

Wie pandektistisch war die Pandektistik?

Herausgegeben von
HANS-PETER HAFERKAMP
und TILMAN REPGEN

Mohr Siebeck

Wie pandektistisch war die Pandektistik?

herausgegeben von
Hans-Peter Haferkamp und Tilman Reppen



Wie pandektistisch war die Pandektistik?

Symposion aus Anlass des 80. Geburtstags
von Klaus Luig
am 11. September 2015

herausgegeben von
Hans-Peter Haferkamp und Tilman Repgen

Mohr Siebeck

Hans-Peter Haferkamp, geboren 1966, Dr. jur. 1993 und Habilitation 2002 an der Humboldt-Universität Berlin. Seit 2003 Direktor des Instituts für Neuere Privatrechtsgeschichte, Deutsche und Rheinische Rechtsgeschichte der Universität zu Köln.

Tilman Reppen, geboren 1964, Dr. jur. utr. 1993 und Habilitation 2000 an der Universität zu Köln. Seit 2002 Lehrstuhl für Deutsche Rechtsgeschichte, Privatrechtsgeschichte der Neuzeit und Bürgerliches Recht an der Fakultät für Rechtswissenschaft der Universität Hamburg. Seit 2010 Dekan.

ISBN 978-3-16-155070-6 eISBN 978-3-16-155459-9

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliographie; detaillierte bibliographische Daten sind im Internet über <http://dnb.dnb.de> abrufbar.

© 2017 Mohr Siebeck Tübingen. www.mohr.de

Das Werk einschließlich aller seiner Teile ist urheberrechtlich geschützt. Jede Verwertung außerhalb der engen Grenzen des Urheberrechtsgesetzes ist ohne Zustimmung des Verlags unzulässig und strafbar. Das gilt insbesondere für Vervielfältigungen, Übersetzungen, Mikroverfilmungen und die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronischen Systemen.

Das Buch wurde von Gulde-Druck in Tübingen aus der Garamond Antiqua gesetzt und auf alterungsbeständiges Werkdruckpapier gedruckt und von der Buchbinderei Spinner in Ottersweier gebunden.

Vorwort

Dieses Buch vereint Beiträge zu einer Symposium unter dem Thema „Wie pandektistisch war die Pandektistik?“, das vom 10. bis 12. September 2015 in der Universität zu Köln stattfand. Der schillernde Begriff „Pandektistik“ wird meist in pejorativem Sinn als Beschreibung für eine Rechtswissenschaft verwendet, von der es sich abzugrenzen gilt. Unser Ziel war es, die Zuschreibungen zu diesem Begriff näher zu ergründen und dabei ganz bewusst „Romanisten“ und „Germanisten“ unmittelbar miteinander ins Gespräch zu bringen. Das erwies sich als ein ertragreiches Unterfangen. Einmal mehr bestätigte sich, dass die disziplinäre Grenzziehung innerhalb der Rechtsgeschichte mehr eine Frage der Denomination von Lehrstühlen als Forschungswirklichkeit ist. Dennoch zeigen auch die hier vorliegenden Studien differenzierte Perspektiven. Allen, die dieses wissenschaftliche Gespräch über die Wissenschaft vom römischen Recht im 19. Jahrhundert in dieser Weise möglich gemacht haben, gilt unser Dank: zunächst denen, die die Vorträge gehalten und die schriftlichen Beiträge ausgearbeitet haben, sodann allen, die sich an den intensiven und ertragreichen Diskussionen beteiligt haben.

An der Organisation und Durchführung der Kölner Tagung und der Vorbereitung der Drucklegung haben zahlreiche Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter in Köln und Hamburg mitgewirkt. Auch ihnen gilt unser Dank: Monika Helbig, Christof Steinforth, Magnus Clauss, Julian Liebe, Eric Zakowski, Laura Schwarz, Lea Neuhaus, Tanja Löffken, Daniel Krotov, Jacqueline Weertz in Köln sowie Sarah Bachmann, Helga Bergemann, Ellen Hakelberg-Pekol, Lars Regula, Cara Neipp, Jenny Thiessen und Laura Vejselji in Hamburg. Die Finanzierung wurde möglich durch die Verleihung des Hans-Kelsen-Preises an Hans-Peter Haferkamp im Jahr 2014 durch die Universität zu Köln.

Der Termin der Tagung war durch den 80. Geburtstag von Klaus Luig bestimmt. Seine Beteiligung war den Herausgebern Freude und Ehre zugleich. Ihm ist dieser Band gewidmet.

Hans-Peter Haferkamp
Tilman Reppen

Inhaltsverzeichnis

<i>Hans-Peter Haferkamp, Tilman Reppen</i> „Wie pandektistisch war die Pandektistik“? – Einleitung	1
<i>Franz-Stefan Meissel</i> Joseph Unger und das Römische Recht – Zu Stil und Methoden der österreichischen „Pandektistik“	17
<i>Martin Avenarius</i> Rechtswissenschaft als „Dogma“. Die Ablösung der Dogmatik vom positiven Recht und die Weiterentwicklung des Rechtsdenkens in Russland	35
<i>Marju Luts-Sootak</i> Zu der Universalität der Pandektenwissenschaft – am Beispiel der baltischen Privatrechtswissenschaft nach der Kodifikation von 1864 geprüft	51
<i>Riccardo Cardilli</i> Das römische Recht der Pandektistik und das römische Recht der Römer	83
<i>Ulrich Falk</i> Haftung des Konkursverwalters in der Rechtsprechung des Reichsgerichts vor 1900: „Höchste Ungerechtigkeit und Willkühr“? . . .	101
<i>Nils Jansen</i> Natrechtsfäden im Gewebe pandektistischer Theoriebildung: drei Beispiele aus dem Recht der Schuldverhältnisse	165
<i>Bondewijn Sirks</i> War Mühlenbruch ein Pandektist?	185
<i>Joachim Rückert</i> Pandektistische Leistungsstörungen?	205

<i>Thomas Rüfner</i>	
Pandektistik und Prozessrecht	241
<i>Martin Schermaier</i>	
„... nicht mit Willkühr ersonnen, sondern seit Jahrhunderten bereitet“: Die Auslegung römischer Quellen bei Savigny	257
<i>Jan Schröder</i>	
Zur Aequitas/Billigkeit in der Rechtstheorie des 19. Jahrhunderts	289
Autorenverzeichnis	307

„Wie pandektistisch war die Pandektistik“? – Einleitung

Hans-Peter Haferkamp und Tilman Reppen

I. Pandektistik – ein Begriff?

Als 1884 Jherings „Scherz und Ernst“ erschien, machte sich unter Privatrechtswissenschaftlern Unsicherheit breit. Wie erkannte man eigentlich diese Begriffsjuristen? Es begann die Zeit fröhlicher Zuweisungen. Ehrenberg verwies Thöl in den Begriffshimmel¹. Bekker wollte auch Wächter „durch ein bisschen Fegefeuer“ für den Begriffshimmel reif machen². Gustav Rümelin sah in Gierke einen Begriffsjuristen³, was Bekker wiederum nicht nachvollziehen konnte⁴. Rümelin gestand zu, der Vorwurf sei „viel zu unbestimmt“ und man könne sich darunter „sehr verschiedene Dinge denken“⁵. Bekker vermutete, Jhering meine mit Begriffsjurisprudenz „die nächste Verwandte der mir besonders unsympathischen Naturrechtleri“⁶. Weshalb Jhering dann aber etwa Schloßmann⁷ in den Begriffshimmel geschickt hatte⁸, verstand auch Bekker nicht. Brütt vermutete, dass Jhering diese willkürliche Zuweisung zur ‚Begriffsjurisprudenz‘ als Abrechnung mit alten Gegnern missbraucht hatte⁹. Er verwies darauf, dass Schloßmann Jhering 1876 vehement kritisiert hatte¹⁰.

¹ Zu diesem Bild *Regina Ogorek*, Richterkönig oder Subsumtionsautomat?, Frankfurt am Main 1986, S. 217 ff.; *Joachim Rückert*, Handelsrechtsbildung und Modernisierung des Handelsrechts durch Wissenschaft zwischen ca. 1800 und 1900, in: *Modernisierung des Handelsrechts im 19. Jahrhundert*, hrsg. von Karl Otto Scherner, Heidelberg 1993, S. 19–66, S. 22 ff.; *Ulrich Falk*, Art. Thöl, Heinrich, in: *Juristen. Ein biographisches Lexikon*, hrsg. von Michael Stolleis, München 1995, S. 612.

² *Ernst Immanuel Bekker*, Ernst und Scherz über unsere Wissenschaft. Festgabe an Rudolf von Jhering, Leipzig 1892, S. 126.

³ *Gustav Rümelin*, Methodisches über Juristische Personen, Freiburg im Breisgau 1891, S. 3.

⁴ *Bekker*, Ernst und Scherz (wie Fn. 2), S. 122.

⁵ *Rümelin*, Methodisches (wie Fn. 3), S. 4 f. Rümelin griff die Problematik nochmals auf in: *ders.*, *Zweckvermögen und Genossenschaft*, Freiburg im Breisgau 1892, S. 1–108.

⁶ *Bekker*, Ernst und Scherz (wie Fn. 2), S. 123.

⁷ *Siegmund Schloßmann*, *Der Vertrag*, Leipzig 1876, § 26.

⁸ *Rudolf von Jhering*, *Scherz und Ernst in der Jurisprudenz*, Leipzig 1884, S. 260, 317, 325.

⁹ *Lorenz Brütt*, *Die Kunst der Rechtsanwendung*, Berlin 1907, S. 88 Anm. 2.

¹⁰ *Schloßmann*, *Vertrag* (wie Fn. 7), § 31 (gegen Geist I).

An diese Debatten fühlt sich erinnert, wer heute die Diskussionen um den Vorwurf des Neopandektismus verfolgt, die seit den 1990er Jahren verstärkt auftauchten. Hintergrund war das Programm einer gegenwartsbezogenen Pandektistik von Reinhard Zimmermann, das etwa Pio Caroni immer wieder vor einer „neopandektistische[n] Botschaft“¹¹, einer „neopandektistischen Vision“¹², und Mario Bretone gar vor neopandektistischen „Propheten einer Welt ohne Geschichte“ warnen ließ¹³.

So wie man um 1900 hätte sagen können: Na und? Jede Wissenschaft operiert mit Begriffen, so hätten die Neopandektisten entspannt einwenden können: Was war so falsch am Pandektismus? Das tat jedoch niemand. So wie um 1900 niemand Begriffsjurist sein wollte, so wollte nun niemand Neopandektist sein. Martin Schermaier sprach von einem „Missverständnis“, da man verschiedene Geschichtlichkeiten nicht klar trenne¹⁴; auch Nils Jansen meinte, eine historisch arbeitende Rechtsdogmatik sei mehr als „neopandektistischer Chauvinismus“¹⁵. Okko Behrends fühlte sich „zwar selbst nicht gemeint“, wehrte sich aber doch gegen den „einseitig vergrößernden [...] Vorwurf“¹⁶. Auch er hatte aber ein Bild des Neopandektismus im Kopf, wenn er an anderer Stelle Flumes Rechtsakttheorie einen „ausgesprochen neopandektistischen Charakter“¹⁷ attestierte. Der Vorwurf des Neopandektismus zeigt sich in diesen Gesprächen als ein polemisch-emotional grundierter Kampfbegriff. Dazu passt, dass man ihn bisweilen auch mit anderen Verfehlungen kombinierte, so wenn Tomasz Giaro von einer „neopandektistische[n] ‚Anknüpfung‘ an den *usus modernus*“¹⁸ sprach und andererseits Andreas Wacke sich entschuldigte, er wolle nicht „neopandektistische Begriffsjurisprudenz betreiben“¹⁹. Gerade aus der Unschärfe gewinnt dieser Begriff seine polemische Wucht.

¹¹ Pio Caroni, Nutzlos, nützlich, notwendig, in: ZNR 29 (2007), S. 131–140, hier S. 137 Fn. 31.

¹² Caroni, Nutzlos, nützlich, notwendig (wie Fn. 11), S. 138.

¹³ Hier nach Okko Behrends, Die Person oder die Sache – was stand im Mittelpunkt des klassischen römischen Privatrechts? Die Kontinuitätsfrage im Streit zwischen junger „Neopandektistik“ und nicht mehr ganz junger „Neoromantik“, in: Labeo 44 (1998), S. 26–60, hier S. 26.

¹⁴ Martin Schermaier, Eigenschaftsirrtum und Kauf: Werner Flume rechtsgeschichtlich (30. März 2009), in: forum historiae iuris (<http://www.forhistiur.de/2009-03-schermaier/>), Rn. 44.

¹⁵ Nils Jansen, Binnenmarkt, Privatrecht und europäische Identität, Tübingen 2003, S. 79.

¹⁶ Behrends, Person oder Sache (wie Fn. 13), S. 26, 29 Fn. 6.

¹⁷ Okko Behrends, Institut und Prinzip, Göttingen 2004, S. 270 Fn. 6: „Es ist scharfsinnig, erklärt manches, vermag aber seiner Abstraktheit wegen in keiner Weise in die komplexen historischen Voraussetzungen des Denkens der römischen Juristen der literarischen Zeit einzudringen.“

¹⁸ Tomasz Giaro, Europäische Privatrechtsgeschichte: Werkzeug der Rechtsvereinheitlichung und Produkt der Kategorienvermischung, in: Ius commune 21 (1994), S. 1–43, hier S. 3.

¹⁹ Andreas Wacke, Das Verbot der Darlehnsvergabe an Hauskinder und die Gebote wirtschaftlicher Vernunft, in: ZRG RA 112 (1995), S. 239–329, hier S. 290: „sondern lediglich

Diese Unschärfe des Begriffs, so unsere These, folgt auch daraus, dass es heute gar nicht mehr so einfach ist zu definieren, was Pandektismus eigentlich ist. 2001 betonte Tilman Repgen: Mancher werde die Arbeit von Rüdiger über vertretbare Sachen „in eine Schublade mit der Aufschrift ‚Neopandektistik‘ einsortieren“²⁰. Er fügte aber hinzu: „Angesichts des Umstands, dass der bis vor wenigen Jahren noch einigermaßen konsistent erscheinende Begriff der Pandektistik selbst zunehmend in Auflösung begriffen ist, ist schon die Aussagekraft dieser Schubladenkategorie fraglich.“ Hier setzen unsere Überlegungen für diese Tagung an.

Franz Wieacker konnte 1967 noch ein schön einhelliges Bild zuspitzen: Pandektist sei jemand, der

„die Rechtssätze ausschließlich aus System, Begriffen und Lehrsätzen der Rechtswissenschaft ableitet, ohne außerjuristischen, etwa religiösen, sozialen oder wissenschaftlichen Wertungen und Zwecken rechtserzeugende oder rechtsändernde Kraft zuzugestehen.“²¹

Auch wenn dieses Bild wohl noch in manchen Köpfen herumspukt, entspricht es doch schon lange nicht mehr dem Stand unserer Wissenschaft. Es ist komplizierter geworden mit der Pandektenwissenschaft. Früher interessierte man sich vor allem für Savigny, den man noch nicht, und für den späten Jhering, den man nicht mehr als Pandektist einstuft. Das dazwischen liegende Feindbild war wohl auch deshalb so scharf, weil man gar nicht genauer hinsah. Über Puchta, Mühlenbruch, Keller, Windscheid, Brinz, Bekker, Kuntze, Dernburg oder Zitelmann begann man erst in den 1980er Jahren genauer zu forschen, während andere bis heute genauerer Untersuchung harren – ich nenne Unterholzner, Löhr, Huschke, Sintenis, Arndts, Böcking, Rudorff, Bethmann-Hollweg oder Regelsberger. Seitdem sind uns die schön konturierten Bilder brüchig geworden und momentan wird man wohl sagen können, dass ein einheitliches Bild der Pandektistik nicht existiert. Vor allem hat sich gezeigt, dass eine einheitlich konzentrierte Methode der Pandektistik von Pandektenwissenschaftlern nie formuliert wurde. Die meisten Pandektisten formulierten überhaupt kein Methodenprogramm, das neben der in der Pandektenvorlesung traditionell vorgetragenen Auslegungslehre etwa auch Fragen der Begriffs- und Systembildung erfasst hätte. Die wenigen zeitgenössischen Versuche eines solchen Methodenprogramms stießen zudem auf so scharfe Kritik, dass sie kaum als *pars pro toto* taugen. Puchta beließ es stets bei Andeutungen zur Methode und fand für sein Juristenrecht trotzdem ganz weitgehend Kritik. Savignys Auslegungslehre wurde selbst von seinen engsten Schülern nicht übernommen. Nahezu durchweg Kritik fanden

die in der Materie steckende Dialektik veranschaulichen, eine Zusammenschau der maßgeblichen Kriterien in ihrer logischen Verkettung geben“.

²⁰ Tilman Repgen, Rez. Rüdiger, Vertretbare Sachen?, in: Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis 69 (2001), S. 407–409, hier S. 409.

²¹ Franz Wieacker, Privatrechtsgeschichte der Neuzeit, 2. Aufl. Göttingen 1967, 2. unveränderter Nachdruck Göttingen 1996, S. 431.

die Methodenlehre des Juristenrechts von Reinhold Schmid aus dem Jahr 1848²², die „Juristische Wissenschaftslehre“ von Burkard Wilhelm Leist²³ aus dem Jahr 1854 und die symbolisch-naturalistische Betrachtungsweise des Rechts von Johannes Emil Kuntze²⁴ aus dem Jahr 1856, sowie natürlich vor allem die zwischen 1856²⁵ und 1858²⁶ veröffentlichte „naturhistorische Methode“ Jherings. Zu Jherings zentralem Konzept der Konstruktion meinte Brinz schlicht,

„daß das erst in unseren Tagen beliebte Wort der juristischen Construction das wichtige Ding, was Verf. darin erblickt, nicht bedeute, und daß dieses Ding in der ihm beigelegten wesentlichen Eigenschaft, d. i. in seiner specificatorischen Productivität nicht bestehe.“²⁷

Das, was spätere Generationen so typisch pandektistisch fanden, also etwa den Begriff der Konstruktion, war in der Pandektenwissenschaft also keineswegs fest bestimmt. Zitelmann begann angesichts dieser Unklarheiten nach 1886 eine Sammlung über die mannigfache Bedeutung anzulegen, die der von Jhering kritisierten „Konstruktion“ bei einzelnen Schriftstellern zukam²⁸. Zur damit zusammenhängenden Frage der Begriffsbildung stellte Gustav Rümelin 1878 fest, obwohl viele Juristen der Ansicht seien, „daß sie hier mit den wichtigsten und letzten Dinge der Jurisprudenz zu thun“ hätten, habe man bisher ein genaueres Eingehen auf diese Fragestellung nicht für notwendig gehalten und es scheine die „Ueberzeugung zu herrschen, daß es sich um einfache und klare Vorstellungen handelt, wenn nach Begriff oder Wesen eines Rechtsverhältnisses gefragt wird“²⁹. Rümelin äußerte hier einen Verdacht, den auch Jan Schröder jüngst geteilt hat. Er deutet das Fehlen eines solchen Programms als Zeichen dafür, dass sich die Zeitgenossen besonders sicher über ihr Verfahren gewesen seien, eine explizierte Methodologie also gar nicht benötigten³⁰. Dagegen spricht 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-verbun-

²² Reinhold Schmid, *Theorie und Methodik des bürgerlichen Rechts*, Jena 1848, S. 255 ff.

²³ Burkard Wilhelm Leist, *Über die dogmatische Analyse Römischer Rechtsinstitute*, Jena 1854, S. 20 ff.

²⁴ Johannes Emil Kuntze, *Der Wendepunkt der Rechtswissenschaft*, Leipzig 1856, hier nach Nachdruck Whitefish (Montana) 2010, S. 75 ff.

²⁵ Rudolf von Jhering, *Unsere Aufgabe*, in: *Jherings Jahrbücher* 1 (1857), S. 1–52 (Heft 1 bereits 1856 erschienen), S. 8 ff.

²⁶ Rudolf von Jhering, *Der Geist des römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung*, Dritter Theil, erste Abtheilung, Leipzig 1865, hier zitiert nach 3. Aufl. Leipzig 1871, §§ 37 ff.

²⁷ Alois von Brinz, *Rez. Jhering, Geist des römischen Rechts, zweiter Theil*, in: *Kritische Vierteljahresschrift* 2 (1860), S. 1–37, hier S. 27.

²⁸ Dies berichtet rückblickend Max von Rümelin, *Zur Lehre von der juristischen Konstruktion*, in: *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie* 16 (1922/23), S. 343–355, hier S. 343.

²⁹ Gustav Rümelin, *Juristische Begriffsbildung*. Akademische Antrittsschrift, Leipzig 1878, S. 6.

³⁰ Jan Schröder, *Recht als Wissenschaft*, 2. Aufl. München 2012, S. 250.

dende Methode der Pandektistik existierte, kann man dies nur feststellen, wenn man ihr ins Feld folgt. Um nicht das zu finden, was man als Vorurteil sucht, muss man sozusagen induktiv die Quellenarbeit der Pandektenwissenschaftler analysieren. Um Besonderheiten zu erkennen, muss man diese Quellenarbeit mit den älteren Interpretationen der gleichen Quellen und unserem heutigen Verständnis der gleichen Texte vergleichen. All das muss man für verschiedene Autoren tun, um Gemeinsamkeiten und Unterschiede entdecken zu können.

Warum ist das bisher noch nahezu nicht geschehen?

Ein entscheidender Grund scheint mir auf das eingangs geschilderte Bild der Neopandektistik zurückzuführen. Das Bild war Teil der großen Methodendebatte, die die Rechtsgeschichte seit den 1970er Jahren führte. Neopandektistik stand hier im Gegensatz zu ‚Neohumanismus‘³¹, es ging um applikativ vs. kontemplativ. Kritikpunkte waren Reduzierung der Rechtsvergangenheit auf das römische Recht, Rückprojektion einer europäischen Privatrechtseinheit, Ausklammerung von Wirtschafts- und Sozialgeschichte. Wenn Martin Schermaier damals meinte: „Nicht umsonst stehen sich in der Diskussion um die ‚Geschichtlichkeit der Rechtsgeschichte‘ vorwiegend Germanisten auf der einen, und Romanisten auf der anderen Seite gegenüber“, dann stimmte das eigentlich nicht. Besonders scharfe Gegner einer applikativen Rechtsgeschichte wie Bretonne, Fögen oder Simon waren sicher keine Germanisten. Richtig war daran jedoch, dass das Fach sich noch immer als gespalten präsentierte – eine Seite, welche die Nähe zu den Kollegen in der juristischen, eine Seite, welche die Nähe zu den Kollegen in der historische Fakultät suchte. Und dies führte dazu, dass auch die Forschung zur Pandektenwissenschaft eigentlich bis heute zweigeteilt blieb. Einerseits diejenigen, die Wissenschaftsgeschichte des 19. Jahrhunderts betrieben, andererseits diejenigen, die Geschichte des Römischen Rechts betrieben. Die einen lasen die Pandektenwissenschaft in ihrem Kontext, die anderen aus einer gemeinsamen Beschäftigung mit den antiken Quellen heraus. Und man sprach nicht miteinander, weil die eine Seite der anderen vorwarf, unhistorisch zu arbeiten, und die andere der einen, die römischen Quellen nicht zu kennen. Beide argumentierten mit Wissenschaftstheorie und wer die Apodiktik betrachtet, mit der man sich die gegenseitigen Standpunkte als wissenschaftstheoretisch verfehlt vorhielt, der fragt sich heute, ob hier nicht zwei Kulturen aufeinanderprallten und alles eher wenig mit Wissenschaftstheorie zu tun hatte. Wissenschaftstheorie ist ja eigentlich kaum für absolute Wahrheiten tauglich, da sie selbst ja eine Wissenschaft, nicht eine Wahrheit ist. In gewisser Weise wurden damit die Pandektenwissenschaftler in ihre zwei Seelen zerrissen. Einerseits waren sie die meiste Zeit mit der Interpretation antiker Quellen beschäftigt, also mit dem, was die moderne Romanistik an ihnen interessiert. Anderer-

³¹ Pio Caroni, Der Schiffbruch der Geschichtlichkeit. Anmerkungen zum Neo-Pandektismus, in: ZNR 16 (1994), S. 85–100, hier S. 85.

seits wissen wir auch, wie intensiv sich Savigny, Puchta, Huschke, Kuntze, Keller, Bluhme, Bethmann-Hollweg, später etwa Bekker, Gustav Rümelin oder Zitelmann mit zeitgenössischer Wissenschaftstheorie beschäftigt haben. Man kann sich ihnen also ganz legitim von zwei Seiten nähern. Theorie und Praxis. Und das sollte man am besten zusammen tun.

Zu den wirklich erfreulichen Entwicklungen der letzten Jahre gehört, dass diese Gräben zunehmend verschwinden. Man ist als Wissenschaftshistoriker nicht mehr Germanist und unter Brunner begraben und arbeitet schon gar nicht einfach nur kontemplativ. Romanisten betreiben gleichfalls nicht einfach applikative Dogmengeschichte, sondern bilden ein breites Spektrum methodischer Zugänge ab. Oft ist es gar nicht so einfach zu entscheiden, ob ein Beitrag in die Romanistische oder die Germanistische Abteilung der Savigny-Zeitschrift gehört. Uns schien es also ganz dringend an der Zeit, die alten Gegensätze zu überbrücken und möglichst viele Kenner der Pandektenwissenschaft miteinander sprechen zu lassen – egal, wo sie sich selbst in den ehemaligen Methodenlagern verorten. Wichtig war nur, eine gemeinsame Basis zu finden – und das sind konkrete dogmatische Probleme. Hier treffen sich die römischen Quellen einerseits und die Methode andererseits und hier lässt sich auch die Frage am ehesten beantworten, ob es so etwas gab wie eine Methode der Pandektistik.

Ein solches Unterfangen schien uns vor allem deshalb besonders glücklich, weil wir Klaus Luig ehren wollten. Kaum jemand ist wohl besser geeignet, um die Absurdität vieler früherer Grenzziehungen zu zeigen. Klaus Luig ist gelernter Romanist, forscht aber kaum in der Antike. Das eigentlich germanistische Naturrecht hat ihn nie in der hier vorherrschenden philosophischen Perspektive interessiert, sondern der eigentlich romanistische Blick auf die Dogmatik. Diese wiederum hat er nicht eigentlich romanistisch als Aufeinanderfolge dogmatischer Lösungsmodelle betrieben, sondern immer auch stark mit Blick auf den wirtschaftlichen und sozialen Kontext, also irgendwie auch germanistisch. Zugleich hat er das germanistische Naturrecht nie scharf vom romanistischen *Usus Modernus* getrennt, sondern beides oft zusammen untersucht. Im Umfeld des germanistischen Romanisten Coing wuchs Luig frei von diesen Einordnungen auf und hat sich stets frei von ihnen bewegt. Wer heute Luigs Artikel „Pandektenwissenschaft“ im dritten Band des HRG aus dem Jahr 1984 liest und dort die zu diesem Zeitpunkt fast überall noch dominierenden alten Klischees zu finden hofft, wird enttäuscht sein. Hier breitet ein Kenner ein ganzes Panorama von Themen der Forschungen zur Pandektistik aus, immer ausgewogen, vorsichtig, aber stets klar und nie am vorschnellen Urteil interessiert. Und ganz typisch: Die Dogmatik bleibt immer im Blick. Und in diesem Zusammenhang fällt ein Satz, den wir an den Beginn unserer gemeinsamen Arbeit setzen möchten:

„Die P[andektenwissenschaft] ist bisher vorwiegend unter dem Gesichtspunkt der vorstehend geschilderten Prinzipien, Methoden und ideengeschichtlichen Grundlagen Ge-

genstand der Forschung gewesen. Der materielle Gehalt des pandektistischen Vertragsrechts, Deliktsrechts und Mobiliarsachenrechts ist zwar in zahlreichen monographischen Arbeiten untersucht worden, die jedoch noch keine zusammenfassende Würdigung gefunden haben [...] Wegen dieser Forschungslücke besteht nach wie vor eine gewisse Unklarheit in der Bewertung der P[andektenwissenschaft].³²

II. Die Art des Zugriffs

Versucht man, die soeben beschriebene „Unklarheit“ über die Bewertung dessen, was eigentlich die Pandektenwissenschaft ausmacht, zu beseitigen, so könnte man sich in eine ganz abstrakte Begriffsanalyse begeben. Die Leistungsfähigkeit oder Leistungsunfähigkeit eines Begriffs wie „Pandektistik“ muss sich aber immer an konkreten Quellen erweisen. Gut geeignet ist eine „Rückkoppelung“ an dogmatische Einzelfragen. Dieser Zugriff hat viel mit der Arbeitsweise des Jubilars zu tun, der stets gern einen „Lackmustest“ für die großen Thesen der Rechtstheorie gefordert hat. Beispiele, konkrete dogmatische Fragen und deren Lösungen helfen ungemein, wenn es darum geht, die Historiographie des Rechts zu verdeutlichen. Das sei zunächst anhand einer kleinen Probe erläutert:

In der Zeitschrift für neuere Rechtsgeschichte 2014 findet man unter anderem einen Aufsatz von Corjo Jansen zum Eigentumsrecht und Gemeinschaftsdenken³³. Dort liest man:

„Das moderne europäische Eigentumskonzept wurde in der Blütezeit des Liberalismus gebildet, das heißt ab ungefähr 1850. Es weist pauschal vier Merkmale auf: Totalität, Abstraktheit, Absolutheit und Unendlichkeit.“³⁴

Und wenig später:

„Heutige deutsche Rechtshistoriker teilen die Betrachtungsweise ... Sie betrachten die Definition des Eigentumsrechts in § 903 BGB als eine liberale Schöpfung, die die pandektistische Eigentumsauffassung widerspiegelt.“³⁵

Ist eine „pandektistische“ Eigentumsauffassung auf eine besondere Art und Weise begründet? Hat sie eine politische Orientierung? Corjo Jansen bringt ein Windscheid-Zitat, um zu erklären, was „pandektistisches Eigentum“ sei³⁶. Dort heißt es:

³² Klaus Luig, Art. Pandektenwissenschaft, in: HRG III (1984), Sp.1422–1431, hier Sp.1429.

³³ Corjo Jansen, Eigentumsrecht und Gemeinschaftsdenken im 20. Jahrhundert: Deutsche Inspiration und niederländische Nachahmung, in: ZNR 36 (2014), S. 246–260.

³⁴ Jansen, Eigentumsrecht und Gemeinschaftsdenken (wie Fn. 33), S. 247.

³⁵ Jansen, Eigentumsrecht und Gemeinschaftsdenken (wie Fn. 33), S. 249.

³⁶ Jansen, Eigentumsrecht und Gemeinschaftsdenken (wie Fn. 33), S. 250.

„Das Eigenthum ist als solches schrankenlos, aber es verträgt Beschränkungen.“³⁷

Sogleich folgt aber auch der Widerspruch Dernburgs, der gemeint hatte, das Eigentum sei „durch die Rücksicht auf die Gesellschaft beeinflusst und rechtlich gebunden“³⁸. Ist Dernburg nun weniger „pandektistisch“ als Windscheid – oder vielleicht gar kein Pandektist? Für Corjo Jansen offenbar ja. Luig hat Dernburg allerdings wiederholt als „Spätpandektisten“ titulierte³⁹. Letztlich wird über den Begriff „pandektistisch“ eine Wertung transportiert, die das 19. Jahrhundert vornahm, ohne dass diese auch heute noch überzeugen muss. Rudolph Sohm erklärte 1874:

„Das römische Privatrecht will die Freiheit der Privatperson durch die Freiheit des Eigenthums erreichen. Das römische Eigenthum ist ein grundsätzlich unbeschränktes und unbeschränkbares Eigenthum. ... Ganz anders im deutschen Recht. Das deutsche Eigenthum vermag ein beschränktes Eigenthum zu sein.“⁴⁰

Wie leicht überliest man das Wörtchen „grundsätzlich“ bei Sohm!

Damit befindet man sich in einer Art der Fragestellung, die die Arbeitsweise des Jubilars kennzeichnet. Es sind „große“ Fragen der Dogmatik, Rechtstheorie und Methode, die aus ihrer „kahlen“⁴¹ Abstraktion gelöst werden und mit konkreten, in der Regel dogmengeschichtlichen Fragen verbunden werden. Als Belegstücke mögen seine Studien zum Naturrecht der frühen Neuzeit dienen⁴². Die Systementwürfe der Naturrechtler bleiben so nicht theoretische Gebilde rein philosophischer Art, sondern werden immer wieder auf die Auswirkungen

³⁷ *Bernhard Windscheid/TheodorKipp*, Lehrbuch des Pandektenrechts, 8. Aufl. Frankfurt am Main 1900, Bd. 1, § 167, S. 757.

³⁸ *Jansen*, Eigentumsrecht und Gemeinschaftsdenken (wie Fn. 33), S. 250 mit Bezug auf Dernburg, Pandekten, I, 7. Aufl. 1902, § 192 Anm. 7.

³⁹ *Klaus Luig*, Heinrich Dernburg (1892–1907). Ein „Fürst“ der Spätpandektistik und des preußischen Privatrechts, in: *Deutsche Juristen jüdischer Herkunft*, hrsg. von Helmut Heinrichs, Harald Franzki, Klaus Schmalz und Michael Stolleis, München 1993, S. 231–247; *ders.*, Der Spätpandektist Heinrich Dernburg als Begründer der Wissenschaft vom preußischen Privatrecht, in: *200 Jahre Allgemeines Landrecht für die preußischen Staaten. Wirkungsgeschichte und internationaler Kontext*, hrsg. von Barbara Dölemeyer und Heinz Mohnhaupt, Frankfurt am Main 1995, S. 211–237 und in: *Nihon University Comparative Law* 12 (1995), S. 1–12.

⁴⁰ *Rudolph Sohm*, Die deutsche Rechtsentwicklung und die Codifikationsfrage, in: *Zeitschrift für das Privat- und Öffentliche Recht der Gegenwart* 1 (1874), S. 245–280, hier S. 248 f.

⁴¹ Den Ausdruck verwendet *Otto Gierke*, Der Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuchs für das deutsche Reich, Leipzig 1889, S. 3, für den Charakter des gelehrten Rechts.

⁴² Insbesondere: *Klaus Luig*, Das Privatrecht von Christian Thomasius zwischen Absolutismus und Liberalismus, in: *Christian Thomasius, 1655–1728*, hrsg. von Werner Schneiders, Hamburg 1989, S. 148–172; *ders.*, Die Pflichtenlehre des Privatrechts in der Naturrechtsphilosophie von Christian Wolff, in: *Libertas. Grundrechtliche und rechtsstaatliche Gewährungen in Antike und Gegenwart. Symposium aus Anlaß des 80. Geburtstages von Franz Wieacker*, hrsg. von Okko Behrends und Malte Diesselhorst, Ebelsbach 1991, S. 209–261; *ders.*, Die Wurzeln des aufgeklärten Naturrechts bei Leibniz, in: *Naturrecht – Spätaufklärung – Revolution*, hrsg. von Otto Dann und Diethelm Klippel, Hamburg 1995, S. 61–79. Alle drei Arbeiten auch in: *Klaus Luig*, Römisches Recht, Naturrecht, Nationales Recht, Goldbach 1998, unter Nrn. 10–12.

in der Dogmatik befragt. Erst an Probestücken konkreter Dogmatik erweist sich die Kraft und Tragweite der jeweiligen Rechtstheorie, wenn sie nicht im mephistophelischen Sinn „grau“ bleiben möchte⁴³. Für das 19. Jahrhundert sei etwa an den Aufsatz in der Festschrift Kroeschell erinnert, in dem Luig dem Begriff des Sozialen nachgegangen ist⁴⁴.

Einem angeblich liberalistischen Eigentumsbegriff des BGB wird gern in der Literatur des 20. Jahrhunderts eine „soziale Pflichtgebundenheit aller Privatrechte“ gegenübergestellt⁴⁵. Ganz in der Deutung Hedemanns⁴⁶ macht man eine „Entwicklung von liberaler zu sozialer Gestaltung“ des Privatrechts aus⁴⁷. Aber überzeugt das heute noch? Bleibt man beim Beispiel des Eigentums, so ist im 19. Jahrhundert unbedingt die Verfassungsentwicklung mitzubersichtigen – insbesondere die Paulskirche. Dort erklärt § 164 I der Frankfurter Reichsverfassung das Eigentum für „unverletzlich“. Ist das aber auch schon immanent „unbeschränkt“? So möchte man vielleicht auf den ersten Blick glauben, aber dahinter steckte Georg Beseler, der gemeint hatte: „Jedes Recht ist ein gebundenes, – gebunden durch Pflichten“⁴⁸.

Nehmen wir als Beispiel Georg Friedrich Puchta, den Schüler und Nachfolger Savignys⁴⁹. In seinem Pandektenlehrbuch heißt es:

⁴³ „Grau lieber Freund ist alle Theorie und grün des Lebens goldner Baum“, in: Faust 1, Studierzimmer II, Mephistopheles zum Schüler in: Johann Wolfgang Goethe, Faust-Dichtungen, Bd. 1, hrsg. von Ulrich Gaier, Stuttgart 1999, S. 89 (Z. 2038–39). Grau erscheint in der Darstellung des Mephistopheles die Wissenschaft, da sie den Menschen in festgefügte Gedankengebäude sperre, ohne zu wirklicher Erkenntnis des menschlichen Lebens vorzudringen.

⁴⁴ Klaus Luig, Die sozialetischen Werte des römischen und germanischen Rechts in der Privatrechtswissenschaft des 19. Jahrhunderts bei Grimm, Stahl, Kuntze und Gierke, in: Wege europäischer Rechtsgeschichte. Karl Kroeschell zum 60. Geburtstag dargelegt von Freunden, Schülern und Kollegen, hrsg. von Gerhard Köbler, Frankfurt am Main 1987, S. 281–307.

⁴⁵ Z. B. Gustav Böhmer, Einführung in das bürgerliche Recht, 2. Aufl. Tübingen 1965, § 35, S. 345.

⁴⁶ Z. B. Justus Wilhelm Hedemann, Das Bürgerliche Recht und die neue Zeit. Rede, gehalten bei Gelegenheit der akademischen Preisverleihung in Jena am 21. Juni 1919, Jena 1919, insbesondere S. 12 ff.

⁴⁷ Böhmer, Einführung (wie Fn. 45), S. 361.

⁴⁸ Hier zitiert nach Bernd-Rüdiger Kern, Georg Beseler. Leben und Werk, Berlin 1982, S. 104. Ähnlich auch Beseler im Zusammenhang mit der Pressefreiheit, in: Stenographischer Bericht über die Verhandlungen der Deutschen Constituirenden Nationalversammlung zu Frankfurt am Main, Bd. 3. 1848, hrsg. von Franz Wigard, Frankfurt am Main 1848, S. 1614: „Es ist fast peinlich für mich, daß ich stets hier auf der Tribüne stehe als Vertheidiger dessen, was, wie es scheint, die Freiheit einschränken soll, in Fragen, wo der Ausschuß nicht soweit hat gehen wollen, als andere Mitglieder der hohen Versammlung, und wo ich diese weniger weitgehenden Anträge des Ausschusses vertreten muß; aber ich sehe es nicht bloß für eine Pflicht an, die mir formell als Berichterstatter des Ausschusses obliegt, sondern ich halte dafür, daß wirklich der Freiheit gedient wird, wenn man derselben ihre Grenzen und ihr Maaß gibt, und ich bin überzeugt, daß dieß auch für die Presse nothwendig ist.“ (Hervorhebung von TR).

⁴⁹ Bei Savigny, System, Bd. 1, S. 367 lautet die Definition: „unbeschränkte und ausschließliche Herrschaft einer Person über eine Sache“.

„Das Eigenthum ist die volle rechtliche Unterwerfung einer Sache, die vollkommene rechtliche Herrschaft über einen körperlichen Gegenstand.“⁵⁰

Das klingt nach einem absoluten Eigentumsbegriff. Freilich darf man diesen Satz nicht allein zitieren, da es wenige Zeilen später heißt:

„Es ist aber eine Beschränkung (und zwar des Eigenthums selbst, nicht blos des Eigentümers) möglich, sie besteht in der Herausnahme von Befugnissen, die an sich im Eigenthum liegen.“⁵¹

Schon diese wenigen Bemerkungen zeigen, dass es vielleicht doch gar nicht so klar ist, wann Eigentum pandektistisch ist.

III. Die Pandektistik als ein „Treibhaus rechtswissenschaftlicher Ideen“ – Erträge einer Diskussion

Die Kölner Tagung brachte im Gespräch zwischen den beteiligten Wissenschaftlern aus verschiedenen rechtshistorischen Disziplinen und unterschiedlichen Ländern ein ganz buntes Bild von der Epoche des 19. Jahrhunderts, die wir hier zunächst als „Pandektistik“ bezeichnet haben. Dieses Bild haben wir in einer Schlussdiskussion zusammengesetzt und es mag nützlich sein, die damals geäußerten Gedanken hier wiederzugeben⁵². Es ging darum, Kennzeichnendes über die Epoche zu formulieren, die ein „Treibhaus für rechtswissenschaftliche Ideen war“.

1. *Ad fontes* – Umgang mit Quellen

So könnte man als eine erste These eine im 19. Jahrhundert neue Art der Exegese, des Umgangs mit den Quellen konstatieren. Es war die Rede davon, man habe „souverän die Quellen gehorchen lassen“. Deutet eine solche Analyse eher auf eine gewisse Herrschaft über die Quellen, so betonten andere, es sei wie beim Ruf der Humanisten „ad fontes“ gerade um „Quellentreue“ gegangen, die zusammen mit „Systematik“ und „Sachgerechtigkeit“ die wichtigste Antriebskraft gewesen sei. „Reines römisches Recht“ sollte gleichsam ein „Urbild des Rechts“ sein, zu dessen Auffindung ein „Pluralismus der Erkenntniswege“ geführt habe.

⁵⁰ Georg Friedrich Puchta, *Pandekten*, 9. Aufl. Leipzig 1863, § 144, S. 219.

⁵¹ Puchta, *Pandekten* (wie Fn. 50), § 145, S. 220.

⁵² Die hier zum Teil wörtlich, zum Teil umschreibend wiedergegebenen Gedanken sind von unterschiedlichen Teilnehmern der Tagung mündlich geäußert worden. Die Urheberchaft wird hier jedoch nicht namentlich zugeordnet, da keine Wortprotokolle geführt worden sind und eine nachträgliche Autorisierung nicht möglich erscheint. Die Äußerungen wurden jedenfalls so von den beiden Herausgebern aufgefasst.