

Christian Baldus / Simone Schmon
(Hrsg.)

Zivilprozess und historische
Rechtserfahrung

Christian Baldus

Esperienza giuridica

Abstracts

The concept of “esperienza giuridica” lacks an adequate translation. It became important in Italian legal science; its development deserves interest from a German perspective, too. It might even help to build new bridges between procedural law and Roman law. This book assembles some pieces for such bridges.

Il concetto, di non facile traduzione, di “esperienza giuridica” ha acquistato certo peso specie nella scienza giuridica italiana. Il suo sviluppo merita anche l'interesse dell'osservatore tedesco. Potrebbe aiutare a favorire un ravvicinamento tra diritto processuale e diritto romano. Questo volume contiene alcuni spunti per un tale ravvicinamento.

1. Erfahrung: individuell und kollektiv

„Erfahrung“ ist eine subjektive, eine nur begrenzt kommunizierbare, deswegen eine problematische Kategorie. Es gehört zum Repertoire der Konflikte zwischen Älteren und Jüngeren, dass Erstere sich auf die Erfahrung berufen, die Letztere nicht haben können. In solchen Momenten ist es die Verbindung von Subjektivität und Anspruch auf objektive Geltung, die geradezu provozierend wirken kann. Dieser Zusammenhang beschränkt sich nicht auf individuelle Alltagspsychologie.

„Erfahrung“ ist – wie „Gedächtnis“ – auch eine Metapher zur Erklärung kollektiver Entwicklungen. Man denke nur an die „historische Erfahrung“ (verwandt dem kulturellen Gedächtnis). Freilich haben Kollektive die Möglichkeit, Erfahrungen anders weiterzugeben als Individuen, in ihrem Inneren wie nach außen: differenzierter, diffuser, wirkungsvoller. Dieses Weitergeben kann aktiv und bewusst sein. Es kann unbewusst oder auch, häufiger, und darum geht es zu meist in der Rechtsgeschichte, von der Empfängerseite her erfolgen: Man untersucht eine frühere oder auswärtige, jedenfalls eine fremde Erfahrung, und fragt, was sie der jeweiligen Gegenwart zu sagen weiß. Die Empfängerseite ist also eine Außenseite; Aneignung findet aktiv und *ex post* statt.

2. *Esperienza, experiencia, Erfahrung: rechtlich?*

Um die *esperienza giuridica* / *experiencia juridica*¹ soll es im Folgenden gehen, wenngleich nur skizzenhaft. Für eine Begriffs- oder Wissenschaftsgeschichte dieser folgenreichen und signifikanten Metapher ist hier nicht der Ort. Als rechtsphilosophische entwickelt namentlich von Giuseppe Capograssi (1889–1956),² entfaltet und durchgesetzt in der Rechtsgeschichte vor allem von Riccardo Orestano (1909–1988),³ ist sie namentlich im italienischen Schrifttum mittlerweile gängig bis selbstverständlich und von dort in den spanischen Begriffsraum übernommen worden.⁴ Wie die spanischsprachige Rezeption⁵ im Einzelnen verlaufen ist, scheint ungeklärt.⁶ Was der ursprüngliche philosophische Hintergrund zum heutigen juristischen Begriffsgebrauch beiträgt, bleibt näher auszuleuchten.

Ganz selbstverständlich ist dieser Übergang in die Rechtsgeschichte, namentlich die neuere Romanistik, jedenfalls nicht: Das rechtsphilosophische Bemühen, innere Einheit des Rechts zu finden,⁷ kontrastiert in gewisser Weise mit der

-
- 1 Weitere Sprachen seien hier der Einfachheit halber weggelassen. Die beiden genannten dominieren – zusammen mit dem Deutschen – die rechtsromanistische Debatte. So ist über Begriff und Sache zunächst in dem Dreieck zu sprechen, aus dem die Beiträge dieses Bandes stammen.
 - 2 Vgl. nur Capograssi (1932), Capograssi (1937/1962). Kerngedanke ist, dass rechtswissenschaftliche Erkenntnis in besonderer Weise mit der Erfahrung praktizierten Rechts verbunden sei (Capograssi 1937/1962, 141–148). Die Spur ließe sich weiter verfolgen zu den Ausgangspositionen Capograssis vor allem bei Vico und in diversen neoidealistischen, aber auch lebensphilosophischen Strömungen. Zu Kontexten und Wirkungsgeschichte bereits die Einleitung von Piovani in Capograssi (1937/1962) iii–xxxii; aus der Schule Capograssis selbst etwa Delogu / Morace (2009).
 - 3 Orestano (1987). Zur Wissenschaftsgeschichte jüngst Nardoza (2007) mit Rez. Stolfi (2008), Baldus (2011). Ein weiterer romanistischer Rezeptionsweg führt über Gabrio Lombardi (1913–1994); das wird an anderer Stelle auszuführen sein.
 - 4 Die entsprechenden Titel sind nicht mehr überschaubar. Vgl. für jüngst Italien Ferrary (2012), in deutscher Sprache skizziert bei Baldus (2013); für den spanischen Sprachraum statt aller Castresana (2007) und Blanch (2011). Philosophiegeschichtlich zur *experiencia* in jüngerer Zeit etwa Goma (2005).
 - 5 Der Begriff „Rezeption“ wird im Folgenden ohne Problematisierung gebraucht. Vgl. zum Diskussionsstand Duve (2012).
 - 6 Vgl. jedenfalls für eine frühe Stimme Torrent (1973) und für eine einflussreiche Position in der gegenwärtigen Rechtsphilosophie Luño (2011).
 - 7 Capograssi verstand seine *esperienza giuridica* weder als Gegenpol zum *ordinamento giuridico* noch generell antisystematisch, antiabstrakt oder antiprinzipiell. Ebenso wenig findet sich bei ihm eine Abwertung des Gesetzes als Ordnungsfaktor und Auslegungsgegenstand. Das wird deutlich etwa an seinen Erwägungen zum Allgemeinen

Distanzierung der Romanistik von rückprojizierten System- und Einheitlichkeitsvorstellungen. Die *esperienza giuridica* wurde daher zeitweise von Romanisten bewusst gegen den Begriff der „Rechtsordnung“ (*ordinamento giuridico*)⁸ gestellt.⁹ Heute, wohl im Gefolge der Durchsetzung des Begriffs, wird die *esperienza* hingegen oftmals ähnlich verwendet wie früher das *ordinamento*: als Allgemeinbezeichnung für die Gesamtheit der untersuchten Realität, etwa des römischen Rechts.

Das ist (soweit nicht gedankenlos) bemerkenswert, *glissement sémantique* eines programmatischen Begriffs: „Rechtserfahrung“ ist dann nicht oder nicht nur der historische Prozess, sondern auch das Recht selbst, die Gesellschaft selbst, die man betrachtet: also das Ergebnis eines Prozesses. Nur will man das planende, das systematische Moment aus der deutschen „Rechtsordnung“ (dazu sogleich) nicht haben: Es soll gerade das Fließen des historischen Prozesses betont werden. Oft steht diese Tendenz mit einem historisierenden, antidogmatischen, bisweilen personalisierenden Herangehen an das Recht¹⁰ insgesamt in Zusammenhang. Es kann aber sachlich auch um Dogmengeschichte gehen – was mit der eben beschriebenen flächendeckenden Übernahme des Begriffs *esperienza* zu tun haben mag. Offen bleiben soll hier die sprachliche Frage, ob *esperienza* in der Schattierung weniger passiv ist als die deutsche Erfahrung. Die lateinische Wurzel mag, jedenfalls in juristischem Zusammenhang, in diese Richtung deuten: *experiri* bezeichnet in den Digesten unter anderem das Ausprobieren und das gerichtliche Klagen.¹¹

Jedenfalls: Man muss in Italien heute nicht mehr schreiben *esperienza storica* oder *esperienza giuridica*; einzelne neuere Titel belassen es bei dem Substantiv.¹²

Teil (Capograssi 1937/1962, 73–91) und zur Auslegung (aaO. 113 f.): Der Interpret soll sogar zunächst auf den Zusammenhang der Normen schauen, nur dass dieser Zusammenhang aus der gelebten Norm zu entwickeln sei, nicht aus einer abstrakt-hierarchischen Setzung im Sinne des zeitgenössischen Positivismus.

- 8 Eine vielleicht signifikante Kuriosität bietet der portugiesische Sprachgebrauch: Statt *ordem juridica* findet sich bisweilen *ordenamento juridico* (frdl. Hinweis von Vivianne Ferreira Meşe, Heidelberg).
- 9 Das kommt im Rahmen der Debatte um das (äußere oder innere) System im römischen Recht etwa im Titel von Cuena Boy (1998) zum Ausdruck. Zur Sache Baldus (2001), Gokel (2014).
- 10 Dazu für die Romanistik die Beiträge in Baldus / Miglietta / Santucci / Stolfi (2012).
- 11 Vgl. Heumann / Seckel (1907) s.v. Vgl. auch den technischen Ausdruck „esperire una azione“ im Italienischen (frdl. Hinweis von Mario Varvaro, Palermo).
- 12 Das erinnert an die Erklärung in Orestano (1987) 1 f. für die Titeländerung gegenüber der Voraufgabe: Das Adjektiv „historisch“ in „Introduzione allo studio storico del diritto romano“ sei pleonastisch, weswegen „allo studio“ genüge.

Im deutschsprachigen Umfeld ist das anders, wohl auch deswegen, weil man *esperienza giuridica / experiencia jurídica* nicht gut übersetzen kann. So bleibt man bei der „Rechtsordnung“, obwohl man die sachlichen Zweifel an diesem Begriff oftmals teilt.

3. Prozess und Rechtserfahrung

Ein Sammelband, der Prozessualisten und Romanisten vereint, kommt an der Sachfrage wie am Begriff nicht vorbei. Denn nach romanistisch herrschender Meinung ist das römische Recht am besten aus dem Prozess heraus zu verstehen, seine einzelnen Lösungen wie seine geschichtlichen Entwicklungslinien. Wenn das Recht Erfahrungen macht, dann macht es sie zuvörderst im Prozess; wenn es sie speichert, dann speichert es sie für künftige Prozesse, in deren Rahmen Erfahrungen herangezogen und gegebenenfalls korrigiert werden können. Der Prozess ist der Ort, an dem die Rechtsordnung Erfahrungen benötigt, macht und weitergibt. Kautelarjuristisches fügt sich dazu: Es soll aus der Erfahrung vergangener Streitfälle heraus neuer Streit vermieden oder kanalisiert werden.

4. „Rechtsordnung“

„Rechtsordnung“ ist ein sehr deutscher Begriff, aber ein übersetzbarer. Auch das *ordinamento* lässt Regelhaftigkeit, Planung, zentrale Steuerung anklingen. Eben deswegen wird ihm vielfach die *esperienza* vorgezogen: Sie gibt der Individualität und Kontingenz historischer Entwicklungen Raum. Das fügt sich in die Tendenz, Diskontinuität statt Kontinuität zu betonen, Kulturalität statt Anwendungsorientierung. Es handelt sich streckenweise um eine Paralleldiskussion zur *querelle* zwischen Postmodernen und Funktionalisten in der Rechtsvergleichung.¹³

Parallelen bestehen möglicherweise auch insoweit, als in beiden Fällen die sprachliche Distanz zwischen den Lagern bisweilen größer ist als die sachliche: So wie es den reinen Funktionalisten oder Postmodernen aus Sachgründen kaum gibt, so fällt es auch schwer, die Dogmengeschichte oder den geschichtlichen Kontext juristischen Handelns ganz auszublenden, wenn man denn überhaupt Rechtsgeschichte treiben will. Das klingt banal, muss aber gerade mit Blick auf die italienische Diskussion betont werden: Dort wird „Dogmengeschichte“ bisweilen als Synonym für ahistorische Rückprojektion und ähnliche Methodenfehler verwandt, während dieselben Autoren durchaus über *actiones*

13 Sachstand und Einschätzung: ausführlich in Herzog (2014).

und *exceptiones* nachdenken, also über jene primären Betätigungsfelder der Juristen, in denen wir auch ihre wichtigsten historischen Spuren finden.¹⁴

5. Erkenntnisziele und Untersuchungsbegriffe

Rechtsgeschichte ist aber Geschichte normativer Phänomene und folglich aus Sachgründen immer auf der Suche nach Erklärungen für Bewährung oder Nichtbewährung einer Wertung, eines Gedankens, eines Begriffs. Kontinuität darf nicht einfach postuliert werden, Diskontinuität aber auch nicht. Es geht um möglichst offenes Fragen danach, was die historische Erfahrung hergibt. Das mag man aus unterschiedlichen Vorverständnissen¹⁵ heraus untersuchen, und man mag Ergebnisse unterschiedlich verwenden, anwendungsbezogen oder „kontemplativ“.¹⁶ Aber die Erfahrung will ernstgenommen sein: die kollektive – praktische – Subjektivität einer vergangenen Kultur, unvermeidlicherweise betrachtet durch die Brille heutiger kollektiver und individueller Subjektivität. Wer von „Erfahrung“ spricht, der räumt solche Subjektivität ein und beansprucht doch zumindest ein Nachdenken über das Erkannte.¹⁷

6. Rechtsgeschichte und Dogmatik

An dieser Stelle kommt das Verhältnis der juristischen Teildisziplinen zueinander ins Spiel. Vor einigen Jahrzehnten verlor die Rechtsgeschichte im Zuge eines kurzfristigen Aktualitätsdenkens zahlreiche Lehrstühle, und Teile der Prozessrechtslehre konzentrierten sich auf theoretische Fragen nationalen Rechts. Heute begreifen beide Teilfächer sich auch aus ihrem jeweiligen Verhältnis zur fortschreitenden praktischen Europäisierung des Rechts. Die Rechtsgeschichte weiß, dass sie anders studiert wird als die allgemeine Geschichte, nämlich als Propädeutikum und analytisches Instrument für den Juristen; das Prozessrecht verarbeitet historische Erfahrungen auch in Gestalt ausländischer Einflüsse, die über Brüssel und Luxemburg nach Deutschland kommen. Auch die Überlagerung verschiedener Rezeptionsvorgänge lässt sich nur historisch fassen: Wo eine Rechtsordnung ihr materielles Recht an anderen Modellen orientiert als das

14 Zur Problematik vgl. nochmals Baldus / Miglietta / Santucci / Stolfi (2012).

15 Zum Vorverständnisproblem in der Rechtsgeschichte zuletzt Avenarius (2008), (2010).

16 Zur rechtshistorischen Methodendebatte im Zeichen dieses Gegensatzes Andrés Santos (2006); grundsätzliche Positionsbestimmung bei Duve (2012).

17 Hier liegt möglicherweise einer der Brüche zur Begriffsentwicklung bei Capograssi, dem es durchaus um Objektivierung ging.

Prozessrecht, stellen sich besondere Fragen. Grundlagenorientierung, Internationalisierung und Interdisziplinarität müssen hier in einander greifen.¹⁸ Das bedeutet: Weder liegt ein Relevanzmonopol bei den dogmatischen Fächern, noch hat die Rechtsgeschichte belehrend aufzutreten. Es wäre schon viel gewonnen, wenn ein lange vernachlässigter Dialog wieder an Intensität und Tiefe gewänne.

7. Rechtsgeschichte und Prozessrecht: Zu diesem Buch

In diesem Lichte verspricht eine engere Zusammenarbeit zwischen Romanisten und Prozessualisten einiges. Speziell in Heidelberg kann eine Zusammenschau von Prozess und Geschichte sich auf große historische Vorläufer berufen.¹⁹ Die Gäste im DAAD-Heidelberg-Programm repräsentieren eine Generation, die unter veränderten Verhältnissen zu einer solchen zeitgemäßen Zusammenschau beitragen kann.

Dem Geist des Programms entsprechend (dazu *Schmon*, in diesem Band) wurden keine Forschungs- oder Publikationsthemen vorgegeben. So sind Konsonanzen in diesem Band strukturell bedingt oder zufällig, Dissonanzen beleben die Debatte, und nota bene wurde auch niemandem vorgegeben, er habe sich begrifflich oder sachlich auf die „Rechtserfahrung“ zu beziehen. Inhaltlich haben wir in die Beiträge selbstverständlich auch nicht eingegriffen. Insbesondere wurden die durchaus unterschiedlichen Zugänge zur Rechtsgeschichte nicht kommentiert oder angeglichen. Das ist Wissenschaft als ungeplanter historischer Prozess,²⁰ *come esperienza*: das, was in der gegenwärtigen politischen Landschaft oft zu kurz kommt und das, was allein historisch bestehen kann.

18 Nicht zufällig stehen diese drei Aspekte für den Wissenschaftsrat in seinem Bericht von 2012 im Vordergrund; zum Bericht jetzt ein Schwerpunktheft der JZ (14/2013); für eine Einschätzung des vom WR vorgelegten Berichtes aus dem deutsch-spanischen Horizont heraus s. Baldus (2013a).

19 Zu Mittermaier vgl. Hess (2013).

20 Dazu gestatte ich mir den Hinweis auf Baldus (2006).

Literaturverzeichnis

- Andrés Santos* (2006): *Francisco Javier Andrés Santos*, Was erwartet sich die Geschichte des europäischen Privatrechts von der deutschen Rechtswissenschaft?, in: *Christian Baldus / Peter-Christian Müller-Graff* (Hrsg.), Die Generalklausel im Europäischen Privatrecht. Zur Leistungsfähigkeit der deutschen Wissenschaft aus romanischer Perspektive (München 2006) 93–114 (97–102).
- Avenarius* (2008): *Martin Avenarius*, Tradition, Vorverständnis und Wirkungsgeschichte der Quellen. Vom Einfluß der geisteswissenschaftlichen Hermeneutik auf das romanistische Verstehen. In: *Hermeneutik der Quellentexte des Römischen Rechts*. Herausgegeben von Martin Avenarius (Baden-Baden 2008) 9–29.
- Avenarius* (2010): *Martin Avenarius*, Verwissenschaftlichung als „sinnhafter“ Kern der Rezeption: eine Konsequenz aus Wieackers rechtshistorischer Hermeneutik, in: *Okko Behrends/Eva Schumann* (Hrsg.), Franz Wieacker – Historiker des modernen Privatrechts (Göttingen 2010) 119–180.
- Baldus / Miglietta / Santucci / Stolfi* (2012): *Christian Baldus / Gianni Santucci / Massimo Miglietta / Emanuele Stolfi* (a cura di), Dogmengeschichte und historische Individualität der Juristen. Storia dei dogmi e individualità storica dei giuristi romani. Atti del Seminario internazionale (Montepulciano 14–17 giugno 2011), Lavis (Trento) 2012.
- Baldus* (2001): *Christian Baldus*, Historische Grundlagen für ein europäisches Systemdenken im Recht? Zugleich Besprechung von Cuenca Boy (1998), in: *Labeo* 47 (2001) 122–134.
- Baldus* (2006): *Christian Baldus*, Bezahlt die Forscher auch fürs Lesen. Zeitressourcen und Interdisziplinarität, in: *Forschung und Lehre* 13 (2006) 450 ff.
- Baldus* (2011): *Christian Baldus*, Rez. zu Nardoza (2007), in: *SZ* 128 (2011) 725–732.
- Baldus* (2013): *Christian Baldus*, Rezension zu *Ferrary* (2012), in: *Der Staat* 52 (2013) 331–335.
- Baldus* (2013a): *Christian Baldus*, El informe del *Wissenschaftsrat* „Perspectivas de la ciencia jurídica en Alemania“ [Einführung zur auszugsweisen Übersetzung von WR, Drucksache 2558–12 – Köln, 9.11.2012], in: *Anuario de Derecho Civil (ADC)* 66, 2013, 27–58], in: *ADC* 66 (2013) 5–26.
- Blanch* (2011): *Juan Manuel Blanch Nougués*, *Ius publicum y ius privatum* en la experiencia histórica del derecho. Un ejemplo insólito en las distinciones de Bártolo expuestas a través de esquemas, in: *Patricio-Ignacio Carvajal / Massimo Miglietta* (ed. científicos), *Estudios jurídicos en Homenaje al Profesor Alejandro Guzmán Brito I* (2011) 395–457.

- Capograssi* (1937/1962): *Giuseppe Capograssi*, Il problema della scienza del diritto (Milano 1937, rist. 1962).
- Castresana* (2007): *Amelia Castresana*, A propósito de un ensayo de síntesis: Realidad histórica y experiencia jurídica, in: Patricio Carvajal (dir.), Estudios de Derecho Romano en Homenaje al Prof. Dr. Francisco Samper Polo (con ocasión de su jubilación en la Pontificia Universidad Católica de Chile) (Santiago de Chile 2007) 245–258.
- Cuena Boy* (1998): *Cuena Boy*, Sistema jurídico y Derecho Romano. La idea de sistema jurídico y su proyección en la experiencia jurídica romana (Santander 1998).
- Delogu / Morace* (2009): *Antonio Delogu / Aldo Maria Morace*, Esperienza e verità – Giuseppe Capograssi: un Maestro oltre il suo tempo (Bologna 2009).
- Duve* (2012): *Thomas Duve*, Von der Europäischen Rechtsgeschichte zu einer Rechtsgeschichte Europas in globalhistorischer Perspektive (From a European Legal History Towards a Legal History of Europe in a Global Historical Perspective) (August 31, 2012). Max Planck Institute for European Legal History No. 2012–01; <http://ssrn.com/abstract=2139312>.
- Ferrary* (2012): *Jean-Louis Ferrary* (a cura di), *Leges publicae*. La legge nell'esperienza giuridica romana (Pavia 2012).
- Gokel* (2014): *Julia Gokel*, Sprachliche Indizien für inneres System bei Q. Cervidius Scaevola (Berlin 2014).
- Goma* (2005): *Javier Goma Lanzón*, Imitación y experiencia (Barcelona 2005).
- Herzog* (2014): *Benjamin Herzog*, Anwendung und Auslegung von Recht in Portugal und Brasilien. Eine rechtsvergleichende Untersuchung aus genetischer, funktionaler und postmoderner Perspektive. Zugleich ein Plädoyer für mehr Savigny und weniger Jhering (Tübingen 2014).
- Hess* (2013): *Burkhard Hess*, Carl Josef Anton Mittermaier – Zivilprozessrecht in Europa: vom 19. Jahrhundert bis in die Gegenwart, in: *Christian Baldus / Herbert Kronke / Ute Mager* (Hrsg.), Heidelberger Thesen zu Recht und Gerechtigkeit. Ringvorlesung der Juristischen Fakultät anlässlich der 625-Jahr-Feier 2011 (Tübingen 2013) 143–159.
- Heumann / Seckel* (1907): *H. Heumann / E. Seckel*, Handlexikon zu den Quellen des römischen Rechts (9. Aufl. Jena 1907).
- Luño* (2011): *Antonio-Enrique Luño* (con la colaboración de Carlos Alarcón Cabrera, Rafael González-Tablas y Antonio Ruiz de la Cuesta), Teoría del derecho: una concepción de la experiencia jurídica (Madrid 2011).

Nardozza (2007): Massimo Nardozza, Tradizione romanistica e ,dommatica' moderna. Percorsi della romano-civilistica italiana nel primo Novecento (Torino 2007).

Orestano (1987): Riccardo Orestano, Introduzione allo studio del diritto romano (Bologna 1987).

Stolfi (2008): Emanuele Stolfi, Rez. zu Nardozza (2007), in: Studi Senesi 120 (2008) 361–377.

Torrent (1973): Armando Torrent, Conceptos fundamentales del ordenamiento jurídico romano (Salamanca 1973).