

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 Reppen

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> Naturrechtsfäden 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 Naturrechtlerei“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 *Siegmond 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 „Lackmустest“ 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 Eigenthümers) 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.

2. Verhältnis zum Naturrecht

In einer stärker historisierenden Betrachtungsweise erschien die pandektistische Dogmatik hingegen als eine Fortsetzung der Trends des Naturrechts, die aber dadurch verdeckt worden seien, dass man jetzt mit einem direkten Rückgriff auf Justinian ohne die Vermittlung der Tradition auszukommen suchte. Ist diese Beobachtung richtig, so müsste man einen wichtigen Gesichtspunkt der im 20. Jahrhundert leitenden Erzählung über die Pandektenwissenschaft korrigieren, wie er noch prominent in Franz Wieackers *Privatrechtsgeschichte* begegnet, da das Naturrecht alles andere als eine entethisierte Privatrechtswissenschaft enthielt, wie sie aber für die „lebensfernen“ und sozial „blinden Begriffsjuristen“ angenommen wurde. Die Beziehung zwischen Naturrechtssystem und römischer Quellenexegese in der Pandektenwissenschaft wurde mit dem schönen Bild von „Webfäden“ verbunden. Dem römischen Recht im 19. Jahrhundert wurde in Köln attestiert, es stehe „unter einer Philosophie“, habe die Begriffe des Naturrechts fortentwickelt und sei dabei nicht ins Mittelalter zurückgefallen, sondern habe sie mit römischen Quellen „unterfüttert“. Das habe im Ergebnis dann doch zu neuen Konzepten geführt.

3. Systematik, Verwissenschaftlichung

Mit diesen neuen Konzepten verbunden sind eine eigene Systematik und strenge „Verwissenschaftlichung“ des Rechts. Wichtig für die Systematisierungsleistung ist der Begriff des „Rechtsinstituts“, der geradezu ein „Pandektismus“ sei. Es entstand eine im Vergleich zu den antiken Quellen abstrakte Begrifflichkeit. Was in der Antike noch unsystematisch und fallbezogen gedacht wurde, gerinne nun, so hieß es, zu einem begrifflichen System, das in extremer Weise – philosophisch beeinflusst – von der Vielfalt der Realität menschlicher Verhältnisse abgesehen habe. Als konkretes Beispiel für diese These diene etwa der Begriff des Rechtsgeschäfts, der bei den Römern eben nur in Gestalt einzelner Typenverträge präsent, bei den Pandektisten aber in die Abstraktheit zweier übereinstimmender Willenserklärungen entwickelt worden sei. Es war die Rede von einer „Rationalisierung der Rechtserfahrung“, von „Systemleistung“, von dem Verständnis des römischen Rechts als „richtiger Wissenschaft“, die nach der Wahrheit des Rechts im oben erwähnten „Treibhaus“ suche.

4. Pandekten und Leben

Die Wahrheitsfrage verweist zugleich zurück auf die Beziehung von „Leben“ und „Recht“ im Pandektenrecht oder der Pandektenwissenschaft. Letztere Begriffe solle man tunlichst an die Stelle des hohlen Kampfbegriffs „Pandektis-

tik“, der mehr eine Chiffre für Politik sei, setzen. Darüber waren sich die Teilnehmer der Kölner Tagung ziemlich einig, was nicht davon abhielt, Thesen zur Differenz zwischen „Pandektisten“, die nach der „richtigen Lösung“ suchten und „Romanisten“, die in den Quellen einen Rechtsgedanken finden, zu formulieren. Die Pandektenrechtler hätten, so hieß es, eine *assimilatio* des römischen Rechts *in melius* angestrebt, „von selbst“ (um die Begrifflichkeit Savignys aufzugreifen) das Universelle im Recht erschlossen und dabei durchaus das „praktische Bedürfnis“ im Blick behalten. So gebe es schließlich keine Wahrheit, was ein Pandektist sei. Nötig sei vielmehr eine Nominaldefinition, die auf die Zugehörigkeit zur historischen Rechtsschule abstelle.

IV. Übersicht über die Beiträge zum Sammelband

Die im vorhergehenden Abschnitt zusammengefassten, thesenartigen Erträge der Diskussionen finden sich mit unterschiedlichen Nuancen und Schwerpunktsetzungen in den Beiträgen zu diesem Sammelband wieder, über deren Inhalt hier abschließend ein kurzer Überblick gegeben werden soll. Dabei orientiert sich die Reihenfolge im Druck am Verlauf der Tagung in Köln:

Der österreichische Gelehrte Joseph Unger war vielleicht der prominenteste Vertreter der historischen Rechtsschule in Österreich im 19. Jahrhundert. Auf ihn, der als „Pandektist“ gilt, konzentriert sich *Franz-Stefan Meissel* in seinem Beitrag. Meissel arbeitet heraus, dass auch für Unger das Bild vom Juristen, der lebensfern die Digesten solange bearbeitet, bis er eine begrifflich stimmige Lösung findet, kaum passend ist. Ein sehr deutliches Beispiel ist die wirkmächtige Lehre Ungers über den Vertrag zugunsten Dritter, den Unger gerade auf ein ethisches Prinzip (*aliis prodesse*) gründet. Meissel versteht Unger als „pluralistisch-eklektisch“, keineswegs festgelegt auf eine strenge historische Methode.

Die Pandektenwissenschaft war kein auf Deutschland allein begrenztes Phänomen. *Martin Avenarius* hat seinen Blick auf das russische Zarenreich des 19. Jahrhunderts gelenkt und dort eine „Neigung ... zu Systembildung und Entwicklung einer kohärenten Begrifflichkeit bei einer gewissen Lösung von den eigentlichen Rechtsquellen“ festgestellt. Für russische Juristen war die „eigentliche“ Rechtsquelle das Svod Zakonov (1835), das als Gesetz abschließend und widerspruchsfrei zu sein beanspruchte, zugleich aber auch nicht ausgelegt werden durfte. Die Juristen suchten den Ausweg in der Ausbildung einer eigenständigen Dogmatik nach dem Vorbild der Pandektenwissenschaft in Deutschland. Allerdings konnten sie dabei nicht behaupten, eine Dogmatik des geltenden Rechts auszuformulieren. Sie bezeichneten Rechtsgrundsätze, die sie aus dem römischen Recht ableiteten, als „Dogma“ und maßen ihnen universelle Geltung zu. Anders als im Westen Europas macht Avenarius bei den russischen Juristen eine größere Bereitschaft aus, in den antiken Quellen eine Theorie, nicht aber

„Fallrecht“ zu sehen. Bei Sergei Muromcev, einem Schüler Jherings, auf dessen Werk *Avenarius* näher eingegangen, führt diese Form der Dogmatik zur Ausbildung eines soziologischen Rechtsdenkens, das möglicherweise später für das Werk Ehrlichs Relevanz hatte.

Marju Luts-Sootak richtet das Interesse des Lesers auf das Baltikum. Ob man dort von einer Pandektenwissenschaft im 19. Jahrhundert sprechen sollte, ist nicht so einfach auszumachen. Seit dem 1. Juli 1865 galt im Baltikum eine eigene Privatrechtskodifikation. Carl Eduard Erdmann (1841–98) bezeichnete seine Erläuterungen dieser Kodifikation als „konstruierend“. Luts-Sootak stellt fest, der wissenschaftliche Anspruch der Pandektistik habe es möglich gemacht, trotz einer Kodifikation das gesamte Privatrecht systematisch darzustellen, dabei auf die römischen Rechtsquellen zurückgreifend. Diese hatten nach Erdmann subsidiäre Geltung im Verhältnis zum Gesetz. Zugleich baute die Kodifikation auf dem gemeinen Recht auf. Ein gutes Indiz für eine „Pandektisierung“ ist die Übernahme der Idee des Allgemeinen Teils, die Erdmann abweichend von der Legalordnung in seiner systematischen Behandlung des baltischen Privatrechts verwendet. Dennoch bleibt Luts-Sootak hinsichtlich der Einordnung unentschieden, weil derlei systematische Leistungen nicht ausschließlich ein Kennzeichen der Pandektenwissenschaft gewesen seien. Vorzugswürdig ist in ihren Augen die methodische Charakterisierung durch den Begriff der „Konstruktivität“.

Das Gebiet der Rechtsgeschäftslehre wählt *Riccardo Cardilli*, um über Fortwirkungen der Lehren des Vernunftrechts bei den Pandektenrechtlern des 19. Jahrhunderts nachzusinnen – hierher gehören der Hang zur Verallgemeinerung und Abstraktion sowie eine eher individualistische Interpretation. Methodisch beschritt man zwar im 19. Jahrhundert neue Wege, indem man unmittelbar auf die antiken Quellen rekurrierte. Ideologisch habe man, so Cardilli, implizit die bürgerliche Gesellschaft des 19. Jahrhunderts gefördert. Zentral wichtige Begriffe des auf die Pandekten gestützten Privatrechts seien: Rechtssubjekt, Rechtsobjekt, Willenserklärung als Kern des Rechtsgeschäfts und Rechtsverhältnis – alle ziemlich abstrakt und allgemein, geeignet, um in einem Allgemeinen Teil, herausgelöst aus der Komplexität des römischen Rechts, dargestellt zu werden. Anhand der Rechtsgeschäftslehre und des Begriffs der Obligation werden dann diese Thesen überprüft.

Der Beitrag von *Ulrich Falk* nähert sich der Frage nach der Pandektistik nicht ausgehend von der Seite lehrhafter Dogmatik, sondern er zeigt, dass auch in der Zeit des 19. Jahrhunderts die Rechtspraxis handfeste Antworten auf drängende Fragen finden musste. Zu bedenken ist, dass die Akteure in den Gerichten überall an den Pandekten geschult worden waren. Dennoch waren die Richter keineswegs blind für die Realitäten des Alltags, wie es das Zerrbild eines Pandektisten vielleicht erwarten lassen würde. Falk erinnert daran, dass die Kritik bereits zeitgenössisch etwa von Ernst Fuchs oder – noch prominenter – von

Rudolph von Jhering geäußert worden war. Falk wendet sich in seinem Aufsatz gegen die negativen Zuschreibungen einer konstruierenden, abstrakt-lebensfremden Rechtslehre, die bis heute von der Pandektistik auf das Konkursrecht übertragen werden. Falk spricht sich demgegenüber für eine nüchterne Verwendung des Begriffs Pandektenwissenschaft aus, der sich auf die Privatrechtswissenschaft des 19. Jahrhunderts bezieht, die als Textreferenz das *Corpus iuris civilis* verwendete. Er weist aber auch darauf hin, dass es illusorisch wäre anzunehmen, die alten Zerrbilder hätten sich in der Kritik, die daran seit ungefähr dreißig Jahren geübt wird, aufgelöst. Mit seiner Studie zum Konkurs der Waldbrauerei in der Nähe von Bergedorf bei Hamburg liefert Falk nicht nur einen wichtigen Beitrag zur Geschichte des Konkursrechts, sondern zugleich eine Antwort auf die Frage, wie pandektistisch die Pandektistik war – in der Rechtspraxis des Konkursrechts am Beispiel der Waldbrauerei-Insolvenz muss die Antwort lauten: gar nicht. Das Reichsgericht war ganz und gar sachorientiert, mit den Schwierigkeiten der Insolvenzverwaltung durchaus vertraut, lebensnah und erging sich nicht in abstrakter Begriffshuberei. Wie es der Art des Zugriffs, die oben geschildert worden ist, entspricht, bietet der Beitrag Falks zugleich auch einen reichen Ertrag für die Geschichte der Haftung des Konkursverwalters seit der Konkursordnung, die 1879 in Kraft getreten ist.

Die auch in anderen Beiträgen, z. B. bei Cardilli, konstatierten Verbindungen von Naturrecht und Pandektenwissenschaft werden intensiv von *Nils Jansen* aufgedeckt. Wie unter einem Vergrößerungsglas die einzelnen Fäden eines Gewebes deutlich werden, so bei Jansen die Anleihen des Pandektenrechts beim Naturrecht. Ausgangspunkt ist für ihn eine Kritik Windscheids an einer gewissen Verabsolutierung der (antiken) römischen Quellen. Man müsse, so Windscheid, eben auch spätere Entwicklungen als „berechtigt und lebensfähig“ anerkennen. Aus dem vernunftrechtlich geprägten Bemühen um abstrakte Rechtsbegriffe habe sich, so Jansen, für die Pandektistik ein besonderes Spannungsverhältnis zu den antiken Quellen ergeben. Dieses sei aber – im Unterschied zur heutigen Situation – eben nicht nur historisch, sondern auch juristisch bedeutsam gewesen. Ein erstes Beispiel ist für Jansen die „Bereicherung aus unserem Vermögen“ im Sinne einer Generalklausel, die Savigny mit dem Begriff des Eigentums verbunden hatte. Hier sieht Jansen die Restitutionslehre am Werk, die zunächst in der spanischen Spätscholastik aus der Moralthologie heraus entwickelt und dann etwa von Pufendorf und Wolff aufgenommen worden war. Ohne das weite Verständnis des Begriffs *dominium* als einer umfassend geschützten subjektiven Rechtsposition wäre die Bereicherungsdogmatik Savignys kaum plausibel. Aus derselben Wurzel erwuchs nach Jansen auch die Lehre von den „unerlaubten Handlungen“, die „scheinbar unverbunden neben dem römischen Deliktsrecht“ gestanden habe. Ein drittes Beispiel für die Verbindung der Dogmatik des 19. Jahrhunderts mit dem Naturrecht ist schließlich der hier anhand von Friedrich Mommsen demonstrierte Begriff des „ganzen

Interesses“. Insgesamt konstatiert Jansen, dass die Pandektisten „Fäden unterschiedlichster Herkunft“ in ihren Lehren verwoben hätten, darunter eben auch solche aus dem Naturrecht.

„War Christian Friedrich Mühlenbruch ein Pandektist“, so fragt *Boudewijn Sirks* in seinem Aufsatz, anknüpfend an die Charakterisierung der Methode Mühlenbruchs durch Klaus Luig als „historisch-philologisch“. Sirks sieht bei den Pandektisten eine Suche nach neuen Regeln, nicht neuen Argumenten am Werk. Mühlenbruch habe, wie auch schon manche vor ihm, seine Aufmerksamkeit auf das antike römische Recht gelenkt, aber anders als manche Autoren seit Heineccius nach dem Vorbild von Karl Christoph Hofacker nicht mehr im Institutionenschema, sondern in einer neuen wissenschaftlichen Systematik, dabei diesen Quellen auch die Inhalte, nicht nur die Art und Weise des Umgangs mit dem Recht entnehmend. Dadurch sei es zu einer „ungeheure[n] Vertiefung der Rechtswissenschaft“ gekommen. Mühlenbruch bot durch die Verortung der Zession im System der Rechtsverhältnisse etwas Neues, aber, wie Sirks herausarbeitet, ohne selbst ein solches System in Gänze zu entwerfen.

Joachim Rückert überschreibt bewusst doppeldeutig seinen Aufsatz mit „Pandektistische Leistungsstörungen?“, da es nicht nur um die Dogmatik des Leistungsstörungsrechts geht, sondern auch darum, ob diese pandektistisch im polemischen Sinne (d.h. abstrakt, formalistisch, begriffsfixiert, lebensfremd, unsozial und unpolitisch) war und vielleicht selbst eine Leistungsstörung hatte. Rückert sieht in der Kritik an der Pandektenwissenschaft einen „normativen Wertungskampf“. Der Rückgriff auf ein konkretes dogmatisches Problem, hier die Leistungsstörungen, soll davor bewahren, die Methode mit solchen Wertungen zu verdecken. Hauptquelle sind für Rückert die Lehren Savignys, die er in seinen Vorlesungen zu diesem Thema entwickelt hat. Sie prägten, so Rückert, stark das spätere BGB. Ausgangspunkt der Überlegungen ist eine *distinctio* von Irnerius, die zwar die Probleme klar kategorisiert, aber eben doch keine allgemeine, prinzipiengeleitete Antwort enthielt. Diese wurde erst durch wichtige Beiträge von Heise und insbesondere Savigny möglich. Ihre Leistung betraf zunächst einmal die Systematisierung durch „Potenzierung“ der Abstraktion im Vergleich zum Irneriustext. Deutlich wird das vor allem in Savignys Pandektenvorlesung von 1824/25, in der bereits die Unmöglichkeit zum zentralen Oberbegriff des Leistungsstörungsrechts avancierte. – Rückert lenkt sodann den Blick auf die materiale Seite des Prinzips, die er in der Zurechnung der Störung aufgrund von Verantwortung für freies, kausales Handeln sieht.

Das im Zusammenhang mit der Pandektenwissenschaft wenig beachtete Zivilprozessrecht stellt *Thomas Rüfner* in den Mittelpunkt seines Beitrags. Anhand von drei Beispielen untersucht er den erwartungsgemäß geringen Einfluss der Pandektistik auf das Prozessrecht. An der gemeinrechtlich üblichen Ausschließlichkeit des Gerichtsstands der belegenen Sache ließ ein Quellenfund in Gestalt von Frag. Vat. 326 zweifeln, der für eine lebhaftere Diskussion sorgte und

namhafte Wissenschaftler veranlasste, sich von der bisherigen Tradition abzuwenden. Hinsichtlich des praktisch wichtigen Zeitpunktes der *litis contestatio* waren es Savigny und Wetzell, die sich ohne Zögern aufgrund eines „unabweisbaren Bedürfnisses“ über die antiken Quellen hinwegsetzten. Als einen Ausdruck von Begriffs- und Konstruktionsjurisprudenz kritisierten schon Zeitgenossen die strikte Umsetzung des Mündlichkeitsprinzips in der Reichszivilprozessordnung von 1877, ohne dass sich das aus den Quellen nachweisen ließe. Die ältere Gesetzgebung hatte längst den Weg zum Mündlichkeitsprinzip geebnet.

Die Anwendung von Savignys Methodenprogramm auf seine Dogmatik stellt *Martin Schermaier* in den Mittelpunkt seines Beitrags. Das Programm ist die Ableitung der Rechtssätze aus der geschichtlichen Erfahrung. Sie bietet Savigny zugleich das Potenzial zur Kritik des zeitgenössischen Rechts. Allerdings bleibe, so Schermaier, offen, wie sich erweist, welche Bestände geschichtlichen Rechts künftig gelten sollten. Zwar greife Savigny auf das antike Recht zurück, aber seine konkreten Lösungen seien „regelmäßig vernunftrechtlich geprägt“, eine Beobachtung, die auch im Aufsatz von Nils Jansen in diesem Band geteilt wird. Schermaier exemplifiziert das anhand der Begriffe Besitz, Verjährung, „unächter“ Irrtum und der Folgen nachträglicher Unmöglichkeit. Die historische Methode erscheint danach inkonsistent: Manchmal erweist sich die Argumentation als quellentreu, manchmal wird den Quellen eine zeitgenössische Dogmatik unterlegt. Manchmal dienen die römischen Quellen aber auch dazu, überkommene Lehren zu verdrängen.

Jan Schröder unternimmt es, dem Formalismus-Vorwurf gegen die Pandektenwissenschaft mit einer Überprüfung ihres Verhältnisses zu einer materialen Gerechtigkeitsforderung zu begegnen. Es geht ihm um die Rolle der *Aequitas* in der Rechtstheorie des 19. Jahrhunderts, um ihre Funktion der Ergänzung lückenhaften oder der Korrektur unbilligen Rechts. Die *Aequitas* erscheint in der Pandektistik nicht mehr wie bis zu Beginn des 19. Jahrhunderts als eine ergänzende Rechtsquelle, sondern sie wird integraler Bestandteil des positiven Rechts selbst, das seinerseits wiederum am Maßstab der Gerechtigkeit gemessen werden möchte. Aber einem direkten Rückgriff auf Billigkeitsvorstellungen scheint die Pandektenwissenschaft verschlossen gegenüber zu stehen. Das gilt auch, soweit es um die Korrektur im Einzelfall zu hart erscheinender Gesetze geht. Anders verhielt sich die Pandektenliteratur aus Billigkeitserwägungen nur in den Fällen restriktiver Gesetzesauslegung. Hier erscheine, so Schröder, „die pandektistische Auslegungstheorie als solche so liberal und unformalistisch, wie man es sich als *Aequitas*-Freund nur wünschen“ könne.

Joseph Unger und das Römische Recht – Zu Stil und Methoden der österreichischen „Pandektistik“

Franz-Stefan Meissel

I. Einleitung

Zu einer Tagung anlässlich des 80. Geburtstages Klaus Luigs beizutragen, ist für mich als österreichischen Privatrechtshistoriker eine besondere Ehre. Zunächst einmal, weil Luigs Schriften mich schon lange begleiten und er nicht nur zur Pandektistik¹, sondern auch zur österreichischen Privatrechtsgeschichte allgemein² sowie speziell zu Unger als Dogmatiker³ mit seinen Untersuchungen vielfach beigetragen hat.

Der zweite Grund der Freude war für mich das Tagungsthema: „Wie pandektistisch ist die Pandektistik?“ Eine Frage, die sich wahrscheinlich jeder von uns schon einmal gestellt hat, und auf die man sich belastbare Antworten wünschen würde, wenngleich und gerade weil man sie selber vielleicht noch gar nicht hat. – Nun hoffte ich insgeheim, als Gast des Auslands eher erst am Ende der Tagung zu sprechen und dann, schon belehrt von meinen Kolleginnen und Kollegen, auf sichererem Terrain meine eigenen Erkundigungen mitzuteilen. Die Regie der Kollegen Haferkamp und Repgen hat mir aber nun den ehrenvollen Platz ganz am Anfang zugewiesen, sodass ich mich nur mehr retten konnte, indem ich den Ausdruck Pandektistik in meinem Vortragstitel vorsichtshalber einmal unter Anführungszeichen setzte und damit die Frage vorläufig offen lasse, ob es denn eine „pandektistische“ Pandektistik in Österreich überhaupt gegeben hat und wenn dem so sei, ob Joseph Unger (1828–1913) als deren Repräsentant anzusehen wäre.

¹ Siehe nur den „klassischen“ lexikalischen Beitrag *Klaus Luig*, Pandektenwissenschaft, in: HRG¹, Bd. III, Berlin 1984, Sp. 1422–1431.

² *Klaus Luig*, Franz von Zeiller und die Irrtumsregelung des ABGB, in: Forschungsband Franz von Zeiller (1751–1828), hrsg. von Walter Selb und Herbert Hofmeister, Wien – Graz – Köln 1980, S. 153–166, sowie in: Klaus Luig, Römisches Recht, Naturrecht, nationales Recht, Goldbach 1998, S. 455–468.

³ Vgl. zur Zessionslehre Ungers *Klaus Luig*, Zur Geschichte der Zessionslehre, Köln–Graz 1966, S. 80, 83, 108 und 114.

„Pandektistische“ und „nicht-pandektistische“ Pandektistik: Als Genusbegriff ist hier an die gemeinrechtliche Zivilistik des 19. Jahrhunderts zu denken; die adjektivische Qualifikation nimmt dagegen wohl Bezug auf einen Idealtypus einer „Begriffs“- bzw. „Konstruktionsjurisprudenz“, wie er in der Privatrechtsgeschichte (beeinflusst von schon im 19. Jahrhundert auftretenden kritischen Stimmen – insbesondere von „Renegaten“ wie Jhering) polemisch gezeichnet wurde. Noch bei Wieacker finden wir demgemäß eine allgemeine Charakterisierung der Pandektenwissenschaft als wissenschaftlich positivistisch, apolitisch und angeblich neutral gegenüber „religiösen, sozialen und wissenschaftlichen (sic!) Wertungen“⁴. Als Beleg dafür dient dabei ein berühmtes Diktum Windscheids⁵, demzufolge „ethische, politische oder volkswirtschaftliche Erwägungen (...) nicht Sache des Juristen als solchen“ seien. Im Übrigen aber ist „der“ Pandektist, obgleich typusgemäß ohne metaphysische Inklinaton, angeblich damit beschäftigt, sich in einer Art Begriffshimmel zu bewegen; er werkt an einer „Begriffspyramide“, innerhalb welcher „der Stellenwert der Begriffe“ und „der logische Systemzusammenhang stets eine folgerechte Füllung positiver Gesetzeslücken durch ‚produktive Konstruktion‘“⁶ erlaube und dabei die „Rechtssätze und ihre Anwendung ausschließlich aus System, Begriffen und Lehrsätzen der Rechtswissenschaft“⁷ abgeleitet werden.⁸ Das Material für die Begriffsbildung gewinnt der Pandektist Savignyscher Deszendenz dabei aus dem römischen Recht, der „Jurist als solcher“ ist damit gleichsam ein Geisteszwilling der *iuris consulti* der Antike.

Versteht man unter Pandektistik zunächst einmal, um auf unseren Genusbegriff zurückzukommen, den romanistisch ausgerichteten Zweig der Historischen Rechtsschule, so ist Unger, den man gerne als Vater/Begründer der historischen Rechtsschule in Österreich apostrophiert, zweifellos darin zu verorten. Er war ja jener Gelehrte, dem im Zuge der Thun-Hohensteinschen Universitäts-Reformen in der Mitte des 19. Jahrhunderts die Rolle zugeordnet war, Savignys Lehren in der Rechtswissenschaft des Habsburgerreiches umzusetzen und zur offiziellen Doktrin zu formen. Ungeachtet der Tatsache, dass schon vor 1848 die historische Rechtsschule auch auf Österreich durchaus eine gewisse

⁴ Franz Wieacker, *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit*², Göttingen 1996, S. 431.

⁵ Bernhard Windscheid, *Die Aufgaben der Rechtswissenschaft* (1884), in: *Gesammelte Reden und Abhandlungen*, Leipzig 1904, S. 101.

⁶ Wieacker, PRG² (wie Fn. 4) S. 436.

⁷ Wieacker, PRG² (wie Fn. 4) S. 431.

⁸ Zur Überholtheit dieser und ähnlicher Vorstellungen siehe nur die differenzierten Analysen von Ulrich Falk, *Ein Gelehrter wie Windscheid. Erkundungen auf den Feldern der sogenannten Begriffsjurisprudenz*, in: *Veröffentlichungen des Max Planck-Instituts für Europäische Rechtsgeschichte, Studien zur Europäischen Rechtsgeschichte*, Bd. 38, Frankfurt a. M. 1989; Hans-Peter Haferkamp, *Georg Friedrich Puchta und die „Begriffsjurisprudenz“*, Frankfurt a. M. 2004.

intellektuelle Ausstrahlung ausgeübt hatte⁹, muss eine Analyse der österreichischen Pandektistik bei Unger ansetzen, der wie kein anderer die österreichische Rechtswissenschaft in der zweiten Hälfte des 19. Jahrhunderts geprägt hat und daher zurecht als *praeceptor iurisprudentiae Austriacae* gewürdigt wurde, als „Lehrer der österreichischen Rechtswissenschaft“, der die österreichischen Juristen „aus der Periode der blossen Gesetzeskenntnis zu der höheren der Rechtswissenschaft geführt“ habe¹⁰.

Ungers Wirken als Rechtslehrer, Politiker und Richter¹¹ umfasst fast die gesamte lange Periode der Herrschaft Franz-Josephs (1848–1916); der Beginn ist

⁹ Hinzuweisen ist insbesondere auf frühe Ansätze der Umsetzung von Ideen der Historischen Rechtsschule durch den in Wien tätigen Johann Baptist Anselm Kaufmann (vgl. *Theo Mayer-Maly*, Die Pflege des römischen Rechts in Wien während der ersten Hälfte des 19. Jahrhunderts, in: Studien zur Geschichte der Universität Wien II, Wien–Graz 1965, S. 41–60, 47 ff.; derselbe, J.B.A. Kaufmann, in: *Labeo* 11 [1965], S. 302 ff.) sowie dessen Nachfolger *Anton Haimberger*, dessen „Reines Römisches Privat-Recht“ (Wien 1834) bereits einen eigenen Abschnitt „Von Rechtsgeschäften“ enthielt (dazu *Mayer-Maly*, Pflege, S. 53).

¹⁰ *Emil Schrutka von Rechtenstamm*, Joseph Unger als Lehrer der Österreichischen Rechtswissenschaft (= Nachruf), in: Neue Freie Presse vom 3. Mai 1913, S. 2.

¹¹ Zur Biografie Ungers siehe *S(alomon) Frankfurter*, Joseph Unger – Das Elternhaus – die Jugendjahre, Wien–Leipzig 1917; weiters *Franz Klein*, Joseph Unger †, in: *JBl* 1913, S. 215–216; *Moriz Wlassak*, Joseph Unger ein Nachruf, in: Almanach der Kaiserlichen Akademie der Wissenschaften, 1913, S. 491–492; *Emil Strobal*, Joseph Unger †. Gedenkrede, Jena 1914; *Egon Zweig*, Josef Unger in: Biografisches Jahrbuch und deutscher Nekrolog, Bd. 18, hrsg. von Anton Bettelheim, Berlin 1917, S. 187–213; *Anton Bettelheim*, Ein Jugendbrief Josef Ungers, in: Biographenwege, hrsg. von Anton Bettelheim, Berlin 1913, S. 192–197 = Österreichische Rundschau, Bd. 25 Heft 4 (1913), S. 315 ff.; *Gino Segré*, Sull'opera scientifica di Giuseppe Unger, in: *Rivista di diritto civile*, 1914, S. 585 ff. = *Segré*, Scritti giuridici I, 1930, S. 129–192; *Gustav Walker*, Zum 100. Geburtstage Josef Ungers, Wien 1928; *Waltraute Sixta*, Josef Unger als Sprechminister 1871–1879, Phil. Diss., Wien 1941 (leider ungenau und z. T. in unerträglichem NS-Jargon); *Hugo Sinzheimer*, Jüdische Klassiker der deutschen Rechtswissenschaft 2, Frankfurt a. M. 1953 (neu aufgelegt), S. 83–95.; *Hans Lentze*, Joseph Unger – Leben und Werk, in: Im Dienste des Rechtes in Kirche und Staat. Festschrift zum 70. Geburtstag von Franz Arnold, hrsg. von Willibald Maria Plöchl und Ingeborg Gampl, Wien 1963, S. 219–232; *Werner Ogris*, Die Historische Schule der österreichischen Zivilistik, in: Festschrift Hans Lentze, hrsg. von Nikolaus Grass und Werner Ogris, Innsbruck 1969, S. 449–496, insbes. ab S. 457 = Derselbe, in: Elemente europäischer Rechtskultur, hrsg. von Werner Ogris, Wien 2003, S. 345–401 insbes. ab S. 355; *Herbert Hofmeister*, Zum 70. Todestag Josef Ungers am 2.5.1983, in: *RZ* 1983, S. 119–120; *Barbara Dölemeyer*, Josef Unger (1828–1913), in: Juristen, hrsg. von Michael Stolleis, München 1995, S. 628–629; *Jan Schröder*, *Joseph Unger*, in: Deutsche und europäische Juristen aus neun Jahrhunderten⁴, hrsg. von Gerd Kleinheyer und Jan Schröder, Heidelberg 1996, S. 431–434; *Wilhelm Brauneder*, Joseph Unger, in: *HRG*¹, Bd. 5, Berlin 1998, Sp. 483–487; *Mario G. Losano*, Briefwechsel Jherings mit Unger und Glaser, Engelsbach am Main 1996, bes. S. 43–56; *Gunter Wesener*, Josef Unger, in: *Juristas universales*, hrsg. von Rafael Domingo, Madrid–Barcelona 2004, S. 382–385; *Bernhard Martin Scherl*, Einleitung, in: Joseph Unger, Aufsätze und kleinere Monographien Bd. I, hrsg. von Bernhard Martin Scherl, Hildesheim 2005, S. 7–85; *Gernot Posch*, Joseph Unger, in: Gelebtes Recht, hrsg. von Gerhard Strejcek, Wien 2012, S. 316–324; *Franz-Stefan Meissel*, Joseph Unger. Der Jurist als „politischer Professor“, in: Universität – Politik – Gesellschaft (650 Jahre Universität Wien – Aufbruch ins neue Jahrhundert, Bd. 2), hrsg. von Mitchell Ash und Josef Ehmer, Wien 2015, S. 209–216.

aber unmittelbar mit den Universitätsreformen des katholisch-konservativen Ministers des Kultus und des Unterrichts Leo Graf Thun-Hohenstein in den Jahren nach der 1848er Revolution verknüpft. Bevor wir deshalb auf einige ausgewählte Schriften Ungers näher eingehen und untersuchen, welche Rolle die Argumentation mit Quellen des römischen Rechts dabei jeweils einnimmt, gilt es kurz jenen faszinierenden universitätspolitischen Top-Down-Prozess zu beschreiben, in welchem ausgerechnet dem liberalen, aus jüdischer Familie stammenden Unger der Part zugedacht war, im Sinne der historischen Rechtsschule ein wissenschaftliches, zugleich aber auch konservatives Fundament der Juristenausbildung zu schaffen.

II. Joseph Unger und die Thun-Hohensteinsche Reform

Die Universitätsreformen Thun-Hohensteins wurden schon mehrfach ausführlich beschrieben¹² (nicht zuletzt durch den Anfang dieses Jahres verstorbenen Werner Ogris, dessen ich hier mit Wehmut gedenken möchte). Diesen Meistererzählungen ist wenig hinzuzufügen: Nach den revolutionären Ereignissen des Jahres 1848 gingen dem Kaiserhaus nahestehende einflussreiche Kreise in Wien davon aus, dass das Aufbegehren insbesondere der studentischen Jugend durch die naturrechtliche Prägung der österreichischen Rechtswissenschaft in der ersten Hälfte des 19. Jahrhunderts¹³ mitverursacht worden sei. Ähnlich wie in der Perspektive des jungen Savigny wurde damit ein Zusammenhang zwischen Naturrecht und Revolution (zunächst 1789, nun 1848) hergestellt. Gegen solches revolutionäres Gedankengut sollte eine rechtshistorische „Pandektenkur“ die akademische Jugend immunisieren. Zugleich aber ging es um einen Modernisierungsschub der Wissenschaft, der durch eine offensive Orientierung an den Trends der fortschrittlicheren deutschen Universitäten (Stichwort: Humboldt'sche Reformen) ausgelöst werden sollte.

Pointiert und prägnant hat Thun-Hohenstein seine Anliegen im Bereich der Rechtswissenschaft in einer Rede anlässlich einer Sub-Auspiciis-Promotion 1852 zum Ausdruck gebracht:

¹² *Hans Lentze*, Die Universitätsreform des Ministers Graf Leo Thun-Hohenstein (ÖAW, Phil.-hist. Klasse, Bd. 239, 2. Abhandlung), Graz-Wien 1962; *Werner Ogris*, Die Universitätsreform des Ministers Graf Leo Thun-Hohenstein (Wiener Universitätsreden, Neue Folge 8) 1999 = neu abgedruckt in: *Elemente europäischer Rechtskultur*, hrsg. von Werner Ogris, Wien 2003, S. 333–344; *Thomas Simon*, Die Thun-Hohensteinsche Universitätsreform und die Neuordnung der juristischen Studien- und Prüfungsordnung in Österreich, in: *Juristenausbildung in Osteuropa bis zum 1. Weltkrieg*, hrsg. von Zoran Pokrovac, Frankfurt a.M. 2007, S. 1–24.

¹³ Dass ausgerechnet der obrigkeitlich unterdrückten und kümmerlichst ausgestatteten Rechtswissenschaft des Vormärz dieser Vorwurf gemacht wurde, entbehrt nicht der Ironie.

„Während in Deutschland durch den großen Rechtslehrer Savigny und andere eine mächtige Schule gegründet, und Rechtsgelehrsamkeit wahrhaft gefördert wurde, während diese Schule auch in Frankreich eine tiefere Bearbeitung des dortigen Rechts hervorrief, musste die juristische Literatur in Österreich bedauerlicherweise zurückbleiben (...) Wir sind aufgewachsen in blinder Anbetung des ABGB, wir lernten es (...) betrachten (...) als ein juridisches Evangelium. (...) Aus diesem Zustand des juristischen Schlafes hat uns das verhängnisvolle Jahr 1848 aufgerüttet, nachdem es uns tatsächlich bewiesen hat, wie nahe die Gefahr liegt, durch die Berufung auf hohle Phrasen des so genannten Naturrechts zu den größten Ungerechtigkeiten verleitet zu werden“¹⁴.

Während allerdings das politische Ziel der Schaffung eines konservativen, anti-progressiven Bollwerks gründlich misslingen sollte (dahin gestellt sei hier, ob dies überhaupt je das eigentliche Motiv war, oder ob dies von manchen im reaktionären Klima der frühen 1850er Jahre nur vorgeschoben wurde), so ist für den Prozess einer zeitkonformen Verwissenschaftlichung und Modernisierung der Universitäten zu konstatieren, dass die Reform des Ministers Thun im Laufe der zweiten Hälfte des 19. Jahrhunderts tatsächlich enorme Aufschwünge brachte: den Anschluss an die internationale Forschung (durchaus nicht nur die deutsche, was wir hier beobachten können, ist eine erste Globalisierung in der Zeit von 1850–1870¹⁵), methodische Offenheit und nicht zuletzt eine größere Selbständigkeit und Prestige universitärer Tätigkeit.

Wie aber kam Joseph Unger ins Spiel? Aus verschiedenen Gründen schien er keine naheliegende Wahl¹⁶ für die Rolle als Champion einer antirevolutionär und national-konservativ ausgerichteten Rechtswissenschaft mit Savigny als Leitstern. 1852, im Jahr der soeben zitierten Rede Thuns, promovierte Unger an der Universität Wien in Rechtswissenschaften, zuvor hatte er bereits (1850) mit einer – von ihrer universalhistorischen Ausrichtung her offensichtlich von Gans inspirierten – Arbeit über *Die Ehe in ihrer welthistorischen Entwicklung* den philosophischen Doktorgrad (in Königsberg) erlangt. Als Promotionsvater fungierte dabei der Hegelianer Rosenkranz. Autodidaktisch hatte sich Unger zwar auch mit Savignys *System des heutigen römischen Rechts* (1840–1849) beschäftigt, dessen acht Bände er angeblich „wie einen Roman“¹⁷ verschlang, in seiner philosophischen Doktorarbeit verfolgte er aber einen geschichtsphiloso-

¹⁴ Leo Graf Thun-Hohenstein, Rede zur Sub-Auspiciis-Promotion des Dr. Julius Fierlinger vom 11. Mai 1852, Thun-Nachlass D 165; zitiert nach Lars Graf von Thun und Hohenstein, Bildungspolitik im Kaiserreich: Die Thun-Hohensteinschen Reformen insbesondere am Beispiel der Juristenausbildung in Österreich, Juristische Dissertation, Universität Wien 2014, S. 212.

¹⁵ Vgl. etwa Duncan Kennedy, Three Globalizations of Law and Legal Thought, in: The New Law and Economic Development, hrsg. von David M. Trubek und Alvaro Santos, Cambridge 2006, S. 19–73, 25–37.

¹⁶ Vgl. bereits Jakob Stagl, Die Rezeption der Lehre vom Rechtsgeschäft in Österreich durch Joseph Unger, in: Zeitschrift für Europäisches Privatrecht 2007, S. 37–55, 44 f.

¹⁷ Ernst Landsberg, Geschichte der deutschen Rechtswissenschaft Bd. 3/2 (Neudruck), Aalen 1978, S. 918; vgl. dazu Losano, Briefwechsel Jherings (wie Fn. 11) S. 47, Fn. 13.

phisch-spekulativen Zugang. Der Göttinger Althistoriker Wilhelm Karl August Drumann hatte der Promotion in seinem Votum folglich nur mit dem Vorbehalt zugestimmt, dass im Diplom keine „Erwähnung historischer Kenntnisse“ erfolge. Lentze charakterisiert die Schrift zutreffend als „nicht tief wissenschaftlich, eher in journalistischer Manier, sodass sich alles plastisch zu einem Gesamtbild rundet“¹⁸. Tatsächlich gelangt Unger in seinem Ehe-Essay zwar zur Verteidigung der Monogamie, spricht sich aber zugleich für die prinzipielle Auflösbarkeit der Ehe aus – eine liberale rechtspolitische Positionierung, die ihm prompt von katholischer Seite Kritik einträgt¹⁹, als ruchbar wird, dass Thun-Hohenstein ihn zum Außerordentlichen Professor des Zivilrechts an der Universität Prag berufen hat.

Für konservativ-reaktionäre Zeitgenossen ist Unger aber noch aus einem anderen Grund suspekt: Bei der Revolution 1848 hatte sich Unger im Aktivistenkreis rund um Adolph Fischhof (1816–1893) im Zentrum des Geschehens befunden. Er war im Studentenkomitee, im Zentralkomitee der Akademischen Legion und fungierte als zweiter Schriftführer des Ausschusses der Studierenden sowie Mitglied des Ende Mai 1848 gebildeten sogenannten „Sicherheitsausschusses“²⁰; Unger formulierte auch den von Pillersdorf angeregten schriftlichen Entwurf der Studentenschaft zur Änderung des Wahlgesetzes.²¹ Unter den Revolutionären gehörte er aber zu den mäßigen Kräften. So dürfte der anlässlich der Abreise des Kaisers an die Arbeiter gerichtete Aufruf vom 18. Mai 1848, sich wieder dem Tagewerk zuzuwenden, von Unger nicht nur mitunterfertigt, sondern auch von ihm verfasst worden sein.²²

Insgesamt agierte Unger so besonnen, dass er nur wenige Jahre später auch von Konservativen wie Leo Graf Thun-Hohenstein (1811–1888) und dem frühen Savigny-Schüler Anton von Salvotti (1789–1866)²³ protegiert und maßgeblich gefördert wurde. Für Unger sprach dabei nicht nur, dass er mittlerweile zum Katholizismus konvertiert war, sondern vor allem, dass er mit außerge-

¹⁸ *Hans Lentze*, FS Arnold (wie Fn. 11) S. 219–232, 223.

¹⁹ Augsburger Post-Zeitung vom 28. August 1853: „Was soll man endlich sagen, wenn Herr Unger (...) dem heiligen Evangelisten Matthäus ‚quod Deus coniunxit, homo non separat‘ entgegen behauptet: ‚Jede eheliche Gesetzgebung muss Ehetrennung gestatten‘ (...) Und mit diesen Ansichten wird man im katholischen Österreich Professor des Zivilrechts.“ Thuns anonyme Verteidigung Ungers findet sich dann in der Wiener Zeitung vom 14. September 1853.

²⁰ *Frankfurter*, Unger (wie Fn. 11) S. 54 unter Berufung auf Moritz Smets; vgl. *Heinrich Reschauer/Moritz Smets*, Das Jahr 1848 (Geschichte der Wiener Revolution 2), Wien 1872, S. 324–327, 402–406.

²¹ *Frankfurter*, Unger (wie Fn. 11) S. 54.

²² *Egon Zweig*, Josef Unger, in: Biografisches Jahrbuch und deutscher Nekrolog, Bd. 18, S. 187–213, 189.

²³ Zu Salvotti siehe *Karl Hugelmann*, Salvotti, Anton von, in: Allgemeine Deutsche Biographie 31, hrsg. von der Historischen Kommission bei der Bayerischen Akademie der Wissenschaften, München–Leipzig 1890, S. 772–779.

wöhnlicher geistiger Beweglichkeit, brillantem Intellekt und großer Redebegabung ausgestattet war und damit in der Lage schien, gerade auf die anzusprechende akademische Elite einzuwirken.

III. Römisches Recht und pandektistische Methodik in ausgewählten Schriften Ungers

1853 beantragt Unger mit einer Schrift über den Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuches für das Königreich Sachsen die *venia legendi* an der Universität Wien, und zwar für „das österreichische allgemeine Gesetzbuch in vergleichender Darstellung mit dem römischen, germanischen und altösterreichischen Rechte und mit den Gesetzgebungen des Auslandes“.²⁴ Darin spiegelt sich bereits Ungers Programm: eine auf der Höhe der Zeit stehende, systematische Darstellung des geltenden österreichischen Privatrechts, die sowohl die historischen Grundlagen als auch die Rechtsvergleichung einbezieht, wie er dies insbesondere in seiner Prager Antrittsrede „Über die wissenschaftliche Behandlung des österreichischen gemeinen Privatrechts“ am 3. Oktober 1853 näher zum Ausdruck bringt. Diese ist es wert, näher referiert zu werden.

Methodisch bekennt sich Unger hier im Hinblick auf das positive Recht zu einer Vorgangsweise, die nicht entsprechend der Legalordnung Paragraph auf Paragraph exegetisch kommentiert, sondern einen „systematischen“ Zugang verfolgt und dabei die aus einer Vielzahl von Rechtsregeln konstituierten „Rechtsinstitute“ erforscht. Puchta und Savigny dienen ihm dabei als Gewährsleute²⁵, so zitiert er aus Savignys System:

„Es hat daher die einzelne Rechtsregel ihre tiefere Grundlage in der Anschauung des Rechtsinstituts, und wenn wir nicht bei der unmittelbaren Erscheinung stehen bleiben, sondern auf das Wesen der Sache eingehen, so erkennen wir in der That, dass jedes Rechtsverhältnis unter einem entsprechenden Rechtsinstitute als seinem Typus steht und (...) von diesem beherrscht wird“²⁶.

Unger selbst sieht es als Aufgabe der Rechtswissenschaft,

„aus den einzelnen Paragraphen des Gesetzbuches jedes Rechtsinstitut nach all seinen Seiten und Besonderheiten so zu reconstruieren, wie es vor den Augen des Gesetzgebers stand. Während daher der Gesetzgeber analytisch zu Werke geht, und aus der Idee des von ihm gewollten Rechtsinstituts heraus die einzelnen Begriffe und Sätze durch Abstraction gewinnt, muß umgekehrt der wissenschaftliche Jurist synthetisch verfahren, indem er durch die Zusammenstellung und organische Gruppierung der einzelnen Geset-

²⁴ *Frankfurter*, Unger (wie Fn. 11) S. 4.

²⁵ *Josef Unger*, Über die wissenschaftliche Behandlung des österreichischen gemeinen Privatrechts, Wien 1853, S. 9 = Nachdruck in: Unger, Aufsätze und kleinere Monographien I, hrsg. von Bernhard Martin Scherl, Hildesheim 2005, S. 273–303 (hier 281).

²⁶ *Savigny*, System des heutigen römischen Rechts I, Berlin 1840, S. 5.