatten davon gewiss eine Ahnung. Ihre Sicht reichte weit über das bloß Juristische hinaus. Gustav Hugo las E. Gibbon und L. Valla mit Vorliebe<sup>73)</sup>, Savigny war mit B.G. Niebuhr eng befreundet und zog eine Stelle aus Terenz’ Eunuch in seiner „civilistischen Abhandlung“ gemächlich als mächtiges Argument heran<sup>74)</sup>.

Der vorliegende Band ist gewiss informativ. Einige Abhandlungen zeigen aber argumentative Schwächen. Einige Beiträge verbreiten nicht genügend kritisch geprüfte Vorurteile. Wegen der lehrreichen Beiträge von Avenarius, Rückert, aber insbesondere Falk und Schröder wird man diesen Band immer wieder mit Freude aufgreifen. Dennoch ist die intellektuelle Faszination, die aus Wieacker, Walter Wilhelm oder Gagnér hervorgeht, keineswegs erledigt. Sie provoziert vielmehr unser rechtshistorisches Weiterdenken immer noch, wovon auch der vorliegende Band paradoxerweise zeugt.

Osaka

Kenichi Moriya\*)

<sup>72)</sup> Vgl. auch K. Moriya, Rechtsgeschichte provoziert Jurisprudenz, Rg 23 (2015) 263–265.

<sup>73)</sup> E. Gibbon, Historische Übersicht des Römischen Rechts, übersetzt, eingeleitet und kommentiert von Gustav Hugo, mit einem Vorwort und einer Würdigung Gustav Hugos neu hg. von O. Behrends, 1996; zu Valla bes. 153–155.

<sup>74)</sup> Savigny, Recht des Besitzes (wie Anm. 29), 7 n. 1: „Hanc tu mihi, *vel vi, vel clam, vel precario* fac tradas. Eben so in unzähligen Stellen der Pandekten.“

\*) moriya@law.osaka-cu.ac.jp