

Das reale Bild der Zivilistik im 19. Jahrhundert in Deutschland: Die neuere Savigny- und Pandektistik-Forschung in Deutschland und die Bedeutung des Konzepts: „Wissenschaftliches Recht“ für die Gegenwart

Prof. Dr. Hidetake Akamatsu

(Prefectural University of Kumamoto, Japan)

I. Interesse der japanischen Juristen an der Savigny- und der Pandektistik - Forschung in Deutschland

Die Systematik des japanischen Zivilgesetzbuchs, d. h. sogenanntes modernes Pandekten - System mit der Trennungslehre des Sachen - und Schuldrechts, stammt aus dem deutschen Recht. In Japan wurde die Strenge der Logik der Trennungslehre, die überwunden werden sollte, immer in Zusammenhang mit der Logik der Begriffsjurisprudenz gestellt.

Im allgemeinen heißt es, daß die Methode der sogenannten Begriffsjurisprudenz durch Konzeptionen wie die formale Logik, das logische lückenlose System der Rechtsbegriffe, das Richter - Bild als Subsumtionsautomat usw. gekennzeichnet wurde, und sich bei Pandektisten wie Bernhard Windscheid oder Georg Puchta vollendet hatte. Man stellte aber auch fest, daß die Ansätze zur Begriffsjurisprudenz schon bei Savigny anerkannt wurden. Man erinnerte sich dabei an die Analogie zur Geometrie in „Vom Beruf unserer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft“ (1814): „In jedem Dreyeck nämlich giebt es gewisse Bestimmungen, aus deren Verbindung zugleich alle übrige mit

Notwendigkeit folgen: durch diese, z. B. durch zwey Seiten und den Zwischenliegenden Winkel, ist das Dreyeck gegeben. Auf ähnlicher Weise hat jeder Theil unsres Rechts solche Stücke,“¹. Savigny sagte auch, die Methode der römischen Juristen idealisierend, „Darum eben hat ihr ganzes Verfahren eine Sicherheit, wie sie sich sonst außer der Mathematik nicht findet, und man kann ohne Übertreibung sagen, daß sie mit ihren Begriffen rechnen“².

Allerdings wurde diese traditionelle Vorstellung der Begriffsjurisprudenz seit Mitte der 1980er Jahre in Deutschland erschüttert. Die Savigny-Forschung ist auch auf der Grundlage der neuen Quellen im Nachlaß Savignys, die erst seit dem Ende 1970er Jahre zugänglich geworden sind, viel weiter entwickelt worden. Dieser neuen Tendenzwende der Savigny- oder der Pandektistik-Forschung in Deutschland, stets die Problematik der modernsten Methodik insbesondere in Japan mit berücksichtigend, näherzukommen, ist der Zweck dieser Arbeit. Damit soll zur Diskussion über die juristische Logik wie die Problematik der Trennungslehre zwischen Sache- und Schuldrecht beigetragen werden.

II. Die Frangstellung: Ob Savigny noch Bedeutung für uns hat?

(1) Savigny als objektiver Idealist

Um der neueren Entwicklung der Savigny-Forschung nachzukom-

¹ Hans Hattenhauer, Thibaut und Savigny. Ihre programmatischen Schriften (1973) S. 110.

² Hattenhauer, a. a. O., S. 114.

men, wird hier von Joachim Rückert³ ausgegangen, der die erste Veranlassung zur Entfaltung der Savigny-Forschung gegeben hatte, und zwar auf der neuen Ebene.

Rückert sagt, Savigny sei „objektiver Idealist“. Nach dem objektiven Idealismus sei die reale Welt die Entwicklung eines allgemeinen Geistes ins Konkrete. D. h. die reale Welt werde nicht empirisch betrachtet. Sie sei vom höheren Geist erfüllt. Andererseits sitze der allgemeine Geist nicht abstrakt über die reale Welt, sondern konkretisiere sich auch in der realen Welt. Somit seien das Ideale und das Wirkliche im objektiven Idealismus vereinigt. Solch vereinigendes Denken charakterisiere den objektiven Idealismus. Nach Rückert habe die objektiv idealistische Tendenz, die den Dualismus Kants überwinden wollte und daher insbesondere bei Fichte, Schelling und Hegel angesehen sei, als Zeitgeist Savignys beeinflusst. Im Savignys Gedanken und seiner Rechtswissenschaft setze sich der objektive Idealismus ganz durch.

Dafür, daß Savigny unter dem Einfluß des objektiven Idealismus stand, werden verschiedene Beweise von Rückert vorgelegt. Z. B. sagte Savigny in der Beilage zum Brief an L. Creuzer vom 7. 7. 1799⁴: „...so finde ich in dem was mir bleibt etwas das in Kants Ansicht ganz fehlt: eine Lebendigkeit und Klarheit, eine Innigkeit und Wärme, durch die allein die Handlung ganz aus uns hervorgehend werden kann“. Es handelt sich hier um die Frage, woraus das Gute der Handlung kommt. Nach Savigny sei eine Handlung gut, nicht weil sie, wie nach Kant, aus dem rein freien Willen entstehe, sondern weil sie aus positiv zu wer-

³ Joachim Rückert, Idealismus, Jurisprudenz und Politik bei Friedrich Carl von Savigny (1984).

⁴ Adolf Stoll, Der junge Savigny. Kinderjahre, Marburger und Landshuter Zeit Friedrich Karl von Savignys. Zugleich ein Beitrag zur Geschichte der Romantik (1927) S. 95.

tenden Stimmungen wie Lebendigkeit, Klarheit, Innigkeit oder Wärme heraus entstehe, was aber Kant übersehen habe. Das Gute der Handlung liege nicht in der reinen Freiheit des Willens, sondern verwirkliche sich in den realen Gesinnungen, die durch „Liebe und Freundschaft“ zur festen Stimmung ausgebildet werden sollen. Hier kann man gut die objektiv-idealistischen Ansätze, die über Kant hinaus kommen wollten, bemerken und auch die Verwandtschaft seines Denkens mit Friedrich Schlegel erkennen, dessen Fragment Savigny selbst zitiert hat: „Geselligkeit ist das wahre Element für alle Bildung, die den ganzen Menschen zum Ziel hat, und also auch für das Studium der Philosophie“⁵.

Ein anderer Beweis ist die Hölderlin - Abschrift von Savigny selbst, die im Nachlaß Savignys, nämlich in den Materialien für sein Buch „Vom Beruf unserer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft“ gefunden wurde⁶. Es ist dies eine Abschrift aus „Hyperion“, worin der Gedanke Hölderlins geäußert wird, daß die ursprüngliche organische Harmonie der frühen Menschen in der nachfolgenden Zeit als die Idee der Schönheit noch nur unter Wenigen fortlebt. Mit der Textverglei-
chung von Savigny und Hölderlin hat Kiefner⁷ gezeigt, daß es parallel zum Savignys Gedanken des Juristenrechts sei, daß das Recht, das eigentlich im gemeinsamen Volksbewußtsein lebte, in der zivilisierten Gesellschaft lediglich von Wenigen, nämlich von Juristen repräsentiert werde. Es ist bekannt, daß Hölderlin in Jena von Fichtes Philosophie beeinflusst wurde. Die Hölderlin - Abschrift im Nachlaß Savignys kann daher möglicherweise ein wichtiger Beweis dafür sein, daß Savigny im Banne des objektiven Idealismus stand, der über Kant

⁵ Stoll, a. a. O., S. 93.

⁶ UB Marburg Ms 925/3 Bl. 103.

⁷ Hans Kiefner, Ideal wird, was Natur war, Quaderni Forentini 9 (1980) S. 316ff.

hinausgehen wollte.

Rückert äußerte hierzu, „Hölderlin und andere im Hintergrund, Friedrich Schlegel als unmittelbarer Bezugspunkt in den Briefen, aus diesen Texten schöpfte Savigny offenbar die Zuversicht, ein Reformator der Jurisprudenz zu werden“⁸.

(2) Die Bedeutung Savignys für uns

Wenn Savigny unter dem Einfluß des objektiven Idealismus stand, dann lautet die nächste Frage, ob Savignys Gedanke noch Bedeutung für die Gegenwart hat. Rückert hat in einem anderen Aufsatz⁹ aufgezeigt, daß eine ähnliche juristische Logik wie bei Savigny das nationalsozialistische Recht benutzt. Andererseits übersieht Rückert nicht den Unterschied zwischen beiden. Im NS-Recht wurde die Erneuerung der ganzen Rechtsordnung mit dieser juristischen Logik bezweckt. Allerdings war es bei Savigny nicht so total, sondern es wurde lediglich die Anpassung der römischen Rechtsquellen an die gegenwärtigen Rechte zur Zeit Savignys angestrebt. Man kann hier die Einstellung Rückerts erkennen, Savigny gegenüber dem NS-Recht zu verteidigen. Allerdings scheint mir Rückert eher skeptisch, um die gegenwärtige Bedeutung Savignys anzuerkennen. Der objektive Idealismus, nach dem die Welt die Entwicklung des allgemeinen Geistes ins Konkrete ist, nach dem die Welt vergeistigt ist, ist keine Philosophie für

⁸ Rückert, a. a. O., S. 258.

⁹ Rückert, Das „gesunde Volksempfinden“ - Eine Erbschaft Savignys? Zeitschrift der Savigny - Stiftung für Rechtsgeschichte, Germanische Abteilung 103 (1986).

unsere Zeit mehr¹⁰. Solche Metaphysik kann schwerlich Popularität unter den heutigen Juristen haben. Dies bedeutet, daß Savignys Rechtswissenschaft, die von dieser Metaphysik durchsetzt war, keine Bedeutung mehr für uns hat. Daher muß Horst Heinrich Jakobs, der die Rechtsquellenlehre Savignys noch für unsere Zeit retten will, Savigny und seine geschichtliche Rechtswissenschaft von der idealistischen Philosophie abtrennen und Savigny als einen reinen Romanisten interpretieren. Damit fängt die Diskussion an, in der von Jakobs Antithese gegenüber zum idealistischen Savigny - Bild von Rückert entworfen wurde. Dies wird unten unter III. weiter verfolgt.

Andererseits hat Marie Sandström¹¹ ein ähnliches Savigny - Bild wie Rückert gezeigt, wengleich sie Savigny in einen realen Zusammenhang von damals setzen und ihn damit interpretieren will. Dies steht im Zusammenhang mit der Reform der Ausbildung an der Universität. Sandström liest Savigny immer parallel zu den philosophischen Texten Schellings. Schellings idealistische Wissenschaftslehre, wie das Schlagwort „lerne nur, um selbst zu schaffen“ zeigte, bezweckte eine neue Ausbildung. In der Universität sollten nicht nur die beruflichen Kenntnisse, die die Studenten nur auswendig lernen sollten, mitgeteilt werden, sondern die Philosophie sollte als die Basis für die ganze Ausbildung, die ganze Person des Studenten ergreifen sollte. Damit wird der Student zu selbständiger wissenschaftlichen Tätigkeit gebracht. Der auf dieser Basis im Studium ausgebildete Gelehrte kann nicht nur zur akademischen, sondern auch zur beruflichen Tätigkeit besser

¹⁰ Vgl. Rückert, Savignys Einfluß auf die Jurisprudenz in Deutschland nach 1900, in: H. Mohnhaupt (Hrsg.), Rechtsgeschichte in den beiden deutschen Staaten (1988 - 1990) (1991) S. 34ff.

¹¹ Marie Sandström, Die Herrschaft der Rechtswissenschaft. Rätthistoriskt Bibliotek, Fyrtiofjärde Bandet (1989).

beitragen, weil er, sofern er vor Problemen steht, für die er nicht in der Universität geschult wurde, ausgebildet wurde, um selbständig zu denken und selbständig Lösungen zu finden.

Diese Idee war nach Sandström auch die Idee bei der Erneuerung der Rechtswissenschaft bei Savigny. Durch die juristische Methodologie von 1802/03 und in seinem Buch „Beruf“ wollte er fördern, produktive Juristen auszubilden, die sich selbständig mit römischen Quellen wissenschaftlich auseinandersetzen, das Recht finden und fortbilden können.

Diese Idee Savignys und der geschichtlichen Rechtswissenschaft wurde nach Sandström in Schweden rezipiert. Mit dieser akademischen Idee hatte sich z. B. Olivecrona der Tendenz entgegengestellt, die juristischen Fakultäten in Upssala und Lund zur praktischen beruflichen juristischen Schule in der Hauptstadt umzugestalten. Diese akademische Idee hatte aber nach Sandström bereits am Ende des 19. Jahrhunderts in den immer populär werdenden Universitäten, an Bedeutung verloren, weil sie schon damals nicht von allen, sondern nur von wenigen elitären Studenten toleriert wurde.

Zwar hat Sandström die wirkliche Rolle des idealistischen Konzepts Savignys veranschaulicht. Allerdings bezweifelt sie zugleich eher, daß Savigny noch gegenwärtige Bedeutung für uns am Ende des 20. Jahrhunderts hat, weil die akademische Idee Savignys schon in der 2. Hälfte des 19. Jahrhunderts nur mehr schwerlich erhalten werden konnte.

III. Die Diskussion über das philosophische oder unphilosophische Savigny - Bild

Hier wird die Savigny - Forschung von Horst Heinrich Jakobs, nach welchem Savigny noch eine Bedeutung für die gegenwärtige Dogmatik hat, zur Forschung von Rückert, der das philosophische Savigny - Bild als objektiven Idealisten entworfen hatte, in Kontrast gestellt.

(1) Vordiskussion

Der Anstoß zur Diskussion zwischen Jakobs und Rückert wurde eigentlich von Dieter Nörr¹² gegeben, weil Jakobs aufgrund der Interpretation Nörrs sein Savigny - Bild entworfen hat.

Der 16jährige Savigny hatte in Marburg 1795 das juristische Studium angefangen. Im Winter 1796/97 verbrachte er ein Semester in Göttingen. Sodann hatte er im Winter 1798/99 angefangen, in einer Privatvorlesung in seinem Freundeskreis in Marburg Philosophie zu studieren. Es war gerade zu dieser Zeit, als Savigny gesagt hatte, er wünsche „ein Reformator der Jurisprudenz, ein Kant in der Rechtsgelehrsamkeit zu werden“¹³. Die Aufgabe, die er sich selbst aufgetragen hatte, war die metaphysische Grundlegung des Rechts. Die Begeisterung Savignys an der Philosophie währte aber nicht so lang. Schon im Januar 1800 schrieb Savigny, daß die metaphysische Grundle-

¹² Dieter Nörr, Geist und Buchstabe: ein Goethe Zitat bei Savigny, ZRG. Rom. Abt. 100 (1983); derselbe, Savignys philosophische Lehrjahre, in: Rechtsentwicklung in Berlin. Acht Vorträge, gehalten anläßlich der 750 - Jahresfeier Berlins (1988).

¹³ Stoll, a. a. O., S. 54.

gung des Rechts aufzuschieben sei. 1801 fing er die Arbeit für „Das Recht des Besitzes“ an, d. i. die Beschäftigung mit Quellen des römischen Rechts, die mit der metaphysischen Grundlegung des Rechts nichts zu tun hatte. Diese Arbeit wurde schon 1803 veröffentlicht, andererseits las er in Marburg die berühmte „Methodologie“, in der er gesagt hatte, daß ein juristisches Studium möglich sei, ohne Philosophie mitzustudieren. So gesehen, wird die Wende des Interesses Savignys von der Philosophie zur geschichtlichen und philologischen Forschung der Quellen des römischen Rechts sehr deutlich. Das produktivste Jahrzehnt von Savigny 1802 - 1815 wurde erst dann nach dieser Wende möglich.

Es stand gerade in demselben Zusammenhang, daß Savigny in der Marburger Methodologie eine Szene aus Goethes „Wilhelm Meisters Lehrjahre“ angeführt hatte¹⁴. In dieser Szene spricht Serlo zu Meister: „Ich habe aber bei Schauspielern, so wie überhaupt, keine schlimmere Anmaßung gefunden, als wenn jemand Ansprüche an Geist macht, solange ihm der Buchstabe noch nicht deutlich“¹⁵. Als Savigny diese Szene aus „Lehrjahre“ in der Vorlesung angeführt hatte, beschäftigte er sich in seinem Arbeitszimmer mit den Quellen des römischen Rechts, um „Das Recht des Besitzes“ fertig zu schreiben. Nach der Interpretation von Nörr wollte Savigny mit dem Zitat aus Goethe die gründliche Auseinandersetzung mit den Quellen, d. h. mit dem „Buchstaben“ vor den Studenten rechtfertigen. Nicht der Geist, d. i. die Philosophie, sondern der Buchstabe, die Quellen sollen eifrig

¹⁴ Savigny, Juristische Methodenlehre. Nach der Ausarbeitung des Jakob Grimm, herausgegeben von Gerhard Wesenberg (1951) S. 50.

¹⁵ Goethes Werke, herausgegeben von den nationalen Forschungs- und Gedenkstätten der klassischen deutschen Literatur in Weimar, 6. Bd. (1966) S. 322.

studiert werden, so äußerte Savigny.

Nach Nörr gab es eine Phase für Savigny, in der er sich von der Philosophie ab zur positiven Rechtsquelle hingewandt hatte, und dies hatte erst ihm den Erfolg als Rechtswissenschaftler ermöglicht.

(2) Antithese von Jakobs gegenüber dem philosophischen Savigny - Bild Rückerts

Dieser Ansatz, den Nörr entworfen hatte, wurde dann von Horst Heinrich Jakobs weitergeführt. Jakobs nahm zuerst Savignys Studienreise nach Thüringen und Sachsen vom Juni 1799 bis zum August 1800 unter die Lupe¹⁶. Savigny war über Weimar und Jena nach Leipzig gereist und in Leipzig ein Jahr geblieben. Vermutlich hatte er seine Dissertation in Leipzig geschrieben und war gleich nach seiner Wiederkehr in Marburg im Oktober 1800 promoviert. Danach anschließend im November 1800 fing er sofort an, Strafrecht und Strafprozeßrecht zu lesen. Später las er weiter die letzten 10 Bände der Pandekten (Sommer 1801), Rechtsgeschichte und Ulpian-Exegese (Winter 1801/02), Testaterbrecht (Sommer 1802), Intestaterbrecht und juristische Methodologie (Winter 1802/03). So gesehen, ist die Abwendung des Interesses von der Philosophie zum Quellenstudium ganz deutlich, und dies wurde vermutlich in der Studienreise nach Leipzig vorbereitet.

Jakobs stellt verschiedene Dokumente während dieser Zeit zusammen, um zu beweisen, daß Philosophie zu dieser Zeit Savigny immer weniger interessierte. So liest man z. B. im Brief an L. Greuzer vom

¹⁶ Horst Heinrich Jakobs, Der Ursprung der geschichtlichen Rechtswissenschaft in der Abwendung Savignys von der idealistischen Philosophie, Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis 57 (1989).

16. 8. 1791¹⁷ den Zweifel an Fichtes Philosophie: „Es gibt einen Zustand der Seele, worin alles was uns sonst groß und herrlich erscheint verschwindet, worin kein lebhafter Wunsch entsteht, und worin das ganze Leben gleichgültig und lästig erscheint Verneinung der Freiheit auf praktischem Wege, wenigstens der Freiheit wie man sie gewöhnlich nimmt, aber kann diese Folgerung jenes Factum aufheben? ‚nein‘ antwortet mir Fichte aber jener Zustand selbst steht unter deiner Willkür; ein Entschluß, und er verschwindet. Ganz gut, wenn er[=ein Entschluß] zugleich die Gesinnung influenzieren könnte, aus der er selbst hervorgeht.“ Jakobs sieht hier den Abschied Savignys nicht nur von Fichte, sondern auch von der Philosophie selbst.

Ein anderer Beweis ist der Brief an beide Creuzer und Schwarz, vom 26. 4. 1800¹⁸. Dieser Brief zeigt zwar, einerseits Savignys Ehefrucht vor Schelling, den er in Jena sah: „Schelling habe ich gesprochen: ein herrlicher Mensch, mit großen weitumfassenden Ideen“. Andererseits wurde Savigny aber von Schelling wissenschaftlich nicht besonders beeindruckt: „Über die Sache habe ich mit Schelling gesprochen: dieser behauptete die strenge Gültigkeit des Begriffs der Bewegung in der Geometrie: Ich verstehe kein Wort davon. Vielleicht lerne ich es durch seine neue ‚Transcendentalphilosophie‘ verstehen.“ Aber Schellings Philosophie konnte Savigny nicht mehr beeinflussen.

Die Verwirklichung dieses Abwendens von der Philosophie sieht Jakobs z. B. in der Marburger Methodologie im Winter 1802/03. Jakobs entwirft dabei eine klare Antithese gegenüber der Interpretation von Rückert. Savigny las hier vor: „Da aber nun hier dieses Dritten [=Richter] Willkür wieder vieles überlassen bleibt, so war es besser,

¹⁷ Stoll, a. a. O., S. 126.

¹⁸ Stoll, a. a. O., S. 155f.

daß es etwas völlig objektives, ganz Unabhängiges, von aller individuellen Überzeugung Entferntes gebe - das Gesetz“¹⁹. Rückert sieht hier, entsprechend seiner Deutung Savignys als objektiven Idealisten, die objektiv idealistische Tendenz: die Existenz des Rechts sei objektiv, metaphysisch dem Staat oder sogar dem Individuum vorgegeben²⁰. Dagegen bedeutet nach Jakobs dieser Teil der Methodologie, daß ein Gesetz objektiv erteilt wird, um dem Richter einen objektiven Maßstab zu geben, der ihm unwillkürliche, gerechte Entscheidungen ermöglichen soll²¹. So liest Jakobs diese Zeilen durchweg im unphilosophischen Kontext.

Für Jakobs, der Savigny stets unphilosophisch lesen will, ist die Hölderlin - Abschrift, die für Rückert einer der wichtigsten Bausteine für dessen Interpretation: Savigny als objektiver Idealist gab, anders zu interpretieren. In den Materialien für „Beruf“, wo die Hölderlin - Abschrift sich findet, ist die Literaturliste von der Hand Savignys. In dieser Liste, der ein Titel: „Notanda et adhibenda in opere prox[imo] scribendo“²² gegeben wird, kommt aber Hölderlins Hyperion nicht vor. Jakobs deutet daher, die Hölderlin - Abschrift in der Mappe bedeute nicht, daß Savigny seine Idee der Rechtswissenschaft von Hölderlin empfangen habe, sondern nur, daß Savigny alles zusammengestellt hatte, was die Idee seiner Rechtswissenschaft, die unabhängig von Hölderlin schon entstanden sei, unterstütze²³.

¹⁹ Savigny, Juristische Methodenlehre, S. 14.

²⁰ Rückert, Idealismus, S. 100.

²¹ Jakobs, Die Begründung der geschichtlichen Rechtswissenschaft (1992) S. 274.

²² UB Marburg Ms 925/3 Bl. 71 recto, verso.

²³ Jakobs, Begründung, S. 330f., Anm. 223.

(3) *Die Kontinuität der Gedankenentwicklung Savignys von der „Methodologie“ (1802/03) zum „Beruf“ (1814)*

Es ist auch eine der wichtigsten Thesen bei Jakobs, daß das Konzept der Rechtswissenschaft, das Savigny mit der Abwendung von der Philosophie gefunden, und in der Marburger Methodologie vorgetragen hatte, die Einstellung Savignys schließlich bestimmte, und daß der Gedanke bei „Beruf“ nur die Entwicklung jener Idee war. Dies ist auch in klarem Kontrast zu Rückert zu sehen, weil Rückert auf der anderen Seite die Kontinuität der objektiven idealistischen Tendenz vom jungen Savigny bis zum „System des heutigen römischen Rechts“ (1840-1849) und sogar zum „Obligationenrecht“ (1851-53) anerkennt²⁴.

Man habe zur Zeit Savignys immer über den Rechtszustand in Deutschland mit unübersichtlichen, diffizilen Quellen des rezipierten römischen Rechts geklagt. Es sei dennoch versäumt worden, diesen Zustand durch Einschaltung von der neuen Gesetzgebung zu beseitigen. Aber nach Jakobs habe Savigny schon in der Marburger Methodologie ausgesagt, daß man, solange die Praxis die wissenschaftliche Behandlung des römischen Rechts richtig lernen würde, nicht über den deutschen Rechtszustand zu klagen und auf eine neue Gesetzgebung zu erwarten brauchte. Jakobs sagt, daß das eines der wichtigsten Elemente des Buchs Savignys „Beruf“ sei. Für Savigny, der schon seinen Blick von der Philosophie zur positiven Rechtsquelle des römischen Rechts gewandt hatte, kann das Recht kaum ein Produkt der Spekulation eines staatlichen Gesetzgebers sein. Nicht durch die philosophische Spekulation einzelner Menschen, sondern durch das gründliche Quellenstudium insbesondere der Digesten, das für einen Gelehrten

²⁴ Rückert, Idealismus, S. 303ff.

allein unmöglich war, daher notwendigerweise das Zusammenwirken mehrerer Gelehrten gefördert hatte, solle das Recht gefunden werden. Mit dem Fortschritt der Forschung findet man das bessere Recht. Diese Idee des Juristen - oder wissenschaftlichen Rechts, zu der Savigny gleich nach der Abwendung von der Philosophie hin zum Quellenstudium gekommen war, durchzieht sich von der „Methodologie“ bis „Beruf“²⁵ und sogar durch seine ganzen Werke.

(4) Entwicklung von Savigny zur Pandektistik und Kodifikation des BGB

1814 hat Savigny sich der Kodifikation des staatlichen Gesetzgebers entgegengesetzt. Das Recht soll nicht vom staatlichen Gesetzgeber planmäßig, d. h. aus der philosophischen Spekulation heraus dem Volk vorgelgt werden, sondern es soll von den gelehrten Juristen durch Zusammenwirken ihrer geschichtswissenschaftlichen Forschungen gefunden werden. Durch solche wissenschaftlichen Tätigkeiten soll ein sich immer besser entwickelndes Recht gefunden werden. Somit wird das Recht allmählich fortgebildet. Es ist deswegen unmöglich, daß ein Gesetzgeber allmöglichen Fälle einmal voraussehen und für alle diese im Gesetzbuch Regeln vorschreibt. Daher sollen mit der Rechtsfindung und der Rechtsfortbildung notwendigerweise besser gelehrte Juristen im Zusammenwirken mit anderen Gelehrten beauftragt werden. Dies war nach Jakobs die Idee der geschichtlichen Rechtswissenschaft.

Pandektisten nach Savigny, so z. B. Bernhard Windscheid, haben sich einerseits als Anhänger und Nachfolger der geschichtlichen Rechtsschule Savignys bekannt. Andererseits hatte Windscheid in der 2.

²⁵ Jakobs, Begründung, S. 277.

Hälfte des 19. Jahrhunderts die Kodifikation des BGB unterstützt, sogar selbst dazu beigetragen. Savigny hatte Gesetzgebung und Wissenschaft gegenübergestellt. Windscheid sagte jedoch, „Wäre ich vor die Wahl gestellt, ob ich das Gesetzbuch haben wolle oder die Pandekten, ob ich das Gesetzbuch erkaufen wolle durch Verzicht auf die Theilnahme an der Rechtsarbeit der Jahrhunderte, ja Jahrtausende, deren Früchte in dem, was wir heutzutage die Pandekten nennen, aufgespeichert da liegen: Aber das ist eben die Alternative nicht. Wir wollen das Gesetzbuch haben und die Rechtsarbeit der Jahrhunderte auch; dafür wollen wir als echte historische Juristen sorgen. Als historische Juristen wissen wir, daß das Gesetzbuch nichts sein wird, als ein Punkt in der Entwicklung, faßbarer gewiß als die Wasserwelle im Strome, aber doch nur eine Welle im Strome“²⁶. Diejenigen Juristen, die römisches Recht geschichtlich erforschen, sollten sich auch auf die Kodifikation vorbereiten. Dies war die Strategie Windscheids. Es ist besonders zu bemerken, wie sich Wissenschaft und Kodifikation bei dieser Konzeption verhalten. Es ist dabei nicht so, daß zuerst die Kodifikation existiert und die Rechtswissenschaft diese interpretieren soll, sondern es ist umgekehrt. Zuerst ist da die Rechtswissenschaft, und sie gibt die Grundlage zur Kodifikation. Noch genauer gesagt, ist Kodifikation nichts anderes als Aufzeichnung der damals geltenden wissenschaftlichen Rechte. Daher können die Gesetzesvorschriften auch nach der Kodifikation keine ausschließliche Rechtsquelle sein. Das wissenschaftliche Recht, das in der Kodifikation aufgenommen wurde, bleibt auch nach wie vor immer bestehen. Daher soll, die Wissenschaft

²⁶ Bernhard Windscheid, Die geschichtliche Schule in der Rechtswissenschaft (1878), in: *Opuscula Juridica*. Sammelausgaben seltner und bisher nicht selbständig erschienener rechtswissenschaftlicher Arbeiten, Bd. 2, Bernhard Windscheid, Kleine Schriften, Reden und Rezensionen Teil II (1859-1892) S. 223.

weiterhin berücksichtigt werden, wenn in der Kodifikation Lücken gefunden werden. Windscheid sagte „Wir wissen, daß nicht wenige der Sätze, welche das Gesetzbuch enthalten wird, unvollkommen sein werden aus keinem anderen Grunde, als weil die Lehre noch unvollkommen war, welche der Gesetzgeber empfangen hat, und daß auch die Verbesserung des Gesetzbuchs zur wesentlichen Grundlage haben muß das Zurückgehen auf jene Lehre und ihre Vergleichung mit den Resultaten der inzwischen fortgeschrittenen Wissenschaft“²⁷.

Diese Idee der Herrschaft der Rechtswissenschaft, die selbstverständlich aus der Konzeption des wissenschaftlichen Rechts Savignys entstammt, hatte auch die Grundeinstellung der Gesetzgeber des BGB festgelegt. Es ist bekannt, daß der Gesetzgeber des BGB hinsichtlich verschiedener Probleme nicht selbst Regelungen definierte, sondern dies der Jurisprudenz überlassen hatte²⁸.

IV. Diskursive Ansätze bei Savigny? Ein Beitrag zur Diskussion über die Bedeutung Savignys für uns

(1) Fragestellung und deren Hintergrund

Ausgehend vom Savigny-Bild Rückerts über die Antithese von Jakobs, zu der Nörr den Anstoß gegeben hatte, wird oben ein Überblick über den Stand der Savigny-Forschung gegeben. Damit ist klar geworden, daß dies einer der wichtigsten Punkte der Diskussion darüber ist, ob Savigny für uns am Ende des 20. Jahrhunderts noch

²⁷ Windscheid, a. a. O., S. 224.

²⁸ Jakobs, Wissenschaft und Gesetzgebung im bürgerlichen Recht nach der Rechtsquellenlehre des 19. Jahrhundert (1983) S. 101ff., S. 146.

Bedeutung hat. Diese Problematik soll nun näher untersucht werden, und zwar vom Standpunkt der japanischen Rechtstheorie aus.

Das Hauptthema hierbei ist, aus der Perspektive der Diskurstheorie und im Vergleich mit dem Rechtsverständnis von Jürgen Habermas, die Rechtsquellenlehre Savignys, insbesondere seine Konzeption des wissenschaftlichen Rechts näher zu betrachten. Es interessiert zur Zeit einige Zivilrechtler der jüngeren Generation in Japan, aus der Sicht von „Diskurs“ oder „Argumentation“ die Zivilrechtsmethodik neu aufzubauen. Dies ist der Hintergrund auch dafür, hier aus der diskursiven Perspektive die Rechtsquellenlehre Savignys zu betrachten, und sich dadurch mit der Fragestellung auseinanderzusetzen, ob Savigny für uns aktuell ist.

(2) Diskursive Ansätze bei Savigny?

Man kann bei Savigny verschiedene Texte finden, die gewissermaßen diskursive Ansätze zeigen. Z. B. im „System des heutigen römischen Rechts“, Bd. I (1840) empfiehlt Savigny dem Richter, denjenigen Rechtslehrern, die Autorität besitzen, zu folgen. Damit werde Rechtssicherheit garantiert, weil es für den einzelnen Richter unmöglich sei, selbst alle Rechtsquellen umfassend zu studieren, und damit ein Urteil zu fällen. Hier ist aber zu berücksichtigen, was Savigny über das „Verfahren“ gesagt hat, eine wissenschaftliche Ansicht zu einer der selbständigen Rechtsquelle ähnlichen Autorität zu steigern. „Woran nun das Daseyn einer solchen wahren und guten Autorität zu erkennen ist, das läßt sich freylich nicht durch eine äußere, formelle Regel bestimmen. Alles hängt vielmehr davon ab, daß diejenigen Rechtslehrer, die im Ruf besonnener und gründlicher Forschung stehen, in einer solchen Meynung übereinstimmen, daß also von Keinem der-

selben ein scheinbar bedeutender, mit Gründen unterstützter Widerspruch fordauernd erhoben worden ist. Natürlich wird dieses nur angenommen werden können, wenn die neue Meynung einige Zeit hindurch Gegenstand der öffentlichen Prüfung war, obgleich es Niemand unternehmen wird, dafür eine bestimmte Zahl von Jahren festzustellen²⁹. Hier handelt es sich um die Bedingungen einer „wohlbegründeten Herrschaft“ der Wissenschaft, die Bedingungen für das Dasein einer „wahren und guten Autorität“. Die Regel lautet: Diejenigen Rechtslehrer, „die im Ruf besonnener und gründlicher Forschung stehen“, sollen in einer Meinung übereinstimmen, nachdem diese Meinung zum Gegenstand der öffentlichen Prüfung gemacht wurde.

Zum Vergleich wird ein Text aus Habermas zitiert. „Der Begriff des Arguments ist von Haus aus pragmatischer Natur: was ein ‚guter Grund‘ ist, zeigt sich erst an der Rolle, die er innerhalb eines Argumentationsspiels hat, d. h. an dem Beitrag, den er nach den Regeln dieses Spiels für die Entscheidung der Frage leistet, ob ein strittiger Geltungsanspruch akzeptiert werden darf oder nicht“³⁰. Im Vergleich dazu kann man sagen, daß Savigny hier auf der pragmatischen Ebene der wissenschaftlichen Argumentation steht und die Regel des Sprachspiels: der Wissenschaft zeigt.

Im „Beruf“, wo Savigny sich gegen die Gesetzgebung gestellt hat, findet man auch einige diskursive Texte. Z. B. wehrt sich Savigny hier gegen die Meinung, daß die Gesetzgebung gerade für die Entscheidung wissenschaftlicher Kontroversen notwendig sei, damit ein Übelstand beseitigt werde. „Diese Controverse indessen wäre vielleicht besser in

²⁹ Savigny, System Bd. I, S. 89.

³⁰ Jürgen Habermas, Faktizität und Geltung. Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats (1992) S. 279.

Form provisorischer Verfügungen oder Anweisungen an die Gerichte zu entscheiden, als durch eigentliche Gesetze, indem durch jene der möglichen besseren Ergründung durch Theorie weniger vorgegriffen würde“³¹. Die Stellungnahme Savignys sollte m. E. wie folgt interpretiert werden: In die Autonomie der wissenschaftlichen Argumentation sollte nicht von außen interveniert werden. Die Entscheidung der wissenschaftlichen Argumentation hängt nur davon ab, welche Ansichten am besten oder besser theoretisch fundiert werden und daher akzeptierbar sind. Diese Stellungnahme scheint auch diskursiv zu sein.

(3) Ist Savigny für uns noch aktuell?

Wenn Savignys Konzeption des wissenschaftlichen Rechts solche diskursive Dimensionen zeigt und man Savignys Rechtsquellenlehre insoweit diskurstheoretisch rechtfertigen kann, bedeutet dies, daß Savigny aus dieser Perspektive noch Bedeutung für die Gegenwart hat? Die Antwort darauf scheint aber eher negativ zu sein. Für Savignys Verständnis des wissenschaftlichen Rechts argumentieren nur die elitären Juristen. Es ist allerdings dem Publikum ausgeschlossen. Diese Idee scheint, in unserer sich immer weiter öffnenden Gesellschaft am Ende des 20. Jahrhunderts nur schwerlich Unterstützung zu finden. Die akademische Idee von Savignys Rechtswissenschaft konnte schon in der 2. Hälfte des 19. Jahrhunderts kaum noch erhalten werden, wie Sandström dies veranschaulichte (oben II. (2)). Außerdem ist die Gesetzgebungsfeindlichkeit Savignys kein passender Gedanke für unsere Zeit, weil es in unserer Gesellschaft die wichtigste Aufgabe des

³¹ Hattenhauer, Thibaut und Savigny, S. 175.

Gesetzgebers ist, stets neu sich ergebende Probleme legislatorisch zu lösen.

Allerdings kann, wenn einerseits die legitim erlassenen Gesetze die Kommunikation der Lebenswelt nicht erschöpfen können, und wenn andererseits der Diskurs der Juristen auch zur Kommunikation mit Rechtslaien geöffnet ist, nur unter diesen Bedingungen Savignys Konzeption des wissenschaftlichen Rechts, das dem Diskurs der Gelehrten gegenüber dem Gesetzgeber den Vorzug gibt, noch eine Bedeutung für uns haben.

V. „Auflockerung“ des traditionellen Bildes der sogenannten „Begriffsjurisprudenz“

Nach der neuen Entwicklung der Savigny - Forschung wird sich hier der Pandektistik - Forschung in Deutschland genähert, die sich auch in den 1980er Jahren, ein wenig später als die Savigny - Forschung und davon gefördert, neu entwickelt hat. Es ist dabei auffallend, daß das traditionelle Bild der sogenannten „Begriffsjurisprudenz“ aufgelockert wird.

(1) Die Savigny - Forschung und die „Auflockerung“ des Bildes Begriffsjurisprudenz

Wie oben unter I gesagt wurde, hatte Savigny im „Beruf“ über die Denkweise des römischen Juristen folgendes geschrieben, „Darum eben hat ihr ganzes Verfahren eine Sicherheit, wie sie sich sonst außer der Mathematik nicht findet, und man kann ohne Übertreibung sagen, daß

sie mit ihren Begriffen rechnen“³². Es wurde gesagt, dies sei schon ein Ansatz zur „Begriffsjurisprudenz“. Aber Rückert äußert im Zusammenhang damit: „Entscheidend war ihm also nicht etwa die naive Hoffnung, wirklich mit juristischen Begriffen zu rechnen, sondern eine Sicherheit des Verfahrens wie in der Mathematik“³³. Rückert setzt Savigny in den Zeitgeist der objektiv idealistischen Tendenz, die über Kant hinauskommen möchte. Im Kontext des objektiven Idealismus wird Savignys Bekenntnis der Begriffe und Mathematik so relativiert, daß dabei nicht wörtlich daran gedacht wurde, wirklich in juristischen Entscheidungen wie im Falle der Mathematik zu rechnen. Auch Jakobs, für den die Konzeption des wissenschaftlichen Rechts die Hauptfigur angefangen bei Savigny über die Pandektistik, ja sogar bis zu deutschen BGB ist, gibt einen wichtigen Anstoß zur Auflockerung des traditionellen Bildes der Begriffsjurisprudenz. Nach Jakobs wurde die Rechtsfindung und Rechtsfortbildung, von Savigny durch Pandektistik bis zum BGB durchaus, dem gelehrten Juristen Überlassen, der wissenschaftlich dafür geschult ist, einerseits immer mit wissenschaftlicher Begründung die Sicherheit des Rechts beachtend, andererseits die Realität der Gesellschaft berücksichtigend das Recht wissenschaftlich fortzubilden, sogar ein neues Recht zu finden. Dieser Vorstellung der Jurisprudenz ist es fremd, den Richter nur als Subsumtionsautomat anzusehen³⁴.

(2) *Freie Auslegung schon im 19. Jahrhundert?*

Hier sollen zunächst Jan Schröder und Regina Ogorek die Tendenz-

³² Siehe oben Anm. 1.

³² Rückert, *Idealismus*, S. 375.

³⁴ Jakobs, *Wissenschaft*, S. 149.

wende der Pandektistik - Forschung in den 1980er Jahren repräsentieren lassen. Beide haben trotz eines wichtigen Meinungsunterschieds die Vorstellung gelockert, die Auslegung sei im 19. Jahrhundert stets gebunden gewesen, dem Richter sei keine Freiheit der Auslegung eingeräumt worden.

Jan Schröder³⁵ sagt, in der 2. Hälfte des 19. Jahrhunderts wurde die Auslegung von der Bindung an den Willen des Gesetzgebers befreit. Was die Auslegung aufklären mußte, war schon damals nicht mehr der subjektive Wille des Gesetzgebers, sondern die objektive Bedeutung des Gesetzestextes. Die Auslegung wurde noch nicht vom Gesetz selbst befreit, wie bei der Freirechtslehre oder der Interessenjurusprudenz. Allerdings sollte und konnte die Auslegung die objektive Bedeutung des Gesetzes frei vom Gesetzgeberwillen aufklären. Insoweit wurde die Freiheit der Auslegung anerkannt. Als Vertreter der objektiven Auslegungstheorie werden Windscheid oder Dernburg angeführt. Windscheid sagte, Auslegung soll „hinter dem Sinne, welchen der Gesetzgeber hat ausdrücken sollen, dessen eigentlichen Gedanken hervorziehen“³⁶. Dernburg meinte, „Die Interpretation hat die Aufgabe, die Folgesätze aus den im Gesetz niedergelegten Gedanken zu ziehen, auch wenn sie der Gesetzgeber selbst beim Erlaß des Gesetzes nicht durchgedacht haben sollte“³⁷. Insoweit muß die traditionelle Vorstellung korrigiert werden, nach der die Auslegung im ganzen 19. Jahrhundert an den Gesetzen gebunden gewesen sei, weil die Willkür des Richters, der nur „Mund des Gesetzes“ sein sollte, soweit wie möglich, ausgeschlossen werden sollte. Nach Schröder war die objektive Auslegungstheorie, die den Ausleger von der Gebundenheit an den subjek-

³⁵ Jan Schröder, Gesetzesauslegung und Gesetzesumgehung (1985).

³⁶ Windscheid, Lehrbuch des Pandektenrechts 1. Bd. 6. Aufl. (1887) § 21, S. 58.

³⁷ Heinrich Dernburg, Pandekten 1. Bd. 3. Aufl. (1892) S. 79.

tiven Gesetzgeberwillen befreit hatte, von der Hermeneutik derselben Zeit beeinflußt. Die Hermeneutik hatte mit dem Konzept des „Verstehens“ die Selbständigkeit der Geisteswissenschaften gegenüber der Naturwissenschaften deutlich gemacht. Nach der Hermeneutik soll ein Werk nicht nur das Produkt eines bestimmten Verfassers sein, sondern darin wirkten die objektiven Zusammenhänge der Zeit des Verfassers. Schröder bemerkt die Verwandtschaft der objektiven Auslegungstheorie, nach der die Auslegung „hinter dem Sinne, welchen der Gesetzgeber hat ausdrücken sollen, dessen eigentlichen Gedanken hervorziehen“ soll (Windscheid), mit der Hermeneutik, die mit dem Schlagwort: „den Autor besser zu verstehen, als er sich selber verstanden hat“ (Dilthey)³⁸ gekennzeichnet wird.

Wie oben gesehen wurde, sei nach Schröder die gebundene Auslegung mit dem Zutritt der objektiven Auslegungstheorie in der 2. Hälfte des 19. Jahrhunderts zur freien Auslegung geworden. Dagegen bringt R. Ogorek³⁹ vor, daß die Auslegung im ganzen 19. Jahrhundert keine gebundene sei. In diesem Punkt steht sie zu Schröder in deutlichem Kontrast, obwohl beide das traditionelle Bild der Begriffsjurisprudenz gelockert haben.

Ogorek erwähnt ihre These mit Rücksicht darauf, daß rezipiertes römisches Recht noch im ganzen 19. Jahrhundert insbesondere im Zivilrecht als Rechtsquelle behandelt werden mußte. Dies waren alte Rechtsbücher vor eineinhalb Jahrtausenden, deren Rechtstexte allerdings eigentlich noch viel älter waren. Daher ist es leicht verständlich, daß man eine Auslegungskunst brauchte, die sich gegebenenfalls frei

³⁸ Wilhelm Dilthey, Die Entstehung der Hermeneutik, in: Wilhelm Dilthey Gesammelte Schriften, 5. Bd. 7. Aufl. (1982) S. 331.

³⁹ Regina Ogorek, Richterkönig oder Subsumtionsautomat? Zur Justiztheorie im 19. Jahrhundert (1986).

von Rechtstexten verhalten konnte, um die uralten Rechtstexte an die bürgerliche Gesellschaft des 19. Jahrhunderts anzupassen. Andererseits sollte es notwendigerweise keine Rechtssetzung, sondern nur die Auslegung des schon vorhandenen Gesetzes sein. Sonst würde es zu einer Anmaßung der Rechtssetzungsbefugnis, die eigentlich vom Landesherrn monopolisiert sein sollte. In diesem Sinne sollte die Auslegung einerseits frei und andererseits (wenigstens dem äußerlichen Schein nach) gebunden sein. Die Kunst, die die beiden kontradiktorischen Bedürfnisse befriedigte, war die „logische Auslegung (interpretatio logica)“. Zwar spricht man von „logischer“ Auslegung, aber es bedeutete keine rein formal-logische Ableitung, die wertfrei getroffen werden konnte. Mit der logischen Auslegung sollte stets abgewogen werden, ob eine Auslegung des römischen Rechts vom Standpunkt der Gegenwart des 19. Jahrhunderts angenommen werden konnte. Wenn sie annehmbar war, obwohl sie vom Gesetzestext abwich, so wurde sie als „wahrer Wille“ des Gesetzes akzeptiert. Es war dies jedoch keine Rechtssetzung, die dem Rechtsanwender verboten wurde, weil sie nur den „wahren Willen“ des Gesetzgebers an den Tag bringen würde. Die logische Auslegung war mindestens zum Teil ein freies Verfahren der Interpretation und schon in der 1. Hälfte des 19. Jahrhunderts sehr verbreitet. Es ist darauf hinzuweisen, daß Thibaut, ein bedeutender Vertreter der logischen Auslegung gesagt hatte, daß die Tätigkeit des Richters nicht mechanisiert werden sollte⁴⁰.

Savigny war zwar der logischen Auslegung kritisch gegenüber gestanden. Aber seine Konzeption des wissenschaftlichen Rechts wollte einerseits die Auslegung an das strenge wissenschaftliche Verfahren

⁴⁰ Anton Friedrich Justus Thibaut, Theorie der logischen Auslegung des römischen Rechts, 2. Aufl. (1806) S. 134.

binden, andererseits, soweit dieses wissenschaftliche Verfahren beachtet wurde, die Rechtsfortbildung zulassen. Dies war nach Ogorek dieselbe Denkweise wie die logische Auslegung. Auch dieselbe Richtung wurde bezweckt, als Windscheid im Lehrbuch des Pandektenrechts schrieb: „Es ist die edelste und höchste Aufgabe der Auslegung, in einem solchen Fall dem Gesetzgeber zu Hülfe zu kommen, und dessen ausgedrücktem Willen gegenüber seinen eigentlichen zur Geltung zu bringen“. Dabei handle die Auslegung „ganz im Sinne des Gesetzgebers, sie spricht nur aus, was derselbe selbst ausgesprochen haben würde, wenn er auf die Punkte, welche er sich nicht zum Bewußtsein gebracht hat, aufmerksam geworden wäre“⁴¹.

Ogorek versteht Puchta, dessen Jurisprudenz bis heute immer als ein typisches Beispiel der „Begriffsjurisprudenz“ erwähnt wird, auch im selben Kontext. Nach Ogorek hat Puchtas „Recht der Wissenschaft“ auch die Aufgabe, die bindende Unverbindlichkeit, oder die unverbindliche Bindung der Gesetzesauslegung aufzuklären. Dabei ist ihre Perspektive bemerkenswert. Ogorek versteht Puchtas Konzeption des wissenschaftlichen Juristenrechts prozedualisiert. Danach darf der gelehrte Richter, soweit es wissenschaftlich begründet wird, ein neues Recht vorlegen. Nach Ogorek sollte Puchtas „Recht der Wissenschaft“ nicht dadurch, daß ein Wissenschaftler im Gegensatz zum Praktiker das Recht produzieren, sondern durch das „Herstellungsverfahren“ des Rechts gekennzeichnet werden. Dies bedeutet nicht die Entmachtung des Praktikers, sondern die Rechtfertigung des Rechts der Praxis „durch eine ‚richtige‘, weil ‚wissenschaftliche‘ und deshalb kritikfeste Methode“⁴². Dies sei das reale Bild der „produktiven Jurisprudenz“

⁴¹ Windscheid, LB des Pandektenrechts 1. Bd. 6. Aufl. (1887) § 22, S. 60.

⁴² Ogorek, a. a. O., S. 203.

Puchtas gewesen.

(4) Korrigieren der Bilder einzelner Begriffsjuristen wie Windscheid, Puchta und Dernburg

Nicht nur im Zusammenhang mit der Auslegungstheorie im allgemeinen, sondern auch mit Gedanken und Arbeiten einzelner Pandektisten werden neuerlich die traditionellen Vorstellungen der Begriffsjurisprudenz aufgelockert.

Schon in den 1970er Jahren hat Werner Schubert⁴³ mit neuen Quellen gezeigt, daß die Denkweise Windscheids nicht so eng war, wie man sich mit dem Bild des Begriffsjuristen vorgestellt hatte. Z. B. sollten die Probleme, über die die Rechtslehre nun diskutierte, nach der Ansicht Windscheids, wie man aus den Protokollen der 1. Kommission zum BGB erfahren kann, besser nicht im Gesetzbuch entschieden werden. Die autonome wissenschaftliche Diskussion dürfe nicht von der Gesetzgebung beeinträchtigt werden. Wer solches sagt, kann kaum Gesetzespositivist gewesen sein.

Auch im Brief an Planck vom 14.1.1885⁴⁴ schrieb Windscheid in bezug auf den Beschluß der 1. Kommission darüber, inwieweit gutgläubiger Enwerb anerkannt werden sollte, daß es „keine juristische, sondern eine Verkehrsfrage“ sei und begrüßte den Beschluß. Es ist überraschend,

⁴³ Werner Schubert, Windscheid und das Bereicherungsrecht des 1. Entwurfs des BGB, Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte, Romanistische Abteilung 92. Bd. (1975); derselbe, Zur Edition unveröffentlichter Materialien zum BGB. Zugleich ein Beitrag zur Entstehungsgeschichte des § 119 BGB, Archiv für civilistische Praxis 175 (1975).

⁴⁴ Windscheids Briefe an Planck und seine für Planck bestimmten Stellungnahmen zum Schuldrechtssystem und zum Besitzrecht der 1. BGB-Kommission, ZRG. Rom. Abt. 95 (1978) S. 302.

daß dies ausgerechnet von Windscheid 1885 geschrieben wurde. Windscheid hatte selbst bei einer Rede im Jahr davor, an der man die Vorstellung Windscheids als Begriffsjuristen immer festgehalten hatte, folgendes kundgetan: „Die Gesetzgebung steht auf hoher Warte; sie beruht in zahlreichen Fällen auf ethischen, politischen, volkswirtschaftlichen Erwägungen, oder auf einer Combination dieser Erwägungen, welche nicht Sache des Juristen als solchen sind“⁴⁵.

1989 hat Ulrich Falk⁴⁶ eine wichtige Windscheid-Forschungsarbeit veröffentlicht, durch die diese Tendenz noch deutlicher geworden ist. Falk prüft verschiedene dogmatische Äußerungen Windscheids. Z. B. wird ein Problem des Gefahrübergangs erwähnt. Es handelte sich darum, daß V absichtlich oder nachlässig, dieselbe Sache zweimal an K₁ und K₂ verkauft hatte, danach war die Sache zufälligerweise untergegangen. Nach dem gemeinen Recht, im Gegensatz zum § 446 BGB, trägt der Käufer sofort nach dem Vertragsabschluß die Gefahr. Wenn man diese Regel formell auf diesen Fall anwenden würde, sollte K₁ und K₂ die Verkaufssumme bezahlen, d. h. V dürfte die Preise von beiden empfangen. Zu diesem öfter diskutierten Fall sagte Windscheid allerdings: „Der Verkäufer kann sich nach dem zweiten Verkauf dem ersten Käufer gegenüber auf den mit ihm abgeschlossenen Kaufvertrag gewiß dann nicht berufen, wenn in dem zweiten Verkauf eine Arglist gegen den ersten Käufer lag. Er kann es aber auch dann nicht, wenn er ohne Arglist zum zweiten Mal verkauft hat, etwa in der berechtigten Erwartung, der erste Käufer werde ihn loslassen, oder in der irrigen

⁴⁵ Windscheid, Rede des antretenden Rektors, in: Rektorwechsel an der Universität Leipzig am 31. Oktober 1884, Leipzig 1884, a. a. O., siehe Anm. 26, S. 443.

⁴⁶ Ulrich Falk, Ein Gelehrter wie Windscheid. Erkundungen auf den Feldern der sogenannten Begriffsjurisprudenz (1989).

Annahme, der erste Kaufvertrag sei nichtig, oder in Vergessenheit des ersten Kaufes. ... es wäre gegen die bona fides, wenn er sich auf den Abschluß eines Kaufvertrages berufen wollte, den er selbst als nicht abgeschlossen behandelt hat“⁴⁷. Es ist überraschend, daß der Pandektist, den man für einen typischen Begriffsjuristen gehalten hatte, den Fall so gelöst hatte. Auch sagte Windscheid unerwartet: „Die Verpflichtungen aus dem Kaufvertrage stehen unter freiem richterlichen Ermessens, dessen Grundlage auch hier neben den Verabredungen der Parteien die allgemeine und besondere Absicht des Geschäfts bildet“⁴⁸. In Rücksicht auf „bona fides“, die nach Windscheid das Vertragsverhältnis beherrschen sollte, wurde vermutlich auch die Entscheidung abgeleitet, daß V nicht 2 mal die Verkaufssumme empfangen konnte. Das Fazit Falks lautet: Windscheid bot „ein elastisches Instrument“, damit man sich die dogmatische Begründung oder Legitimation gegebenenfalls sogar sparen konnte. Außerdem untersucht Falk verschiedene derartige Beispiele, wie die Forderungsabtretung, die Frage, ob Kauf Miete bricht, usw.

Auch die Dissertation über Windscheid von Jürgen Ober⁴⁹ orientiert sich nach derselbem Richtung. Er untersucht die Einstellung Windscheids gegenüber der römischen Rechtsquelle genauer und sagt, daß seine Einstellung von den jeweiligen Situationen abhängig sei, daher könne man ihn schlecht als einfach als reaktionär oder progressiv einschätzen.

⁴⁷ Windscheid, Lehrbuch des Pandektenrechts 2. Bd. 7. Aufl. (1891) § 390, Anm. 17, S. 426f.

⁴⁸ Windscheid, a. a. O., § 389, S. 414.

⁴⁹ Jürgen Ober, Bernhard Windscheid und die Reinigung des römischen Rechts. Diss. Köln (1889).

Die neue Dernburg - Forschung von Werner Süß⁵⁰ folgt auch derselben Tendenz. Er untersucht mit verschiedenen Dokumenten Dernburgs Lebenslauf und seine Einstellungen zu verschiedenen dogmatischen Problemen. Süß sagt: „Er war ein praktischer Rechtslehrer, der ‚ethische, politische und volkswirtschaftliche Überlegungen‘ durchaus ‚als die Sache des Juristen als solchen‘ angesehen hat“.

Das neue Puchta - Bild, das von Peter Landau⁵¹ entworfen wird, darf ebenfalls nicht übersehen werden. Nach der Interpretation von Landau setzte Puchta sich gegen die Neigung seiner Zeit, die von der Philosophie Hegels beeinflusst wurde, und dabei hatte Aristoteles ihm die Grundlage gegeben. Landau liest in Puchta die Jurisprudenz, der die aristotelische Billigkeit oder Wohlfahrt innewohnen, die die teleologischen Abwägungen nicht unbedingt ausschlossen.

(5) Zusammenfassung - Was ist der Grund für die Tendenzwende?

Diese neue Tendenz der Pandektistik - Forschung, die das Bild der Begriffsjurisprudenz erschüttert, scheint in Deutschland akzeptiert zu werden⁵². Woher kommt denn die Auflockerung der traditionellen Vorstellung der Begriffsjurisprudenz, die zum Teil auch von der neuen Entwicklung in der Savigny - Forschung ausgelöst ist? Im Zusammenhang damit sind m. E. vier Punkte zu erwähnen.

⁵⁰ Werner Süß, Heinrich Dernburg - Ein SpätPandektist im Kaiserreich. Leben und Werk (1991).

⁵¹ Peter Landau, Puchta und Aristoteles. Überlegungen zu den philosophischen Grundlagen der historischen Schule und zur Methode Puchtas als Zivilrechtsdogmatiker, ZRG. Rom. Abt. 109 (1992).

⁵² Z. B. Helmut Coing, Europäisches Privatrecht Bd. II, 19. Jahrhundert, Überblick über die Entwicklung des Privatrechts in den ehemals gemeinrechtlichen Ländern (1989) S. 51, Anm. 39 sagt, Falk zitierend, Windscheid „kann nicht als strikter Positivist angesehen werden“.

1) Neue Quellen sind gefunden oder zugänglich gemacht worden. Außer dem Nachlaß Savignys, der die Savigny-Forschung auf einer neuen Ebene entwickeln läßt und den Blick auf das reale Bild Savignys gerichtet hat, hatte Schubert die Protokolle der 1. Kommission des BGB oder die Briefe ausgemacht sowie editiert und damit das reale Bild der Arbeit und des Denkens Windscheids ermittelt. Dies alles war Anlaß für die Tendenzwende der Pandektistik-Forschung.

2) Kann man nicht sagen, das traditionelle Bild der Begriffsjurisprudenz sei ein teilweise übertriebenes „Feindbild“ von Seiten der Interessenjurisprudenz oder Freirechtslehre gewesen? Allerdings sind wir nun langsam von diesem Bann des „Feindbildes“ freigekommen. Wahrscheinlich suchen wir nun eine neue Ansicht der Jurisprudenz, jenseits des schon veralteten Gegensatzes zwischen der Interessenjurisprudenz oder Freirechtslehre und der Begriffsjurisprudenz.

3) Der dritte Punkt betrifft den Zusammenhang mit dem nationalsozialistischen Recht. Die Betrachtungsweise, daß der Positivismus die nationalsozialistische Rechtsordnung unterstützt habe, hatte sich abgelöst, oder wurde wenigstens erschüttert, seit Bernd Rüthers „Die unbegrenzte Auslegung“ (1968). Dies bedeutet, der Positivismus, dessen Vertreter selbstverständlich Windscheid, Puchta usw. waren, muß nicht unbedingt immer als zu sehr verneinend angesehen werden. Dies kann auch ein Grund dafür sein, warum man nun anfängt, den Blick z. B. auf das reale Bild eines „Positivisten“ wie Windscheid zu werfen.

4) Das modernste Rechtsverständnis z. B. aus der Perspektive der Diskurs- oder Systemtheorie kann die neue Seite der Zivilistik des 19. Jahrhunderts erleuchten. Diese neuesten Perspektiven können gegebenenfalls einige neue Seiten der Zivilistik des 19. Jahrhunderts herausfinden, die uns Ansatzpunkte geben würden, um die neue

Methodik aufzubauen. Z. B. sagt Habermas über das „wissenschaftliche Recht“ Puchtas, es ziehe eine vom Recht des Staates unabhängige Autorität „aus den Argumenten einer wissenschaftlich verfahrenen Jurisprudenz“. Er sieht hier die Möglichkeit der Rechtstheorie, „die ... die legitimierenden Gründen der Legalität auf die in den juristischen Diskurs eingebaute Verfahrensrationalität zurückführt“⁵³. Falk behauptet, Luhmann anführend, daß für den Absolventen der juristischen Fakultät am Ende des 19. Jahrhunderts „Begriffsjurisprudenz“ nicht besonders abwegig scheine, weil er die Informationsleistung, die Speicherungsfunktion, den Kontrollwert des Systems usw. kennengelernt hat⁵⁴.

VI. Zum Verständnis der Systematik der modernen Zivilistik

(1) Über das sogenannte moderne Pandekten - System

Im deutschen BGB werden die Vorschriften in 5 Bücher aufgeteilt und systematisch zusammengestellt, d. h. der Allgemeine Teil, das Schuldrecht, Sachenrecht, Familienrecht und Erbrecht. Das ist das „moderne Pandekten - System“, dem auch das japanische ZGB von 1896 nachgefolgt ist. Die Entstehung und Charakteristik dieses Systems ist Thema hier.

Warum spricht man vom „Pandekten - System“, während in den Pandekten, d. i. im wichtigsten Teil des Corpus juris civilis es ganz anders angeordnet ist? Eigentlich ist dies kein System in Pandekten, sondern es heißt so, weil die deutsche Jurisprudenz, die seit der Rezeption

⁵³ Habermas, a. a. O., S. 595.

⁵⁴ Falk, a. a. O., S. 18.

des römischen Rechts in Deutschland sich hauptsächlich mit Pandekten beschäftigt hatte, so daß sie schließlich Pandekten-Wissenschaft genannt wurde, diese Anordnung des Zivilrechts vollendet hatte. In diesem Sinne ist die Problematik des modernen Pandektensystems auch eine Seite der Wissenschaftlichkeit des deutschen Rechts.

Woher und wie war denn das moderne Pandektensystem entstanden? Die Methode, gemeinsame Regeln immer auszuklammern, und vor die konkreten Regeln zu stellen wie im allgemeinen Teil, stammt aus der Naturrechtslehre, die immer nach über konkreten Regeln geltende allgemeine Prinzipien gesucht hatte. Die Gegenüberstellung des Sachen- und Schuldrechts kommt aus dem Prinzip des römischen Rechts, nach dem die *actio in rem* und *in personam* immer getrennt wurden. Daß das Familienrecht und Erbrecht, d. h. die Rechtsregeln über die Familie, ganz am Ende des Systems angelegt wurden, lag auch am Einfluß der Naturrechtslehre. Nach der Naturrechtslehre soll das System immer mit dem einfachsten Begriff z. B. mit dem Willen des Einzelnen anfangen. Dann wird zur immer komplizierteren Begriffen wie dem Vertrag, der Familie, der Bürgergesellschaft, dem Staat und der internationalen Gesellschaft aufgestiegen. Davon beeinflußt, steigt auch man im modernen Pandektensystem vom Recht der einzelnen Person zum Recht der Familie auf⁵⁵.

Das moderne Pandektensystem hat einen deutlichen wissenschaftlichen Charakter, weil man in ihm die Einwirkungen der Naturrechtslehre und vom in Deutschland rezipierten, dann wissenschaftlich untersuchten römischen Recht sieht. Es war dies eigentlich die Anordnung der Pandekten-Lehrbücher. Unter der Herrschaft des Wissenschaftlichen Rechts, in welchem nicht die Wis-

⁵⁵ Andreas B. Schwarz, Zur Entstehung des modernen Pandektensystems, ZRG. Rom. Abt. 42 (1921).

senschaft das Gesetzbuch interpretieren sollte, sondern die Wissenschaft das Gesetzbuch produzierte, war es ganz natürlich, daß deren Anordnung aus der damaligen Rechtswissenschaft ins Gesetzbuch aufgenommen wurde.

Die Wissenschaftlichkeit des modernen Pandekten-Systems ist der Schlüssel dafür, warum es mit der deutschen Rechtswissenschaft in deren Blütezeit ins Ausland mitgeteilt wurde. Blütezeit der Pandekten-Wissenschaft bedeutet, daß damals die allgemeingültigen Regeln und deren systematische Anordnung wissenschaftlich ausgearbeitet wurden. Alles war so vollständig raffiniert ausgearbeitet, daß man es im Ausland, auf einer anderen kulturellen Grundlagen, wie z. B. in Japan leicht rezipieren konnte.

Die deutsche Rechtswissenschaft wurde in ihrer Blütezeit nicht nur in Japan aufgenommen. Die Forschungen von Lars Björne⁵⁶ haben in den 80er Jahren einen ähnlichen Zusammenhang der wissenschaftlichen Rezeption des deutschen Rechts in den nordischen Ländern veranschaulicht. Es ist allerdings vom Standpunkt des japanischen Rechts, wo z. B. die klare Trennung zwischen Sachen- und Schuldrecht aus der deutschen Pandektistik des 19. Jahrhunderts rezipiert wurde, die Bemerkung von Björne sehr interessant, daß die Trennung beider Rechte als ein Teil des modernen Pandekten-Systems in nordischen Ländern aufgenommen wurde, aber dies nicht so streng wie in Deutschland ausgeführt wurde. Die Trennung beider Rechte sei in den nordischen Ländern nur als wissenschaftliche Klassifikation angesehen, die eigentlich aus fremdem Recht rezipiert wurde. Auch die metaphysische Atmosphäre ist den nordischen Ländern fremd. Zwar wurde das Konzept des Systems rezipiert, aber es war nicht metaphysisch gerecht-

⁵⁶ Lars Björne, Deutsche Rechtssysteme im 18. und 19. Jahrhundert (1984); derselbe, Nordische Rechtssysteme (1987).

fertigt wie das „innere System“ in Deutschland. Daher durfte man gegebenenfalls davon abweichen. Die heimischen Gesetzgebungen waren nicht immer genau dieser Klassifikation entsprechend verfaßt. Daher wurde z. B. das Mischgebilde des Sachen- und Schuldrechts nicht unbedingt ausgeschlossen.

(2) Über die klare Trennung des Sachen- und Schuldrechts insbesondere bei Savigny

Die klare Trennung des Sachen- und Schuldrechts ist für Savigny eines der wichtigsten Strukturelemente des Vermögensrechts. Über diese Problematik neu nachzudenken, und zwar auf der Ebene der neuesten Entwicklungen der Savigny- bzw. Pandektistik-Forschung ist das letzte Thema dieser Arbeit.

Die Trennung beider Rechte scheint bei Savigny auf den ersten Blick sehr streng konstruiert zu sein. Savigny sagt, „Und so erscheinen uns, in bloß logischer Betrachtung der aufgeworfenen Frage, drey Hauptgegenstände der Willensherrschaft: die eigenen Person, die unfreye Natur, fremde Personen; hiernach würden, wie es scheint, drey Hauptarten aller Rechtsverhältnisse angenommen werden müssen“⁵⁷. Dabei kann die eigene Person aber kein Gegenstand des selbständigen Rechtsverhältnisses sein, weil dies die Basis aller Rechte ist, die deshalb nicht zuletzt vom positiven Recht anerkannt zu werden braucht. Daher sind die noch verbleibenden Gegenstände der Rechtsverhältnisse die unfreie Natur und die fremde Person, woraus Savigny den Unterschied zwischen Sachen- und Schuldrechten ableitet⁵⁸.

Die Trennung beider Rechte ist, die bei Savigny wie oben „logisch“

⁵⁷ Savigny, System Bd. I, S. 334f.

⁵⁸ Savigny, a. a. O., S. 336ff.

gerechtfertigt wird, und schon im „Beruf“ den Maßstab bildete, nach dem Savigny die Vollkommenheit der Gesetzgebungen wie des preußischen ALR, des österreichischen ABGB und des französischen Code Civil bewertete⁵⁹, andererseits nicht immer so streng durchgeführt. Z. B. sagt Savigny: „Auf den ersten Blick scheint das Verhältnis der angegebenen beiden Theile des Vermögensrechts zu einander schon durch ihren bloßen Gegenstand so unabänderlich bestimmt, daß es überall in derselben Weise gefunden werden müßte. Bey genauerer Betrachtung aber zeigt sich hierin vielmehr ein sehr freyer Spielraum für mannichfaltige Bestimmungen des positiven Rechts verschiedener Völker“⁶⁰. Ferner, „Was die Gränzscheidung betrifft, so giebt es allerdings einige äußerste Punkte, bey welchen die besondere Natur des einen oder des andern Rechtstheils ganz unverkennbar ist: so auf der einen Seite das strenge Eigenthum mit unbeschränkter Vindication, auf der anderen Seite der Dienstbotenvertrag und das Mandat. Allein zwischen diesen liegt eine natürliche Annäherung, ja ein allmählicher Übergang, darin, daß die meisten und wichtigsten Obligationen darauf abzuwecken, durch fremde Handlungen ein dingliches Recht, oder wenigstens die Ausübung und den Genuß eines solchen, zu erlangen“⁶¹. Im Zusammenhang damit erwähnt Savigny als konkretes Beispiel das jus ad rem im preußischen Recht. Fazit: Savigny trennt das Sachen- und Schuldrecht. Allerdings ist dies nicht so allgemeingültig, daß dies überall formal-logisch anerkannt werden sollte. Sondern in den jeweiligen konkreten Rechtsordnungen können Ausnahmen anerkannt werden. Auch Savigny übersieht es nicht, daß beide Rechte funktionsmäßig zusammenhängen können, weil meistens die Obligationen

⁵⁹ Hattenhauer, Thibaut und Savigny, S. 135, 155.

⁶⁰ Savigny, System Bd. I, S. 371f.

⁶¹ Savigny, a. a. O., S. 372.

den Erwerb des Sachenrechts oder den Erwerb der Sachnutzung bezwecken.

Diese Denkweise Savignys ist m. E. bemerkenswert. Hier wird die Denkweise Savignys im Zusammenhang mit der Konzeption der lebendigen Anschauung des Rechtsverhältnisses, Rechtsinstituts und Systems betrachtet. Die Perspektive wurde von D. Nörr entworfen⁶². Savigny sagt, „... daß selbst das Urtheil über jedes einzelne Rechte nur insofern wahr und überzeugend seyn kann, als es von der Gesamtanschauung des Rechtsverhältnisses ausgeht“⁶³. Oder „Denn auch die Rechtsregel, so wie deren Ausprägung im Gesetz, hat ihre tiefere Grundlage in der Anschauung des Rechtsinstituts, und auch dessen organische Natur zeigt sich sowohl in dem lebendigen Zusammenhang der Bestandtheile, als in seiner fortschreitenden Entwicklung“⁶⁴. M. E. ist dies die Grundlage auch dafür, warum Savigny, der einerseits die Trennung der Sachen- und Schuldrechte aufrechterhält, andererseits die Ausnahme des konkreten positiven Rechts oder sogar den allmählichen Übergang beider Rechte anerkennen konnte. Nach der Denkweise Savignys ist die Realität eines Lebensverhältnisses, die mit der juristisch begrifflichen Analyse öfter verloren gehen kann, in lebendiger Anschauung stets erhalten geblieben. Die begriffliche Konstruktion muß immer in der lebendigen Anschauung des Lebensverhältnisses durchgeführt werden. M. E. ist dies der wichtigste Grund dafür, warum Savigny sich in die Begrifflichkeit der Trennung der Sachen- und Schuldrechte nicht verliert, und die Begriffe des

⁶² Dieter Nörr, Savignys Anschauung und Kants Urteilskraft, in: Europäisches Rechtsdenken in Geschichte und Gegenwart. Festschrift für H. Coing zum 70. Geburtstag Bd. 1 (1982).

⁶³ Savigny, a. a. O., S. 7.

⁶⁴ Savigny, a. a. O., S. 9.

Vermögensrechts so lebensnäher durchführen konnte, daß möglicherweise sogar das Zwischengebilde beider Rechte anerkannt würde.

M. E. sollen diese Ansätze bei Savigny, die die Strenge der Trennungslehre zwischen Sachen- und Schuldrechten überwinden können, auf dem heutigen Niveau der Rechtstheorie interpretiert werden. Die lebendige Anschauung, in der die Einheit der Wirklichkeit des Lebensverhältnisses stets erhalten ist und in der sich die juristische Auslegung und Konstruktion bewegen soll, sollte intersubjektiv verstanden werden. Alles, was wir als Juristen anschauen, ist etwas, das allen Juristen gemeinsam, intersubjektiv gebildet ist. In dieser Intersubjektivität realisiert sich die Geschichtlichkeit des Rechts. Z. B. wurde in Zeiten der Wohnungsnot das Mietrecht unter dem Schlagwort „soziales“ Mietrecht als „verdinglicht“ angesehen. Diese Anschauung des Rechtsverhältnisses der Miete war damaligen Juristen einigermaßen gemein. Allerdings in Zeiten, wo die Wohnungsnot gewissermaßen gemildert ist, schwingt das Pendel in die Richtung des Schuldrechts, und es wird vom Abbau des sozialen Mietrechts gesprochen. In dieser veränderten Anschauung des Mietverhältnisses wird die juristische Charakterisierung des Mietrechts wieder neu definiert. Vermittelt von der gemeinsamen Anschauung der Juristen, die intersubjektiv gebildet wird, bildet sich das Recht stets fort. Erst damit kann man über die schmale Begrifflichkeit der Trennungslehre des Sachen- und Schuldrechts hinaus das Recht lebensnäher fortbilden.

M. E. ist diese intersubjektive Deutung der Anschauung auch als Interpretation der Texte Savignys nicht unmöglich, weil sein Konzept des wissenschaftlichen Rechts diskursive und daher auch intersubjektive Züge aufweist, wie oben unter IV genauer zu sehen war.

VII. Zusammenfassung und Ergebnisse - Das Konzept des wissenschaftlichen Rechts

In der Entwicklung der neuen Savigny-Forschung war es ein wichtiges Diskussionsthema, ob Savigny noch für uns Aktualität besitzt. Das philosophische Savigny-Bild von Rückert beantwortet diese Frage eher negativ. Die Grundlage der Rechtswissenschaft Savignys war objektiver Idealismus, und diese Metaphysik appelliert heute kaum Rechtslaien und sogar Juristen. Demgegenüber ist Savignys Rechtsquellenlehre für Jakobs die noch heute gültige Methode. Dies ist z. B. die Grundlage der Kritik von Jakobs an der Schuldrechtsreform⁶⁵ und die Grundlage seiner Dogmatik des Bereicherungsrechts⁶⁶. Dafür aber sollte Jakobs Savigny durchweg unphilosophisch interpretieren.

Im Zuge der Annäherung in diese Diskussion erscheint die Figur des wissenschaftlichen Rechts allerdings deutlicher. Das ist auch ein Aspekt, der von Jakobs beleuchtet wird. Die Rechtsquellenlehre, nach der die Rechtsfindung und Rechtsfortbildung besser gelehrten Juristen als einem Gesetzgeber überlassen werden sollte, zeigt aber einige diskursive oder argumentationstheoretische Züge. Auch diese Perspektive kann man in der Tendenzwende der Pandektistik-Forschung in den 1980er Jahren, d. i. in der Auflockerung des traditionellen Bildes der „Begriffsjurisprudenz“ erkennen. Es interessiert uns in diesem Zusammenhang, daß Ogorek das wissenschaftliche Juristenrecht Puchtas prozedualistisch liest, und daß dieselbe Dimension von Jurisprudenz Puchtas Habermas interessiert. Hier kann man möglicherweise

⁶⁵ Vgl. Jakobs, *Wissenschaft*, S. 161; derselbe, *Gesetzgebung im Leistungsstörungenrecht* (1985) S. 9.

⁶⁶ Jakobs, *lucrum ex negotiatione*. Kondiktionsrechtliche Gewinnausgabe in geschichtlicher Sicht (1993).

Ansätze finden, mit denen eine Rechtstheorie aufgebaut werden könnte, die einerseits die Sicherheit des Verfahrens garantiert, andererseits zur Geschichtlichkeit des Rechts geöffnet ist, d. h. die Rechtsfortbildung gemäß des Wandels der Zeit und Gesellschaft ermöglicht, wie es im Zusammenhang mit der Trennungslehre zwischen dem Sachen- und Schuldrecht oben angedeutet wird.

Dies alles führt uns jedoch auf die noch bleibende Aufgabe hin. Um auf die Frage antworten zu können, ob Savigny und auch die Pandektistik für uns noch aktuell sind, müssen die Tragweite und der Sinn des Konzepts wissenschaftlichen Rechts genauer untersucht werden. Diese Untersuchung ist stets auf der Ebene der heutigen Savigny- und Pandektistik-Forschung durchzuführen. Was Savigny betrifft, sollte dies anhand der neuen Quellen, z. B. mit den Handschriften im Nachlaß Savignys, die schon lange zugänglich sind, ausgeführt werden.