

Thema 9

**Das Zivilrecht zu Studienbeginn Radbruchs
Vom „heutigen römischen Recht“ zur Entstehung des BGB**

Rechtsphilosophisches Seminar bei Prof. Dr. Hasso Hofmann

Sommersemester 2000

I.	Einleitung	2
II.	Die Historische Schule des Friedrich Carl von Savigny	2
II.1.	Der Kodifikationsstreit - Rechtsvereinheitlichung oder Rechtsverdung	2
II.2.	Savigny und das Programm der Historischen Rechtsschule	4
II.3.	Kritik an der Historischen Rechtsschule	8
II.4.	Puchta und die Begriffsjurisprudenz	9
II.5.	Das Privatrecht der Germanistik	10
III.	Der Kampf ums Recht	12
III.1.	Der Zweck als Schöpfer des Rechts (Jhering)	12
III.2.	Sozialrechtliche Strukturen des Privatrechts (Gierke)	13
IV.	Das BGB - die Verwirklichung der deutschen Rechtseinheit	14
IV.1.	Vorkommission und Erster Entwurf	15
IV.2.	Der zweite Entwurf	16
IV.3.	Dritter Entwurf und Verkündung	17
IV.4.	Wesen und Wertung des BGB	17
	Literaturverzeichnis	20

I. Einleitung

Als Gustav Radbruch 1898 ganz dem väterlichen Wunsch entsprechend das Studium der Rechtswissenschaften an der Universität München aufnahm, waren die großen Schlachten um das deutsche Zivilrecht bereits geschlagen. Dennoch steckte dieser junge, verunsicherte Student, der “das eigentliche Rechtsstudium mit wenig Passion, eher beiläufig betrieb”,¹ mitten drin in einer Zeit des rechtswissenschaftlichen Umbruchs in Studium und Lehre, die ihn und seinen Kommilitonen die ganze Vehemenz und Leidenschaftlichkeit, mit der die Diskussion um die Entstehung des BGB geführt wurde, deutlich spüren ließ. Radbruch begann seine zivil-rechtlichen Studien mit Savignys “System des heutigen Römischen Rechts” von 1841 und den “Institutionen des römischen Rechts”² von Rudolph Sohm. Als er 1901 sein Staatsexamen ablegte, galt das BGB zwar schon zwei Jahre, aber hatte als Konstrukt spätPandektistischer Normierungskunst³ mit seiner mangelhaften lebensnahen Anschaulichkeit kaum eines der alten Lehrbücher ersetzen können. Von daher bedarf es auch heute noch eines Rückblickes in die Tiefen des 19. Jahrhunderts, um sich der Bedeutung und Denkschule des BGB und seiner Rechtsinstitutionen bewußt zu werden.

II. Die Historische Schule des Friedrich Carl von Savigny

II.1. Der Kodifikationsstreit - Rechtsvereinheitlichung oder Rechtswerdung

Zu Beginn des 19. Jh. befindet sich nicht nur die Rechtswissenschaft im Umbruch. Das Alte muß dem Neuen weichen. Mit der französischen Revolution von 1789 hält in Europa das Zeitalter der bürgerlichen Gesellschaft und der Nationalstaaten Einzug. Das Heilige Römische Reich Deutscher Nationen zerfällt endgültig, als Napoleons Truppen über Europa hinwegrollen und 1807 auch die preußische Armee bei Jena und Auerstedt unterliegt. Der bürgerlichen Revolution folgt die industrielle; das erstarkende Finanzbürgertum verdrängt die aristokratische Elite; den Feudalismus löst der Manchesterkapitalismus ab. Die bürgerliche Gesellschaft erreicht ihren Höhepunkt. Zum einen begrenzt sich das Handels- und Produktionswesen längst nicht mehr nur auf die Nationalstaaten, zum anderen zieht sich der Staat ganz im Sinne von Adam Smith⁴ aus der Lenkung der Wirtschaft zurück und überläßt sie dem selbst regulierenden Prozeß der Gesellschaft. Allerdings wird die wirtschaftliche Tätigkeit noch immer von der Verschiedenartigkeit der Rechtsordnungen in den einzelnen Nationalstaaten und durch eine Vielzahl unübersichtlicher Policeiordnungen gebremst. Thibaut beschreibt den Rechtszustand nach Abzug der napoleonischen

¹ *Savigny*, System des heutigen Römischen Rechts, Berlin 1841, Band I.

Adomeit, Gustav Radbruch, NJW 1999, S. 3466.

² *Sohm*, Lehrbuch der Institutionen des römischen Rechts, 1. Aufl. 1884, 15. Aufl. 1917, später fortgeführt von L. Mitteis und Wenger.

³ *Schlosser*, Grdz. der Neueren Privatrechtsgeschichte, S. 164.

⁴ *Smith*, Wealth of Nations.

Truppen als einen “endlose[n] Wust einander widerstreitender, vernichtender, buntschäckiger Bestimmungen, ganz dazu geartet, die Deutschen von einander zu trennen, und den Richtern und Anwälten die gründliche Kenntniß des Rechts unmöglich zu machen.”⁵

Zugleich findet unter dem Eindruck der französischen Revolution und den ihr folgenden napoleonischen Kriegen eine allgemeine Abwendung vom Rationalismus der Aufklärung statt. Man ist plötzlich wieder eifrig bemüht, nach gestaltenden Kräften im eigenen Volkstum zu suchen. So wendet man sich verstärkt der Vergangenheit zu, “um aus ihr für die Gegenwart zu schöpfen und dieselbe zu erklären.”⁶ Unter den Zeichen der Zeit werden die Rufe nach Einheit und Freiheit der deutschen Nation und damit die Forderungen nach einem einheitlichen Rechtswesen immer lauter.

Dem Wunsch nach Schaffung eines allgemeinen Privatrechtsgesetzbuches für ganz Deutschland verleiht 1814 erstmals der Heidelberger Zivilrechtslehrer Anton Friedrich Justus Thibaut (1772-1840) in seiner aufsehenerregenden Schrift “Ueber die Nothwendigkeit eines allgemeinen bürgerlichen Rechts für Deutschland” publizistischen Ausdruck.

Er fordert zur “Festigung des bürgerlichen Zustandes” den Erlaß eines einfachen, deutschen, den Bedürfnissen des Volkes entsprechenden und einheitlichen Gesetzbuches, das an Stelle des verworrenen, kontroversenreichen und fremden Corpus iuris treten sollte, um so alles veraltete und zersplitterte römische wie deutsche Recht abzulösen. Thibaut hofft, “daß ein einfaches Gesetzbuch, das Werk eigener Kraft und Thätigkeit endlich unsern bürgerlichen Zustand, den Bedürfnissen des Volks gemäß, gehörig begründen und befestigen möge, und daß ein patriotischer Verein aller Deutschen Regierungen dem ganzen Reich die Wohlthaten einer gleichen bürgerlichen Verfassung auf ewige Zeiten angedeihen lasse.”⁷

Nicht zuletzt wegen der leichten Lesbarkeit verfehlt die Schrift Thibauts ihre Wirkung nicht und lenkt erstmals das breite Interesse der Bevölkerung auf eine gesamtdeutsche Kodifikation. “Der Geist der Zeit kam Thibauts Forderung allerdings nicht entgegen.”⁸ Seine Ideen wurzeln noch im Rationalismus der Aufklärung, seine Sympathien gelten der französischen Revolution. Die Einheit im Recht als erste Stufe zu einer neuen staatlichen Einheit, getragen von der nationalen Begeisterung nach den Befreiungskriegen, stellt zudem kaum eine aussichtsreiche Forderung in einer Zeit dar, die durchdrungen ist vom konservativen Partikularismus der Mächtigen. Aber es kommt auch hinzu, daß selbst ein Teil der Liberalen sich von einer Gegenschrift umstimmen läßt, die als prompte Antwort noch im selben Jahr erscheint. Autor dieser Schrift mit dem Titel “Vom Beruf unserer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft” ist Friedrich Carl von Savigny

⁵Thibaut, Ueber die Nothwendigkeit eines allgem. bürgerl. Rechts, S. 14.

⁶Eisenhardt, Dt. Rechtsgeschichte, S. 361, Rdnr. 511.

⁷Thibaut, Ueber die Nothwendigkeit eines allgem. bürgerl. Rechts, S. 23.

⁸Eisenhardt, Dt. Rechtsgeschichte, S. 366, Rdnr. 519.

(1779-1861). Der Berliner Universitätslehrer bringt darin seine das statisch-systematische, materielle Naturrechtsdenken Wolffscher Prägung entschieden ablehnende, prinzipiell andere Vorstellung von Recht zum Ausdruck.⁹ Zwar zielt er wie Thibaut auf die “Grundlage eines sicheren Rechts, sicher gegen Eingriffe der Willkür und ungerechter Gesinnung; desgleichen [auf] Gemeinschaft der Nation und Concentration ihrer wissenschaftlichen Bestrebungen auf dasselbe Object.”¹⁰ Allerdings bestreitet Savigny die Zweckmäßigkeit eines Gesetzbuches, als stelbsttäuscherischen Versuch, die organisch fortschreitende Rechtswissenschaft “zu vernichten, indem man alle historischen Fäden zu durchschneiden und ein ganz neues Leben zu beginnen versuchte.”¹¹ Vielmehr betont er den “organischen Zusammenhang des Rechts mit dem Wesen und Charakter des Volkes.”¹² Danach werde das Recht nicht durch den Staat gesetzt, sondern entstehe aufgrund der dem Volke innewohnenden rechtserzeugenden Kraft als Gewohnheitsrecht aus dem Volk selbst heraus. Es sei daher Aufgabe der Rechtswissenschaft durch behutsame, umfassende Reformierung des geltenden zersplitterten Rechts auf der Grundlage des gemeinen Römischen Rechts die Rechtseinheit voranzutreiben, an deren Ende dann auch eine Kodifikation möglich erscheine.

Das Wort des 1779 in Frankfurt geborene Savigny wiegt mehr als das Thibauts, so daß es sich schließlich durchsetzt. Damit ist die Debatte um eine gesamtdeutsche Gesetzeskodifikation zunächst entschieden. Man verfehlt jedoch das Wesentliche, wenn man Savignys Anfechtung der thibautschen Forderungen als bloßes Gelehrtengezänk abtut. Tatsächlich handelt es sich um den verzweifelte Bewahrungsversuch des Althergebrachten und eine Absage an die französische Revolution, die sie tragende Aufklärung und den Liberalismus. Denn, auch wenn Savigny das Produkt des unhistorischen Naturrechts und die schlichte Spekulation der Vernunft in der Kodifikation zu erkennen glaubt, so brauchte objektiv betrachtet sowohl die Nationwerdung der Deutschen wie auch der kapitalistische Warenmarkt ein jus commune, ein gesamt-deutsches Recht. Von daher waren Savignys Haßtiraden auf den Code civil, “das normierte Krebsgeschwür von Frankreichs verfluchter Revolution”,¹³ zwar von rezeptionsverhindernder Wirkung, aber der Substanz nach letztlich erfolglos.¹⁴ Die Einführung des BGB konnten sie nur verzögern.

II. 2. Savigny und das Programm der Historischen Rechtsschule

Savigny, den Radbruch als einen “der Romantik eng verbunden[en], [...] das geschichtliche Werden ehrfürchtig belauschende[n] Gegner gesetzgeberischer Willkür, [...] von jung an

⁹Schlosser, Grdz. der Neueren Privatrechtsgeschichte, S. 124 f.

¹⁰Savigny, Vom Beruf unsrer Zeit, S. 162f.

¹¹Ebd., S. 112.

¹²Ebd., S. 11.

¹³Savigny, Vom Beruf unsrer Zeit, S. 54 f.

¹⁴Klenner, Savignys Forschungsprogramm, S. 99.

wunderbar ausgeglichen und von einem freundlichen Geschick pfleglich emporgeleitet” beschreibt,¹⁵ den Heinrich Heine dagegen als “süßlichen Troubadour der Pandekten” abtut,¹⁶ hat schon früh durch seine wissenschaftlichen Leistungen die Aufmerksamkeit und Achtung der Fachwelt auf sich gelenkt. Nach seiner akademischen Lehrtätigkeit in Marburg (1800-1804), einer Studienreise auf den Spuren des Römischen Rechts, die ihn nach Göttingen, Heidelberg, Straßburg und Paris führte, und einer nur zweijährigen Professur in Landshut (1808-1810) wird er an die neu gegründete Reformuniversität nach Berlin berufen. Hier gehört er dem Kreis jener an, die den Hegemonialanspruch Preußens verfechten. Sein anfänglicher Glaube an den Fortschritt und Planbarkeit der Gesellschaft durch Vernunft, wird durch die französische Revolution und den Zusammenbruch des friderizianischen Preußens nahezu ausgelöscht.¹⁷ “Was haben wir erleben müssen”, schreibt er am 22. Dezember 1830 an Eichhorn, “und was wird noch folgen! Mir ist in dieser letzten Zeit die gänzliche Unsicherheit jeder Art von Vermögen so anschaulich geworden, daß mir wenigstens schwerlich ein einbrechender Verlust unerwartet kommen wird. Man muß auf den Untergang aller Verhältnisse, die uns erfreulich sein und Sicherheit gewähren mögen, gefaßt sein. Daß unser ruhiges Deutschland ein Schauplatz von Unordnung geworden ist, gereicht mir zu einer nationalen Beschämung.”¹⁸ So ist es auch nicht weiter verwunderlich, daß Savignys Grundauffassung von der Entstehung des Rechts aus dem historisch gewachsenen Wesen und Charakter des Volkes der politischen, Staat und Gesellschaft erfassenden Restauration entspricht und allen von Aufklärung und Naturrecht getragenen revolutionären Gedanken eine klare Absage erteilt.

Es ist Immanuel Kant (1724-1804), der die Vorstellungen des älteren Naturrechts von der Existenz eines überpositiven Rechts ohne geschichtliche Grundlage spektakulär und überzeugend widerlegt hat. Wie Radbruch in seiner Rechtsphilosophie darlegt, habe Kants Kritik der Vernunft gezeigt, “daß die Vernunft nicht ein Arsenal fertiger theoretischer Erkenntnisse, anwendungsreifer ethisch und ästhetischer Normen sei, vielmehr nur das Vermögen, zu solchen Erkenntnissen und Normen zu gelangen, ein Inbegriff nicht von Antworten, sondern von Fragen, von Gesichtspunkten, mit denen man an die Gegebenheit herantritt, von Formen, die erst durch die Aufnahme eines gegebenen Stoffes, von Kategorien, die erst durch die Anwendung auf ein gegebenes Material Urteile oder Beurteilungen bestimmten Inhalts zu liefern vermögen,” die “niemals das Produkt ‘reiner’ Vernunft, sondern immer nur ihre Anwendung auf bestimmte Gegebenheiten - und deshalb niemals allgemein, sondern immer nur für diese Gegebenheit gültig” seien.¹⁹

¹⁵Radbruch, Feuerbach, S. 14.

¹⁶Vgl. Klenner, Savignys Forschungsprogramm, S. 93.

¹⁷Vgl. Schlosser, Grdz. der Neueren Privatrechtsgeschichte, S. 125.

¹⁸Abgedruckt bei Rückert, Idealismus ... bei Savigny, S. 217.

¹⁹Radbruch, Rechtsphilosophie S. 21 f. (bzw. 15).

Auf diesen Zug springt Savigny auf, als er die Erneuerung der Jurisprudenz als Wissenschaft wieder in der Geschichtswissenschaft zu finden versucht.

Die Methode der geschichtlichen Betrachtung des Rechtsgeschehens ist nicht ganz neu. Nachdem im ausgehenden 18. Jh. die Darstellung der Rechtsgeschichte zu einer "Antiquitätendarstellung ohne Anschluß an eine wissenschaftliche oder praktische Behandlung des geltenden Rechts herabgesunken" ist,²⁰ obliegt es Gustav Hugo (1764-1844), die römischen Institutionen aus dem Geist der Zeit heraus verstanden zu wissen und in ihren Wandlungen bis zur Gegenwart zu verfolgen. Man müsse, lehrt Hugo, die Rechtserscheinungen in der Geschichte ebenso unbefangen, objektiv und vorurteilslos beobachten wie andere Naturphänomene, um dann auf induktivem Wege ein auch rationell den konkreten Gegebenheiten entsprechendes Recht aufzubauen. Die eigentliche Quelle des Rechts sieht auch Hugo daher nicht in den willkürlich erlassenen Gesetzbüchern, sondern in der dem geschichtlichen Wandel unterworfenen Volksüberzeugung, der "Meinung der Nation".²¹

Hier knüpft nun Savigny mit seiner Volksgeistlehre an. Er greift auf die Vorstellungen Johann Gottfried Herders (1744-1803) vom gemeinsamen Kulturbesitz einer Nation, also Sprache und Literatur, zurück, durch den das Volk erst seine Individualität erhalte und aus dem auch das Recht als Teil der nationalen Gesamtkultur erwachse. Denn wie die Sprache so stehe auch das Recht in einem organischen Zusammenhang mit dem Charakter des Volkes, es entwickle sich zunächst durch Sitte und Volksglaube, später durch Rechtswissenschaft, also durch innere, stillwirkende Kräfte. Es sei also "durch die gesammte Vergangenheit der Nation gegeben, doch nicht durch Willkühr, so daß er zufällig dieser oder ein anderer seyn könnte, sondern aus dem innersten Wesen der Nation selbst und ihrer Geschichte hervorgegangen."²² Als naturnotwendiger Bestandteil der Volkskultur (und damit des Volksganzen) müsse es wie die Kultur selbst organisch aus dem "gemeinsamen Bewußtsein des Volkes", aus dem Volksgeist erwachsen.²³ Daher könne auch durch den Willen des Gesetzgebers kein Recht erzeugt werden. Allein der Volksgeist vermag dem Recht durch die geschichtliche Rechtfertigung Geltung zu verleihen.

Einzig diese "strenge historische Methode" hält Savigny für geeignet, die Brauchbarkeit des geltenden gemeinen Römischen Rechts und der Partikularrechte wiederherzustellen. Nur so sei es möglich "jeden gegebenen Stoff bis zu seiner Wurzel zu verfolgen und so ein organisches Princip zu entdecken, wodurch sich von selbst das, was noch Leben hat, von demjenigen absondern muß, was schon abgestorben ist und nur noch der Geschichte angehört."²⁴

²⁰Wesenberg, Neuere dt. Privatrechtsgeschichte, S. 171.

²¹Hugo, Die Gesetze sind nicht die einzige Quelle, Zivilist. Magazin, S. 89 ff.

²²Savigny, Ueber den Zweck, ZsfgRw, Band I, S. 5 f.

²³Savigny, Vom Beruf unsrer Zeit, S. 11.

²⁴Savigny, Vom Beruf unsrer Zeit, S. 117f.

Gegenüber der philosophischen Schule der Naturrechtler unter den Juristen gilt es nun, eine geschichtliche Schule zu entwickeln. Da diese Historische Rechtsschule “den Weg zur wahren Erkenntnis unseres Zustandes”²⁵ nicht mehr in der Vernunft, sondern in der Geschichte sucht, bildet sich auch eine gänzlich veränderte Vorstellung vom Rechtssystem heraus. Nicht mehr a priori von der Vernunft gewonnene Prinzipien vom Wesen der Natur des Menschen können den Zusammenhang der Rechtsnormen herstellen, sondern die historisch entstandenen je besonderen Rechtsinstitute, Rechtssätze oder Rechtsbegriffe gilt es nun zuerst zu ergründen, um von ihnen ausgehend zu dem aufzusteigen, was ihren gemeinsamen Gehalt ausmacht, nämlich zu den ordnenden Prinzipien des Rechts. Das System wird also nicht, wie im Vernunftsrecht, durch eine Deduktion vom Allgemeinen zum Besonderen aufgebaut, sondern eher umgekehrt auf induktivem Weg, vom Besonderen zum Allgemeinen.

Als Ergebnis der umfassenden Historisierung des Rechts entsteht ein neuer Wissenschaftsstil: die Pandektistik oder Pandektenwissenschaft. Ihr theoretisches Fundament bildet die historisch-systematische Methode. Die sozialetische Basis wird durch die kantische Pflicht- und Freiheitslehre definiert. Der diese Wissenschaft kennzeichnende Kernbegriff Pandekten entstammt dem Hauptteil der justinianischen Kodifikation und wird daher auch als Digesten bezeichnet. Er gibt bereits Aufschluß über Arbeitsgegenstand und ideologische Verankerung dieser Wissenschaft. Ziel der Pandektisten ist es nämlich, durch Interpretation (Exegese) der justinianischen Pandekten, die sie als überpositive Legitimationsgrundlage definieren, ein dogmatisch widerspruchsfreies positives Rechtssystem zu formen und Pandektenharmonistik unter den verschiedenen Pandektenlehrbüchern herzustellen. Damit gelingt es gegenüber den reformunwilligen Fürsten durch das Römische Recht auch eine gewisse Rechtseinheit herzustellen, was den rechtspolitischen Programmen und Bedürfnissen der Gesellschafts- und Wirtschaftsordnung des 19. Jh. voll entspricht. Die Pandektistik als später verbindliche, die Partikularrechte übergreifende Rechtsdogmatik des gemeinen Rechts hat auch auf das Rechtsdenken des Auslandes eingewirkt, insbesondere in der Schweiz, in Österreich, Italien und England.²⁶

II.3. Kritik an der Historischen Rechtsschule

Veranlaßt durch die Berufung Savignys zum preußischen Minister für Gesetzgebung schrieb Karl Marx als “scharfsinniger Beobachter der Jurisprudenz seiner Zeit”²⁷ 1842 in der “Rheinischen Zeitung”: “Die historische Schule hat das Quellenstudium zu ihrem Schibboleth (hebr. = Losungswort) gemacht, sie hat ihre Quellenliebhaberei bis zu dem Extrem gesteigert, daß sie dem Schiffer anmutet, nicht auf dem Strome, sondern auf seiner Quelle zu fahren, sie wird es billig

²⁵Ebd.

²⁶Vgl. *Schlosser*, Grdz. der Neueren Privatrechtsgeschichte, S. 130 f.

²⁷*Laufs*, Rechtsentwicklungen, S. 211.

finden, daß wir auf ihre Quelle zurückgehen, auf Hugos Naturrecht.”²⁸ Und in der Tat kommt das Pandektenrecht ohne die Übernahme der zentralen zivilrechtlichen Errungenschaften des angeblich so “willkürlichen” Naturrechts (wie Willenserklärung, Regeln über Irrtum und Stellvertretung) gar nicht aus.

Weiterhin richtet sich die verschieden motivierte Kritik an Savignys Rechtsverständnis vor allem gegen die Vorstellung, Rechtsentwicklung sei wesentlich eine Frage des stillen Wachstums eines Volksgeistes. Während Zippelius ihr vorwirft, mit den Verhältnissen einer Industriegesellschaft nicht adäquat zu sein, weil der “Volksgeist” den “in den komplizierten und rasch sich wandelnden Verhältnissen der modernen Industriegesellschaft” entstehenden Entscheidungsdruck “gar nicht aufnehmen und zu hinreichend differenzierten und präzisen Verhaltensregeln verarbeiten” könne,²⁹ kritisiert Klenner, daß Savignys Volksbegriff “keine soziologische Kategorie” sei und “erst recht keine demokratischen Konsequenzen” zulasse.³⁰ Vielmehr sei das Forschungsprogramm der Historischen Rechtsschule “von seiner embryonalen bis zu seiner klassischen Gestalt im Wortsinn: Reaktion” gewesen. Sie habe den “organischen Zusammenhang des Rechts mit dem Wesen und Charakter des Volkes”³¹ beteuert, und doch dem deutschen Volk ein römisches Rechtskleid nach dem Muster Papinians und Ulpian geschneidert.³²

Auch Wesel fragt zurecht, “wieso der deutsche Volksgeist in den letzten Jahrhunderten hauptsächlich römisches Recht hervorgebracht haben soll.”³³ Die Antwort ist nicht zuletzt in der Motivation Savignys zu suchen, die ihn als Aristokratensprößling bewog, den Dienst an der Rechtswissenschaft der Karriere im Staatsapparat vorzuziehen. Er hat sich bewußt entschieden, Professor zu werden, weil er das Alte Reich und seine ausgediente Ordnung gefährdet sah. Eine Tendenz, der er wenigstens durch das Aufrechterhalten des Rechtes dieses Reiches, nämlich des Römischen, entgegenzuwirken versucht. Bewahrung der alten Ordnung durch ihre Anpassung an neue Gegebenheiten. Darin liegt auch der Erfolg seiner Lehre. Denn für das liberale Bürgertum assoziierte Geschichte in erster Linie Veränderung und Entwicklung historischer Prozesse und zwar hin zu einer bürgerlichen Gesellschaft. Durch ihren nach Rechtseinheit strebenden länderübergreifenden Gültigkeitsanspruch, ihre Rationalität und ihre Garantien an die Freiheit von Eigentum und Vertrag, stellt die Historische Schule daher das damals für den freien Markt der immer selbstbewußter werdenden bürgerlichen Wirtschaftstätigkeit noch am besten geeignete Instrument dar.

²⁸Zitiert bei *Laufs*, Rechtsentwicklungen, S. 211.

²⁹*Zippelius*, Rechtsphilosophie, S. 19.

³⁰*Klenner*, Savignys Forschungsprogramm, S. 96.

³¹*Savigny*, Vom Beruf unsrer Zeit, S. 11.

³²*Klenner*, Savignys Forschungsprogramm, S. 96.

³³*Wesel*, Geschichte des Rechts, S. 436.

II.4. Puchta und die Begriffsjurisprudenz

In den Werken der Schüler und Gleichgesinnten Savignys bahnt sich ein grundlegender Wandel an. Savigny selbst hat ihn durch die Verbindung der historischen mit der systematischen, die innere Vernünftigkeit des Rechtsstoffes eingeleitet. Die neue Richtung der Pandektistik hofft, die Verpflichtung zur historischen Erfassung des Rechts durch eine formal-begriffliche, systematisch-konstruktive Denkweise ermöglichen zu können. Der juristische Formalismus hält seinen Siegeszug. Der gesetzgeberische "Quietismus" (Absage, Zurückhaltung) Savignys hat dem allgemeinen Rechtsnotstand nicht abzuhelpen vermocht, dem sich eine auf den zweifelhaften Fundamenten des Rechtspartikularismus nur unsicher fußende Rechtswissenschaft nun ausgesetzt sieht. Das während der Restauration resignierende liberale Bürgertum ist nicht in der Lage, seine Lebensverhältnisse selbst zu verbessern. Zudem entstehen durch die Umformung der alten Ständegesellschaft zu einer Industrie- und Wirtschaftsgesellschaft neue rechtliche Problemfelder. Sie können allein durch die Entfaltung des Recht erzeugenden "wissenschaftlichen Geistes" nicht bewältigt werden.

Der neue pandektistische Stil zielt auf pragmatische Lösungen. Die schwer überschaubaren Stoffmassen des gemeinen Rechts erscheinen durch ein kunstvolles, den Regeln der formalen Logik ent-sprechendes System besonderer, materiell bedeutsamer Begriffe beherrschbar. Seine Erstellung auf der Grundlage der vernunft-rechtlichen "Begriffspyramide" Christian Wolffs wird zur zentralen Aufgabe der Juristen.

Den strengen Begriffsformalismus der Pandektenwissenschaft bringt Friedrich Puchta (1798-1846), Schüler und Nachfolger Savignys am Berliner Lehrstuhl, zur vollen Blüte. Er gilt als der eigentliche Begründer der formalen Begriffsjurisprudenz, einer Vorläuferin des späteren Positivismus. Seine "begriffsjuristische" Methode wird zur Grundlage der künftigen Rechtsdokmatik. In seinem "Gewohnheitsrecht" erkennt er dem wissenschaftlich gebildeten Juristen ein Monopol für Theorie und Praxis des Rechts, also die ausschließliche Kompetenz zur Rechtserzeugung zu. Es sei Aufgabe der Wissenschaft allein, "die Rechtssätze in ihren systematischen Zusammenhang, als einander bedingende und von einander abstammende, zu erkennen, um die Genealogie der einzelnen bis zu ihrem Princip hinauf verfolgen, und eben so von den Principien bis zu ihren äußersten Sprossen herabsteigen zu können."³⁴ Dadurch, so meint Puchta weiter, könne man Rechtssätze zu Tage fördern, die vorher noch gar nicht, weder als Gesetz noch als Gewohnheitsrecht, vorhanden gewesen seien. "So tritt die Wissenschaft als dritte Rechtsquelle zu den ersten beiden; das Recht, welches durch sie entsteht, ist Recht der

³⁴Puchta, *Cursus der Institutionen*, S. 36 f.

Wissenschaft, oder da es durch die Thätigkeit der Juristen ans Licht gebracht wird, Juristenrecht.³⁵

Das System wird so in zwei Richtungen durchlaufen: Ausgehend von den vorgefundenen Rechtssätzen gelangt man, indem man nach dem ihnen Gemeinsamen und sie Zusammenhaltenden sucht, zu immer allgemeineren bzw. gewichtigeren Sätzen, bis man schließlich die Spitze der Pyramide erreicht. Von dort aus wieder zurücksinkend lassen sich immer konkretere Rechtssätze ergründen oder sogar konstruieren, die bisher noch gar nicht bestanden haben, sich aber ohne weiteres in das System integrieren lassen. Die später sog. Begriffsjurisprudenz stimmt im zweiten, deduktiven Teil ihrer Systemkonstruktion also teilweise mit dem Vernunftrecht überein.

Puchta fördert und belebt alle die Bestrebungen in der gemein-rechtlichen Wissenschaft, die später in der Krise der juristischen Romanistik Gegenstand heftiger Kritik werden: das systematische Streben im Sinne einer möglichst lückenlos erschöpfenden Zusammenfassung des ganzen Rechtsstoffes, die Neigung zu allgemeinen Lehren und schließlich der Kult des Begriffes. So bedeutet das Wirken Puchtas, der auf dem Gymnasium ein Schüler Hegels, aber ein Gegner der Schule Hegels war, zugleich auch eine gewisse Abkehr vom Historismus Savignys.³⁶

II.5. Das Privatrecht der Germanistik

Entsprechend der Forderungen, des im Zuge der Industriellen Revolution als neue Repräsentanten der Nation aufsteigenden über Besitz und Bildung verfügenden Bürgertums, nach größtmöglicher Vertrags- und Verkehrsfreiheit bei gleichzeitiger Garantie des Eigentums entwerfen die Pandektisten ein nach ihrem Verständnis liberales Verkehrsrecht. Dieses hat allerdings einen gewichtigen Nachteil. Es ist für eine in Wirklichkeit stark limitierte Gemeinschaft freier Individuen konzipiert, die nur auf die Sicherung ihrer auf Eigentum gegründeten wirtschaftlichen Freiheiten Wert legen, ohne zugleich auch demokratische Mitspracherechte einzufordern.³⁷ Natürlich läßt ein solches Privatrecht die Bedürfnisse der neuen Klasse von Industrie- und Bergarbeitern außer Betracht. Bald schon offenbaren sich die Schwarzen Löcher seines Sozialmodells. Auch auf den Schlüsselgebieten der neuen Wirtschaftsgesellschaft, dem Arbeits-, Handels- und Gesellschaftsrecht, versagt das Pandektenrecht. Sein Instrumentarium ist unzeitgemäß und ungeeignet, die aus der veränderten sozialen Realität entstandenen Fragen rechtlich und praktisch angemessen zu lösen. Hier springt nun die Germanistik ein. Ursprünglich eine Schwesterdisziplin der Historischen Rechtsschule, mit der sie das Selbstverständnis als geschichtliche Wissenschaft teilt, unterscheidet sie sich vor allem durch die Pflege der germanisch-deutschen Kulturelemente des Rechts.

³⁵Puchta, *Cursus der Institutionen*, S. 37.

³⁶Vgl. *Wiacker*, *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit*, S. 416 ff.

³⁷*Schlösser*, *Grdz. der Neueren Privatrechtsgeschichte*, S. 136.

Savignys methodischer Ansatz von der organischen Bildung des Rechts aus der Volksüberzeugung verstehen die Germanisten als Rückbesinnung auf das ältere germanische und mittelalterlich-deutsche Recht. In vielerlei Hinsicht ist die Germanistik besser auf die Gegenstände ihres durchaus auch praktischen Interesses vorbereitet als die Romanistik. Erst durch die Sichtung und Edition der ältesten deutschen Rechtsquellen (Volksrechte, Kapitularien, Stadtrechte, Rechtsbücher und Urkunden) gelingt schließlich die Isolierung allgemeiner, grundlegender und sich über die lokalen Besonderheiten hinaus erstreckende Rechtsideen und Rechtsinstitutionen. Dieses in den partikularen Rechten wiedergefundenen, vom gelehrten Recht weitgehend unbeeinflusst gebliebenen Recht wird von der germanistischen Rechtswissenschaft zum Gemeinen deutschen Privatrecht erhoben. Aus ihm entwickelt u.a. der Berliner Rechtshistoriker und Zivilrechtslehrer Otto von Gierke (1841-1921) wichtige dogmatische Erkenntnisse zum deutschrechtlichen Genossenschaftswesen, zum Verbandsrecht, Arbeits- und Dienstvertrag und zum allgemeinen Recht der Persönlichkeit. Modern und aktuell geblieben ist auch seine Forderung nach Berücksichtigung der "sozialen Aufgaben des Privatrechts".³⁸

Um 1830 leitet eine Gruppe um den nationalliberalen Georg Besler (1809-1888) die Trennung der Germanistik von der Romanistik ein. Besler bezeichnet das Römische Recht als ein nationales Unglück für Deutschland und wirft den Romanisten ein mangelndes Eintreten für nationalpolitische Anliegen vor. Fortan bekämpfen die Germanisten die Lehre der Romanisten von der rechtserzeugenden Tätigkeit des Volkes durch die Juristen als Repräsentanten desselben. Sie selbst greifen auf das "reine Volksrecht" zurück,³⁹ von dem sie annehmen, es sei in nationalen Rechtsgewohnheiten verkörpert. Daher bejaht Besler auch die Laienbeteiligung in den Gerichten und die parlamentarische Gesetzgebung als Ausprägung des Volksrechtes. Auch Kodifikationen erscheinen vorteilhaft, solange sie zum Volksrecht zurückzuführen und die in Deutschland seiner Meinung nach seit der Rezeption des Römischen und Kanonischen Rechts bestehende Doppelung des Rechts zu beseitigen helfen.

Die Heftigkeit des Streits, der zwischen den Germanisten und den Romanisten ausbricht und schließlich zum Bruch der Einheit zwischen beiden führt, wird nur vor dem geistigen und politischen Hintergrund der deutschen Einigungsbewegung verständlich.⁴⁰ Die Ernsthaftigkeit, mit der beide Schulen dieses letztlich gemeinsame Ziel verfolgen, führt Romanisten und Germanisten auf den gemeinsamen Deutschen Juristentagen nach 1860 wieder zusammen.

³⁸Gierke, Der Entwurf eines BGB, S. 2.

³⁹Vgl. Kern, Georg Besler, JuS 1998, S. 598.

⁴⁰so Schlosser, Grdz. der Neueren Privatrechtsgeschichte, S. 141.

III. Der Kampf ums Recht

Mit der Überwindung des begriffsjuristischen Positivismus in der zweiten Hälfte des 19. Jh. hält auch eine neue Epoche der Rechtswissenschaft in Deutschland Einzug. Sie kommt in Gestalt einer verstärkten Hinwendung zu einem naturalistischen Pragmatismus und damit zu den sozialen Funktionen des Rechts. Den Umbruch leiten die herausragenden Juristen Rudolph von Jhering (1818-1892) und Otto von Gierke (1841-1921) ein.

III.1. Der Zweck als Schöpfer des Rechts (Jhering)

Jhering, „der vormalige Vollender der wohl extremsten Position der Pandektistik in der Form der Begriffs- oder Konstruktionsjurisprudenz[,] hat als erster mit schonungsloser Offenheit die Sterilität des pandektistischen formalbegrifflichen Denkens angeprangert und zugleich auf die Aufgaben einer erneuerten produktiven, auf soziologischen Grundlagen zurückgreifenden Rechtswissenschaft hingewiesen.“⁴¹ In den ersten zwei Bänden seines großen Jugendwerkes⁴² „Der Geist des römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung“ (insges. drei Bände 1852-1865) hebt Jhering die Vernünftigkeit des in Deutschland geltenden gemeinen römischen Rechts als Vorbild der Rechtsordnung auf den Prüfstand. Davon ausgehend versucht er, paradigmatisch eine allgemeingültige „Naturlehre des Rechts auf rechtsphilosophischem und emirisch-comparativem Wege“⁴³ zu entwickeln. Die kritische Analyse des römischen Rechts dient der Offenlegung seiner symptomatischen Zwecktendenzen auf den verschiedensten Entwicklungsstufen, um damit Natur und Erscheinungsformen des geltenden Rechts ergründen zu können. Durch die drei Fundamentaloperationen der juristischen Technik will er das geltende Recht zu einem System gestalten (Konstruktion). Und zwar durch Reduktion der komplexen Rechtsverhältnisse auf ihre einfachsten Bestandteile (Analyse) und deren Zurückführung auf Rechtsprinzipien (Konzeption). Die so gewonnene Konstruktion kann auch so vorgehen, daß die Rechtssätze auf die ihnen zugrundeliegenden „einfachen Körper“, also die für das ganze System als wesentlich angenommenen Begriffe, zurückgeführt und durch Kombination dieser Begriffe neue Begriffe und Rechtssätze entwickelt werden.⁴⁴ So lassen sich aus den verschiedenen Vertragspflichten (Hauptleistungspflicht, Pflicht zur Zahlung von Verzugszinsen, spezielle Nebenleistungspflichten, Schadensersatzpflicht u.ä.) die Grundbegriffe „primäre Leistungspflicht“ (für Zahlung von Verzugszinsen und Schadensersatz) entwickeln. Aus der Kombination beider Begriffe leitet sich nun eine sekundäre Leistungspflicht her, die bereits primär eingreift, also ohne

⁴¹Schlosser, Grdz. der Neueren Privatrechtsgeschichte, S. 144 f.

⁴²So Wesenberg, Neuere dt. Privatrechtsgeschichte, S. 185.

⁴³Jhering, Der Geist des römischen Rechts, Teil I, S. 39.

⁴⁴Ders.a.a.O., S. 40.

das vorherige Entstehen einer primären Leistungspflicht. Die Geburtsstunde der begriffsjuristischen Konstruktion der Verpflichtung aus “culpa in contrahendo”.

Die Abkehr Jherings von diesem als “höhere Jurisprudenz” bezeichneten konstruktivistischen Denken der Konstruktionsjurisprudenz kündigt sich in seinem dritten, unvollendet gebliebenen Band vom “Geist des römischen Rechts” an. An die Stelle der systematischen Betrachtungsweise und Rechtstechnik treten nun soziologische Aspekte. Es stellt sich die Frage nach den sozialen Zwecken, Funktionen und Interessen von Recht, die Jhering bereits 1872 in seiner aufsehenerregenden Schrift “Der Kampf ums Recht” herumtrieb. Radbruch führt dazu aus: “An die Stelle des dunklen Dranges setzt er den zielbewußten Willen als den Träger der Rechtsentwicklung. [...] Dem Irrationalismus der Historischen Schule stellt er von neuem einen Rationalismus gegenüber, aber, anders als Hegel es tat, auf ihrem eigensten Gebiet, nicht als ‘eine logische Dialektik des Begriffs’, sondern als ‘die praktisch zwingende des Zweckes’, nicht als eine philosophische, sondern als eine historisch-soziologische Lehre.⁴⁵ Danach bestimmen die Kausalfaktoren Macht und Kampf die Entstehung und Verwirklichung des Rechts. Dieser naturhaften Mechanik⁴⁶ folgende Wertung widerstreitender gesellschaftsbezogener Interessen ermöglicht Jhering die Definierung der “Zwecke als Schöpfer des Rechts”. Welchen Zwecken das objektive Recht konkret zu dienen habe, beantwortet er in seinem zweibändigen Werk “Der Zweck im Recht” (1877-1883). Jhering sucht seine Antworten jedoch nicht wie die Pandektistik im Begriff der Rechtsnorm, sondern in ihrem Zweck, wie er aus den Motiven der Gesetzgeber und der Funktion, die der Rechtssatz im kohärenten Rechtsganzen als Mittel der Interessendurchsetzung und Befriedung hat, hervorgehe. Die Interpretation der Normen müsse deshalb stets teleologisch (griech. telos - Zweck, Ziel) erfolgen. Mit dieser auch heute noch gewichtigen Auslegungsvorschrift, hat Jhering den sterilen begrifflichen Dogmatismus durch die ratio legis (das funktionelle Verständnis) der Rechtsnorm ersetzt.

III.2. Sozialrechtliche Strukturen des Privatrechts (Gierke)

Anknüpfend an herkömmliche Methoden und Auffassungen werden die “sozialen Aufgaben der Rechtswissenschaft” von dem Germanisten Gierke betont. Der seiner Herkunft nach eher konservative Gelehrte sieht sich selbst als Sproß der historischen Rechtsschule, an deren Grundidee von der Entstehung des Rechts aus dem Volksgeist er festhält. Das hindert ihn aber nicht daran, mit weit-blickenden Erkenntnissen und Forderungen in bezug auf die besonderen sozialen Aufgaben es modernen Privatrechts hervorzutreten. Der “atomisierenden und individualisierenden Grundhaltung” des Pandektenrechts setzt Gierke das Ziel entgegen, “ein

⁴⁵Radbruch, Rechtsphilosophie, S. 28 (bzw. 22)

⁴⁶So Schlosser, Grdz. der Neueren Privatrechtsgesichte, S. 146.

volkstümliches, ein deutsches, ein soziales gemeines Privatrecht” zu schaffen.⁴⁷ Teilweise eilen seine Arbeiten seiner Zeit voraus. Besondere Bedeutung gewinnt sie für die Entwicklung des Arbeitsrechts. Dies gilt um so mehr für seine Lehre von der Fortbildung des liberalen, den Warencharakter der Arbeit betonenden “freien Arbeitsvertrag” im sozial-ausgleichenden Sinne, welche, die personenrechtlichen Momente erkennend, in die Bestimmung des Arbeitsvertrages als Treuedienstvertrag einmündet. Selbst der Tarifvertrag läßt sich nach seiner Theorie von der genossenschaftlichen Autonomie funktionsgerecht als Rechtsquelle erfassen. Damit versucht Gierke in erster Linie die Unzulänglichkeiten der Überschneidungen von öffentlichem Recht und liberalem Privatrecht zu überwinden, deren Ursprung in der Ungleichheit zu suchen ist, die sich aus dem Grundsatz formaler Vertragsfreiheit bei gleichzeitiger faktischer sozialer Abhängigkeit ergab.

IV. Das BGB - die Verwirklichung der deutschen Rechtseinheit

Als 1871 das Deutsche Reich gegründet wird, ist die Einheit im Zivilrecht nur z.T. durch das gesetzlich geregelte Handelsrecht, die ADWO und in gewisser Weise durch ein einheitliches Pandekten-recht, also wissenschaftlich hergestellt. Aber es gibt noch immer erhebliche territoriale Unterschiede. In linksrheinischen Gebieten gilt seit dem Beginn des 19. Jh. der code civil von 1804, in Preußen das ALR, in Bayern der Codex Maximilianeus Bavaricus Civilis von 1756 und in Sachsen das Sächsische Bürgerliche Gesetzbuch von 1863/1865, das neben dem code civil und dem österreichischen ABGB als bedeutendste Kodifikation des 19. Jh. auf dem Gebiet des bürgerlichen Rechts bezeichnet werden kann.

Einer raschen Rechtsvereinheitlichung steht zunächst nicht nur die Verfassung entgegen. Der Föderalismus der Einzelstaaten ist im Zivilrecht stark geblieben und räumt dem Reichstag gem. Art. 4 Ziff. 13 der Verfassung lediglich für das Schuldrecht Regelungskompetenzen ein. Zudem begegnet “der Codificationsgedanke [...] noch jetzt häufigem und entschlossenem Widerstand”, wie Rudolph Sohm (1841-1917) 1874 schreibt. “Es gilt zu zeigen, dass die Codification des bürgerlichen Rechts nicht bloß die Folge politischer Ereignisse und Motive, sondern umgekehrt die Folge der inneren Entwicklung des deutschen Rechts ist. Es sind die Interessen des Rechtslebens, und zwar der juristischen Praxis, welche die Codifikation des Privatrechts für ganz Deutschland dringend fordern.”⁴⁸ Die Beschränkung der Gesetzgebungskompetenz wird schon bald als zu eng empfunden. Dennoch scheitern die Anträge der nationalliberalen Abgeordneten Johannes Miquel und Eduard Lasker auf Erweiterung der Bundeszuständigkeit für das gesamte bürgerliche Recht insgesamt vier Mal an Reichs- oder Bundestag. Als es 1873 schließlich gelingt, mit einer großen

⁴⁷Gierke, Die soziale Aufgabe des Privatrechts, S. 46.

⁴⁸Sohm, Die deutsche Rechtsentwicklung, ZsfPruÖfRdGgw I, 1874, S. 245 f.

Reichstagsmehrheit und Zustimmung des Bundesrates in der Lex Miquel-Lasker die Ausweitung der Gesetzgebungskompetenz des Reiches auf “das gesamte Bürgerliche Recht, das Strafrecht und das gerichtliche Verfahren” durchzusetzen, sollen bis zur Ausfertigung des BGB noch 23 Jahre ins Land gehen.

IV.1. Vorkommission und Erster Entwurf

1874 beginnen die Vorarbeiten zur Schaffung eines Bürgerlichen Gesetzbuches. Zunächst betraut der Bundesrat eine aus fünf Juristen bestehende “Vorkommission” mit der Aufgabe, Vorschläge über Planung und Methode der zu erstellenden Kodifikation auszuarbeiten. Bei den Juristen handelt es sich vorwiegend um Praktiker, die Präsidenten der obersten Gerichte von Preußen, Sachsen, Württemberg und Bayern sowie als einziger Theoretiker der Handelsrechtler Levin Goldschmidt. Ihr Gutachten, das im wesentlichen zu einer wissenschaftlichen Kodifizierung des vorhandenen Rechtsstoffes rät, überweist der Bundesrat bereits im April 1874 dem Justizausschuß zur Begutachtung.

Noch im selben Jahr betraut der Bundesrat eine erste Kommission mit der Ausarbeitung eines Entwurfs für das Bürgerliche Gesetzbuch. Zu ihren elf streng nach Länderproporz berufenen Mitglieder gehören sechs Richter, drei Ministerialbeamte, der in Leipzig lehrende Romanist Bernhard Windscheid (1817-1892) und der zuletzt in München tätige Germanist Paul von Roth. Vorsitz führt der Präsident des Reichsoberhandelsgerichts Heinrich Eduard Pape. In Anlehnung an das Sächsische Bürgerliche Gesetzbuch legt die Kommission das Fünfbüchersystem fest. Für jedes Buch wird einem Mitglied die Redaktion eines Teilentwurfes übertragen, um sie ab 1881 wieder zu vereinheitlichen. Infolge des Todes Franz von Kübels bleibt der Teilentwurf für das Recht der Schuldverhältnisse, dessen Redaktion er übernommen hatte, unvollendet und wird später durch das Obligationenrecht des Dresdner Entwurfs zum Sächsischen BGB von 1866 ergänzt.

Bei “Fragen von politischer Bedeutung” nimmt das Reichsjustizamt als oberste Justizbehörde des Reiches nicht unerheblichen Einfluß auf das Zustandekommen von Gesetzesentwürfen. So greift es regelmäßig ein, wenn Regelungen des Vereinsrechts geht. Aber auch die wenigen sozialen Elemente des BGB gehen auf Initiativen des Reichsjustizamtes zurück, die dem Schutzbedürfnis der wirtschaftlich schwächeren Bevölkerungsschichten jedenfalls teilweise im Miet- und Dienstvertragsrecht Rechnung zu tragen versuchen.

Der von der Kommission erarbeitete erste Entwurf des BGB werden 1887 dem Reichskanzler vorgelegt und 1888 zusammen mit den Motiven veröffentlicht. Das entfacht in der Öffentlichkeit eine lebhaft, teilweise scharfe Kritik. Man erkennt zwar im allgemeinen die große technische Leistung der Kommission an, zerreißt aber deren Ergebnis. Der Entwurf entpuppt sich als

doktrinär und enthält zahlreiche, das Verständnis erschwerende Verweisungen. Als schärfste Kritiker des ersten Entwurfs sind wohl der Wiener Professor für Zivilprozeßrecht und Sozialist Anton Menger (1841-1906) und Otto von Gierke zu bezeichnen.

In seiner Schrift "Das bürgerliche Recht und die besitzlosen Volksklassen" aus dem Jahre 1890 wendet sich Menger leidenschaftlich gegen die Benachteiligung der armen Bevölkerungsschichten durch das nur scheinbar neutrale bürgerliche Recht. Das zeige sich vor allem darin, "daß die Gesetzgebung von ihrem formalistischen Standpunkt aus für reich und arm dieselben Rechtsregeln aufstellt, während die völlig verschiedene soziale Lage beider auch eine verschiedene Behandlung erheischt".⁴⁹ Nach Ansicht Mengers handle es sich bei dem ersten Entwurf des BGB um das Produkt der dem höheren Bürgertum zugeordneten Juristen, die es zuließen, daß eine unbegrenzte Privatautonomie bei ungleichen Startbedingungen die schwächeren Individuen in wirtschaftliche Abhängigkeit und Unfreiheit bringen würde.

Gierke kritisiert den Entwurf in seiner Schrift "Der Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuches und das Deutsche Reich" als nicht deutsch, nicht volkstümlich und spricht von einem in "Gesetzesprargraphen gegossenen Pandektenkompodium",⁵⁰ das sich in der Hauptsache mit einer Kodifikation des Usus modernus pandectarum begnüge. Es wende sich mit jedem seiner Sätze an den gelehrten Juristen, nicht aber an das Volk. "Der sittliche und soziale Beruf einer neuen Privatrechtsordnung scheint in seinen Horizont überhaupt nicht eingetreten zu sein."⁵¹ Einer besonders strengen Kritik unterwirft Gierke daher das dem Entwurf innewohnende Sozialmodell. Die Verfasser hätten sich von der Seele des Volkes und dem Pulsschlag der Zeit abgekehrt, sich künstlich isoliert und in vornehmer Zurückhaltung zunächst der Probleme juristischer Technik gewidmet. Dem Entwurf wohne keine soziale Tendenz inne, dafür aber eine rein individualistische und einseitig kapitalistische Tendenz "des reinen Manchestertums".⁵² Der Entwurf sei gemeinschaftsfeindlich, er ziele "auf die Stärkung des Starken gegen den Schwachen" und sei in Wahrheit antisozial.

IV.2. Der zweite Entwurf

Ungeachtet der Mängel beharren bedeutsame kritische Stimmen jedoch auf dem Fortgang der kodifikatorischen Bemühungen im Interesse der nationalen Einigung. Es kommt zu einer zweiten Lesung des Entwurfs, für die eine neue Kommission eingesetzt wird, die aus 10, später 11 ständigen und 12, später 13 nicht-ständigen Mitgliedern besteht. Unter ihnen finden sich nunmehr auch Vertreter wirtschaftlicher Interessen aus den erlauchten Kreisen von Großgrundbesitzern und

⁴⁹Menger, Das Bürgerliche Recht und die besitzlosen Volksmassen, S. 15 f.

⁵⁰Gierke, Der Entwurf eines eines BGB, S. 59.

⁵¹Ders. a.a.O., S. 58.

⁵²Ders. a.a.O., S. 59.

Bourgeoisie. Die Kritik Mengers und Gierkes erlangen keine Beachtung. Die Kommission tagt nun aber öffentlich und publiziert laufend die von ihr geänderten Teilentwürfe der einzelnen Bücher, später auch die sog. Protokolle. Auf der Grundlage des technisch wie substantiell brauchbaren Ersten Entwurfs, durch Einarbeitung der reiche Anregung vermittelnden Kritik, einer leichten Vereinfachung der Sprache und die klaren Profilierung der Grundgedanken entsteht ein Gesetz, das zwar den wirtschaftlichen und sozialen Anliegen gerechter wird, aber im Wesentlichen nicht verändert hat.

IV.3. Dritter Entwurf und Verkündung

Die zweite Kommission bewältigt ihre Arbeit in erheblich kürzerer Zeit als die erste (April 1891-Juni 1895). Der neue Entwurf wird dem Reichskanzler 1895 überreicht, der ihn unverzüglich in an den Bundesrat weiterleitet. Dieser berät in relativ kurzer Zeit in seinem Justizausschuß und nimmt dabei in einigen Punkten noch Änderungen vor, ohne jedoch die Gesamtkonzeption anzutasten.

Am 17.1.1896 geht dieser Dritte Entwurf zusammen mit einer Denkschrift des Reichsjustizamtes als Gesetzesvorlage an den Reichstag. Dieser nimmt die verfassungsmäßig vorgeschriebenen drei Lesungen vor und überweist ihn nach der ersten Plenardebatte, wie in solchen Fällen üblich, einer Kommission von 21 Reichstagsabgeordneten. In dieser wird der Entwurf noch einmal umgearbeitet, wobei sich nicht alle Abänderung als vorteilhaft erweisen sollten. Andere wiederum, z.B. das neu eingefügte eigenhändige Testament, werden von der Praxis positiv aufgenommen.

Bei der zweiten und dritten Lesung im Reichstag stehen betont innenpolitische Fragen im Vordergrund. Teilweise werden die Vorschläge der Reichstagskommission auch wieder beseitigt. Die Sozialdemokratie drängt zur Ergänzung des unzureichenden Dienstvertragsrechts durch ein gesondertes Arbeitsvertragsgesetz. Als das scheitert, stimmen alle 42 Sozialdemokraten bei der Abstimmung am 1.7.1896 gegen das Gesetz. Mit der Mehrheit der Nationalliberalen und des Zentrums von 222 Stimmen wird das Gesetzbuch angenommen.

Der Bundesrat erteilt am 14.7.1896 seine Zustimmung zu den vom Reichstag gefaßten Abänderungen und Kaiser Wilhelm II. fertigt das Gesetz am 18.8.1896 aus. In der am 24. August ausgegebenen Nummer 21 des Reichsgesetzblattes wird es verkündet und tritt schließlich am 1.1.1900 als Bürgerliches Gesetzbuch für das Deutsche Reich (BGB) in Kraft.

IV.4. Wesen und Wertung des BGB

“Das BGB ist ein typisches Produkt des 19. Jahrhunderts, in Gesetzesform gegossenes Pandektenrecht, dessen System, Terminologie und hohes Abstraktionsniveau es übernommen hat.”⁵³ Juristisch gesehen ist es also keine Schlechte Arbeit. Es verfügt über eine klare Systematik,

⁵³Wesel, Geschichte des Rechts, S. 446.

kasuistische Gründlichkeit und hohe dogmatische Regelungsperfektion. Es stellen sich zwar bald nach Inkrafttreten einige Unzulänglichkeiten heraus, aber die können durch Rechtsprechung und Wissenschaft schnell beseitigt werden. In seinem Aufbau folgt es dem methodischen Prinzip des Aufsteigens und Fortschreitens vom Allgemeinen zum Besonderen. Das dafür notwendige technisch ausgefeilte Begriffsinstrumentarium und das hohe Maß an Abstraktionsvermögen machen das Gesetzbuch jedoch wegen seiner ungenügenden Anschaulichkeit für Studienanfänger und Laien problematisch und nur schwer zugänglich.

Ungeachtet seiner technischen Perfektion spiegelt es die politischen, sozialen und ökonomischen Verhältnisse seiner Entstehungszeit wider. “Mit allen Kodifikationen teilt es das Schicksal der Unvollkommenheit und des teilweisen Veralteteins schon zum Zeitpunkt des Inkrafttretens.”⁵⁴ Der Entwicklungsprozeß der Industriegesellschaft seit Beginn des 20. Jh. vergrößert den Vorsprung der Rechtswirklichkeit vor der durch die Gesetzgebung festgeschriebenen Rechtsordnung. Aus der Beurteilung des Gesetzbuches als “spätgeborenes Kind des klassischen Liberalismus und Frucht der Pandektenwissenschaft”,⁵⁵ lassen sich die Grundzüge des ihm innewohnenden Sozialmodells deutlich ableiten.

Mit seinen liberalen Grundgedanken, ganz unter dem Schutz der Privatautonomie, den eigenen Lebensbereich durch Garantie von Eigentumsfreiheit und Testierfreiheit selbst zu gestalten, orientiert sich das BGB mit seiner formalen Rechtsordnung lediglich am Besitzbürgertum, an den mittelständischen Landwirten und den Unternehmern. So feiert sich denn die formale Gleichheit als jene “majestätische Gleichheit der Gesetze, die den Armen wie den Reichen verbietet, unter Brücken zu schlafen, auf den Straßen zu betteln und Brot zu stehlen”.⁵⁶ Das nämlich ist in der Konsequenz der rechtspolitische Hintergrund einer juristischen Abstraktion, die von allen Besonderheiten absieht und jeden Rechtsvorgang gleich behandelt.

Durch die Bindung der zivilrechtlichen Freiheitsrechte an allgemeine Interessen (§§ 138, 157, 242, 903) hat sich der Gesetzgeber die Möglichkeit offen gelassen, zum Wohle der Allgemeinheit in die absoluten Schutzgüter des Zivilrechts einzugreifen. Zudem erlaubt ein Netz allgemein weitgefaßter Generalklauseln die Offenheit des Rechtssystems gegenüber den wechselnden Anforderungen des Rechtsverkehrs und eine Berücksichtigung neuer Ordnungsfaktoren oder Leitwerte im Privatrecht. Gegenwärtig sieht sich allerdings die durch das Prinzip der Privatautonomie nur formal ausbalancierte bürgerliche Rechtsordnung den elementaren Problemen der modernen Massen- und Wirtschaftsgesellschaft ausgesetzt, vor denen die Regelungsinstrumentarien des Gesetzes zu kapitulieren drohen. “Es ist deshalb vorrangige Aufgabe der Rechtsprechung als Medium der Rechtsfortbildung, mit den Mitteln der Rechtsdogmatik nach einer Neubestimmung der

⁵⁴Schlosser, Grdz. der Neueren Privatrechtsgesichte, S. 164 f.

⁵⁵Wiacker, Privatrechtsgeschichte der Neuzeit, S. 9.

⁵⁶Anatol France, zitiert bei Wesel, Geschichte des Rechts, S. 446.

Sinngehalte der Privatrechtsnormen zu suchen, um die sozialrechtlichen Forderungen einer nicht mehr am individualistischen, sondern kollektivistischen Liberalismus orientierten freiheitlichen, pluralistischen Gesellschaft zur Geltung zu bringen.“⁵⁷

Das sind nun allerdings Dimensionen, in denen der 22jährige stud. jur. Gustav Radbruch noch nicht gedacht haben wird, als er sich Ende des Jahres 1900 auf das ein Jahr später bevorstehende Staatsexamen vorbereitet. Auf jeden Fall aber hat ihm das Hardcover der “in Gesetzesform gegossenen Padektenrechte” das Büffeln der Rechtsquellen erspart und durch praktische Hausnummer ersetzt. Vielleicht klang also auch in Radbruch das Loblied Wildenbruchs nach, wenn er in den kopiererlosen Bibliotheken das Zivilrecht repetierte:

Das deutsche Recht⁵⁹

Durch Not gewandert und durch lange Nacht, Zum Leben immer wieder auferwacht,
Was hielt, o Deutschland, aufrecht Dich im Streit?
Glauben an ewige Gerechtigkeit.
Des heil’gen Glaubens war Dein Herze voll,
Dass nicht dem Zufall diese Welt entquoll,
Dass nicht die Willkür herrschend drüber steht,
Dass ein Gesetz durch Welt und Zeiten geht:
Gut ist das Gute, und das Schlechte schlecht,
Und immer bei der Wahrheit ist das Recht.
So grossem Inhalt hast Du Wort gesucht,
Im Wahrspruch hast die Wahrheit Du gebucht;
Und wie die Väter einst das Recht erkannt,
So ward’s geschrieben von der Väter Hand.
Doch wechselnd spiegelte das Bild des Rechts
Sich im Gemüt zerklüfteten Geschlechts;
Der Satz, den man im Norden ausgeprägt,
Er ward im Süden still beiseit’ gelegt,
Und zu dem Wort, daran der Süd geglaubt,
Schüttelte Deutschlands Norden kühl das Haupt.
Wie Gartenwildnis, wie ein Labyrinth, Wo Irregang des Wandrers Fuss umspinnt,
In Staat und Stadt, wo nur ein Kirchturm stand,
Den Folianten zeugend der Foliant,
So spross und schoss im Wucher-Wuchs geschwächt,
Das Recht der Deutschen, doch kein deutsches Recht.
Bis dass nach Zwietracht, Wirrsal, Scham und Gram
Endlich die Stunde des Besinnens kam.
Da war’s, als wenn der Star vom Auge fiel,
Vor allen Augen plötzlich stand das Ziel.
Sehnsucht, die im Vereinzelten gebrannt;
Als Sehnsucht Aller wurde sie erkannt;
Es heischte neu geborenes Geschlecht
Mit ihm gebor’nes ein’ges neues Recht.
Vollendet ward es, und das Werk ist da.
Beglückte Stunde, die es werden sah!
Nun wandelt durch das deutsche Vaterland
Gerechtigkeit im heimischen Gewand.
Sie spricht, und jedem Ohre klingt’s vertraut,
Denn in der Muttersprache tönt ihr Laut.
Aus ihres Volkes tiefstem Seelenschatz

⁵⁷Schlosser, Grdz. der Neueren Privatrechtsgesichte, S. 165 f.

⁵⁹Wildenbruch, Ernst v., Das deutsche Recht, abgedruckt in: DJZ 1.1.100, S. 1.

Schöpft sie ihr Wort, Wahrspruch und Rechtes Satz.

O Deutschland, Du im Kampf vereint und Schlacht,
Und nun geeint durch Rechtes Friedensmacht,
Erkenne, dass zu jedem höchsten Thun
In Deiner eignen Brust die Mächte ruh'n.

Literaturverzeichnis

Adomeit, Klaus

Gustav Radbruch - zum 50. Todestag, NJW 1999, S. 3465 ff.
(zitiert als: *Adomeit*, Gustav Radbruch, NJW 1999)

Eisenhardt, Ulrich

Deutsche Rechtsgeschichte, 3. Auflage, München 1999
(zitiert als: *Eisenhardt*, Dt. Rechtsgeschichte)

Gierke, Otto von

Die soziale Aufgabe des Privatrechts, 1889, Neudruck 1948
(zitiert als: *Gierke*, Die soziale Aufgabe des Privatrechts)

Der Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuchs und das deutsche Recht,
2. Auflage, Leipzig 1889
(zitiert als: *Gierke*, Der Entwurf eines eines BGB)

Kern, B.-R.

Georg Beseler - Ein Leben für das deutsche Recht, JuS 1988, S. 598 ff.
(zitiert als: *Kern*, Georg Beseler, JuS 1998, S. 598.)

Klenner, Hermann

Savignys Forschungsprogramm der historischen Rechtsschule, in: Deutsche
Rechtsphilosophie im 19. Jahrhundert, Essays, Berlin 1991
(zitiert als: *Klenner*, Savignys Forschungsprogramm)

Hugo, Gustav

Die Gesetze sind nicht die einzige Quelle der juristischen Wahrheiten,
in: Zivilistisches Magazin vom Professor Ritter Hugo in Göttingen 4, 1815
(zitiert als: *Hugo*, Die Gesetze sind nicht die einzige Quelle, Zivilist. Magazin)

Jhering, Rudolf von

Der Geist des römischen Rechts, Teil I, 6. Auflage, Leipzig 1907,
Neudruck 10. Auflage, Aalen 1968
(zitiert als: *Jhering*, Der Geist des römischen Rechts, Teil I)

Laufs, Adolf

Rechtentwicklungen in Deutschland, 5. Auflage, Berlin 1996

(zitiert als: *Laufs*, Rechtsentwicklungen)

Menger, Anton

Das Bürgerliche Recht und die besitzlosen Volksklassen,
4. Auflage, Tübingen 1908

(zitiert als: *Menger*, Das Bürgerliche Recht und die besitzlosen Volksmassen)

Puchta, Georg Friedrich

Cursus der Institutionen, 1. Auflage, Band I, Leipzig 1841

(zitiert als: *Puchta*, Cursus der Institutionen)

Radbruch, Gustav

Rechtsphilosophie, Studienausgabe, hrsg. von Ralf *Dreier* und Stanley L. *Paulson*,
Heidelberg 1999

(zitiert als: *Radbruch*, Rechtsphilosophie)

Paul Johann Anselm Feuerbach, ein Juristenleben, hrsg. von Erik *Wolf*, 1969

(zitiert als: *Radbruch*, Feuerbach)

Rückert, Joachim

Idealismus, Jurisprudenz und Politik bei Savigny, Ebelsbach 1984

(zitiert als: *Rückert*, Idealismus ... bei Savigny)

Savigny, Friedrich Carl von

Ueber den Zweck dieser Zeitschrift, Zeitschrift für geschichtliche
Rechtswissenschaft, Band I (1815), S. 1-7

(zitiert als: *Savigny*, Ueber den Zweck, ZsfgRw, Band I)

Vom Beruf unsrer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft,
Heidelberg 1814

Neudruck in: Jacques *Stern*, Thibaut und Savigny, Darmstadt 1959

(zitiert als: *Savigny*, Vom Beruf unsrer Zeit)

Schlosser, Hans

Grundzüge der Neueren Privatrechtsgeschichte, 8. Auflage, Heidelberg 1996

(zitiert als: *Schlosser*, Grdz. der Neueren Privatrechtsgesichte)

Smith, Adam

Wealth of Nations, London 1776

(zitiert als: *Smith*, Wealth of Nations)

Sohm, Rudolph

Die deutsche Rechtsentwicklung und die Codifikationsfrage,
in: Zeitschrift für das Privat- und Öffentliche Recht der Gegenwart I, 1874, S. 245 ff
(zitiert als: *Sohm*, Die deutsche Rechtsentwicklung, ZsfPruÖfRdGw I, 1874)

Thibaut, Anton Friedrich Justus

Ueber die Nothwendigkeit eines allgemeinen bürgerlichen Rechts für
Deutschland, Heidelberg 1814.
(zitiert als: *Thibaut*, Ueber die Nothwendigkeit eines allgem. bürgerl. Rechts)

Wesel, Uwe

Geschichte des Rechts, Von den Frühformen bis zum Vertrag von Maastricht,
1. Auflage, München 1997
(zitiert als: *Wesel*, Geschichte des Rechts)

Wesenberg, Gerhard

Neuere deutsche Privatrechtsgeschichte im Rahmen der europäischen
Rechtsentwicklung, 2. Auflage, Wien 1985
(zitiert als: *Wesenberg*, Neuere dt. Privatrechtsgeschichte)

Wiacker, Franz

Privatrechtsgeschichte der Neuzeit, 2. Auflage, Göttingen 1967
(zitiert als: *Wiacker*, Privatrechtsgeschichte der Neuzeit)

Zippelius, Reinhold

Rechtsphilosophie, ein Studienbuch, 3. Auflage, München 1994
(zitiert als: *Zippelius*, Rechtsphilosophie)