

Bestätigung der Autoren-Metadaten/ Author Metadata Approval Sheet

Sehr geehrte Autoren,
Bitte prüfen Sie die unten aufgeführten Autoren-Metadaten sorgfältig und ergänzen bzw. korrigieren Sie diese ggf. in der beschreibbaren rechten Spalte.

Vielen Dank für Ihre Mitarbeit, De Gruyter

Dear author,
Please check and complete carefully the author metadata listed below by using the editable fields in the right column.

Thanks for your kind cooperation, De Gruyter

Journal-Name: Zeitschrift für Rechtssoziologie

Article-DOI: <https://doi.org/10.1515/zfrs-2020-0010>

Article-Title: Recht und gesellschaftliche Differenzierung – Fünf Studien zur Genese des Rechts und seiner Wissenschaft

Bitte vervollständigen/ Please complete	Author Meta Data	Bitte ändern/To be changed
	Author 1	
	Surname	Boehncke
	First Name	Clemens
	Corresponding	yes
	E-Mail	clemens.boehncke@his-online.de
	Affiliation 1	Hamburger Institut für Sozialforschung; Mittelweg 36; 20148 Hamburg
	Institution 1	Hamburger Institut für Sozialforschung
	Department 1	
	City 1	20148 Hamburg
✓	Country 1	

Data checked and received

Date:

Rezensionen

Auch eine Geschichte des Rechts

Nils Jansen, *Recht und gesellschaftliche Differenzierung – Fünf Studien zur Genese des Rechts und seiner Wissenschaft*, Mohr Siebeck: Tübingen, XX u. 391 Seiten, ISBN 978-3-16-157731-4, 34,00 €

Besprochen von: **Clemens Boehncke**

<https://doi.org/10.1515/zfrs-2021-0010>

Die Soziologie ist innerakademisch zuweilen eine ‚Dienstleistungsdisziplin‘ – zumeist, wenn Theorieangebote in Nachbardisziplinen exportiert werden (ob zu angemessenen Preisen, wer weiß). Hauptabnehmer im deutschen Sprachraum hierbei war lange die Geschichtswissenschaft, die in den 1970er Jahren als ‚Historische Sozialwissenschaft‘, rückblickend im Modus „distanzierter Nähe“ (Osterhammel 2006, 81), insbesondere den Werkkorpus Max Webers behandelte wie eine – im verräterischen Sprachbild Wehlers – „Goldmine“ (2001: 96): aus der Soziologie abgebautes Vokabular sollte als wertvoller Rohstoff den angehäuften Tatsachenwust um theoretische Deutungen anreichern. Zu Niemandes Wunder sieht sich auch die *Rechtsgeschichte* in der gleichen, wenig beneidenswerten Grundkonstellation zwischen „Stoffblüte“ und „Theorie-Dürre“ (Rückert 2015[2008]: 502), insofern ebenso in einer ähnlichen Bedürfnislage. Und obwohl es im Zuge des Aufstiegs der Historischen Sozialwissenschaft vergleichbare „Therietransfers und Methodendebatten“ in der Rechtsgeschichte gab (Haferkamp 2010: 75), verkümmerten diese erstaunlich schnell zu rechtspolitischen Grabenkämpfen (Senn 1982) und lassen das Fach gegenwärtig ohne „gemeinsame Groß Erzählung“ zurück (so Haferkamp 2010: 79 für die Privatrechtsgeschichte).

Der hier besprochene Band *Recht und gesellschaftliche Differenzierung – Fünf Studien zur Genese des Rechts und seiner Wissenschaft* des Münsteraner Rechtshistorikers Nils Jansen nimmt nun zwar gleich im Geleitwort vom Unterfangen einer solchen neuen *grand récit* gebührend Abstand (Jansen 2019: VIII); zu offensichtlich die Probleme zwischen allgemeiner und besonderer Geschichte – eine Ewigkeitslast, die Gegenstand fortdauernder *recognitio* sein, aber wohl nicht einer erleichternden *resolutio* zugeführt werden kann (vgl. Kracauer 1971: 125 ff.).

Der Autor will aber dennoch eine „Geschichte“ präsentieren, „die sich über einen sehr langen Zeitraum, vom 11. Jahrhundert bis in die Gegenwart, erstreckt und die offensichtlich von erheblicher Relevanz für den Blick auf das Recht der Gegenwart und für das Selbstverständnis der Rechtswissenschaft sein kann“ (Jansen 2019: VIII), also eine beachtliche zeitliche Wegstrecke zurücklegen. Jansen folgt dabei dem oben benannten Motiv des soziologischen ‚Theorie-Imports‘ anhand einer Modulation Kants, denn: „Das Quellwissen einer Detailstudie bleibt ohne historische Deutung blind (ebenso wie Erzählungen ohne hinreichende Quellen-substanz leer bleiben müssen)“ (ebd.), und will insofern seine rechtshistorischen Darstellungen im Rückgriff auf soziologische Theorie (genauer: dem Paradigma der Differenzierung) in einem handfesten Sinne ‚in Ordnung bringen‘.

Die fünf Studien – hinzu kommt eine *Zwischenbetrachtung* und ein *Epilog*, der als Intervention in die seit 2012 (wieder) schwelende Debatte um den Stellenwert der Rechtsdogmatik (statt aller Jaestedt 2014) gedacht ist – beruhen zum Teil auf früheren Publikationen (Jansen 2015; 2018), die hier in erweiterter und/oder überarbeiteter Fassung wieder abgedruckt wurden. Sie sind sowohl allein-stehend lesbar und lohnenswert, zugleich aber so komponiert, dass es als *eine* historisch-vergleichende Studie über das Verhältnis von Recht und Rechtswissenschaft (insbesondere) in Deutschland sich begreifen lässt. Ebenso kann der Band auch als ein Pendant zu Detlef Pollacks *Religion und gesellschaftliche Differenzierung* gesehen werden (Pollack 2016; ebenso wie Jansen langjähriges Mitglied des Münsteraner Clusters *Religion und Politik*).

Ein Weg von Bologna bis in die Gegenwart

Jansen macht hierbei bereits zu Beginn deutlich, dass, obwohl ihm die „system-theoretische Perspektive“ als „plausibler Ausgangs- und methodischer Bezugspunkt“ dienen soll (2019: 13), ihm die Schwächen der Theorie funktionaler Differenzierung durchaus geläufig sind und sich die vorliegende Studie daher nicht davon absehen kann, die Systemtheorie „um eine handlungs- bzw. konflikt-theoretische Dimension zu ergänzen“ (ebd.: 27); damit treten zu den rechtshistorischen und rechtssoziologischen Arbeiten Niklas Luhmanns Max Weber und Pierre Bourdieu als sozialtheoretische Gewährsmänner.

Im Anschluss an einen kleinen „Prolog in Rom“ (ebd.: 32 ff.) kommt der Autor zur ersten ‚Wegmarke‘ der Differenzierungsgeschichte des Rechts, namentlich der Legistik, respektive die „scholastische[] Rechtswissenschaft“ Bolognas (ebd.: 37). In den dortigen Rechtsschulen habe sich auf Grundlage der wiederentdeckten römischen Rechtstexte eine eigenständige Methode zur Lösung normativer Kon-

flikte entwickelt, wenn auch mit sehr eingeschränkter Achtung für praktische Rechtsfragen der Zeit. Dieses Desinteresse wiederum führt der Autor auf das Autonomiebestreben der Legistik selbst zurück – man wäre, hätte man sich in rechtspraktische Angelegenheiten eingemischt, in den Herrschaftsbereich der Kurie, beziehungsweise der Kanonistik gelangt und hätte damit einen Konflikt provoziert; dies zu meiden wurde umgekehrt zum Antrieb einer „Ausdifferenzierung unterschiedlicher Wahrheitsansprüche und Semantiken“ (ebd.: 63) und ein Akt „symbolische[r] Abgrenzung“ (ebd.: 71), was anhand des Verhältnisses von *aequitas* und *ius* illustriert wird. In der Jurisprudenz Bolognas als „Modell“ entdeckt Jansen insofern zumindest „Ansätze einer funktionalen Ausdifferenzierung“ (ebd.: 77).

Die zweite Studie betrachtet das Verhältnis von Recht und Religion insbesondere in der katholischen Spätscholastik, welche im 16. Jahrhundert zunächst eine *Entdifferenzierung* und damit eine Inklusion von „Jurisprudenz in die Theologie“ darstellt (ebd.: 83), ohne jedoch zugleich eine Abnahme an Komplexität zu bedeuten: Jansen verdeutlicht dies anhand der Institution des Beichtgerichts, der Trennung von *ius naturae* und *ius civile*, der damit verbundenen methodischen Innovationen der Textauslegung sowie der hierdurch gewonnenen Möglichkeit der Erzeugung neuen Rechts, insbesondere dem Begriff des *dominium* (ebd.: 92 ff.). Erst das Vernunftrecht, mit Hugo Grotius als „Schlüsselfigur“, habe anhand seiner „Ausgliederung des Naturrechts aus der theologischen Tradition“ die deutliche Differenzierung von Recht und Religion wieder eingeführt, die dann von Autoren wie Pufendorf weitergeführt wurde, wobei sich bestimmte Residuen katholischer Naturrechtslehren weiter auffinden ließen – die „Abgrenzung gegenüber der Theologie“ sei also nicht gleichzusetzen mit einer „Säkularisierung des Rechts“ (ebd.: 120). Damit nimmt der Autor nebenbei auch eine nicht unerhebliche Korrektur der rechtshistorischen Darstellungen Niklas Luhmanns vor: es bildete „das Naturrecht also keine autopoietische Schöpfung des Rechtssystems: Es waren nicht Juristen, sondern die Theologen der frühen Neuzeit, die die antike Differenz von natürlichem und positivem Recht mit Leben gefüllt haben“ (ebd.: 154) und welche später erst in die Jurisprudenz abwanderte.

Die Zwischenbetrachtung kann als kleine Vorstudie zum zweiten Teil des Buches gelesen werden, welches sich mit der Positivierung des Rechts auseinandersetzt. Jansen nimmt hier weitere einschneidende Korrekturen an der rechtshistorischen Darstellung Luhmanns vor: Zunächst ist wohl kaum ein Begriff unschärfer als der des Rechtspositivismus, der in den Verfallserzählungen der rechtshistorischen Autoren des 20. Jahrhunderts zunächst überhaupt kein „Quellenbegriff“ sei (ebd.: 165). Der Autor klärt daher zunächst zwei rechtliche Positivismuskonzepte: Positivismus als Trennung von Recht und Moral einerseits und Positivismus als Synonym für die Kontingenz der Normordnung anderer-

seits – beides für Luhmann Merkmale distinkt ‚moderner‘ Rechtsordnungen. Im Anschluss wird dargelegt, dass „keiner dieser Positivismusbegriffe eine tragfähige Grundlage für eine historisch plausible Positivierungsgeschichte“ bilde (ebd.: 168). Beide Begriffe von Positivismus führten kurz gesagt historisch in die Irre: das römische Prinzipat kenne die Trennung von Recht und Moral ebenso wie umgekehrt beispielsweise die Historische Rechtsschule in einer solchen Differenzierungsgeschichte sich gar nicht sinnvoll integrieren ließe (ebd.: 174). Ebenso seien die Vorstellungen eines jederzeit durch herrschaftlichen Befehl änderbaren Rechts und der damit einhergehende voluntaristische Rechtsbegriff im Sinne der Formel *sic volo, sic iubeo* deutlich älter als das, was als Gesetzespositivismus im ausgehenden 19. Jahrhundert vorherrschend werde; insofern stelle der Aufstieg ebenjenes Positivismus wohl eine „Verschiebung im Gesamtbild“, aber keinen „Bruch“ dar (ebd.: 194).

Das folgende Kapitel erörtert daher eine andere Leitunterscheidung: die „Differenz von wissenschaftlichen Wahrheits- und politischen Herrschaftsansprüchen“ (ebd.: 201), wie sie sich insbesondere durch die Staatstheorie der frühen Neuzeit (Bodin, Hobbes, Grotius) herausentwickelt habe. Insbesondere Hobbes wandte sich dabei gleichermaßen gegen Theologie und Jurisprudenz, deren scholastische Knocheien den Bedürfnissen eines politischen Gemeinwesens wenig zuträglich seien und deren Anspruch auf Wahrhaftigkeit vor repressiver Herrschaft keinen angemessenen Schutz böten (ebd.: 207). Die Differenzierung von Geltung und Wahrheit zeichnet der Autor insbesondere an der scharfen semantischen Trennung von *veritas* und *auctoritas* nach, wobei insbesondere letzterer Begriff von nun an mit *potestas*, und damit politischer Herrschaft, deckungsgleich werde. Die Trennung von Geltung und Wahrheit stelle auch, insbesondere im Deutschland des 16. Jahrhunderts, das weder eine religiöse noch politische Einheit aufwies, die Auseinandersetzung zeitgenössischer Juristen vor neue Herausforderungen: denn nun wurde der *usus* des römischen Rechts der Gravitationspunkt juristischer Diskussionen (ebd.: 230). Anhand der Arbeiten Samuel Stryk zeigt Jansen, wie in dessen Erläuterungen insbesondere der zeitgenössische Gebrauch verarbeitet und ebenso, wie hier die „Entwicklung des Rechts“ maßgeblich nicht durch Politik oder Rechtsprechung, sondern die Rechtswissenschaft kontrolliert wurde (ebd.: 243).

Die Problematik rechtlicher Geltung beschäftigt auch das folgende Kapitel, insbesondere in einer Nachzeichnung der Diskussionen um die Verfassungsmäßigkeit von Gesetzen und das damit verbundene richterliche Prüfungsrecht im 19. Jahrhundert. Hier zeige sich, wie die „Verbindlichkeit des Rechts“ fortschreitend zu „einer Rechtsfrage“ werde (ebd.: 259), was sowohl, systemtheoretisch gesprochen, eine selbstreferentielle „Schließung des Rechts“ bedeute sowie historisch verknüpft war mit der „Umstellung des Rechts auf Gesetz und

auf Kodifikation“, wodurch Zuständigkeit und Reichweite der Gesetzgebungskompetenz zentrale Streitpunkte würden (ebd.: 264 f.). Was in der Jurisprudenz heute üblicherweise unter ‚Geltung‘ verstanden werde, setzte sich erst zu dieser Zeit wirklich durch und avanciere zum „dogmatische[n] Fundamentalbegriff“ (ebd.: 277).

Die politische und rechtliche Umsetzung der Kodifikationen bedinge seither auch die zunehmende Bedeutung des „Rechtsprechungsrechts“, welches im folgenden Kapitel diskutiert wird (ebd.: 279; der Begriff stammt dabei eigentlich von Marion Albers). Was geltendes Recht sei, könne heute nur noch in der „Zusammenschau von Gesetz und judikativ erzeugtem Recht“ begriffen werden (ebd.: 284). Und obgleich diese unbestreitbare Rolle der Präjudizien die Differenz zum Rechtsordnungsstil des *common law* einkassiere, tue sich die (deutsche) Rechtswissenschaft nach wie vor schwer mit dem rechtsquellentheoretischen Status derselben; denn die im 19. Jahrhundert herausgebildete Leitunterscheidung von Geltung/Nicht-Geltung könne Rechtsprechungsrecht gerade *nicht* verarbeiten. Zur begrifflichen Einhegung greift Jansen auf die Figur der *auctoritas* und dessen altrömischer Semantik zurück: Präjudizien entwickelten nicht bindendes Recht *qua* ihrer Produktion durch die Rechtsprechung, sondern erst „in nachfolgenden Rezeptions-, Interpretations- und Anerkennungsprozessen“ (ebd.: 291) durch das „Rechtssystem“. Dabei stellt der Autor zugleich heraus, dass der mit der zunehmenden Bedeutung der Präjudizien verbundene relative Aufstieg der Judikative zugleich einen relativen Abstieg der universitären Rechtswissenschaft bedeute; Professoren publizierten zunehmend, insbesondere auf dem Markt der Gesetzeskommentare, nur noch in der Rolle von „Experten“, die „Serviceleistungen“ erbrächten (ebd.: 304).

Diese Reflexionen leiten über zu den Schlussbetrachtungen über die ‚neue‘ Dogmatik-Debatte und dem Epilog. Das in der Diskussion um die Rolle der Rechtsdogmatik für Rechtsordnung und Rechtswissenschaft zuhauf gebrachte Argument, diese sei ein Hybrid, ein ‚Bindeglied‘, eine ‚Kopplung‘ ‚zwischen‘ Rechtswissenschaft und -praxis, wird vom Autor sehr deutlich und beinahe ideologiekritisch als klandestines Ringen um „Einfluss und Status“ des akademischen Rechts gewendet (ebd.: 313). Anstatt sich diesen Versuchen anzuschließen, gewissermaßen die Rolle des Juristenrechts des 19. Jahrhunderts für die Gegenwart zu restaurieren, schlägt Jansen im Epilog eine noch drastischere Kehrtwende für die Akademie vor: eine Rückkehr zum Selbstverständnis der Legistik Bolognas, gleichsam eine Rückverwandlung des universitären Juristen vom Hochschullehrer zum Rechtslehrer, um hierüber, insbesondere der Praxisentlastung, einer „Befreiung der Wissenschaft“ (ebd.: 323) zuzustreben.

Rechtsgeschichte als Differenzierungsgeschichte?

Der Band überzeugt in den historischen Darstellungen sowohl in den einzelnen Studien durch die beeindruckende und hermeneutisch äußerst sensible Verarbeitung von Quellen und Literatur, sowie in der Verknüpfung der teils mikroskopischen Exegese mit einer breit angelegten Gesamtkomposition der Geschichte des Verhältnisses von Recht und Rechtswissenschaft. In einzelnen Beurteilungen sieht der Rezensent freilich Bedarf der Fortsetzung des wohlgesonnenen Disputs; dieser soll hier, sowohl für die rechtshistorischen sowie gesondert für die soziologisch-theoretischen Darstellungen, zumindest angedeutet werden:

Etwas unklar bleibt, was der Autor *in concreto* meint, wenn behauptet wird, in die Kodifikationen des (langen) 19. Jahrhunderts hätten „nur solche Regelungen“ Eingang gefunden, „die als unpolitisch galten“ (ebd.: 193 f.; vgl. Jansen 2012: 188). Dagegen waren es doch beispielsweise gerade im Zivilrecht nach der Veröffentlichung des 1. Entwurfs des BGB im Jahr 1887 herbe *politische* Streitigkeiten, welche die Abänderungen in der zweiten Fassung bewirkten, beispielsweise im Streit um ‚Kauf bricht Miete‘ (vgl. Repgen 2001: 231 ff.; Kroeschell 2008: 185 ff.). Ebenso sei an dieser Stelle auf Äußerungen des Generalreferenten der zweiten BGB-Kommission, Gottlieb Planck, verwiesen, der anhand der rechtlichen Konzeption von Eigentum, Erbrecht, Ehe und Familie innerhalb des neuen Zivilgesetzbuchs klarmachte: „Durch diese Anerkennung werden die prinzipiellen Forderungen der Sozialdemokratie zurückgewiesen“; das BGB trete „entschieden [...] einer Aenderung der Grundlagen der bestehenden Gesellschaftsordnung“ entgegen (Planck 1899: 181 u. 184) – als ‚unpolitisch‘ kann diese Kodifikation daher wohl nicht gelten.

Weiterhin liefert Jansen in seiner Darstellung der Diskussionen um das richterliche Verwerfungsrecht auf dem Dritten Deutschen Juristentag 1862 zwar eine wichtige Erweiterung der prominenten Deutung Regina Ogoreks, es sei vorrangig um die „Sicherung der landständischen Beteiligung am Prozess staatlicher Normgebung“ gegangen (Ogorek 1989: 38); demgegenüber zeigt Jansen anhand von Äußerungen Rudolf von Jherings, „primär“ sei es den Juristen um „die Integrität ihres Rechts gegen eine aus ihrer Sicht übergriffige Politik“ und damit einen „spezifisch juristische[n] Blick“ auf den Verfassungskonflikt gegangen (Jansen 2019: 254 u. 256). Es lässt sich um dieselbe Zeit – ebenfalls innerhalb eines Verfassungskonflikts – ebenso beobachten, dass diese Distanznahme zwischen Recht und Politik sich leicht wieder einkassieren und der ‚spezifisch juristische Blick‘ sich auch anders verwenden ließ: während des preußischen Budgetstreits um Bismarcks ohne Haushaltsgesetz getätigten Militärausgaben deutete Paul Laband die verfassungsrechtliche Regelung dahingehend um, dass aufgrund des fehlenden Anordnungscharakters des Haushaltsgesetzes der Haushaltsplan selbst materiell-

rechtlich als Staatsverwaltungsakt zu verstehen und in der Konsequenz die Notwendigkeit einer Etatbewilligung durch das Parlament nicht gegeben sei (Laband 1871: 54 ff.; vgl. Friauf 1968: 257); inwiefern es hier noch um die ‚Integrität‘ des Rechts ging, muss besonders anhand von Labands Verständnis des Gesetzesbegriffs als dem der Verfassung gegenüber *historisch* vorhergehend und damit *vorrangig* zur Diskussion stehen. Gerade hier müsste also, wie bei Regina Ogorek, die Berücksichtigung der sozialgeschichtlichen Dimension wieder größeres Gewicht zufallen; schließlich sollte auch das von Laband wenig später entworfene Staatsrecht sich mit der „nationalkonservativen Hauptströmung der Zeit bei Bürgertum und Staatsapparat“ decken (Stolleis 1992: 345) und hat insofern durchaus eine „legitimitische Funktion“ gehabt (Wilhelm 1958: 152).

Ebenso kommt Jansen in seiner Auseinandersetzung mit der Bedeutung des Rechtsprechungsrechts für die heutige Rechtspraxis zum Schluss, dass zwar die Verarbeitung, Diskussion und Bewertung von Gerichtsurteilen innerhalb des juristischen Diskurses entscheidend für dessen ‚Rechtscharakter‘ sei; „steuern“ ließe sich „die Rezeption von Urteilen indes nicht“ (Jansen 2019: 292). Sicherlich lässt sich eine zentrale ‚politische‘ Steuerung oder ein innerjuristisches ‚Dirigat‘ nicht erreichen, allerdings wird hier nur sehr knapp – in einer Fußnote – darauf verwiesen, dass es durchaus, gerade was den ‚Wert‘ von Präjudizien für praktizierende Juristen betrifft, nicht nur anhand der populären Kürzel *hM* beziehungsweise *aA* Mechanismen der Steuerung gibt, sondern dass vor allem hieran auch Akteure – die Kommentatoren – beteiligt sind, denen so eine ganz besondere Rolle sowie „eine hohe und schwererfüllbare Verantwortung“ gerade in dieser Steuerung der Rezeption von Gerichtsurteilen zukommt (Riess 1996: 90). Es sind also vielleicht gerade derlei Steuerungseffekte, die eine erhöhte Aufmerksamkeit verdienen, denn insbesondere für die Kommentare gilt: „Wenn dort bestimmte Veröffentlichungen nicht erwähnt werden, bleiben sie weiten Leserkreisen unbekannt. Insbesondere diejenigen Juristen, die praktisch tätig sind, etwa als Richter oder als Verwaltungsbeamte, auf Literaturangaben in den Kommentaren angewiesen“ (Zimmermann 1983: 63 f.).

Was die Rezeption der Differenzierungstheorie betrifft, kommt dem Rezensenten zunächst die Einschätzung des Autors merkwürdig vor, die Autoren Max Weber und Niklas Luhmann – von „Haus aus als Rechtswissenschaftler ausgebildet“ – hätten die „moderne Differenzierungstheorie ganz wesentlich mitformuliert“, was allerdings vielleicht „kein Zufall“ sei: Juristen richteten „immer schon ihr Augenmerk auf gesellschaftliche Differenzierung“, seien insofern „natürliche[] Akteure“ und „sensible[] Beobachter“ dieses Prozesses (Jansen 2019: 78 f.). Hierzu sei zweierlei angemerkt: Zunächst waren die frühen Proponenten soziologischer Differenzierungstheorie – Herbert Spencer, Emile Durkheim, Georg Simmel, wenig später Talcott Parsons –, von denen dann insbesondere

Luhmann vieles verwandelnd aufgenommen hat, *keine* Juristen. Zweitens ist die Kategorisierung von Max Weber als Differenzierungstheoretiker etwas verzerrend, da der Begriff bei Weber selbst zwar häufig auftaucht, allerdings nur „beiläufig“ (Schimank 1996: 49) und *ohne* eindeutigen theoretischen Gehalt; ebenso sind die einzelnen Arbeiten Webers zu ‚Differenzierungsphänomenen‘ (Versachlichung, Bürokratisierung, Industrialisierung) nicht als von einer differenzierungstheoretischen Fragestellung ausgehend zu begreifen. Erst spät von Weber selbst und dann durch bestimmte Rezeptionsstränge wurden sie unter dem Dachterminus der ‚Rationalisierung‘ zusammengeschnürt und wurden so auch für Differenzierungsgeschichten leicht anschlussfähig (Joas 2017: 364 f.).

Betreffend die Frage, ob der von Jansen vorgenommene ‚Import‘ der Theorie sozialer Differenzierung für eine Darstellung der (in der Hauptsache) kontinentaleuropäischen Rechtsgeschichte seit Bologna Früchte trägt, ist der Rezensent skeptisch. Von dieser Skepsis ist die Art der Darstellung des historischen Stoffes entschieden ausgenommen – gerade hier muss man sich vor dem Band verneigen; die Skepsis rührt her vom letztendlichen *surplus* für die Analyse eben dieses Stoffes durch die Orientierung am Differenzierungsparadigma. Das fängt beim unbequemen Verhältnis zu Luhmann an: Jansen wählt dessen Perspektive zwar als Ausgangspunkt, zeigt aber im Verlauf des Buches, dass die luhmannsche Differenzierungstheorie sowohl *historisch empirisch* korrekturbedürftig (verzerrte Darstellung des Naturrechts; Trennung von Recht und Moral sowie Kontingenz des Rechts als falsche Leitdifferenzen) sowie *kategorial* renovierungsbedürftig ist – beides höhlt den theoretischen und methodischen Ausgangspunkt der Studie ziemlich umfänglich aus. Was die kategorialen Erweiterungen der Systemtheorie betrifft, ist es für den Rezensenten eine offene Frage, ob sich an die Begriffsarchitektur Luhmanns, die angetreten war, Theorieprobleme der Soziologie schlichtweg „zu unterlaufen bzw. umzuformulieren“ (Joas & Knöbl 2004: 351), einfach Handlungs- und Konflikttheorien heranzumontieren lassen. Der Rezensent teilt beispielsweise die Ansicht Jansens nicht, beim Vergleich der Ansätze von Luhmann und Bourdieu handele es sich „eher um verschiedene Methoden als um unvereinbare Thesen zur gesellschaftlichen Wirklichkeit“, weiterhin setze Bourdieu immer schon „funktionale Differenzierung“ voraus (Jansen 2019: 4). Die Verschiedenheiten scheinen dem Rezensenten allerdings, blickt man auf Äußerungen Bourdieus, deutlich tiefer anzusetzen: „Zuallererst einmal schließt der Begriff Feld den Funktionalismus [...] aus: Die Produkte eines gegebenen Feldes können systematisch sein, ohne Produkte eines Systems zu sein, insbesondere nicht eines Systems, dessen Merkmale gemeinsame Funktionen, interne Kohäsion und Selbstregulierung sind – lauter Voraussetzungen der Systemtheorie, die abzulehnen sind“ (Bourdieu & Wacquant 1996: 134).

Abseits von diesen (oftmals humorbefreiten) sozialtheoretischen Debatten sei der diskutable Mehrwert der gewählten Perspektive nochmals an der Auseinandersetzung des Autors mit den Arbeiten Samuel Stryks verdeutlicht. Am Ende einer materialreichen, äußerst verdichteten und anregend zu lesenden Darstellung von dessen rechtswissenschaftlichen Bemühungen um den römischrechtlichen *usus* seiner Zeit steht das eher verdünnende Urteil: „Mit alldem begann das gelehrte Recht bei Stryk – in der Sprache der Systemtheorie – sich selbst zu beobachten und damit reflexiv gegen seine Umwelt abzuschließen“ (Jansen 2019: 239). Geht es hier in der Rückbeziehung auf die Systemtheorie aber um eine Beschreibung oder eine Erklärung (vgl. Esser 1996: 615 f.)? Zudem schließen sich just mehrere Einschränkungen an: „Auch wenn das gelehrte Recht damit durchaus ein autopoietisches Gepräge bekam, war es freilich nicht auch zu einem operativ geschlossenen System geworden“, es „blieb das gelehrte Recht ein informelles Juristenrecht“ und „Recht und Wissenschaft [blieben] im *usus modernus* undifferenziert miteinander verbunden“ (ebd.: 241) – was heißt das dann aber im Umkehrschluss für die differenzierungstheoretische Perspektive?

Zweifelsohne fällt Jansen in der Gesamtschau auf seine historischen Analysen das einwandfrei überzeugende Urteil, dass Differenzierungen letztlich auf „kontingenten historischen Prozessen“ beruhten (ebd.: 19 u. 318), bei denen obendrein die entscheidenden Akteure mit je eigenen, häufig konfligierenden, Leidenschaften und Interessen nicht aus den Augen verloren werden dürften (ebd.: 121, 225, 265, 281). Dahingehend sei an dieser Stelle abschließend eine provokante Argumentationsfigur nachgetragen, die Hans Joas Anfang der 1990er Jahre vorgebracht hat: „Wenn die Differenzierungstheorie zugibt, dass Ursachen und Wirkungen, Träger und Kontingenzen geklärt und berücksichtigt werden müssen, dann wird es immer schwerer, die Differenzierungstheorie als explanatorischen Universalschlüssel bei der Untersuchung sozialen Wandels zu verwenden. [...] Die Schlussfolgerung aus einem verbesserten Bezug zu Akteuren und zur realen Geschichte könnte aber doch auch darin bestehen, dass Differenzierung nicht länger als die große Linie historischer Veränderung betrachtet würde“ (Joas 1992: 335 f.; vgl. ders. 2012). Hierfür müsste sich aber entschiedener vom Standpunkt entfernt werden, wie ihn Luhmann formuliert hat: „Die nachfolgenden Ausführungen gehen davon aus, dass es Systeme gibt“ (Luhmann 1987: 30) – wovon sich in einer dem hier vorliegenden Buch zugrundeliegenden, früheren Veröffentlichung des Autors ein Echo findet: „Moderne Gesellschaften bilden bekanntlich hoch ausdifferenzierte Systeme“ (Jansen 2018: 7). Es könnte hier jedoch ebenso die Frage aufgeworfen werden, wie ‚bekanntlich‘ respektive anerkannt ein solcher sozialtheoretischer Auftakt eigentlich ist.

Literaturverzeichnis

- Bourdieu, Pierre, Wacquant, Loïc (1996) *Reflexive Anthropologie*. Frankfurt a. M.: Suhrkamp.
- Esser, Hartmut (1996) *Soziologie – Allgemeine Grundlagen*. Frankfurt a. M.: Campus.
- Friauf, Karl Heinrich (1968) *Der Staatshaushaltsplan im Spannungsfeld zwischen Parlament und Regierung*. Bad Homburg v. d. H.: Gehlen.
- Haferkamp, Hans-Peter (2010) Wege der Historiographie zur Privatrechtsgeschichte der Neuzeit. *Zeitschrift für Neuere Rechtsgeschichte* 32: 61–81.
- Jaestedt, Matthias (2014) Wissenschaft im Recht – Rechtsdogmatik im Wissenschaftsvergleich. *JuristenZeitung* 69: 1–12.
- Jansen, Nils (2012) Codifications, commentators and courts in tort law – the perception and application of the civil code and the constitution by the German legal profession, S. 186–203 in M. Lobban & J. Moses (Hrsg.), *The impact of ideas on legal development*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Jansen, Nils (2015) Verwicklungen und Entflechtungen – Zur Verbindung und Differenzierung von Recht und Religion, Gesetz und rechtlicher Vernunft im frühneuzeitlichen Naturrechtsdiskurs. *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte (germanistische Abteilung)* 132: 29–81.
- Jansen, Nils (2018) *Rechtswissenschaft und Rechtssystem – Sieben Thesen zur Positivierung des Rechts und zur Differenzierung von Recht und Rechtswissenschaft*. Baden-Baden: Nomos.
- Jansen, Nilas (2019) *Recht und gesellschaftliche Differenzierung – Fünf Studien zur Genese des Rechts und seiner Wissenschaft*. Tübingen: Mohr Siebeck.
- Joas, Hans (1992) *Die Kreativität des Handelns*. Frankfurt a. M.: Suhrkamp.
- Joas, Hans (2012) Gefährliche Prozessbegriffe, S. 603–623 in K. Gabriel, C. Gärtner & D. Pollack (Hrsg.), *Umstrittene Säkularisierung – Soziologische und historische Analysen zur Differenzierung von Religion und Politik*. Berlin: Berlin University Press.
- Joas, Hans (2017) *Die Macht des Heiligen – Eine Alternative zu der Geschichte von der Entzauberung*. Frankfurt a. M.: Suhrkamp.
- Joas, Hans, Knöbl, Wolfgang (2004) *Sozialtheorie – Zwanzig einführende Vorlesungen*. Frankfurt a. M.: Suhrkamp.
- Kracauer, Siegfried (1971) *Geschichte – Vor den letzten Dingen*. Frankfurt a. M.: Suhrkamp.
- Kroeschell, Karl (2008) *Deutsche Rechtsgeschichte (Bd. 3) – Seit 1650*. Köln: Böhlau.
- Laband, Paul (1871) *Das Budgetrecht nach den Bestimmungen der Preußischen Verfassungs-Urkunde unter Berücksichtigung der Verfassung des Norddeutschen Bundes*. Berlin: Guttentag.
- Luhmann, Niklas (1987) *Soziale Systeme – Grundriss einer allgemeinen Theorie*. Frankfurt a. M.: Suhrkamp.
- Ogorek, Regina (1989) Richterliche Normenkontrolle im 19. Jahrhundert – Zur Rekonstruktion einer Streitfrage. *Zeitschrift für Neuere Rechtsgeschichte* 11: 12–38.
- Osterhammel, Jürgen (2006) Gesellschaftsgeschichte und Historische Soziologie. *Geschichte und Gesellschaft Sonderheft* 22: 81–102.
- Planck, Gottlieb (1899) Die soziale Tendenz des Bürgerlichen Gesetzbuchs. *Deutsche Juristen-Zeitung* 4: 181–184.
- Pollack, Detlef (2016) *Religion und gesellschaftliche Differenzierung – Studien zum religiösen Wandel in Europa und den USA III*. Tübingen: Mohr Siebeck.

- Reppen, Tilman (2001) *Die soziale Aufgabe des Privatrechts – eine Grundfrage in Wissenschaft und Kodifikation am Ende des 19. Jahrhunderts*. Tübingen: Mohr Siebeck.
- Riess, Peter (1996) Einige Bemerkungen zum Stellenwert und zur Funktion juristischer Kommentare, S. 81–93 in R. Böttcher & W. Odersky (Hrsg.), *Festschrift für Walter Odersky zum 65. Geburtstag*. Berlin: de Gruyter.
- Rückert, Joachim (2015) ‚Große‘ Erzählungen, Theorien und Fesseln in der Rechtsgeschichte, S. 497–518 in ders., *Abschiede vom Unrecht – Zur Rechtsgeschichte nach 1945*. Tübingen: Mohr Siebeck.
- Schimank, Uwe (1996) *Theorien gesellschaftlicher Differenzierung*. Opladen: Leske u. Budrich.
- Senn, Marcel (1982) *Rechtshistorisches Selbstverständnis im Wandel – Ein Beitrag zur Wissenschaftstheorie und Wissenschaftsgeschichte der Rechtsgeschichte*. Zürich: Schulthess.
- Stolleis, Michael (1992) *Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland (Bd. 2) – Staatsrechtslehre und Verwaltungswissenschaft 1800–1914*. München: Beck.
- Wehler, Hans-Ulrich (2001) *Historisches Denken am Ende des 20. Jahrhunderts – 1945–2000*. Göttingen: Wallstein.
- Wilhelm, Walter (1958) *Zur juristischen Methodenlehre im 19. Jahrhundert – Die Herkunft der Methode Paul Labands aus der Privatrechtswissenschaft*. Frankfurt a. M.: Klostermann.
- Zimmermann, Rita (1983) *Die Relevanz einer herrschenden Meinung für Anwendung, Fortbildung und wissenschaftliche Erforschung des Rechts*. Berlin: Duncker & Humblot.