

Rechtsgeschichte

www.rg.mpg.de

<http://www.rg-rechtsgeschichte.de/rg3>
Zitiervorschlag: Rechtsgeschichte Rg 3 (2003)
<http://dx.doi.org/10.12946/rg03/190-192>

Rg **3** 2003 190 – 192

Christian Joerges

Das Schweigen der Prinzipien

wickelt und Vermessungstrupps mit einer klar definierten Zusammensetzung gebildet (vgl. Capra, Galli, 74 f., Bulgarelli Lukacs, 157, u. Touzery, 231 ff.).

Der Band überzeugt durch die Komplexität der Beiträge zum Kataster des 18. Jahrhunderts. Leider fehlt weitgehend die argumentative Integration der Aufsätze. Systematischere Querver-

weise und eine durchgängig vergleichende Perspektive hätten diesen Band noch spannender gemacht. Dennoch besticht die Zusammenstellung durch eine gelungene Kombination von Fallstudien und analytischen Zugriffen.

Peter Becker

Das Schweigen der Prinzipien*

Die Rechtsgeschichte ist kein Insichgeschäft, schon gar nicht, wenn sie sich einem so dauerhaften Thema wie der Privatautonomie und deren Grenzen zuwendet. Welches ist der rechte Umgang des Rechtshistorikers mit diesem Thema, welchen Gebrauch darf der Nichthistoriker von der Rechtsgeschichte machen, und was soll er von ihr lernen? Sibylle Hofers Untersuchungen betreffen beide Fragenkomplexe: Jedenfalls war es problematisch, so lautet ihre erste Botschaft, dass Franz Wieacker insbesondere in seinem berühmten Vortrag über »Das Sozialmodell der klassischen Privatrechtsgesetzgeber und die Entwicklung der modernen Gesellschaft« vom Dezember 1952¹ – und nach ihm so viele² – dem Privatrechtsdenken des 19. Jahrhunderts ein privatrechtliches »Einheitsmodell mit unbeschränkter Freiheit als Grundsatz« unterstellte und diesem Modell Affinitäten zu einem liberalistischen, wenn nicht gar besitzindividualistischen Sozialmodell attestierte. Wenn man nun erfahren muss, dass in der Zivilrechtsliteratur jenes Jahrhunderts von »Privatautonomie« oder »Vertragsfreiheit« kaum die Rede war und auch nicht etwa von irgendwelchen Äquivalenten dieses Begriffspaars, dann muss dies Betroffenheiten

bei all jenen auslösen, die sich vom 19. Jahrhundert wegen seiner angeblich liberalistischen Positionen absetzten, um mit Wieacker »eine materiale Ethik sozialer Verantwortung«³ zu suchen, oder nach alternativen Sozialmodellen Ausschau hielten, in denen die Vertragsfreiheit in sozialere, gerechtere Bahnen gelenkt werden sollte.

Was ist den Interpreten entgangen, und was können sie angesichts des »Schweigens der Quellen« (2) überhaupt tun? Man könne und solle fragen, welche »Privatrechtskonzeptionen« die Privatrechtswissenschaft vertrat und wie man die Bedeutung des Prinzips der Vertragsfreiheit »für die Gestaltung der Privatrechtsordnung« beurteilte. Dies sei eine Perspektive, in der nicht – wie in der kritisierten Literatur – soziale Funktionen der Vertragsfreiheit in den Blick kommen sollen, die aber doch über eine bloß sammelnde Dogmengeschichte hinauskomme (9–10).

Was den Interpreten entgangen ist, wird in den beiden Teilen der Studie gründlichst, nüchtern und konzis entfaltet: Im ersten Teil (13–154) geht es um germanistische, romanistische, aber auch nationalökonomische Ansichten von der Privatrechtsordnung im Allgemeinen. Man

* SIBYLLE HOFER, Freiheit ohne Grenzen? Privatrechtstheoretische Diskussionen im 19. Jahrhundert (Jus privatum. Beiträge zum Privatrecht 53), Tübingen: Mohr Siebeck 2001, XIII, 313 S., ISBN 3-16-147576-3

1 Juristische Studiengesellschaft Karlsruhe Heft 3, Karlsruhe 1953.

2 Ausgewählte Belege bei HOFER, 5 ff. Die Wirkungsgeschichte jenes Vortrags reicht über die Rechtswissenschaft weit hinaus, wie man etwa bei J. HABERMAS, Strukturwandel der Öffentlichkeit, Neuwied, Berlin 1962, § 17 sehen kann.

3 A. a. O. 18; ausführlich F. WIEACKER, Privatrechtsgeschichte der

Neuzeit, 2. Aufl. Göttingen 1967, 516 ff.

erfährt, wie sich die Germanisten darum mühten, ein deutschrechtliches Freiheitsverständnis zur Geltung zu bringen. Die Beiträge der Romanisten erweisen sich als strukturierter, wenn gleich mir auch bei ihnen die Freiheitsgrenzen zwar unterschiedlich, aber doch eigentümlich vage zu bleiben scheinen. Sehr viel aufschlussreicher ist demgegenüber der 3. Abschnitt des I. Teils, in dem privatrechtliche Prinzipien mit nationalökonomischen Lehren kontrastiert werden, die zuweilen, wie vor allem Adolph Wagner, radikale sozialistische Auffassungen vertraten und von Sozialisten wie Ferdinand Lassalle gestützt wurden. In diesen Auseinandersetzungen ging es tatsächlich um Freiheitsbegrenzungen, um die Autonomie der Privatwirtschaft und die Rolle des Staates. Und in der Rechtswissenschaft? Es gab methodische Öffnungen und inhaltliche, später, in den Auseinandersetzungen mit dem Ersten Entwurf des BGB, dezidiert rechtspolitische Annäherungen an die nationalökonomisch begründete soziale Vernunft bei Jhering, Gierke, Menger und weniger bekannten Autoren. Und danach (154) sehen wir, dass die Rechtswissenschaft des 19. Jahrhunderts in der Tat kein einheitliches liberalistisches Privatrechtsmodell propagierte, sondern über vier sich teils signifikant, teils radikal unterscheidende Konzeptionen diskutierte.

Die Rekonstruktion der »Diskussionen um Prinzipien des Obligationen- und Sachenrechts« im II. Teil der Studie (155–274) bewegt sich sehr viel näher an rechtswissenschaftlichen Sach- und Streitthemen. In den Debatten um das Verhältnis der Willensmacht der Rechtssubjekte zum objektiven Recht, Verkehrsinteressen, Vertrauensschutz, der Gestaltungsfreiheit im Sachenrecht ging es um Grundfragen des Privatrechts. Die Juristen, die für dieses oder jenes Prinzip, diese oder jene Regel eintraten, wussten, was sie taten,

verstanden den wirtschaftlichen und sozialen Kontext des Rechts – und scheuten sich nicht, ihre Prinzipien rechtspolitisch zu vertreten, wo sie das für geboten hielten. Wer all dies nacharbeitet, versteht oder ahnt zumindest, warum die Rechtswissenschaft des 19. Jahrhunderts soviel Ansehen genoss, und mag wehmütig werden, wenn er sich wieder in die Repetitoren-Rationalität unseres weniger ansehnlichen Lehrbetriebs zurückbegibt.

Die Kritik am 19. Jahrhundert ist auch diesem Umstand nicht gerecht geworden. Ist sie deshalb wirklich so sehr im Unrecht, wie Sibylle Hofer meint? Das theoretische Monitum der an Wieacker anschließenden Kritik in den 60er und 70er Jahren lautete, die Rechtswissenschaft solle sich ihre sozialphilosophischen Prämissen vergegenwärtigen, sich außerdem für den sozialen und ökonomischen Kontext des Privatrechts interessieren und so in den Stand versetzt werden, etwas über die sozialen Funktionen des Rechts und seine Entwicklungsmöglichkeiten auszusagen. Das war nun in der Tat nicht nur recht groß gedacht, sondern zugleich eine Programmatik, die sich für die rechtswissenschaftlichen Diskussionen, die in »Freiheit ohne Grenzen?« rekonstruiert werden, kaum oder nur selektiv interessierte. Die Phase eines liberalen Konkurrenzkapitalismus in Deutschland war recht kurz. Wie hat die Privatrechtswissenschaft darauf reagiert, dass der liberale durch einen – wie die Bielefelder Sozialgeschichtler dies nennen – »organisierten« Kapitalismus abgelöst wurde? Hat sie die außervertraglichen Voraussetzungen der Vertragsgerechtigkeit theoretisch reflektiert? Sind die »Prinzipien«, die Sibylle Hofer rekonstruiert, ein Ersatz für jene sozialphilosophisch-gesellschaftstheoretischen Reflexionen, die der Rekurs auf Kant und Adam Smith (2) zur Geltung bringen sollte?

Hat Sibylle Hofer die kritisierten Kritiker besser verstanden als diese die Privatrechtswissenschaft des 19. Jahrhunderts? Die Frage wäre leichter zu beantworten, wäre ihre Arbeit in der Explikation ihrer Weichenstellungen nicht so zurückhaltend und unbestimmt. »Prinzipien«, so erfahren wir, seien keine »Theoriekonstruktionen ohne Beziehung zur Rechtsdogmatik«. So weit die Negativabgrenzung. Und positiv? Durch Prinzipien »werden Entscheidungen dogmatischer Fragen mehr oder weniger deutlich von grundsätzlichen Vorstellungen über die Gestaltung des Privatrechts geprägt« (13). Aber diese Prinzipien müssen ja erst mehr oder weniger mühevoll erschlossen werden. Auch die »Prinzipperspektive« (10) ist die einer externen Beobachterin, deren rechtstheoretische Überlegenheit sich nicht von selbst versteht.

Der sehr knapp gehaltene »Ausblick« beklagt, dass die Privatrechtswissenschaft der Nachkriegszeit nur zwischen den 50er und 70er Jahren eine »Prinzipienperspektive« (weiter?)-verfolgt habe, um sich dann »allein Einzelpunkte[n], wie z. B. Kriterien für Ungleichgewichtslagen« zu widmen und »Grundsatzüberlegungen ... auf eine Kritik an prinzipiell unbeschränkter Freiheit« zu reduzieren (285). Dies sind harsche Pauschalierungen. Wen sollen sie treffen? Die Repräsentanten der 3. deutschen

(Emigrations-)Kultur?⁴ Rechtsvergleichende Analysen, rechtssoziologische und interdisziplinäre Analysen des Vertragshandelns und des Vertragsrechts? – Es kommt ja nicht von ungefähr, dass diejenigen, die Wieackers Frage nach den Sozialmodellen des Privatrechts aufgegriffen haben, wirtschafts- und sozialgeschichtliche, rechtstheoretische, und/oder interdisziplinäre Fundierungen suchten. Jürgen Habermas hat seinen frühen sozialkritischen Rekurs auf Wieackers Rechtsgeschichten⁵ in einem rechtstheoretischen Entwurf aufgehoben, der die Gleichursprünglichkeit von privater Autonomie und staatsbürgerlich-politischer Freiheit im demokratischen Verfassungsstaat postuliert.⁶ Derartige kam für das 19. Jahrhundert nicht in Betracht. Es verwundert eben nicht, dass in der praktischen Philosophie, der Nationalökonomie, der Sozialkritik Gerechtigkeitsfragen ausgetragen wurden, die in der Privatrechtswissenschaft nur verhalten zur Sprache kamen. So kann man zwischen der prinzipienlosen Schweigsamkeit so vieler Quellen aus dem 19. Jahrhundert und der heute (in Deutschland) vorherrschenden Pragmatik weniger einen Traditionsbruch als vielmehr Kontinuitäten im Rechtsdenken sehen.

Christian Joerges

Gewalt ohne Monopol*

Die Polizeistation von Ihu hat ein Loch. Ihu ist eine Distrikthauptstadt der Golf-Provinz in Papua-Neuguinea, und das mannsgroße Loch in der Außenwand der Polizeistation wurde vor einigen Jahren von einem Häftling für seinen

(erfolgreichen) Ausbruch geschaffen. Der nie geschlossene Durchbruch erfüllt mittlerweile einen weiteren Zweck. Er dient dem ersten morgens diensthabenden Polizeibeamten zum Einstieg in die Station. Die wegen eines klemmenden Schlos-

4 Genannt sei nur F. KESSLER, Freiheit und Zwang im nordamerikanischen Vertragsrecht, in: FS Martin Wolff, Tübingen 1952, 67 ff. (der aber auch sonst kaum Gehör fand – hierzulande; für die USA vgl. die »Tributes: Friedrich Kessler«, in: Yale Law Review 104 [1995] 2129–2156).

5 Vgl. Fn. 2.

6 Faktizität und Geltung, Frankfurt a. M. 1992, 109 ff.

* PETER HANSER, TRUTZ VON TROTHA, Ordnungsformen der Gewalt. Reflexionen über die Grenzen von Recht und Staat an einem einsamen Ort in Papua-Neuguinea (Siegener Beiträge zur Soziologie 3), Köln: Rüdiger Köppe 2002, 448 S., ISBN 3-89645-330-0