

# Vom römisch-gemeinen Recht zum Bürgerlichen Gesetzbuch

Von Wiss. Mitarbeiter Sérgio Fernandes Fortunato, Trier\*

## I. Recht, Gesetzgebung und Rechtswissenschaft im 19. Jahrhundert

Mit dem Kodifikationsstreit zwischen *Friedrich Carl von Savigny* und *Anton Friedrich Justus Thibaut* aus dem Jahre 1814 beginnt eine der prägenden Debatten über die Schaffung eines gemeinsamen bürgerlichen Rechts für Deutschland. Die Kontroverse zwischen diesen beiden „führenden Köpfe[n] des deutschen Zivilrechts“<sup>1</sup> ist der Ausgangspunkt einer umfassenden Auseinandersetzung über die Notwendigkeit, die Aufgaben, Methoden und Ziele der Privatrechtsvereinheitlichung in Deutschland. Gerade die hieraus entstandenen Lehren haben die Rechtswissenschaft des 19. Jahrhunderts maßgeblich beeinflusst<sup>2</sup>, und auf diese Weise auch die Gesetzgebung des BGB geprägt.<sup>3</sup>

### 1. Die Rechtszersplitterung in Deutschland

Der Kodifikationsstreit entbrennt zu einer Zeit, die in kurzer Folge die Schaffung mehrerer naturrechtlich beeinflusster Gesetzbücher in den großen europäischen Territorialstaaten erlebt hat.<sup>4</sup> Schon in den vorangehenden Jahrhunderten<sup>5</sup> sah sich das römische Recht verstärkt durch das Naturrecht herausgefordert. Sein Geltungsgrund wurde nicht länger in der Überlieferung als Kaiserrecht gesehen<sup>6</sup>, sondern lag in seiner

Übereinstimmung mit vernunftrechtlichen Prinzipien. In letzter Konsequenz führte dieser Paradigmenwechsel zur Forderung nach einer Kodifizierung dieser naturrechtlichen Prinzipien durch souveräne nationalstaatliche Gesetzgeber. Die erste Kodifikation, die eine vollständige Ablösung des bis dahin geltenden römisch-gemeinen Rechts durch ein positiv gesetztes Territorialrecht vorsah<sup>7</sup>, wurde im Jahre 1794 durch den preußischen Gesetzgeber mit dem *Allgemeinen Landrecht für die Preußischen Staaten* (ALR) geschaffen<sup>8</sup>; dem ALR folgten in Frankreich noch unter dem Eindruck der Revolutionsjahre die Vorarbeiten für den *Code civil* (Cc), der schließlich am 21. März 1804 durch *Napoléon Bonaparte* eingeführt wurde<sup>9</sup>; zuletzt verabschiedete Österreich das *Allgemeine Bürgerliche Gesetzbuch* (ABGB) am 1. Juni 1811.<sup>10</sup>

Diese Scheidung in unterschiedliche territoriale Rechtssysteme verfestigt damit das sich bereits zuvor abzeichnende politische Auseinanderfallen des Deutschen Reiches. Spätestens mit der Gründung des Rheinbundes kam es zu einer Spaltung des Reiches, in deren Fortgang Kaiser *Franz II.* am 6. August 1806 die Kaiserkrone niederlegte. Mit dem Niedergang des Römischen Reiches Deutscher Nation, stellt sich nun auch die Frage nach der Geltung des Reichsrechts, worunter insbesondere auch das tradierte römische Privatrecht fällt. Die Rheinbundakte erklärt sämtliches Reichsrecht für die dem Rheinbund zugehörigen Territorien für nichtig, als „nul et de nul effet“. Jedoch setzte sich in der Literatur zum Recht des Rheinbundes bald die Ansicht durch, dass das bisherige deutsche Privatrecht, „durch die Auflösung der Reichsverfassung, seine praktische Gültigkeit nicht verloren“ habe, „[d]ie Reichsprivatgesetze gelten seitdem in den rheinischen Landesstaaten als recipirtes Recht, solange sie durch einheimische Gesetze nicht abgeschafft sind, oder ihnen durch solche nicht derogirt ist.“<sup>11</sup> Für das römische Recht folgt hieraus, dass sein schon zuvor schwindender Geltungs-

---

\* Der *Verf.* ist Wiss. Mitarbeiter am Lehrstuhl für Bürgerliches Recht, Römisches Recht, Neuere Privatrechtsgeschichte sowie Deutsches und Internationales Zivilverfahrensrecht an der Universität Trier, Prof. Dr. *Thomas Rüfner*.

<sup>1</sup> *Hattenhauer*, Thibaut und Savigny, 1973, S. 9.

<sup>2</sup> Vgl. *Wesenberg/Wesener*, Neuere Privatrechtsgeschichte, 2. Aufl. 1985, S. 171: „Die Intensität der Wirkung Savignys ist in der Tat so gewaltig, daß wir mit seinem Auftreten eine neue Epoche zu beginnen haben.“ Weitere Nachweise bei *Dölemeyer*, in: Coing, Handbuch der Quellen und Literatur der neueren europäischen Privatrechtsgeschichte, Bd. III/2, 1982, S. 1573 Anm. 8.

<sup>3</sup> *Wesenberg/Wesener* (Fn. 2), S. 180; *Meder*, Rechtsgeschichte, 2. Aufl. 2005, S. 282.

<sup>4</sup> Zur Kodifikationsgeschichte allg.: *Rüfner*, in: Schmoekel/Stolte, Examinatorium Rechtsgeschichte, 2008, S. 104-105; hierzu auch *Schlosser*, Grundzüge der Neueren Privatrechtsgeschichte, 10. Aufl. 2005, S. 111-141; *Wesenberg/Wesener* (Fn. 2), S. 156-169 jeweils m.w.N.; aus der älteren Literatur vgl. insb. auch *Schwartz*, ABR 1 (1889), S. 1-189; eine umfassende Darstellung des auf deutschem Gebiet geltenden Rechts bietet *Säcker*, in: Münchener Kommentar zum BGB Bd. 1, 5. Aufl. 2006, Einleitung zum BGB, Rn. 11.

<sup>5</sup> Zum Niedergang des römischen Rechts *Koschaker*, Europa und das Römische Recht, 4. Aufl. 1966, S. 245 f.

<sup>6</sup> Die Lotharische Legende hatte im 17. Jahrhundert bereits Hermann Conring entkräften können; vgl. hierzu *Hattenhauer*, SchlHolAnz 1969, 69-76; *Kleinheyer/Schröder*, Deutsche und Europäische Juristen aus neun Jahrhunderten, 4. Aufl. 1996, S. 99-102 jeweils m.w.N.; *Meder* (Fn. 3), S. 232; *Wie-*

---

*acker*, Privatrechtsgeschichte der Neuzeit, 2. Aufl. 1967, S. 140 f., 206; s. auch *Schwartz*, ABR 1 (1889) 4.

<sup>7</sup> Als Vorläufer dieser Naturrechtsskodifikationen kann der *Codex Maximilianeus Bavaricus Civilis* (CMBC) von 1756 gelten, der jedoch im Gegensatz zu den im Text genannten Gesetzbüchern auch weiterhin an der Subsidiarität des römisch-gemeinen Rechts festhält. Zum CMBC vgl. *Wesenberg/Wesener* (Fn. 2), S. 158 f.; *Wesener*, in: Festschrift Kreittmayr, 1991, S. 77-100; *Schwartz*, ABR 1 (1889), S. 10-12.

<sup>8</sup> Zur Entstehungsgeschichte des ALR vgl. *Schwartz*, ABR 1 (1889), 12-29; aus neuerer Zeit *Luig*, AcP 194 (1994), 524 ff.

<sup>9</sup> Zur Entstehungsgeschichte des *Code civil* vgl. *Schwartz*, ABR 1 (1889), 34-38; zur Bedeutung des Code civil für den Kodifikationsstreit zwischen *Thibaut* und *Savigny* vgl. *Kryštůfek*, RH 44 (1966), 59 f.

<sup>10</sup> Zum Entstehungsgeschichte des ABGB vgl. *Schwartz*, ABR 1 (1889), 29-34.

<sup>11</sup> Zitate nach *Klüber*, Staatsrecht des Rheinbundes, 1808, S. 55 f.

anspruch sich nicht mehr länger durchzusetzen vermag. Die Verabschiedung des preuß. ALR hatte bereits das gemeine römische Recht durch ein Partikularrecht ersetzt. Durch die französische Gesetzgebung wurde aber die Geltung des tradierten Rechts endgültig in die Hände der jeweiligen Landesfürsten übertragen.

Auf diesem Wege erlangte die Debatte um die Einführung des französischen *Code civil* in Deutschland einen großen Einfluss auf die rechtspolitische Diskussion.<sup>12</sup> Teils aufgrund militärischer Siege, teils durch freiwillige Übernahme fand das französische Recht in ganz Europa Geltung. In Deutschland galt der *Code civil* zunächst in den linksrheinischen Gebieten sowie in einer deutschen Übersetzung als *Badisches Landrecht* im Südwesten Deutschlands im Großherzogtum Baden. Bis 1808 wurde es im Königreich Westfalen, in den Herzogtümern Lippe, Arenberg, Berg und Anhalt-Köthen sowie im Großherzogtum Frankfurt und den Hansestädten eingeführt. Gleichzeitig fand zudem in den anderen Territorien neben dem französischen Recht teils preußisches, bayrisches oder weiterhin römisch-gemeines Recht Anwendung, was gerade im Privatrecht zu einer weitgehenden Rechtszersplitterung geführt hatte.

Diese Rechtszersplitterung wurde zunehmend als unbefriedigend empfunden, so dass der Ruf nach einer Rechtsvereinheitlichung immer stärker wurde. Der zu dieser Zeit verstärktaufkommende grenzüberschreitende Rechts- und Warenverkehr steigerte dieses Bedürfnis. Während im ersten Jahrzehnt des 19. Jahrhunderts die Hoffnungen auf dem französischen *Code civil* lagen, führten die militärischen Niederlagen der französischen Armee in den Jahren 1812/13 zu einem stetigen Verlust seiner Anziehungskraft als Grundlage einer deutschen Rechtseinheit. Die rechtspolitische Forderung nach dem ‚einen‘ deutschen Privatrecht gewann verstärkt ein nationales Pathos.<sup>13</sup> Der *Code civil* als französisches „Symbol der einen und ungeteilten Nation“<sup>14</sup> war für die konservativen und nationalen Kräfte in Deutschland nicht tragbar. Deutlich bringt dies 1814 August Wilhelm Rehberg in seiner Schrift „Ueber den Code Napoléon und dessen Einführung in Deutschland“ zum Ausdruck, indem er sich gegen den Vergleich des *Code civil* mit der justinianischen Gesetzgebung ausspricht<sup>15</sup> und zum Kampf gegen die „philosophischen Schwärmer, die vollkommene Freyheit und Gleichheit unter den Menschen einführen wollten“<sup>16</sup> aufruft. Seiner Ansicht nach musste der Versuch einer Gesetzgebung anhand

vernunftrechtlicher Prinzipien als „widersinnig“ bezeichnet werden.<sup>17</sup>

## 2. Der Kodifikationsstreit von 1814

### a) „Ueber die Nothwendigkeit eines allgemeinen bürgerlichen Rechts für Deutschland“ von Thibaut

Die *Rehbergsche* Schrift veranlasste Thibaut, sich noch im selben Jahr zu der Frage der Rechtsvereinheitlichung des deutschen Privatrechts zu äußern. Er rezensierte<sup>18</sup> die Streitschrift des Hannoveraner Juristen und führte seine Ansichten schließlich in der eigenständigen Abhandlung „Ueber die Nothwendigkeit eines allgemeinen bürgerlichen Rechts für Deutschland“ weiter aus.<sup>19</sup> Obwohl auch Thibaut sich durchaus kritisch zum französischen Recht geäußert hatte<sup>20</sup>, stellte er sich gegen die polemische Kritik Rehbergs. Ihm warf er eine einseitige und undifferenzierte Argumentation vor. Ausdrücklich wendete er sich gegen die Konsequenz, notfalls lieber die Rechtszersplitterung in Deutschland in territorial unterschiedlich gefasste Privatrechtsordnungen in Kauf zu nehmen, als das französische Recht gelten zu lassen.<sup>21</sup> Thibaut betont die Notwendigkeit einer reichseinheitlichen bürgerlichen Gesetzgebung, einschließlich des Privat-, Straf- und Prozessrechts.<sup>22</sup> Die nationale politische Einigkeit, die er unter dem Eindruck der Befreiungskriege zu beobachten glaubte<sup>23</sup>, nahm er zum Anlass, seine Forderung nach einer nationalen Gesetzgebung zu stellen. Bei diesem gemeinsamen Gesetzgebungsakt aller deutschen Regierungen<sup>24</sup> sollten gerade auch die Erfahrungen mit den bisherigen Kodifikationen – einschließlich des *Code civil* – Berücksichtigung finden.

„Auch läßt sich darauf rechnen, daß die Vollendung des Werks in zwey, drey, vier Jahren geschehen kann, da wir in dem Preussischen und Oesterreichischen Gesetzbuch, dem Französischen Code, und in dem, was neuerlich in Sachsen und Bayern vollbracht ist, so höchst lehrreiche Vorarbeiten haben.“<sup>25</sup>

Auf diesem Wege erwartet Thibaut die Überwindung kollisionsrechtlicher Probleme über die örtliche Anwendbarkeit der unterschiedlichen Privatrechte und eine Erleichterung des grenzüberschreitenden Rechtsverkehrs, um damit den wirtschaftlichen Wohlstand zu fördern und letztendlich die politische Einheit Deutschlands voranzutreiben, welche in dieser

<sup>12</sup> Hierzu Dölemeyer (Fn. 2), S. 1422 (1429 f.); Gmür/Roth, Grundriss der Deutschen Rechtsgeschichte, 12. Aufl. 2008, Rn. 353; Kryštůfek, Revue Historique 44 (1966), 59 (62); Schubert, Französisches Recht in Deutschland zu Beginn des 19. Jahrhunderts, 1977, S. 12 ff., 36 ff.

<sup>13</sup> Kryštůfek, RH 44 (1966), 62; vgl. auch Meder (Fn. 3), S. 271.

<sup>14</sup> Zimmermann, in: Historisch-kritischer Kommentar zum BGB Bd. I, 2003, vor § 1 Rn. 4.

<sup>15</sup> Rehberg, Über den Code Napoleon und seine Einführung in Deutschland, 1814, S. 10.

<sup>16</sup> Rehberg (Fn. 15), S. IV.

<sup>17</sup> Rehberg (Fn. 15), S. 7.

<sup>18</sup> Thibaut, Heidelbergische Jahrbücher für Literatur 1,2 (1814), 1-32.

<sup>19</sup> Abgedruckt in Hattenhauer (Fn. 1), S. 61-94.

<sup>20</sup> Schwartz, ABR 1 (1899), 49.

<sup>21</sup> So ausdrücklich Rehberg (Fn. 15), S. 34.

<sup>22</sup> Thibaut, Ueber die Nothwendigkeit eines allgemeinen Bürgerlichen Rechts für Deutschland, 1814, S. 12.

<sup>23</sup> Thibaut (Fn. 22), S. 5, 66; vgl. auch Kryštůfek, RH 44 (1966), 63.

<sup>24</sup> Thibaut (Fn. 22), S. 12, 35.

<sup>25</sup> Thibaut (Fn. 22), S. 34-36, 65.

Form seit der Auflösung des Reichs nicht möglich gewesen war.<sup>26</sup> Daneben habe ein derartiges bürgerliches Recht, anders als das *Corpus Iuris Civilis*, den Vorteil, auch die Übersichtlichkeit der Rechtsmaterien zu fördern<sup>27</sup> und auch das Privatrecht an die aktuellen bürgerlichen Anforderungen anzupassen. Hieraus folge seiner Ansicht nach auch eine Vereinfachung von Rechtslehre und -praxis. Im Ergebnis schwebte *Thibaut* die Idee einer unmittelbaren Verbindung von Rechtstheorie und -praxis vor, die er aufgrund der Rechtszersplitterung sowie der größtenteils lateinischen Quellen zum gemeinen Recht bislang verhindert sah.<sup>28</sup>

b) „Vom Beruf unserer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft“ von *Savigny*

Im Bewusstsein, dass seine Ansichten heftigen Widerspruch hervorrufen würden, antizipierte *Thibaut* einen Großteil möglicher Einwendungen und nahm zu diesen ausführlich Stellung.<sup>29</sup> Seinen größten Gegner fand er aber in *Friedrich Carl von Savigny*, der mit seiner Schrift „Vom Beruf unsrer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft“ ebenfalls im Jahre 1814 sein „kodifikationsfeindliches rechtspolitisches Glaubensbekenntnis“<sup>30</sup> abgelegt hat. Dieser äußerte zunächst allgemeine Zweifel an der praktischen Umsetzbarkeit eines Kodifikationsprojekts im Sinne *Thibauts*. Weder sah er die deutsche Rechtswissenschaft, noch die deutschen Gesetzgeber<sup>31</sup> dazu in der Lage, ein solches Gesetzbuch adäquat zustande zu bringen; noch weniger mit dem Zeitplan, den *Thibaut* für den Gesetzgebungsprozess veranschlagt hatte. Während *Thibaut* glaubte, auf den drei großen Naturrechtskodifikationen aufbauend ein gesamtdeutsches Gesetzbuch schaffen zu können, das den Bedürfnissen des bürgerlichen Zeitalters Rechnung tragen würde, dienten seinem Berliner Widersacher die Mängel der preußischen, österreichischen, aber insbesondere der französischen Kodifikation als Beleg dafür, dass eine Privatrechtsgesetzgebung stets fehlerhaft sein und deswegen von vornherein scheitern müsse.<sup>32</sup> Noch habe man in Deutschland den Rechtsstoff nicht hinreichend historisch durchdrungen und es existiere keine für das Gesetz erforderliche kraftvolle und ursprüngliche Sprache, wie sie die römischen Juristen hatten.<sup>33</sup>

<sup>26</sup> *Thibaut* (Fn. 22), S. 7-9, 34.

<sup>27</sup> Hierzu *Thibaut* (Fn. 22), S. 24 ff.

<sup>28</sup> Abgedruckt in *Hattenhauer* (Fn. 1), S. 95-192.

<sup>29</sup> *Thibaut* (Fn. 22), S. 62-67.

<sup>30</sup> *Wesenberg/Wesener* (Fn. 2), S. 172. Zu den Frühschriften *Savignys*, die sich auch zustimmend mit der Gesetzgebung auseinandersetzen *Larenz*, Methodenlehre der Rechtswissenschaften, 6. Aufl. 1991, S. 11 ff.

<sup>31</sup> Zweifel äußert *Savigny* auch dahin, dass eine gesamtdeutsche Kodifikation schon deswegen scheitern müsse, weil Preußen und Österreich politisch nicht auf ihre Gesetze verzichten würden; *Savigny*, Vom Beruf unserer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft, 1814, S. 161.

<sup>32</sup> S. auch *Gmür*, *Savigny* und die Entwicklung der Rechtswissenschaft, 1962, S. 19 f.; *Meder* (Fn. 3), S. 278 f.; jeweils m.w.N.

<sup>33</sup> *Savigny* (Fn. 31), S. 48 f.

Dem Versuch, die Rechtsvereinheitlichung durch einen Gesetzgebungsakt zu erreichen, stellte *Savigny* sein Konzept eines historisch gewachsenen Rechts gegenüber, dessen Grundlage er im römischen Recht mit seiner Klarheit in den Begriffen und der Systematik sah.<sup>34</sup> Demnach bildet sich das geltende Recht aus einem historischen, organischen Prozess, der durch die allgemeine Auffassung des Volkes anhand der bestehenden Notwendigkeiten bestimmt werden muss.<sup>35</sup> Den Juristen schreibt er innerhalb dieser Entwicklung die Aufgabe zu, diesen ‚Volksgeist‘<sup>36</sup> zu analysieren und durch wissenschaftliche Bearbeitung zu konkretisieren. Diese historisch-wissenschaftliche Erarbeitung des Rechtsstoffes komme sowohl dem in der Jurisdiktion tätigen Richter, als auch dem theoretisch arbeitenden Rechtsgelehrten zu, die beide durch eine gemeinsame Ausbildung auf diese Aufgabe vorbereitet werden sollen. Nur auf diesem Wege sei gewährleistet, dass das Recht in seiner historischen Entwicklung nicht gehemmt werde und so nicht der Willkür eines Gesetzgebers ausgesetzt sei.<sup>37</sup> Jedes nicht unbedingt erforderliche Gesetz könne infolgedessen nur schädlich sein. Erst wenn das Recht eines Volkes den Gipfel der Bildung erreicht habe, könne eine ‚gute‘ Kodifikation entstehen. Habe eine Rechtsordnung aber erst diesen Zustand erreicht, so erübrige sich die Kodifikation, da sie über den erreichten Zustand nicht hinaus komme. In diesem Sinne repräsentieren die römischen Juristen um das 2. Jahrhundert n. Chr., die durch ihre Rechtsgutachten die Verantwortung für die Rechtsentwicklung in der römischen Kaiserzeit hatten, den idealtypischen Juristenstand.<sup>38</sup>

In der Folgezeit konnte sich zunächst die kodifikationskritische Ansicht *Savignys* durchsetzen. Bis zur Schaffung des BGB ist es nicht gelungen, eine umfassende Privatrechtskodifikation für ganz Deutschland zu schaffen. Gleichzeitig sind aber Zweifel erlaubt, ob dieser vorläufige Sieg ausschließlich durch *Savignys* unbestritten hervorragende Argumentation und Gedankentiefe erreicht werden konnte. Denn auch die politischen Konstellationen waren durch die erstarkende Position der Territorialfürsten gegenüber dem Reich geprägt, deren Position durch eine überterritoriale Gesetzgebung geschwächt worden wäre. Nicht zuletzt zeigt sich dieses Desinteresse der Fürsten auch daran, dass sie ihre Gesetzgebungshoheit auf dem Gebiete des Privatrechts noch bis zum Jahre 1874 bewahrt haben.<sup>39</sup>

<sup>34</sup> *Savigny* (Fn. 31), S. 8-15.

<sup>35</sup> *Kryštůfek*, RH 44 (1966), 66. Mit diesem Ansatz knüpft *Savigny* an die Arbeit von *Hugo*, Lehrbuch eines civilistischen Cursus Bd. 1, 2. Aufl. 1799, S. 15 f. an; vgl. auch *Stein*, Römisches Recht in Europa, 1997, S. 190 f.

<sup>36</sup> Sein wesentliches Gepräge hat der Begriff des ‚Volksgeistes‘ erst später durch den *Savignyschüler Puchta* erfahren; *Puchta*, Gewohnheitsrecht, insb. Bd. 2, 1837 (Neudr. 1965), S. 148 ff.; Zur Volksgeistlehre bei *Savigny* s. *Landsberg/Stintzing*, Geschichte der deutschen Rechtswissenschaft, 1910 (Neudr. 1957), S. 199 ff.; *Koschaker* (Fn. 5), S. 260 f.

<sup>37</sup> Vgl. etwa schon zuvor *Hugo* (Fn. 35), S. 10 ff.

<sup>38</sup> *Stein* (Fn. 35), S. 190.

<sup>39</sup> Ebenso *Schubert*, Die Entstehung der Vorschriften des BGB über Besitz und Eigentumsübertragung, 1966, S. 5.

### 3. Historische Rechtsschule und Pandektenwissenschaft

#### a) Gegenstand und Methodik der Historischen Rechtsschule

Mit seiner Schrift markiert *Savigny* ferner die – zumindest äußere<sup>40</sup> – Geburtsstunde der für das 19. Jahrhundert prägenden Hauptströmung in der Rechtswissenschaft, der *Historischen Rechtsschule*. Die meisten Juristen dieser Zeit verstanden sich als Anhänger dieser Strömung und damit wenigstens mittelbar als Schüler von *Friedrich Carl von Savigny*.<sup>41</sup> Entsprechend wurde seine 1814 erarbeitete Argumentation wider eine gesetzgeberische Privatrechtsvereinheitlichung zum Dreh- und Angelpunkt der späteren wissenschaftlichen Debatte um die Schaffung einer Privatrechtskodifikation in Deutschland.<sup>42</sup>

Zugleich bietet seine konsequente Hinwendung zum geschichtlichen Studium der überlieferten Rechtsquellen auch die methodische Grundlage für die Rechtswissenschaft des 19. Jahrhunderts.<sup>43</sup> Bereits mit seiner 1803 erstmals erschienen Arbeit „Das Recht des Besitzes“ schafft *Savigny* eindrucksvoll die praktische Grundlegung für eine geschichtliche Herangehensweise an das geltende römische Recht und begründet damit schlagartig das große Ansehen, welches ihm bis in die heutige Zeit entgegen gebracht wird. Anhand des Rechtsinstituts ‚Besitz‘ zeigt sich hier die Eigentümlichkeit seiner Methode, die nicht nur die historische Entwicklung eines Rechtsinstituts betrachtet, sondern diese Entwicklung auch auf ihre Zweckmäßigkeit für das geltende Recht hin analysiert. Interessant ist dabei die Feststellung, dass *Savigny* zumeist die Entwicklungen, die durch die mittelalterliche Rezeption erfolgt sind, als quellen- und sachwidrig qualifiziert und auf diesem Wege versucht, zu einem reinen römischen Recht zu gelangen. Denn nur dieses könne durch seine Gedankentiefe und Methode die Grundlage für das geltende Recht ausmachen. In der Literatur wird dies mit den Worten

„Was bleibt, ist das Recht Justinians.“<sup>44</sup>

beschrieben. Das bedeutet aber nicht, dass *Savigny* und ihm folgend die Pandektenwissenschaft lediglich ein reines Geschichtsstudium antiker Rechtsquellen liefern möchte. Im Vordergrund steht das geltende gemein-römische Recht.<sup>45</sup>

<sup>40</sup> *Thieme*, in: Erler/Kaufmann, Handwörterbuch zur Deutschen Rechtsgeschichte Bd. 2, 1978, Sp. 170 ff. weist zu Recht darauf hin, dass die Vorläufer eines Historismus in der Rechtswissenschaft schon früher anzusiedeln sind. Hierzu auch *Wieacker* (Fn. 6), S. 377 ff.

<sup>41</sup> Hierzu *Landsberg/Stintzing* (Fn. 36), S. 287-307 m.w.N.

<sup>42</sup> Vgl. *Schubert* (Fn. 39), S. 5 m.w.N. Schon unter dem Eindruck der Vorarbeiten für das BGB berief sich zuletzt noch 1889 *Hölder*, Ueber den Entwurf eines deutschen Bürgerlichen Gesetzbuches, 1889, S. 6, auf *Savignys* Thesen. Zu Grundfragen der Kodifikationsdebatte s. *Dölemeyer* (Fn. 2), S. 1425-1429 m.w.N.

<sup>43</sup> So auch *Larenz* (Fn. 30), S. 7 f. m.w.N.

<sup>44</sup> *Meder* (Fn. 3), S. 274.

<sup>45</sup> Vgl. nur *Windscheid*, Lehrbuch des Pandektenrechts Bd. 1, 6. Aufl. 1887, S. 1 ff.; vom deutsch-rechtlichen Standpunkt

Die Bearbeitung der tradierten Rechtsquellen erfolgt von daher zumeist mit einem Blick auf die modernen Bedürfnisse; nicht die einzelnen Rechtsregeln der klassischen Juristen, sondern ihre Methode der Rechtsfindung möchte *Savigny* ermitteln und für seine Zeit fruchtbar machen.<sup>46</sup>

Neben die geschichtliche Bearbeitung der Rechtsquellen tritt daher ein systematischer Ansatz, der trotz der wiederholten Ablehnung des Naturrechts und seiner Methoden durch die *Historische Rechtsschule* stark an der Arbeitsweise der naturrechtlichen Jurisprudenz angelehnt ist.<sup>47</sup> Bezieht sich jene Methode auf den historischen Kontext, in dem ein Rechtsinstitut entstanden ist, so berücksichtigt diese den dogmatischen Zusammenhang des Instituts in der Gesamtheit der Rechtsordnung und seiner Normen. *Savigny* schreibt hierzu:

„Ein zweyfacher Sinn ist dem Juristen unentbehrlich: der historische, um das eigenthümliche jedes Zeitalters und jeder Rechtsform scharf aufzufassen, und der systematische, um jeden Begriff und jeden Satz in lebendiger Verbindung und Wechselwirkung mit dem Ganzen anzusehen, d.h. in dem Verhältniß, welches das allein wahre und natürliche ist.“<sup>48</sup>

Die Schaffung eines solchen ‚wissenschaftlichen Systems‘ auf Grundlage seiner historischen Entwicklung, stellt die prägende Methodik der Rechtswissenschaft seiner Zeit dar. Sie bildet damit den Ausgangspunkt für den Versuch des 19. Jahrhunderts, den klassischen römischen Juristen nachzueifern, die tradierten Rechtsquellen zu vereinheitlichen und somit das Recht des deutschen Volkes auf den Gipfel seiner Entwicklung zu führen. Dass dieser Ansatz sehr erfolgreich gewesen ist, bezeugt nicht zuletzt der Einfluss, den die *Historische Rechtsschule* über die deutschen Grenzen hinweg erlangen konnte. So insbesondere im deutschsprachigen Raum, in Österreich und der Schweiz; sowie in Italien und England.<sup>49</sup> Aber auch, wo das römische Recht nicht Gegenstand des Rechtsunterrichts wurde, kam es zu einem maßgeblichen Einfluss *Savignys* und seiner Schüler, indem ihre Methoden zur Grundlage der dogmatischen Bearbeitung der kodifizierten Territorialrechte gemacht wurden. Mit den Worten *Paul Koschakers* lässt sich allenthalben von einer ‚Pandektisierung der Dogmatik‘ sprechen.<sup>50</sup> Selbst in Frankreich, wo bis in die heutige Zeit hinein der *Code civil* von 1804 gilt, hat sich eine historische Rechtswissenschaft etab-

*Thöl*, Einleitung in das Deutsche Privatrecht, 1851, S. 66 ff., 121 ff.

<sup>46</sup> *Savigny* (Fn. 31), insb. S. 29 f.; ebenso auch *Gmür* (Fn. 32), S. 15.

<sup>47</sup> *Larenz* (Fn. 30), S. 15; *Wilhelm*, Juristische Methodenlehre im 19. Jahrhundert, 2. Aufl. 2003, S. 61 m.w.N.; *Gmür* (Fn. 32), S. 37.

<sup>48</sup> *Savigny* (Fn. 31), S. 13.

<sup>49</sup> *Gmür* (Fn. 32), S. 34 f.; *Schlosser* (Fn. 4) S. 152.

<sup>50</sup> *Koschaker* (Fn. 5), S. 263 ff.

lieren können.<sup>51</sup> Nicht zuletzt erlangte die historische Methode durch die Gründung der Zeitschrift *Thémis* durch *Athanasie Jourdan* im Jahre 1819 einen wesentlichen Einfluss auf die französische Rechtswissenschaft.<sup>52</sup> Auch wenn dieser stets auch seine Gegner gefunden hat, konnten die Juristen aus dem weiteren Umfeld der *Thémis* noch 1845 schreiben, dass erst durch *Savigny* Frankreich aus einem wissenschaftlichen Schlaf gerissen worden sei.

„Cette école procède de celle de M. de Savigny, en ce que plusieurs des hommes qui sont à sa tête se déclarent disciples de ce maître. De plus, les travaux qu'elle a produits en France ont plus d'un rapport de parenté avec ceux qui sont sortis de cette dernière; et, il ne faut pas le dissimuler, c'est aux Allemands que nous devons la direction nouvelle imprimée à l'étude et à l'enseignement du droit romain. Cette origine n'est sans doute pas une tache à nos yeux, et nous sommes loin, on le sait, de repousser les bons travaux qui nous viennent d'outre-Rhin, car dans les sciences on doit prendre son bien où on le trouve.“<sup>53</sup>

Zuletzt zeugt aber auch der unbestrittene Einfluss der Pandektistik auf die Entstehung des BGB lebhaft von der Bedeutung ihrer Methoden und dogmatischen Arbeiten.

#### b) Kritik an der Pandektenwissenschaft und Abspaltung des germanistischen Zweiges

Andererseits sah sich die *Historische Rechtsschule*, genauer ihr romanistischer Zweig, die Pandektistik, teils heftiger Kritik ausgesetzt. So wendet sich die späte Kritik gerade auch gegen die Lehrsätze von *Savigny* selbst und findet ihren deutlichsten Ausdruck zu Beginn des 20. Jahrhunderts in den Polemiken von *Hermann Kantorowicz*.<sup>54</sup> Die zeitgenössische Auseinandersetzung wendet sich aber zunächst nur gegen drei grundsätzliche Standpunkte der Pandektenwissenschaft: erstens die Übergewichtung des römischen Rechts in der Privatrechtswissenschaft; zweitens die Ablehnung jedweder Privatrechtskodifikation; und endlich den Methodenkanon der Pandektenwissenschaft, wie er unter dem Stichwort *Begriffsjurisprudenz* Eingang in die Geschichte der deutschen Methodenlehre gefunden hat.

Auch wenn die *Historische Rechtsschule* zunächst umfassend ausgerichtet war und sowohl die Romanistik, welche sich dem Studium der römischen Rechtsquellen der Antike widmet, wie einen germanistischen Zweig, der sich primär

auf die mittelalterlichen Rechtsquellen originär germanisch-deutschen Ursprungs konzentriert, als gleichberechtigte Fächer nebeneinander erfasst, stellt sich schon bald ein deutliches Ungleichgewicht zu Lasten der Germanistik heraus. Das anfangs verfolgte Programm der Schule, welches eine historische Analyse sämtlicher tradierter Rechtsquellen vorsieht, tritt durch die gemeinsame Herausgeber Tätigkeit der 1815 gegründeten *Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft* durch *Savigny*, als Romanist, und dem Professor für Verfassungsgeschichte und Deutsches Privatrecht *Karl Friedrich Eichhorn* für die Germanistik zu Tage.<sup>55</sup> Dennoch ist schon in dem Einleitungsaufsatz von *Friedrich Carl von Savigny* die Präferenz für das Studium der römischen Quellen erkennbar. Beide Seiten betrieben den Versuch einer klaren Grenzziehung zwischen den beiden Quellengebieten, wobei aber insbesondere die Romanistik dazu neigte, ihre Aufgabe und Bedeutung gegenüber der Germanistik stärker zu betonen.<sup>56</sup> So kommt es noch in den 1840er Jahren zum Bruch zwischen den beiden Flügeln der Schule. Einen vorläufigen Höhepunkt erlangt der Schulenstreit in den Arbeiten *Georg Beselers*, wonach die Rezeption des römischen Rechts als „nationales Unglück“ bezeichnet werden müsse.<sup>57</sup> In seiner berühmten Schrift „Volksrecht und Juristenrecht“ aus dem Jahre 1843 stellt *Beseler* dem heimischen Volksrecht das auf den römischen Quellen fußende „schädliche Juristenrecht“ gegenüber. Die Pandektenwissenschaft nahm von der Germanistik demgegenüber praktisch keine Notiz.

Auch die Fronten in der Kodifikationsdebatte verliefen entlang der beiden Schulzweige, die gerade in der ersten Hälfte des 19. Jahrhunderts mit großer Schärfe aller Beteiligten geführt wurde. Während die Pandektistik im Gefolge von *Savigny* auf der ablehnenden Haltung verharret, manifestiert sich auf Seiten der Germanistik immer deutlicher die Hoffnung, durch eine gesamtdeutsche Kodifikation die als fremdes Recht empfundenen lateinischen Quellen zu überwinden und damit ein dem ‚deutschen‘ Volksgeist entsprechendes Zivilrecht zu schaffen. Da die wesentlichen Argumente für und wider eine Kodifikation schon 1814 von *Thibaut* und *Savigny* im Wesentlichen erörtert worden waren<sup>58</sup>, erübrigt sich an dieser Stelle ein weiteres Eingehen auf die inhaltlichen Positionen dieses Streits.

<sup>51</sup> Hierzu *Koschaker* (Fn. 5), S. 276; s. auch schon *Schwarz*, in: Pringsheim (Hrsg.), *Symbolae Friburgensis in honorem Ottonis Lenel*, 1931, S. 435 und insb. auch *Bürge*, *Das Französische Privatrecht im 19. Jahrhundert*, 2. Aufl. 1995, S. 150-295 mit umf. Nachw.; zum Einfluss der Pandektistik allgemein in Europa *Wieacker* (Fn. 6), S. 443-447.

<sup>52</sup> *Bürge* (Fn. 51), insb. S. 153 ff.

<sup>53</sup> *Ginhouliac*, *Revue de législation et de jurisprudence* 1845, S. 190.

<sup>54</sup> So etwa *Kantorowicz*, *Recht und Wirtschaft* 1 (1912), S. 47 ff., 76 ff.

<sup>55</sup> Hierzu auch *Luig*, in: Coing/Wilhelm, *Wissenschaft und Kodifikation*, Bd. 1, 1974, S. 222-225.

<sup>56</sup> *Luig* (Fn. 55), S. 225.

<sup>57</sup> *Beseler*, *Volksrecht und Juristenrecht*, 1843, S. 42 f.; weiterführend *Kern*, *Georg Beseler – Leben und Werk*, 1982, S. 371-421; *Koschaker* (Fn. 5), S. 152 f.; *Schubart-Fikentscher*, in: *Erler/Kaufmann*, *Handwörterbuch zur Deutschen Rechtsgeschichte*, Bd. 1, Sp. 388 f.

<sup>58</sup> So auch *Vierhaus*, in: *Bekker/Fischer*, *Beiträge zur Erläuterung und Beurteilung des Entwurfs eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich*, Heft 1 (1888, Neudr. 1954), S. 15.

c) *Das praktische Bedürfnis nach einer einheitlichen Privatrechtskodifikation*

In ihrem Verlauf verliert die Auseinandersetzung jedoch zunehmend an Schärfe und es kommt allmählich zu einer Annäherung der widerstreitenden Ansichten. Die Bedürfnisse der Rechtspraxis sowie des Rechtsunterrichts zeigten immer deutlicher die Defizite auf, die mit der Ablehnung einer deutschen Privatrechtskodifikation einhergegangen waren. Weder konnte die Trennung in ein germanistisches ‚Volksrecht‘ und ein römisches ‚Gelehrtenrecht‘ handhabbare Lösungen für industrialisierte Gesellschafts- und Wirtschaftsprozesse bieten. Noch gelang es der Wissenschaft, aus sich heraus eine Vereinheitlichung des geltenden Privatrechts zu schaffen. Die rechtspolitische Forderung ging daher auf die Abwendung eines Auseinanderdriftens von Rechtstheorie und -praxis und der Schaffung eines gemeindeutschen Rechts auf Grundlage deutscher und römischer Quellen. Eine Vorreiterstellung in diesem Zusammenhang nahm der Deutsche Juristentag ein, dem Praktiker wie Wissenschaftler aus allen deutschen Ländern und allen dogmatischen Richtungen angehörten. Hervorgegangen aus der juristischen Abteilung des Germanistentages, sprach sich der 1860 gegründete Juristentag unter seinem ersten Vorsitzenden, dem in Leipzig lehrenden Romanisten *Karl Georg von Wächter*, schon in seinem Grundsatztageprogramm für die Rechtsvereinheitlichung auf den Gebieten des Privat-, Prozess- und Strafrechts aus.<sup>59</sup> Es lag nunmehr an der Wissenschaft, den Bedürfnissen der Zeit, wie sie durch die Rechtspraxis formuliert wurden, den Weg zu bereiten. Die Gesetzgebung war trotz einzelner Versuche bis zum letzten Drittel des 19. Jahrhunderts noch nicht dazu im Stande.

Theoretisch konnte die Rechtswissenschaft unter anderem auf die Vorarbeiten von *Nikolaus Thaddäus Gönner* zurückgreifen, der bereits zu Beginn des Jahrhunderts die Forderung nach einer gemeinsamen wissenschaftlichen Bearbeitung und damit letztlich Vereinigung der deutschen und römischen Rechtsquellen stellte.<sup>60</sup>

„Durch die Transplantation des römischen Rechts auf deutschen Boden entstand ein Mittelding, das weder rein römisch, noch rein deutsch, sondern römisch-deutsch ist. Wer nur das rein römische vom rein deutschen trennen will, um hierdurch das in Deutschland geltende Privatrecht darzustellen, der hat sich einen Gegenstand gewählt, der gar nicht existiert.“

Zu einer vollständigen Überwindung der Positionen ist es indes nicht gekommen.<sup>61</sup> Eine erste Annäherung erfolgte von Seiten der Germanisten, indem auf einzelnen Rechtsgebieten die dogmatischen Vorzüge des römischen Rechts, insbesondere des Obligationenrechts anerkannt wurden. Ein deutliches

Beispiel dieser Annäherung beschreibt *Heinrich Matthias Zöpfl*:

„Im römischen Rechte war, wie wir eben zu bemerken Gelegenheit hatten, unläugbar in mannichfachen Beziehungen schon jene Universalität zu erkennen, welche auf eine praktische Anwendung bei anderen Völkern Anspruch machen konnte.“<sup>62</sup>

Namentlich betont *Zöpfl* die dogmatischen Leistungen der römischen Juristen auf dem Gebiet des

„Vertragsrecht nebst den damit hauptsächlich zusammenhängenden allgemeinen Lehren“, wo „bei der Behandlung und Entscheidung der schwierigsten Rechtsfragen [...] eine vor- und nachher von andern Nationen unerreichte Höhe“<sup>63</sup>

erlangt worden sei. Es verwundert daher nicht, wenn der erste Versuch, das Privatrecht außerhalb des Handels- und Verkehrsrecht überterritorial zu vereinheitlichen, der sog. *Dresdner Entwurf* (DresE) vom 13. Juni 1866, primär das Recht der Schuldverhältnisse betrifft.

Auf Seiten der Pandektistik verlief der Annäherungsprozess jedoch deutlich schwerfälliger. Schon der programmatische Ansatz der *Historischen Rechtsschule*, dem sich die Pandektistik stets verpflichtet fühlte, widersprach im Grundsatz einer vollständigen Vereinigung des römischen mit dem germanisch-deutschen Recht.<sup>64</sup> In diesem Sinne findet sich bei *Bernhard Windscheid* das Zitat:

„Man hat nur die Wahl, ob man gereinigtes römisches Recht haben will, oder ungereinigtes, nicht aber, ob man römisches Recht haben will oder kein römisches Recht. Diese Reinigung aber mit dem römischen Recht vorzunehmen, ist die Aufgabe der Juristen; es ist eine wissenschaftliche Arbeit.“<sup>65</sup>

Im Grundsatz hält *Windscheid* also an dem römischen Recht als Grundlage für eine deutsche Rechtsordnung fest, löst sich aber von dem Absolutheitsanspruch der frühen Pandektistik und bereitet damit den Weg, die Rechtseinheit in Deutschland durch die Wissenschaft voranzutreiben. Andere romanistische Rechtslehrer der zweiten Hälfte des 19. Jahrhunderts äußerten sich ähnlich.<sup>66</sup> Besonders hervorzuheben hat sich dabei sicherlich auch *Rudolph von Jhering*, wenn er schon 1857 von der Rechtswissenschaft erwartet, sie müsse durch ihre dogmatische Arbeit eine „Einigung des römischen und deutschen Privatrechts“ schaffen.<sup>67</sup> Auch für die Romanistik gelte es, das deutsche Recht nicht nur am Rande als abweichendes

<sup>59</sup> Vgl. § 1 des Statuts des Deutschen Juristentags; abgedruckt in *Vierhaus* (Fn. 58), S. 16.

<sup>60</sup> Zitat nach *Luig* (Fn. 55), S. 227.

<sup>61</sup> Zu den römisch- und deutschrechtlichen Ursprüngen des BGB vgl. *Kaser*, JuS 1967, 337-344 und *Krause*, JuS 1970, 313-321.

<sup>62</sup> *Zöpfl*, ZdR 4 (1840), 112.

<sup>63</sup> *Zöpfl* (Fn. 62).

<sup>64</sup> *Luig* (Fn. 55), S. 225 f.

<sup>65</sup> Zitiert nach *Wilhelm*, in: *Wieacker/Wollschläger, Jherings Erbe*, 1970, S. 228.

<sup>66</sup> Weitere Nachweise bei *Luig* (Fn. 55), S. 234-239.

<sup>67</sup> *Jhering*, *JherJb* 1 (1857), 40 ff.

zu erwähnen, sondern auch inhaltlich darzustellen und dogmatisch zu erarbeiten.

Konnte ein gewisser Konsens über die Forderung nach der Vereinigung von deutschem und römischem Recht sowie über den Adressaten dieser Forderung, die Rechtswissenschaft, erzielt werden, so bestand doch Uneinigkeit über die Methoden, wie das gemeinsame Ziel zu erreichen sei. Deutlich wird dies gerade an dem Werdegang des Letztgenannten, *Rudolph von Jhering*. Sein Name ist eng verbunden mit dem Höhepunkt und zugleich der Überwindung der sog. Begriffsjurisprudenz.

Die romanistische Rechtswissenschaft orientiert sich zu diesem Zeitpunkt noch immer stark an den Lehren *Savignys*. Sie hat sich aber in einigen wesentlichen Punkten weiter- bzw. von ihm wegentwickelt. Der Fokus der dogmatischen Arbeit der Pandektistik löst sich noch weiter von der historischen Analyse des Rechts und betont demgegenüber das systematische Element ihrer Methodik. Schon der Savignyschüler *Georg Friedrich Puchta* wendet sich verstärkt der Systematisierung der Rechtsquellen zu, indem er zwar auf den „genealogischen Zusammenhang“ der einzelnen Rechtsätze der Rechtsordnungen abstellt, diesen aber primär systematisch zu analysieren versucht. Erst durch die Systematisierungsleistung könne also der historische Ursprung eines Rechtsprinzips erreicht werden.

„Es ist nun die Aufgabe der Wissenschaft, die Rechtssätze in ihrem 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. [...] So tritt die Wissenschaft als dritte Rechtsquelle zu den ersten [i.d. Gesetzgebung und Gewohnheitsrecht]; das Recht, welches durch die entsteht, ist Recht der Wissenschaft, oder, da es durch die Tätigkeit der Juristen ans Licht gebracht wird, Juristenrecht.“<sup>68</sup>

Oftmals wurde deswegen *Puchta* vorgeworfen, er habe durch seine ‚Genealogie der Begriffe‘ einer Theoretisierung des Rechts Vorschub geleistet und damit zu einer Entfremdung von Rechtspraxis und -theorie geführt. *Karl Larenz* charakterisiert *Puchtas* Lehre in diesem Zusammenhang als „Begriffspyramide“<sup>69</sup>. Doch weisen neuere Forschungen<sup>70</sup> darauf hin, dass diese Kritik überzogen und teils auch schlicht unrichtig ist. Umso mehr gilt dies, wenn die Kritik der gesamten Pandektistik vorgeworfen wird. Ohne auf alle Details eingehen zu wollen, muss berücksichtigt werden, dass nicht nur, aber gerade auch *Puchtas* Darstellungen bei der Lösung verschiedener Problemkonstellationen immer wieder auf ‚reale Gegebenheiten‘ abgestellt und damit durchaus eine ‚praktische Ader‘ bewiesen haben.<sup>71</sup> *Puchta* und mit ihm die Pan-

dektistik argumentierte zwar in der Tat oftmals begrifflich, berücksichtigte aber zugleich auch wirtschaftliche Zusammenhänge.

Andererseits war es gerade der oben zitierte Gedanke von *Puchta*, auf dem aufbauend *Rudolph von Jhering* den Ausgangspunkt für seine sog. „naturhistorische Methode“ nehmen konnte<sup>72</sup>, die er in seiner späteren Werkphase selbst wegen ihrer Lebensfremdheit kritisierte. Glaubte er zunächst allein durch eine wissenschaftliche Deduktion von Begriffen, d.h. durch Zergliederung einzelner Rechtsinstitute in ihre ‚logischen Elemente‘ Rechts-,wissenschaft‘ betreiben zu können, so kam es seit den 1850er Jahren bei einem der Vorreiter der Begriffsjurisprudenz zu einer wissenschaftlichen Kehrtwende. *Jhering* schreibt:

„Jede Jurisprudenz operiert mit Begriffen, juristisches und begriffliches Denken sind gleichbedeutend, in diesem Sinne ist also jede Jurisprudenz Begriffsjurisprudenz, die römische in erster Linie; eben darum braucht der Zusatz nicht erst hinzugefügt werden. Wenn dies hier meinerseits gleichwohl geschieht, so ist damit jene Verirrung unserer heutigen Jurisprudenz gemeint, welche, den praktischen Endzweck und die Bedingungen der Anwendbarkeit des Rechts außer Acht lassend, in demselben nur einen Gegenstand erblickt, an dem das sich selber überlassene, seinen Reiz und Zweck in sich selber tragende logische Denken sich erproben kann, – eine Arena für logische Evolutionen, für die Gymnastik des Geistes, in der dem größten Denkvirtuosen die Palme zufällt.“<sup>73</sup>

*Jhering* kritisiert an dieser Stelle eine Fehlentwicklung seiner Zeit, die er zuvorderst durch seine eigenen Werke, aber auch durch die gesamte Pandektenwissenschaft befördert sieht. Nicht zu Unrecht prangert er eine Rechtswissenschaft an, die nur um ihrer selbst willen, ohne Rücksicht auf die praktischen Bedürfnisse der Gesellschaft betrieben wird. Dennoch geht er in seiner Kritik zu weit. In seiner Überspitzung der formal-logischen Methode für die Rechtswissenschaft waren ihm seine Zeitgenossen in der Mehrzahl nicht gefolgt.<sup>74</sup> Vielmehr versuchten sie zumindest, durch ein Zusammenspiel von begrifflicher Argumentation und Berücksichtigung wirtschaftlicher Gegebenheiten handhabbare Ergebnisse für eine sich industrialisierende Gesellschaft zu erreichen. Auch wenn es sicherlich nicht immer gelungen ist, so fanden sich aber schon vor *Jherings* Abkehr von der Begriffsjurisprudenz Ansätze zu einer teleologischen Rechtswissenschaft, die auch außerjuristische Aspekte in die Bearbeitung von Rechtsproblemen miteinbezogen hat.

Die Auseinandersetzung mit dem 19. Jahrhundert jedoch verharrt bislang oftmals auf der Ebene, die *Jhering* mit seiner späten Kritik bereitet hat. Erst in jüngster Zeit mehrten sich

<sup>68</sup> *Puchta*, *Cursus der Institutionen*, 5. Aufl. 1856, S. 37.

<sup>69</sup> *Larenz* (Fn. 30), S. 20, ähnlich *Koschaker* (Fn. 5), S. 259.

<sup>70</sup> Zusammenfassend *Haferkamp*, *Georg Friedrich Puchta und die ‚Begriffsjurisprudenz‘*, S. 463 ff.; *Meder* (Fn. 3), S. 292 f.

<sup>71</sup> Weiterführende Nachweise bei *Meder* (Fn. 3), S. 292.

<sup>72</sup> Hierzu *Larenz* (Fn. 30), S. 24-27; *Wilhelm* (Fn. 65), S. 232 ff.

<sup>73</sup> *Jhering*, *Scherz und Ernst*, 1884, S. 347.

<sup>74</sup> S. auch schon *Larenz* (Fn. 30), S. 28.

Anzeichen für eine Neubewertung der späten Pandektistik.<sup>75</sup> Auf die veränderte Wahrnehmung der Arbeiten *Puchtas* wurde schon hingewiesen. Ähnliches lässt sich auch für andere Rechtsgelehrte, wie *Bernhard Windscheid* oder auch *Heinrich Dernburg* feststellen.<sup>76</sup> Insgesamt tendiert die historische Rechtswissenschaft heute dahin, die dogmatischen Leistungen der Pandektenwissenschaft positiver zu bewerten. Insbesondere gilt dies für die Herausbildung des fünfgliedrigen Pandektensystems, dem die meisten Lehrbücher des römischen, wie auch deutschen Rechts des ausgehenden 19. Jahrhunderts, ebenso wie das heutige BGB folgen. Denn erst durch ihre begrifflich geprägten Methoden ist es der *Historischen Rechtsschule* gelungen, „eine einheitliche deutsche Rechtsdoktrin auf Grundlage des römischen Rechts aufzubauen“, welche die Grundlage für die deutsche Privatrechtsgesetzgebung bildete und bis in das heutige Recht hinein wirkt.<sup>77</sup> Oder um es mit den Worten eines französischen Zeitgenossen zu sagen:

„L'école historique est, sans le savoir, l'habile ouvrière qui prépare et facilite l'œuvre des législateurs à venir.“<sup>78</sup>

## II. Die Kodifikationsarbeiten für das BGB

### 1. Die *Lex-Miquel-Lasker* und die Einsetzung der ersten Vorkommission

Erste Gesetzgebungsakte zur Vereinheitlichung des Privatrechts<sup>79</sup> konnten mit der Gründung des *Deutschen Zollvereins* auf dem Gebiet des Handels- und Wechselrechts erreicht werden. 1848 kam es zur Umsetzung eines einheitlichen Wechselrechts und zwischen 1862 und 1866 schließlich zur Schaffung des *Allgemeinen Deutschen Handelsgesetzbuches* (ADHGB). Auf das Jahr 1866 ist auch der bereits zitierte Dresden eines allgemeinen deutschen Gesetzes über Schuldverhältnisse datiert, der allerdings niemals Gesetz wurde.<sup>80</sup> Von größter Bedeutung sind jedoch auch weiterhin landesrechtliche Kodifikationen geblieben, von denen sicherlich das sächsische Bürgerliche Gesetzbuch von 1863 (sächs. BGB) das Wichtigste ist. Die Schaffung eines umfassenden Zivilgesetzbuches mit reichsweiter Geltung konnte aber erst durch die Gesetzesinitiative der nationalliberalen Abgeordneten im Reichstag *Johannes von Miquel* und *Eduard Lasker* vom Dezember 1873 eingeleitet werden. Die sog. *Lex-Miquel-*

*Lasker* schaffte die umfassende Gesetzgebungskompetenz des 1871 gegründeten Deutschen Reiches für das bürgerliche Recht, das Strafrecht und das gesamte Prozessrecht.<sup>81</sup> War die Gesetzgebungskompetenz des neugegründeten Reiches aber erst einmal begründet, so begannen sehr schnell die Vorbereitungen für eine gesamtdeutsche Kodifikation. Im Februar 1874 setzte der Bundesrat unmittelbar eine kollegial strukturierte Vorkommission<sup>82</sup> zur Vorbereitung des Gesetzgebungsverfahrens ein, die im Juli des selben Jahres durch eine elfköpfige Kommission zur Erarbeitung des Entwurfs eines bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich (1. Kommission) abgelöst wurde. Zu ihrer Aufgabe gehörte es, eine umfassende vergleichende Darstellung des in Deutschland geltenden Gemeinen Rechts einschließlich der Partikularrechte zusammenzustellen und daraus einen Entwurf für das künftige Gesetz zu schreiben. Das Gutachten der Vorkommission bezeichnet die Aufgabe der Gesetzgebungskommission in dreifacher Hinsicht:

„Es ist der Gesamtbestand der innerhalb des Deutschen Reiches geltenden Privatrechtsnormen mit Rücksicht auf der Zweckmäßigkeit, innere Wahrheit und folgerichtige Durchführung zu untersuchen. – Es ist sorgsam zu prüfen, wie weit die von der gemeinsamen Grundlage des sogenannten gemeinen Rechtes (gemeinen Civilrechtes und deutschen Privatrechtes) abweichenden Bestimmungen der neueren großen Civilgesetzgebungen, des Landesgesetzes und der etwaigen Reichsgesetze beizubehalten seien, oder ob und welche Ausgleichung zu versuchen sei. – Es ist endlich auf richtige Formgebung und Anordnung die höchstmögliche Sorgfalt zu verwenden.“<sup>83</sup>

Einigkeit bestand darüber, dass das neu zu schaffende Gesetzbuch nicht bloß eine kompilatorische Arbeit werden sollte, sondern einerseits eine Weiterentwicklung des bestehenden Rechtes erreichen und andererseits zur Klärung bestehender Schwierigkeiten desselben dienen sollte, um auf die-

<sup>75</sup> S. Fn. 70; aber auch *Falk*, Ein Gelehrter wie *Windscheid*, 1989, S. 16 ff.

<sup>76</sup> Zum *Windscheid*-Bild vgl. insb. *Falk* (Fn. 75), S. 1 ff.; aber auch *Meder* (Fn. 3), S. 263.

<sup>77</sup> *Koschaker* (Fn. 5), S. 259.

<sup>78</sup> *Lerminier*, Philosophie du droit, Bd. 2, 1831, S. 317.

<sup>79</sup> Allgemein zur Gesetzgebungsgeschichte: *Vierhaus* (Fn. 58); *Achilles/Spahn/Gebhard*, Protokolle der Kommission für die zweite Lesung des Entwurfs des Bürgerlichen Gesetzbuches, 1897, S. III ff.; *Schubert* (Fn. 39), S. 3-56; *ders.*, Materialien zur Entstehungsgeschichte des BGB, Einführung, Biographien, Materialien, 1978, S. 27-68; *Finkenauer*, Eigentum und Zeitablauf, 2001, S. 23-27 jeweils m.w.N.

<sup>80</sup> Vgl. hierzu insbesondere *Vierhaus* (Fn. 58), S. 19-25.

<sup>81</sup> RGBl. 1873 Nr. 34, S. 379; vgl. hierzu *Laufs*, JuS 1973, 740-744.

<sup>82</sup> Mitglieder der Vorkommission waren *Levin Goldschmidt*, *Franz Kübel*, *Ludwig von Neumayr*, *Herrmann Schelling* und *Albert Gebhard*; biographische Daten zur Vorkommission ebenso wie zu den anderen am Gesetzgebungsprozess beteiligten Personen finden sich bei *Jahnel*, in: *Schubert*, Materialien zur Entstehungsgeschichte des BGB, Einführung, Biographien, Materialien, 1978, S. 69-124; vgl. auch *Dölemeyer* (Fn. 2), S. 1581-1584; hierzu auch *Benöhr*, JuS 1977, 79-82.

<sup>83</sup> Zitiert nach *Vierhaus* (Fn. 58), S. 48; Bestätigt wurde dieser Auftrag durch den Bundesrat, BR-Drs. Nr. 53 v. 16.4.1874 (vollständig abgedruckt in *Rassow*, GruchBeitr 1 (1877), 175-195, insb. 176; vgl. auch *Schubert* (Fn. 39), S. 15.

sem Wege die bestehende Rechtszersplitterung überwinden zu können.<sup>84</sup>

## 2. Die Vorentwürfe und die Arbeit der 1. Kommission

Mit diesem Auftrag trat die 1. Kommission unter dem Vorsitz des damaligen Präsidenten des Reichsoberhandelsgerichtes *Heinrich Eduard Pape*<sup>85</sup> am 17. September 1874 zusammen; Vertreter der Wissenschaft waren Prof. *Bernhard Windscheid*<sup>86</sup> für das Pandektenrecht sowie Prof. *Paul von Roth*<sup>87</sup> für das Deutsche Recht; bei den übrigen Mitgliedern handelte es sich um praktisch tätige Juristen aus Verwaltung und Rechtsprechung der deutschen Territorien. Im Einzelnen waren dies der kaiserliche Appellationsgerichtsrat *Gustav Derscheid*<sup>88</sup>, der badische Ministerialrat *Albert Gebhard*<sup>89</sup>, der preußische Obertribunalsrat *Reinhold Johow*<sup>90</sup>, der württembergische Obertribunalsdirektor *Franz von Kübel*<sup>91</sup>, der preußische Geheime Justizrat *Karl Kurlbaum*<sup>92</sup>, der preußi-

sche Appellationsgerichtsrat *Gottlieb Planck*<sup>93</sup>, der bayrische Ministerialrat *Gottfried von Schmitt*<sup>94</sup> und der sächsische Appellationsgerichtspräsident *Anton von Weber*<sup>95</sup>, dessen Nachfolger 1888 *Wilhelm Rüger*<sup>96</sup> wurde. Aus dieser Gruppe wurden fünf Mitglieder ausgewählt, denen die Redaktion der fünf geplanten Bücher oblag. Diese Fünfteilung entsprach der damals vorherrschenden Aufteilung des Pandektenrechts in einen Allgemeinen Teil, betreut durch *Gebhard*<sup>97</sup>, das Obligationenrecht, betreut durch *von Kübel*<sup>98</sup>, das Sachenrecht, unter Leitung von *Johow*<sup>99</sup>, das Familienrecht, bearbeitet von *Planck*<sup>100</sup>, und das Erbrecht, betreut durch *von Schmitt*<sup>101</sup>. Zu der langwierigen Arbeit der Redaktoren gehörte die Sichtung und Sammlung des geltenden Rechts, einschließlich der einzelnen Territorialgesetzgebungen und dem Gemeinen Recht, die Formulierung eines Gesetzesentwurfes sowie die Ausarbeitung umfangreicher Motive.<sup>102</sup> 1879 konnte der erste Teilentwurf Erbrecht (TE-ErbR) beendet werden. 1880 folgten die Entwürfe für das Familienrecht (TE-FamR) und das Sachenrecht (TE-SachR). 1881 folgte der Teilentwurf für den Allgemeinen Teil (TE-AT). Lediglich der Entwurf des Obligationenrechts (TE-SchuldR) verzögerte sich durch die schwere Krankheit und den anschließenden Tod ihres Redaktors *von Kübel* am 5. Januar 1884, an dessen Stelle erst im März 1884 *Gustav von Mandry*<sup>103</sup>, ebenfalls Professor für

<sup>84</sup> Zu den Zielen des BGB vgl. *Dölemeyer* (Fn. 2), S. 1601-1604.

<sup>85</sup> *Heinrich Eduard Pape* (1816-1888) war seit 1858 an verschiedenen Gesetzesprojekten beteiligt, so etwa als Bevollmächtigter der preuß. Regierung bei der 3. Lesung des ADHGB oder seit 1861 als Mitglied der Kommission zur Revision des preuß. Zivil- und Strafprozessrechtes; vgl. *Neubauer*, ADB 52, S. 750-754.

<sup>86</sup> *Bernhard Windscheid* (1817-1892); ordentl. Professor in Basel, Greifswald, München, Heidelberg und Leipzig; vgl. *Landsberg*, ADB 43, S. 423-425.

<sup>87</sup> *Paul Rudolf v. Roth* (1820-1892); ordentl. Professor in Rostock, Kiel und München; vgl. *Amira*, ADB 53, 538-549.

<sup>88</sup> *Gustav Theodor Friedrich Derscheid* (1827-1890); zunächst tätig als Assessor am LG Trier, von wo aus er über Saarbrücken an das Kaiserliche Appellationsgericht in Colmar wechselte; 1874 wurde er Präsident des LG Colmar; 1879-1890 war er als Reichsgerichtsrat tätig, vgl. *Jahnel* (Fn. 82), S. 72 f.

<sup>89</sup> *Albert Gebhard* (1832-1907); Tätigkeit in verschiedenen Verwaltungsebenen der badischen Landesregierung; 1871 Mitglied der „Kommission zur Feststellung des Entwurfs einer Deutschen Civilprozeßordnung“; 1873 Kommissar bei den Beratungen des Entwurfs einer Deutschen Gerichtsverfassung; später auch Mitglied der 2. Kommission; vgl. *Jahnel* (Fn. 82), S. 73 f.

<sup>90</sup> *Reinhold Heinrich Sigismund Johow* (1823-1904); Tätigkeit in verschiedenen preußischen Gerichten, zuletzt nach 1868 als Kammergerichtsrat in Berlin; nach dem Tode Papes im Jahre 1888 Vorsitzender der 1. Kommission; weitere Gesetzgebungsarbeiten beim Entwurf der Grundbuchordnung für das Deutsche Reich und dem Entwurf eines Zwangsvollstreckungsgesetzes; vgl. *Jahnel* (Fn. 82), S. 74.

<sup>91</sup> *Franz Phillip Friedrich v. Kübel* (1819-1884); Richter in der Zivilkammer am Obertribunal in Stuttgart; seit 1875 Obertribunalsdirektor; vgl. *Westhoff*, NDB 13, 171 f.

<sup>92</sup> *Karl Dietrich Adolf* (1829-1906); Mitglied des preuß. Justizdienstes, zuletzt als Präsident des OLG Stettin; zugleich Beteiligung an verschiedenen preuß. Gesetzgebungen; vgl. *Jahnel* (Fn. 82), S. 77.

<sup>93</sup> *Gottlieb Karl Friedrich Planck* (1824-1910); 1871/72 Mitarbeiter am Entwurf einer gesamtdeutschen Zivilprozessordnung; Mitglied der 1. Kommission sowie der 2. Kommission deren Generalreferent er war; seit 1889 Honorarprofessor in Göttingen; vgl. *Schubert*, NDB 20, 496 f.

<sup>94</sup> *Gottfried Ritter v. Schmitt* (1827-1908); Tätigkeit im bayr. Justizdienst, zuletzt 1886 zum Präsidenten des OLG Nürnberg ernannt, eine Stelle, die er allerdings erst 1889 angetreten ist; vgl. *Jahnel* (Fn. 82), S. 85.

<sup>95</sup> *Anton v. Weber* (1817-1888); verschiedene Tätigkeiten in der sächs. Justiz, insb. am Appellationsgericht Dresden, sowie dem späteren OLG Dresden; Beteiligung an verschiedenen sächs. Gesetzgebungen; vgl. *Jahnel* (Fn. 82), S. 86.

<sup>96</sup> *Konrad Wilhelm Rüger* (1837-1916); Tätigkeiten im sächs. Staats- Ministerialdienst; zwischenzeitlich (1880-1884) Bürgermeister von Dresden; bis 1895 auch Mitglied der 2. Kommission; vgl. *Jahnel* (Fn. 82), S. 84.

<sup>97</sup> Hilfsarbeiter für den allgemeinen Teil war *Karl Heinrich Börner*; späteres Mitglied der 2. Kommission, vgl. *Jahnel* (Fn. 82), S. 92 f.

<sup>98</sup> Hilfsarbeiter war zunächst *Karl Georg Ludwig Lionel Vogel*, später *Karl Eugen Ferdinand v. Ege*.

<sup>99</sup> Hilfsarbeiter waren zunächst *Alexander Achilles* und *Karl Martini*, später ersetzt durch *Viktor Friedrich August v. Liebe*. *Achilles* wurde später Mitglied der 2. Kommission, vgl. *Jahnel* (Fn. 82), S. 91.

<sup>100</sup> Hilfsarbeiter war zunächst *Theodor Carl Wilhelm Philipp Braun*, später *Hermann Struckmann*.

<sup>101</sup> Hilfsarbeiter war *Wilhelm Konrad Neubauer*.

<sup>102</sup> *Dölemeyer* (Fn. 2), S. 1583 f.

<sup>103</sup> *Johann Gustav Karl v. Mandry* (1832-1902); 1861 (ohne Promotion) zum ordentlichen Professor in Tübingen ernannt,

römisches Recht, trat. Der Entwurf des Obligationenrechts blieb unvollendet, so dass für die späteren Beratungen zu einem großen Teil auf den Entwurf zurückgegriffen werden musste.

Auf dieser Grundlage begannen seit Oktober 1881 die Beratungen der 1. Kommission über die Teilentwürfe, aus denen ein 2164 Paragraphen umfassender Gesamtentwurf (sog. 1. Entwurf, E I) entstand, der am 27. Dezember 1887 durch den Vorsitzenden der Kommission *Pape* an den Reichskanzler überreicht werden konnte. Anfang 1888 lag der E I dem Bundesrat vor, welcher seine Publikation einschließlich der Motive als Begründung beschloss. Bei den Motiven handelte es sich um Arbeiten der jeweiligen Hilfsarbeiter, die als solche niemals von der gesamten 1. Kommission offiziell genehmigt worden waren. Ihre Veröffentlichung sollte jedoch als Grundlage einer umfassenden und kontroversen Diskussion über das Gesetzgebungsverfahren dienen.<sup>104</sup> Ausdrücklich heißt es im Vorwort zum Entwurf, dass es willkommen sei,

„wenn nicht blos die Vertreter der Wissenschaft und die der zur Rechtspflege berufenen, sondern auch die Vertreter wirtschaftlicher Interessen von demselben Kenntnis nehmen und mit ihren Urtheilen und Vorschlägen zur Verwerthung für die weitere Beschlussfassung über den Entwurf hervortreten.“<sup>105</sup>

Dieser Aufforderung nachkommend ist in der Folgezeit eine Vielzahl kritischer Schriften entstanden, die sich sowohl mit Einzelfragen als auch mit dem gesamten Entwurf auseinandersetzten.<sup>106</sup>

### 3. Kritik an dem Gesetzesentwurf

Anders als die grundsätzliche Ablehnung *Savignys* gegen etwaige Kodifikationspläne während des Kodifikationsstreits von 1814, richteten sich die literarischen Äußerungen zum E I zumeist nicht gegen das Kodifikationsprojekt als solches. Lediglich vereinzelte Stimmen wendeten sich vollständig gegen den Entwurf.<sup>107</sup> Weitgehend war man sich aber darüber einig, dass ein rechtspolitisches Bedürfnis nach Rechtssicherheit bestehe und eine reichsweite Rechtsvereinheitlichung des Privatrechts unumgänglich mache.<sup>108</sup> Entsprechend konzentrierte sich die Kritik, sofern sie sich gegen den Entwurf als solchen wendet, vor allem auf die Frage der Technik der

Mitglied der 1. Kommission seit 1884 sowie der 2. Kommission; vgl. *Schubert*, NDB 16, 19 f.

<sup>104</sup> Allgemein zur Kritik am E I: *Ring*, ABR 1 (1889), S. 190-232; hierzu und zu den Nachwirkungen der Kritik s. auch *Schwab*, ZNR 22 (2000), S. 326 ff.; *Schröder*, in: Juristische Fakultät Leipzig, Tag der juristischen Fakultät, 2001, S. 7 ff.

<sup>105</sup> Zitiert nach *Achilles/Spahn/Gebhard* (Fn. 79), S. IV.

<sup>106</sup> Einen Überblick bietet *Reichsjustizamt*, Zusammenstellung der gutachterlichen Äußerungen zum dem Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuches, 6 Bde., 1890 (Neudr. 1967).  
<sup>107</sup> *Hölder* (Fn. 42), S. 6 „Unleugbar ist daher jede Codification ein Uebel.“

<sup>108</sup> Kritisch *Hölder* (Fn. 42), S. 6-8.

Gesetzgebung<sup>109</sup> oder auf Einzelfragen. Erstaunlicherweise ist ausgerechnet eine Auseinandersetzung der bedeutendsten Rechtslehrer der damaligen Zeit mit dem Entwurf unterblieben.<sup>110</sup> Lediglich *Otto von Gierke* unternahm eine umfassende Kritik an dem Entwurf<sup>111</sup>, die ihn schließlich zu dem Ergebnis führte, dass dieser vollständig verworfen werden müsse.<sup>112</sup> Den Fokus seiner Arbeit richtete der Germanist zunächst auf die sprachliche Fassung des Entwurfs<sup>113</sup>, dem er mangelnde Volkstümlichkeit vorwarf. Mit anderen Stimmen in der Literatur war er sich einig, dass der E I sprachlich hinter den älteren deutschen Gesetzen wie auch dem *Code civil* zurückstehe und durch seine schwierige Verweisungstechnik und abstrakte Kasuistik das allgemeine Verständnis des Privatrechts erschwere.<sup>114</sup> Inhaltlich wendete er sich gegen die teils lehrbuchhaften und stark an der römisch-rechtlichen Dogmatik ausgerichteten Bestimmungen des Entwurfs, die er als ‚doktrinär‘ bezeichnet. Seine wichtigste rechtspolitische Forderung aber formulierte er in einem Vortrag vor der Juristischen Gesellschaft zu Wien am 5. April 1889, wo er für den weiteren Gesetzgebungsprozess eine verstärkte Berücksichtigung sozialer Belange einforderte.

„[U]nser Privatrecht muß ein Tropfen sozialistischen Öles durchsickern.“<sup>115</sup>

Noch weiter in seiner Kritik ging nur der österreichische Jurist *Anton Menger*<sup>116</sup>, dessen Ansichten aber in der Literatur nahezu einhellig abgelehnt wurden<sup>117</sup> und von der 2. Kommission weitgehend unberücksichtigt geblieben sind. Ähnlich umfassend äußerten sich nur noch *Otto Bähr*, der

<sup>109</sup> Diese Frage war bis dahin in der deutschen Rechtswissenschaft kaum erläutert worden, vgl. *Schubert* (Fn. 39), S. 37; Zur der Einzelfrage nach der Besetzung einer Gesetzgebungskommission etwa *Bähr*, Zur Frage des Bürgerlichen Gesetzbuches, 1891, S. 8-13.

<sup>110</sup> *Schubert* (Fn. 39), S. 35.

<sup>111</sup> Umfassend setzt *Otto v. Gierke* in seiner Arbeit ‚Der Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuchs und das deutsche Recht‘ von 1889 auseinander, daneben erscheint eine Vielzahl weiterer Aufsätze zu Einzelfragen; eine Darstellung seiner Kritik findet sich bei *Haack*, *Otto von Gierkes Kritik am ersten Entwurf des Bürgerlichen Gesetzbuches*, 1997, S. 75 ff.; *Schwab*, ZNR 22 (2000), 328-334; jeweils m.w.N.

<sup>112</sup> *Gierke* (Fn. 111), S. 583-590; ähnlich auch *Pfizer*, Was erwartet Deutschland von dem bürgerlichen Gesetzbuch?, 1889, S. 46.

<sup>113</sup> *Gierke* (Fn. 111), S. 37 f.; auch *Bekker*, in: ders./Fischer (Hrsg.), Beiträge zur Erläuterung und Beurteilung des Entwurfes eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich, Heft 2 (1888, Neudr. 1974), S. 50 ff.

<sup>114</sup> *Gierke* (Fn. 111), S. 56; *Bekker* (Fn. 113), S. 50 f.

<sup>115</sup> *Gierke*, Die soziale Aufgabe des Privatrechts, 1889, S. 10.

<sup>116</sup> *Menger*, Das Bürgerliche Recht und die besitzlosen Volksklassen, 1890.

<sup>117</sup> Vgl. die Übersicht bei *Dölemeyer* (Fn. 2), S. 1608 f.

einen Gegenentwurf verfasste<sup>118</sup> und zur Rechtsgeschäftslehre *Ernst Zitelmann*<sup>119</sup>, der aber mit seiner Zustimmung zur Abstraktheit und Dogmatik des Entwurfs den gegenteiligen Standpunkt zu *von Gierke* vertrat.<sup>120</sup> Andere Stellungnahmen waren demgegenüber deutlich weniger durchgreifend und beschränkten sich auf Einzelfragen, die ihnen besonders verbesserungsbedürftig erschienen. So nahm die Anwaltschaft auf den Deutschen Juristentagen (DJT) in den Jahren zwischen 1888 und 1893 durch ausführliche Gutachten und Empfehlungen an den Gesetzgeber zu Einzelfragen des Entwurfs Stellung. Ähnliche Stellungnahmen erfolgten in einer Vielzahl wissenschaftlicher Einzelarbeiten.<sup>121</sup>

#### 4. Reichsjustizamt und 2. Kommission

Erst im Herbst 1890, nach der Sichtung der kritischen Stellungnahmen durch das Reichsjustizamt kam es zu Fortschritten bei der Gesetzgebung. Auf Drängen des Staatssekretärs im Reichsjustizministerium, *Otto von Oehlschläger*, stimmte schließlich die Bundesregierung dem ersten Entwurf als Grundlage für die weitere Gesetzgebung zu. Am Ministerium war bereits seit diesem Jahr eine sog. ‚Vorkommission des Reichsjustizamts für die zweite Lesung des Entwurfs eines Bürgerlichen Gesetzbuchs für das Deutsche Reich‘ geschaffen worden, die sich inhaltlich mit der Kritik und der Revision des E I beschäftigte.<sup>122</sup> Diese Vorkommission übernahm inoffiziell und am Justizministerium angesiedelt, bereits einige Wochen vor der Einsetzung der 2. Kommission, die Aufgabe, den Gesetzesentwurf inhaltlich zu überarbeiten. Insgesamt tagte die Vorkommission von 1890 bis 1893. Seit 1891 zeitweise auch parallel zu der offiziell zur Gesetzesrevision eingesetzten 2. Kommission.

Jedoch unterlag letztere ebenfalls in verschiedener Hinsicht dem Einfluss des Reichsjustizamts.<sup>123</sup> Zunächst bestand die 2. Kommission aus zehn, seit Ende 1891 sogar elf ständigen Mitgliedern, sowie 12 bzw. später 13 nichtständigen Mitgliedern. Als Generalreferent der 2. Kommission wurde *Gottlieb Planck* berufen, dem dadurch eine herausragende Bedeutung

bei der Vorbereitung des 2. Entwurfs (E II) zukommt.<sup>124</sup> Der Vorsitz hingegen lag bis 1893 in der Hand des jeweiligen Staatssekretärs im Reichsjustizamt. Bis Februar 1892 war *Otto von Oehlschläger*<sup>125</sup>, von April 1892 bis April 1893 *Eduard Hanauer*<sup>126</sup> und seit Mai 1893 *Oscar Kuntzel*<sup>127</sup> Vorsitzender. Zu den ständigen Mitgliedern gehörten teils bekannte Mitglieder bzw. Hilfsarbeiter der 1. Kommission. Hinzu kamen verschiedene Ministerialbeamte der Länder und Mitarbeiter des Reichsjustizamts. Eine Erweiterung hat die 2. Kommission im Vergleich zu ihrer Vorgängerkommission erfahren, indem auch Nichtjuristen nach berufsständischen und parteipolitischen Gesichtspunkten an den Beratungen teilnahmen, um auf diese Weise praktische und wirtschaftliche Bedürfnisse besser in den Gesetzgebungsprozess integrieren zu können. Dazu gehörten der Oberforstmeister *Bernhard Danckelmann*<sup>128</sup>, die Rittergutsbesitzer *Friedrich Balduin von Gagern*<sup>129</sup>, *Otto Heinrich von Helldorff-Bedra*<sup>130</sup> und *Otto von Manteuffel-Crossen*<sup>131</sup>, sowie der Brauereibesitzer *Friedrich Goldschmidt*<sup>132</sup>, der Hüttdirektor *Ernst Leuschner*<sup>133</sup> und als Vertreter des Handels der Präsident der

<sup>124</sup> Streitig ist, wie stark seine Stellung bei der Gesetzgebung tatsächlich gewesen ist; s. hierzu *Schubert* (Fn. 79), S. 58.

<sup>125</sup> *Otto Karl v. Oehlschläger* (1831-1904); trat 1892 die Nachfolge von *Schelling* im Reichsjustizamt an; vgl. *Jahnel* (Fn. 82), S. 104 f.

<sup>126</sup> *Johann Josef Eduard Hanauer* (1829-1893); Ständiges Mitglied der 2. Kommission sowie der Redaktionskommission; vgl. *Jahnel* (Fn. 82), S. 99 f.

<sup>127</sup> *Oscar Rudolph Kuntzel* (1834-1914); Ständiges Mitglied der 2. Kommission und Bevollmächtigter vor dem Bundesrat und Bundestag; vgl. *Jahnel* (Fn. 82), S. 102 f.

<sup>128</sup> *Bernhard Engelbert Joseph Danckelmann* (1831-1901); Dr. iur h.c. der Universität Bonn; Kommissar des Bundesrates; vgl. *Jahnel* (Fn. 82), S. 96.

<sup>129</sup> *Friedrich Balduin Freiherr v. Gagern* (1843-1910); Abgeordneter des Reichstages für die Zentrumsparterie; Als Vertreter der süddeutschen Landwirtschaft und des Zentrums von der bayerischen Regierung vorgeschlagen; vgl. *Jahnel* (Fn. 82), S. 98.

<sup>130</sup> *Otto Heinrich v. Helldorff-Bedra* (1833-1908); Abgeordneter des Reichstags für die Deutschkonservativen Partei; Mitbegründer der Deutschkonservativen Partei (1876); vgl. *Jahnel* (Fn. 82), S. 100.

<sup>131</sup> *Otto Carl Gottlob Freiherr v. Manteuffel-Crossen* (1844-1913); Reichstagsabgeordneter der Deutschkonservativen Partei; Zuvor Referent für das Militärpensions-, das Invaliditäts- sowie das Altersversicherungsgesetz; vgl. *Jahnel* (Fn. 82), S. 104.

<sup>132</sup> *Friedrich Goldschmidt* (1837-1902); Abgeordneter des Reichstags für die Deutsch-Freisinnigen Partei; Auf Vorschlag der Reichsregierung als Vertreter der Industrie in die 2. Kommission gewählt; vgl. *Jahnel* (Fn. 82), S. 98 f.

<sup>133</sup> *Ernst Leuschner* (1826-1898); Abgeordneter des Reichstags für die Reichspartei; Oberberg- und Hüttdirektor der Mansfelder Gewerkschaft in Eisleben; vgl. *Jahnel* (Fn. 82), S. 103.

<sup>118</sup> Die Bezeichnung des E I als „kleiner Windscheid“ stammte von *Bähr*, Gegenentwurf zu dem Entwurfe eines bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich, 1892, S. 7.

<sup>119</sup> *Zitelmann*, in: *Bekker/Fischer*, (Hrsg.), Beiträge zur Erläuterung und Beurteilung des Entwurfes eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich, Hefte 8-10 (1888, Neudr. 1974).

<sup>120</sup> Vgl. *Schubert* (Fn. 79), S. 38 f.

<sup>121</sup> Eine umfassende Zusammenstellung findet sich bei *Maas*, ABR 16 (1899), 1-388, sowie beim *Reichsjustizamt* (Fn. 106).

<sup>122</sup> Diese Vorkommission ist lange Zeit unbekannt gewesen und auch heute sind viele Details unklar; zum Stand der Forschung: *Schulte-Nölke*, Das Reichsjustizamt und die Entstehung des Bürgerlichen Gesetzbuchs, 1995, S. 169-187; *Schubert* (Fn. 39), S. 54.

<sup>123</sup> Hierzu insbesondere *Schulte-Nölke* (Fn. 122), S. 164 f.

Berliner Discontogesellschaft *Emil Russel*<sup>134</sup>. Dennoch blieben weiterhin die Juristen in der Mehrheit, zumal auch vereinzelte Vertreter der Berufsstände eine juristische Ausbildung genossen hatten. Die Bearbeitung der fünf Bücher oblag fünf ständigen Mitgliedern (sog. Spezialreferenten), die allesamt erfahrene Juristen waren und deren Aufgabe es war, durch ein Eingangsreferat zusammen mit dem Generalreferenten die Sitzungen der Kommission einzuleiten und auf Grundlage der Diskussion den Entwurf umzuarbeiten. Im Einzelnen übernahm die Bearbeitung des Allgemeinen Teils wiederum *Gebhard*, der die Stelle bereits in der 1. Kommission inne hatte, das Schuldrecht wurde *Jacubezky*, das Sachenrecht dem späteren Staatssekretär des Reichsjustizamts *Küntzel* übertragen, Familien- und Erbrecht unterlagen den Mitgliedern der 1. Kommission *von Mandry* und *von Rüger*.

Die Sitzungen der 2. Kommission fanden erst vom 1. April 1890 bis zum 8. Februar 1896 statt. Anders als bei der Arbeit der 1. Kommission und den Beratungen der Vorkommission im Reichsjustizamt war man bei den Beratungen der 2. Kommission um eine größtmögliche Transparenz bemüht, so dass die Ergebnisse der Sitzungen regelmäßig wöchentlich veröffentlicht wurden. Ebenso wurden die beratenen Entwurfsteile unmittelbar mit der Fertigstellung in den Jahren 1891 bis 1895 veröffentlicht. Jedoch kam den publizierten Protokollen nicht die gleiche Aufmerksamkeit zu, wie noch den Motiven des 1. Entwurfs.<sup>135</sup> Dieses mangelnde Interesse in der Öffentlichkeit mag nicht zuletzt daran liegen, dass die 2. Kommission ihre Aufgabe von Anfang primär als Revisionsarbeit auffasste und keine prinzipiellen Veränderungen vornehmen wollte.<sup>136</sup> Inhaltlich basierte der aus den Beratungen resultierende 2. Entwurf also weitgehend auf dem 1. Entwurf. Eine umfassende inhaltliche Neugestaltung erfolgte durch die 2. Kommission nicht. Der Gesetzesentwurf enthielt lediglich einige sprachliche Verbesserungen und eine Neugliederung innerhalb der fünf Bücher. Inhaltliche Veränderungen wurden anhand der Einzelkritiken aus Wissenschaft und Praxis in nur sehr geringem Umfang vorgenommen. Zu einer gewissen Anzahl inhaltlicher Veränderungen kam es dagegen in der Redaktionskommission<sup>137</sup>, die zur Entlastung der Arbeit der 2. Kommission eingesetzt wurde. Der Vorsitz oblag dem Direktor des Reichsjustizamts *Hanauer*. Im Übrigen war die Kommission zusammengesetzt aus dem Vorsitzenden der Gesamtkommission, dem Generalreferenten *Planck* sowie dem jeweiligen Spezialreferenten. Obwohl ihre eigentliche Aufgabe rein redaktionell, d.h. auf die Anpassung sprachlicher Unebenheiten gerichtet war, kam es auch zu einigen inhaltlichen Veränderungen im revidierten 2. Entwurfs (rev. E II), der die Bundesratsvorlage bildete.<sup>138</sup>

#### 5. Die Beratungen in Bundes- und Reichstag und Verabschiedung des BGB

Schon am 24. Oktober 1895 beriet das Plenum des Bundesrates den 2. Entwurf, um ihn unmittelbar dem Justizausschuss zuzuleiten. Unter Beteiligung der Ländervertreter sowie den Mitgliedern der 2. Kommission als *Kommissare des Reichskanzlers* entstand eine redigierte Fassung (3. Entwurf, E III), die am 17. Januar 1896 durch den Reichskanzler persönlich dem Reichstag vorgelegt wurde. Nach seiner ersten Lesung leitete er diese an die sog. *XII. Reichstags-Kommission* weiter, die aber keine weitgehenden Veränderungen vorgenommen hat. Vom 19. bis 27. Juni 1896 fand die zweite Lesung im Reichstag statt, wo der Entwurf mit großer Mehrheit, nur gegen die Stimmen der Sozialdemokraten angenommen wurde. Am 18. Januar 1896 wurde das Gesetz durch Kaiser *Wilhelm II.* unterzeichnet und am 24. August 1896 im Reichsgesetzblatt veröffentlicht.<sup>139</sup> In Kraft getreten ist das Bürgerliche Gesetzbuch für das Deutsche Reich am 1. Januar 1900.

<sup>134</sup> *Emil Russel* (1835-1927); vgl. *Jahnel* (Fn. 82), S. 105 f.

<sup>135</sup> *Schubert* (Fn. 39), S. 51

<sup>136</sup> *Schubert* (Fn. 39), S. 49.

<sup>137</sup> Zu deren Bedeutung vgl. *Finkenauer* (Fn. 79), S. 73-80.

<sup>138</sup> Vgl. hierzu *Finkenauer* (Fn. 79), S. 77 f. m.w.N.

<sup>139</sup> RGBI. 1896, S. 195 ff.