

Hans-Peter Haferkamp

# Der unabhängige Richter und der Schutz bürgerlicher Freiheit im 19. Jahrhundert\*

- I Einführung
- II Der Gelehrte auf dem Richterthron
- III Der politische und der dogmatische Richter
- IV Versöhnung mit dem Staat nach 1871

## I Einführung

„Um des Rechts willen und um sich dieses zu sichern begibt der Mensch sich in den Staat. Es ist daher ganz natürlich, daß er die Justiz für sein sicherstes Palladium hält.“<sup>1</sup>

Noch ganz in kontraktualistischer Manier skizzierte *Ludwig Minnigerode* 1835 den Ausgangspunkt meines Themas. Mit der um 1780 aufkommenden Trennung zwischen Staat und Gesellschaft, zwischen Öffentlichem Recht und Privatrecht,<sup>2</sup> wurde die Herrschaft des Gesetzes zum Schutzkonzept der bürgerlichen Gesellschaft und die Justiz zu ihrem Palladium. Die Justiz sollte durch *Unabhängigkeit* vor monarchischem Machtspruch und Kabinettsjustiz geschützt werden und zugleich durch *Abhängigkeit* vom Gesetz dessen Garant sein. Wie stand es nun um diese richterliche Unabhängigkeit im 19. Jahrhundert? Und welche Bedeutung hatte sie für mein Thema, die bürgerliche Freiheit?

Nähert man sich diesem Feld, steht man zunächst vor ganzen Bibliotheken voller *literarischer Stellungnahmen* zur richterlichen Unabhängigkeit. *Dieter Simon* zählte 1975,<sup>3</sup> in einer Hochzeit der Justizkritik, 800 Veröffentlichungen zu diesem Fragenfeld und *Rainer Schröder* fand 1988 sogar nur für den Untersuchungszeitraum zwischen

---

\* Die Vortragsfassung wurde beibehalten. Auf einen umfangreichen Apparat wurde bewusst verzichtet. Zahlreiche Hinweise auf eigene Arbeiten dienen auch dazu, die dort jeweils zusammengetragene Literatur einzubinden.

**1** LUDWIG MINNIGERODE, Beitrag zur Beantwortung der Frage: Was ist Justiz- und was ist Administrativ-Sache?, 1835, S. 49 f., dazu bereits bei DIETER SIMON, Die Unabhängigkeit des Richters, 1975, S. 3, 5.

**2** Vgl. nur: JAN SCHRÖDER, Privatrecht und öffentliches Recht. Zur Entwicklung der modernen Rechtssystematik in der Naturrechtslehre des 18. Jahrhunderts, in: Hermann Lange/Knut Wolfgang Nörr/Harm Peter Westermann (Hrsg.), Festschrift für Joachim Gernhuber zum 70. Geburtstag, 1993, S. 961; PIO CARONI, „Privatrecht“. Eine sozialhistorische Einführung, 1988, S. 101; JOACHIM RÜCKERT, Das BGB und seine Prinzipien, in: Mathias Schmoeckel/Joachim Rückert/Reinhard Zimmermann (Hrsg.), Historisch-kritischer Kommentar zum BGB, 2003, Rn. 79 ff.

**3** SIMON (Anm. 1), S. IX.

1880 und 1914 ebenfalls 800 Titel, die das Verhältnis des Richters zum Gesetz thematisierten.<sup>4</sup>

Noch schwieriger wird es, wenn man Aussagen über die *Wirklichkeit* der richterlichen Unabhängigkeit treffen will. Diese bestimmte sich im 19. Jahrhundert kaum über Verfassungsartikel oder über § 1 GVG. Entscheidend für die Realität richterlicher Unabhängigkeit waren Fragen wie das in Preußen unbezahlte Referendariat, das Disziplinarrecht, das Gerichtsorganisationsrecht, die Urlaubsregelung, die etwa über eine Mitarbeit in Parlamenten entschied, das Ämterbesetzungsrecht, das Beförderungrecht, die Frage der Besoldung, die Pension, zudem Dienstaufsicht und Personalbeurteilung.<sup>5</sup> Unweigerlich landet man bei solchen Fragen zwischen 1806 und 1871 in vielen territorialen Besonderheiten des Deutschen Bundes und verliert sich in Sonderlagen.

Ebenso kaum möglich ist es, anhand konkreter Rechtsprechung Unabhängigkeitswirklichkeiten zu analysieren. Die wenigen Machtsprüche des 19. Jahrhunderts<sup>6</sup> taugen kaum als Gradmesser. Man müsste vielmehr Urteile darauf befragen, ob hier der unabhängige oder der abhängige Richter judizierte. Damit geriete man in den Sumpf der Methodendebatten darüber, was Rechtsanwendung von Rechtsfortbildung eigentlich unterscheidet. Zudem müsste man Entscheidungssituationen komplex rekonstruieren, was angesichts der bisher äußerst rudimentären Erkenntnisse über die richterliche Entscheidungswirklichkeit<sup>7</sup> im 19. Jahrhundert nicht irgendwie aussagekräftig leistbar ist.

Ich habe mich daher dazu entschlossen, mich dem Thema sozusagen über die Hintertreppe zu nähern. Im Zentrum meiner Überlegungen wird die Juristenausbildung im Privatrecht, also im Signalgebiet bürgerlicher Freiheit stehen.<sup>8</sup> In privatrechtlichen Ausbildungsprogrammen wurden Richterleitbilder verwirklicht. Hier versuchte man die Richter zu produzieren, die man sich erhoffte.

Diese Perspektive taugt deshalb für übergreifende Aussagen, weil spätestens um 1850 im Deutschen Bund eine weitgehend angegliche universitäre Juristenausbil-

<sup>4</sup> RAINER SCHRÖDER, Die Entwicklung des Kartellrechts und des kollektiven Arbeitsrechts durch die Rechtsprechung des Reichsgerichts vor 1914, 1988, S. 487, Anm. 1.

<sup>5</sup> So das Untersuchungsprogramm von THOMAS ORMOND, Richterwürde und Regierungstreue. Dienstrecht, politische Betätigung und Disziplinierung der Richter in Preußen, Baden und Hessen 1866–1918, 1994.

<sup>6</sup> Vgl. Zusammenstellung bei WILHELM WALLMANN, Einflußnahmen der Exekutive auf die Justiz im 19. Jahrhundert, 1968, S. 128 ff.

<sup>7</sup> Dies liegt für den Vormärz überwiegend an der schlechten Überlieferungslage. Seltene Ausnahmen bieten etwa FRANK THEISEN, Zwischen Machtspruch und Unabhängigkeit. Kurhessische Rechtsprechung von 1821–1848, 1997, S. 208 ff.; BJÖRN CZESCHICK, Das Landgericht und Stadtgericht Büren 1815–1849, 2018; KATALIN POLGAR, Das Oberappellationsgericht der vier freien Städte Deutschlands (1820–1879) und seine Richterpersönlichkeiten, 2006, S. 85 ff.; PETER OESTMANN, Zur Gerichtspraxis im 19. Jahrhundert. Ein Schmuggeleiprozess am Oberappellationsgericht Lübeck, 2019.

<sup>8</sup> Ich kann dabei auf meine Untersuchungen zur Juristenausbildung zurückgreifen, HANS-PETER HA-FERKAMP, Die Historische Rechtsschule, 2018, S. 31 ff.

derung im Privatrecht bestand, also eine Einheitlichkeit gegeben war, die bei anderen Perspektiven an den vielen territorialen Besonderheiten scheitert. Entscheidend hierfür war, dass sich von Göttingen ausgehend das Konzept der akademischen Freiheit weitgehend durchsetzte.<sup>9</sup> Künftige Richter des Privatrechts wurden daher durch Lehrer des Privatrechts erzogen, die über den Ausbildungsinhalt weitgehend frei entschieden, nur locker eingerahmt von territorialen Ausbildungsvorgaben. Das betraf freilich nur einen Teil der Richterausbildung. Ausgeblendet werden die in den Gebieten mit zweistufiger Juristenausbildung sehr unterschiedlichen nachuniversitären Ausbildungsstufen, also etwa in Preußen Auskulatur und Referendariat, in Bayern, Hessen und Württemberg der im Einzelnen unterschiedliche dreijährige praktische Vorbereitungsdiens.<sup>10</sup> Jedenfalls für die Territorien mit zweistufiger Ausbildung blieb die hier interessierende Sozialisationswirkung der Universität daher begrenzt. Man kann also nicht einfach von der Universität auf die Richter schließen. Gleichwohl: Die universitäre Ausbildung war jedenfalls der Ort, wo die Justiz auch vor 1871 gemeinsame Prägungen erhielt. Bei allen denkbaren Sonderlagen im einzelnen Fall kann man also annehmen, dass zwischen dem Denken und dem Selbstverständnis der Justiz und dem Konzept der Juristenausbildung enge Beziehungen bestanden. Was für einem Richterleitbild strebten die Universitäten also nach?

Befragt man hierzu nochmals *Ludwig Minnigerode*, so erhält man ein altbekanntes Bild. Weil Unabhängigkeit gegenüber der Exekutive eine Abhängigkeit gegenüber der Legislative implizierte, lag es nahe, den Richter als streng an das Gesetz gebunden zu konzipieren und so folgerte *Minnigerode* für den Schutz der bürgerlichen Freiheit „die notwendige Bestimmung des Richters, daß er nur das ausspreche, was sich [...] in Beziehung auf das Gesetz, als notwendige Folge ergibt.“<sup>11</sup>

Dieses Bild des *bouche de la loi* bedient eine alte Geschichte. Lange Zeit wurden die Jahre um 1800 als Zeit großer Illusionen geschildert. *Minnigerodes* anklingende Vorstellung, das richterliche Urteil sei eine logisch-formale Operation, bei der subjektive Einstellungen des Richters keinerlei Einfluss hätten,<sup>12</sup> galt als ebenso zeittypisch wie die gleichermaßen illusionäre Ansicht, es sei möglich, eine lückenlose Rechtsordnung zu entwickeln, die dem Richter auf jede Frage Antworten bereitstellen würde.<sup>13</sup> Erst um 1880 oder gar erst mit dem sogenannten Freirecht habe man, so das ältere Bild, entdeckt, dass die Alternative „gebunden vs. frei“ so gar nicht besteht, dass

<sup>9</sup> RUDOLF STICHWEH, Akademische Freiheit, Professionalisierung der Hochschullehre und Politik, in: DERS., Wissenschaft, Universität, Professionen. Soziologische Analysen, Neuauf. 2013, S. 295 ff.

<sup>10</sup> Vgl. nur überblicksartig PETER KRAUSE, Geschichte der Justiz – und Verwaltungsausbildung in Preußen und Deutschland, in: Christian Baldus (Hrsg.), Juristenausbildung in Europa zwischen Tradition und Reform, 2008, S. 95 ff.

<sup>11</sup> MINNIGERODE (Anm. 1), S. 52.

<sup>12</sup> So etwa SIMON (Anm. 1), S. 5.

<sup>13</sup> Vgl. beispielhaft FRANZ WIEACKER, Privatrechtsgeschichte der Neuzeit unter besonderer Berücksichtigung der deutschen Entwicklung, 2. Aufl. 1967, S. 333 („Anmaßung des Gesetzgebers, alle erdenklichen Verhältnisse ein für allemal vorregeln zu können“).

richterliche Tätigkeit immer auch wertend und damit politisch ist, so dass sich die Vorstellung der strengen Gesetzesbindung als undurchführbar erweist.<sup>14</sup>

Wir wissen heute, dass diese oft erzählte Geschichte einer verlorenen Unschuld wenig glaubwürdig ist. *Regina Ogorek* hat bereits vor mehr als dreißig Jahren gezeigt, dass schon um 1800 ein Wissen um die Vorverständnisabhängigkeit richterlicher Entscheidungen bestand.<sup>15</sup> Auch die Lückenanfälligkeit jeder Rechtsetzung war, wie zuletzt *Bernd Mertens*<sup>16</sup> nachgewiesen hat, in der Gesetzgebungstheorie des 18. und 19. Jahrhunderts durchweg selbstverständlich. Eine letztlich unglaublich naive Herrschaft des „Subsumtionsautomaten“ in Methodenlehre und Gesetzgebungstheorie um 1800 ist also eine legitimierende Rückschauverzerrung des antipositivistischen 20. Jahrhunderts.<sup>17</sup> Damit ist es wieder interessant, die Toten zum Sprechen zu bringen, da sich nicht nur naive Erörterungen erwarten lassen. Jenseits der schlichten Antithese Bindung versus Freiheit des Richters konnte man bereits um 1800 differenziert über das Maß relativer Bindung diskutieren. Wollte man also den Gesetzgeber und den Richter möglichst zu einer Wertungseinheit verschmelzen oder wollte man im Richter eine relativ eigenständige zweite Schutzwehr gegen den Staat?

## II Der Gelehrte auf dem Richterthron

1789 nahm der junge *Gustav Hugo* zu den Plänen eines Allgemeinen Landrechts für die Preußischen Staaten (ALR) Stellung. Den zeitgenössischen Hoffnungen, durch eine Kodifikation dem Ideal eines auf allgemeinen Prinzipien beruhenden Naturrechts nahe zu kommen, konnte *Hugo* schon deshalb wenig abgewinnen, weil der begeisterte Leser der *Kritik der reinen Vernunft* an die Erkennbarkeit eines allgemein-

<sup>14</sup> Vgl. meine Nachzeichnung dieser Bilder in HANS-PETER HAFERKAMP, Georg Friedrich Puchta und die ‚Begriffsjurisprudenz‘, 2004, S. 46 ff., 78 ff.

<sup>15</sup> REGINA OGOREK, *Richterkönig oder Subsumtionsautomat*, 1986, S. 60.

<sup>16</sup> BERND MERTENS, *Gesetzgebungskunst im Zeitalter der Kodifikationen*, 2004, S. 326 ff.; übergreifend zum Problem, JAN SCHRÖDER, Art. Lücke im Gesetz. Lücke im Recht, in: Albrecht Cordes/Hans-Peter Haferkamp/Heiner Lück/Dieter Werkmüller/Christa Bertelsmeier-Kierst (Hrsg.), *Handwörterbuch zur deutschen Rechtsgeschichte*, Bd. III, 2. Aufl. 2016, Sp. 1079–1083.

<sup>17</sup> Zu diesen Bildern HANS-PETER HAFERKAMP, *Positivismen als Ordnungsbegriffe einer Privatrechtsgeschichte des 19. Jahrhunderts*, in: Okko Behrends/Eva Schumann (Hrsg.), *Franz Wieacker. Historiker des modernen Privatrechts*, 2010, S. 181 ff.; DERS., Art. Positivismus, in: Albrecht Cordes/Hans-Peter Haferkamp/Heiner Lück/Dieter Werkmüller/Christa Bertelsmeier-Kierst (Hrsg.), *Handwörterbuch zur deutschen Rechtsgeschichte*, 2. Aufl., 27. Lieferung 2018, Sp. 688–693. Zusammenstellung historischer Zitate, allerdings ohne genaue Erarbeitung des Kontextes, bei CLARA GÜNZL, *Subsumtionsautomaten und -maschinen. Rechtshistorische Anmerkungen zu einem beliebten Vorwurf*, JZ 2019, S. 180 ff.

gültigen Naturrechts nicht glaubte.<sup>18</sup> *Hugo* sah in durchkomponierten Gesetzen zu diesem Zeitpunkt eher eine Gefahr:

Aber der große Nachtheil besteht darin, daß, wenn das Uebel die Sanction eines Gesetzes erhalten hat, es nicht mehr so leicht zu heben ist, als jetzt, wo vielleicht noch Alles durch eine verbesserte Studierart auf Universitäten, in zwanzig Jahren, sich allmählich ändern kann.<sup>19</sup>

*Hugo* setzte an die Stelle des Gesetzes den wissenschaftlichen Juristen – und diesen wollte er über eine verbesserte Studierart ausbilden. Er war sich dabei durchaus mit den Verfechtern einer Kodifikation darüber einig, dass die bisherige Justiz den Bedürfnissen nicht genüge.<sup>20</sup> Die Klagen über die Qualität des Justizpersonals nahmen um 1800 zu. Noch immer hielt sich an Untergerichten die Praxis, Richterstellen zu verkaufen oder zu verleihen.<sup>21</sup> Selbst bei Obergerichten fand sich die Tendenz, Richterstellen quasi erblich in einer Familie weiterzugeben.<sup>22</sup> Die Folgen zeigten am Beispiel Bayerns die dort zwischen 1799 und 1803 durchgeführten fachlichen Prüfungen der Richterschaft, denen zwei Drittel aller bis dahin amtierenden Richter zum Opfer fielen.<sup>23</sup>

Entgegen späterer Legenden ging es beim Versuch des ALR, den Richter stärker an das Gesetz zu binden, nicht um den naiven Glauben, Lebenssachverhalte über Gesetze lückenlos und ohne richterliche Abschwächungen durchsteuern zu können. Hintergrund waren vielmehr konkrete justizielle Defizite und der Versuch, richterliche Willkür einzudämmen. Dies war gerade eine privatrechtliche Perspektive. Es war die Sorge um Rechtssicherheit, die *Carl Gottlieb Svarez* davon überzeugte, dass die Freiheit der Bürger stärker durch den Gesetzgeber als durch den Richter geschützt werden könnte. *Svarez* begründete das in § 6 Einl. ALR ausgesprochene Verbot von Richterrecht mit dem Schutz der bürgerlichen Freiheit vor „Unsicherheit des Eigenthums und der Rechte, in einem Lande, wo die Justiz nur nach Praejudicialis verwaltet“ werde.<sup>24</sup> Seine Warnung vor „den moralischen Grundsätzen, und den Leidenschaften des an keine feste Norm gebundenen Richters“<sup>25</sup> machten *Hugo* aber offenbar keine Angst. Er setzte ganz gegenteilig auf einen Richter, der auch nach „Billigkeit“ urteilen sollte.

**18** Hierzu JOACHIM RÜCKERT, »... daß dies nicht das Feld war, auf dem er seine Rosen pflücken konnte ...«? Gustav Hugos Beitrag zur juristisch-philosophischen Grundlagendiskussion nach 1789, in: Ralf Dreier (Hrsg.), Rechtspositivismus und Wertbezug des Rechts. Vorträge der Tagung der Deutschen Sektion der IVR, Göttingen 12.–14. Oktober 1988, 1990, S. 94 ff.

**19** GUSTAV HUGO, Rez. J. G. Schlosser. Briefe über die Gesetzgebung überhaupt und den Entwurf des preussischen Gesetzbuchs insbesondere, 1789, in: DERS., Beiträge zur civilistischen Bücherkenntniß der letzten vierzig Jahre, Bd. 1, 1828, S. 107, 115.

**20** Hierzu OGOREK (Anm. 15), S. 61 ff.

**21** ERICH DÖHRING, Geschichte der deutschen Rechtspflege seit 1500, 1953, S. 52 ff.

**22** DÖHRING (Anm. 21), S. 53.

**23** REINHARD WENDT, Die bayerische Konkursprüfung in der Montgelas-Zeit, 1984, S. 276 und passim.

**24** ANDREAS SCHWENNICKÉ, Die Entstehung der Einleitung des Preußischen Allgemeinen Landrechts von 1794, 1993, S. 128.

**25** SCHWENNICKÉ (Anm. 24), S. 128.

Dieser Billigkeit war im ganzen schönen römischen Rechte sehr Viel überlassen, und auch in diesem Punkte macht die simple historische Bemerkung es schon sehr wahrscheinlich, daß man nicht wohl thue, wenn man den Richter zu einer bloßen UrteilsMaschine machen will.<sup>26</sup>

*Hugo* gab dem Richter ganz erstaunlich große Freiheit, die er durch Gesetze gefährdet sah. Er lehnte sich dabei an Warnungen an, die *Johann Georg Schlosser* 1789 in seinen viel gelesenen Briefen über die Gesetzgebung verbreitet hatte. *Schlosser* hatte mit Blick auf den gebundenen Richter prognostiziert: „Der Bube, dem man immer vorsagt er wäre ein Dummkopf, wird endlich einer“.<sup>27</sup> Seine Befürchtungen schienen sich schnell zu bewahrheiten, als bereits 1797 das Kammergericht davor warnte, dass sich die Studenten nur noch „auf das Lesen, oder höchstens das Auswendiglernen der am meisten praktischen Titel des Allg. Landrechts“ beschränken würden.<sup>28</sup> 1809 bemängelte dann auch Großkanzler *Karl Friedrich von Beyme* in einem Brief an *Wilhelm von Humboldt*, die bisherigen Vorlesungen über das ALR in Königsberg, Halle und Frankfurt a. d. Oder<sup>29</sup> hätten „bey dem größten Theil der Studirendenschaft die ihrer Bequemlichkeit so sehr entsprechende Meinung erweckt, daß ihnen zur Ausfüllung ihres künftigen Berufs nichts weiter nöthig sey, als diejenige Kenntniß der Landesgesetze, die ihnen in diesen Lehrvorträgen mitgetheilt wird“.<sup>30</sup>

Die Sorge vor einem weiteren Niveauverlust der Justiz schien also nicht unbegründet. Damit stand zu befürchten, dass der Gesetzgeber durch nicht mitdenkende Richter absurde Ergebnisse zu verantworten hätte. *Hugo* hatte daher von Anfang an auf ein ganz anderes Ausbildungskonzept und damit einen ganz anderen Richter gesetzt. In seinem civilistischen Cursus entwickelte er 1789 ein Ausbildungsprogramm, bei dem Exegese und Kritik gelehrt wurden.<sup>31</sup> Er setzte auf methodische Fähigkeiten, nicht bloßes Anwendungswissen. *Hugo* hatte „bedeutende Ansprüche“

<sup>26</sup> HUGO (Anm. 19), S. 114.

<sup>27</sup> JOHANN GEORG SCHLOSSER, Briefe über die Gesetzgebung überhaupt und den Entwurf des Preussischen Gesetzbuchs insbesondere, 1789, S. 210.

<sup>28</sup> Rescript an das Cammer-Gericht, wie es künftig bey dem Examine der Rechts-Kandidaten gehalten werde soll vom 1. Januar 1797 (Verzeichniß derer in dem 1797sten Jahre ergangenen Edicte, Patente, Mandate, Rescripte und Haupt-Verordnungen etc. Nach der Zeitfolge, Berlin 1798, Sp. 905 ff.), abgedruckt als „Justizministerialrescript, die Gegenstände der Prüfung der zum juristischen Staatsdienst sich meldenden Kandidaten betreffend“ bei JOHANN FRIEDRICH WILHELM KOCH, Die Preußischen Universitäten. Eine Sammlung der Verordnungen welche die Verfassung und Verwaltung dieser Anstalten betreffen, Bd. 2, Abt. 1, 1840, S. 207.

<sup>29</sup> Zusammenstellung der dortigen Vorlesungen zum ALR bei MATTHIAS BÄUMER, Die Privatrechtskodifikation im juristischen Universitätsstudium, 2008, S. 25 ff.; zu den Versuchen ein „Jus commune borussicum“ zu etablieren CHRISTIAN WOLLSCHLÄGER, Praktische Theorie: Die Landrechtsvorlesung in Savignys wissenschaftlichem Programm, in: DERS. (Hrsg.), Friedrich Carl von Savigny. Landrechtsvorlesung 1924. Drei Nachschriften, 1. Hbd., 1994, S. XXX f.

<sup>30</sup> *Karl Friedrich von Beyme*, Brief an *Wilhelm von Humboldt* vom 29.8.1809, abgedruckt bei UWE BAKE, Die Entstehung des dualistischen Systems der Juristenausbildung in Preussen, 1971, S. 155 f.

<sup>31</sup> Hierzu HAFERKAMP (Anm. 8), S. 46 ff.

an einen Juristen: „Kopf, Fleiß, Vorkenntnisse [...] und eine veredelte Denkungsart“.<sup>32</sup> Das Studium bezwecke „Ausbildung des Gedächtnisses“, „Bildung des Geschmacks“, „Übung des Scharfsinns“ und der „Moralität“.<sup>33</sup> Hugo wollte einen Richter, der rechtliche Quellen kritisch, mit wissenschaftlichem Handwerkszeug, historischen und philosophischen Kenntnissen und einem klaren Blick für das Leben verarbeitet. Hugo legte damit den Grundstein für das neue juristische Studium des 19. Jahrhunderts. 1794 hatte sich mit *Christian-Gottlieb Haubold* eine erste zeitgenössische Leitfigur Hugos Zielen angeschlossen und 1802 trat *Friedrich Carl von Savigny* dem nun sogenannten Triumvirat bei, um einen neuen Juristentyp auszubilden.<sup>34</sup> Savigny nannte es noch 1834 seine „Lieblingsüberzeugung [...], daß aller Erfolg davon abhängt, den Richterstand in eine Lage zu bringen, in welcher er mit lebendigem Denken und nicht auf mechanische Weise sein Geschäft vollbringe, ihn also zu erziehen. Hätten wir das erreicht, so wäre alles gewonnen“.<sup>35</sup> Savigny hatte 1808 den Geltungsgrund des *Ius Commune* vom Alten Reich getrennt und auf ein gemeinsames deutsches Rechtsbewusstsein verlagert, dem *Georg Friedrich Puchta* später den Namen Volksgeist gab.<sup>36</sup> Für die Universitäten war dies interessant, weil es mit seiner Fiktion, das territoriale Recht entstamme einem gemeinsamen Unterbau, ein Ausbildungskonzept unterstützte, das ein gesamtdeutsches Publikum anzog.<sup>37</sup> In der Folge blieb das Römische Recht Ausbildungsschwerpunkt, von dem aus, wie etwa Savignys Landrechtsvorlesungen zeigten, die territorialen Kodifikationen interpretiert und kritisiert wurden.<sup>38</sup> Damit ging es nicht um traditionelle Gesetzesbindung. Schließlich war mit Blick auf das *Ius Commune* und das antike Recht rätselhaft, wo – so *Carl Friedrich Ferdinand Sintenis* – „denn der Gesetzgeber (für uns) sei, welchem die Rechtsgelehrten entge-

**32** GUSTAV HUGO, Lehrbuch eines civilistischen Cursus, Erster Band, welcher als allgemeine Einleitung die juristische Encyclopädie enthält, 8. Aufl. 1835, S. 58.

**33** GUSTAV HUGO, Lehrbuch eines civilistischen Cursus, Erster Band, Lehrbuch der juristischen Encyclopädie, 4. Aufl. 1811, S. 21.

**34** CHRISTIAN GOTTLIEB HAUBOLD (anonym), Rezension Hugo Institutionen (1789), Lehrbuch der Rechtsgeschichte (1790), Lehrbuch und Chrestomathie des classischen Pandektenrechts (1790), Encyclopädie (1792), Civilistisches Magazin 1 u. 2, 1790–1792, JALZ 1794, Nr. 278, Sp. 505 ff.; FRIEDRICH CARL VON SAVIGNY, Methodologie 1802, abgedruckt in: Friedrich Carl von Savigny, Vorlesungen über juristische Methodologie 1802–1842, hrsg. v. Aldo Mazzacane, 2. Aufl. 2004; klärend dann FRIEDRICH CARL VON SAVIGNY, Rezension Hugo, Lehrbuch der Geschichte des Römischen Rechts, 2. u. 3. Ausg. 1806, hier zitiert nach Wiederabdruck in: DERS., Vermischte Schriften, Bd. 5, 1850, ND 1981, S. 1 ff.; vgl. HAFERKAMP (Anm. 8), S. 51 ff.

**35** *Friedrich Carl von Savigny* an *Wilhelm von Gerlach* am 1.4.1834, in: Hans Liermann/Hans-Joachim Schoeps (Hrsg.), Materialien zur preußischen Ehereform im Vormärz. Nachrichten der Akademie der Wissenschaften in Göttingen aus dem Jahre 1961. Philologisch-Historische Klasse, 1961, S. 490.

**36** HAFERKAMP (Anm. 8), S. 68 ff.

**37** STEN GAGNÉR, Die Wissenschaft des gemeinen Rechts und der Codex Maximilianeus Bavaricus Civilis, in: Helmut Coing/Walter Wilhelm (Hrsg.), Wissenschaft und Kodifikation im 19. Jahrhundert, Bd. I, S. 15 ff.

**38** WOLLSCHLÄGER (Anm. 29), S. XLII ff.

gen Parthei machen?“<sup>39</sup> Indem die Richter an einem Recht ohne Gesetzgeber geschult wurden, das gar nicht in der modernen Form abstrakt-genereller Konditionalsätze formuliert war, stand auch methodisch die ganze Idee einer strengen Bindung an den Gesetzgeberwillen ganz am Rande der Ausbildung. Römische Quellen, deren Regeln erst herausexegiert werden mussten, nicht ein modernes Gesetz, waren Ausgangspunkt für wissenschaftliches Argumentieren.

Eine ganze Generation von Schülern *Savignys* und *Hugos* verbreitete dieses Ausbildungsmodell an den deutschen Universitäten.<sup>40</sup> *Moritz August von Bethmann-Hollweg* formulierte 1832 das Ziel, das bereits *Hugo* 1789 zu seinen Reformen veranlasst hatte:

Möchte durch die neue Belebung, welche die Rechtswissenschaft in unsern Tagen erfahren hat, mehr und mehr auch ein tüchtiger Stand praktischer Juristen gebildet werden, wahrlich! Es würde dann in unserm Vaterlande nicht bloß um die Anwendung des bürgerlichen Rechts wohl stehn, sie würden durch gründliche Kenntniß unsres einheimischen Rechts und unerschütterlichen Rechtssinn einen festen Damm bilden wider die Fluth von Sophismen, welche die ersten Grundlagen der bürgerlichen Ordnung zu zerstören droht.<sup>41</sup>

*Gründliche Kenntnis und unerschütterlicher Rechtssinn* waren also die Haupteigenschaften, mit denen man die bürgerliche Freiheit schützen wollte. Daraus ergab sich ein zweihändiges Erkenntnisverfahren, das man dem Richter mitgeben wollte. „Gründliche Kenntnis unsres einheimischen Rechts“ bezog sich keineswegs lediglich auf ein Kennen der Gesetze, sondern auf ein Verstehen. Schlagworte waren seit *Hugo*: Exegese, Geschichte und System.

Exegese trat seit *Hugo* an die Stelle abstrakter Hermeneutikregeln.<sup>42</sup> Als erster nahm *Hugo* methodische Veränderungen in der Göttinger Theologie auf und setzte an die Stelle der Vermittlung von Ergebnissen autoritativer Interpretation die eigene Interpretation des Studenten, die er durch gemeinsames Interpretieren antiker Texte vorführte und zugleich gemeinsam betrieb. Interpretieren lernte man ühend, nicht durch ein methodisches Reglement. Im gesamten 19. Jahrhundert wurde nun die Pandektenvorlesung der Ort, an dem man antike Texte interpretierte. Obwohl die Vorlesung als „Heutiges Römisches Recht“ ausgeflaggt war, wurden eine Fülle antiker Besonderheiten mitbehandelt, weil man glaubte, nur so die systematischen Zusammenhänge des römischen Rechts erklären zu können.

<sup>39</sup> CARL FRIEDRICH FERDINAND SINTENIS, *Das practische gemeine Civilrecht*, Bd. 1, 3. Aufl. 1868, S. 30 f., Anm. 20.

<sup>40</sup> Zusammenstellung der Hörer bei JOACHIM RÜCKERT u. FRANK L. SCHÄFER, *Repertorium der Vorlesungsquellen zu Friedrich Carl von Savigny*, 2016; Gruppenbildung bei HAFERKAMP (Anm. 8), S. 18 ff.

<sup>41</sup> MORITZ AUGUST VON BETHMANN-HOLLWEG, *Grundriß zu Vorlesungen über den gemeinen und Preußischen Civilprozeß*. Mit einer Vorrede zur Einleitung in die Civilpraxis, 1832, S. XLI.

<sup>42</sup> Hierzu HAFERKAMP (Anm. 8), S. 41 ff., 102 ff.



Das System,<sup>43</sup> der zweite Erkenntnisweg, diente der Rationalisierung des positiven Rechts, war also ein Teilaspekt guter Interpretation. Dabei ging es nicht um die Anwendung eines bestimmten Systems. Ohne dass über die Systemtypen oder auch über die Eigenstruktur des Rechts jemals Einigkeit erzielt worden wäre,<sup>44</sup> ging es immer darum, das positive Recht in den Quellen dadurch besser zu verstehen, dass man die Ergebnisse der Textinterpretation als einen Zusammenhang von Begriffen und Prinzipien zu erklären suchte und zugleich mit philosophischen Grundannahmen, also dem jeweiligen Rechtsbegriff, verknüpfte. Dem positiven Recht wurde ein Sinnzusammenhang unterstellt und nur Sätze, die sich als Besonderheiten diesen Zusammenhängen entzogen, sollten als Ausnahme, *ius singulare*, dem System äußerlich angegliedert werden. Die Vorstellung eines Gesamtsinnzusammenhangs wurde vor allem dem antiken Ideal unterstellt, indem viele Juristen in solchen systematischen Zusammenhängen gedacht hätten, obwohl es kaum zur abstrakten Ausformulierung eines solchen Systems gekommen war. Besonders *Savigny* betonte den Zauber eines solchen gemeinsamen Denkkzusammenhangs „fungibler Personen“.<sup>45</sup> Gerade der Blick auf die Antike machte aber auch klar, dass es nicht darum ging, feste Systemzusammenhänge einfach zu lernen, sondern in ihnen selbst zu argumentieren.

Geschichte, der dritte Zugang, unterstellte einen teleologischen Zusammenhang der Gegenwart mit der Vergangenheit, der jedenfalls im Umfeld *Savignys* offen christlich begründet wurde.<sup>46</sup> Das dazu notwendige historische Wissen stellte zumeist die Institutionen- oder die Rechtsgeschichtsvorlesung im ersten Semester bereit. *Savigny* führte in seinen Berliner Vorlesungen zum ALR vor,<sup>47</sup> was dies bedeutete: Das ALR wurde von ihm als Ergebnis einer langen Vorgeschichte vom antiken Recht zum *Ius Commune* und mit Berücksichtigung preußischer Besonderheiten interpretiert. Das ALR war sozusagen ein Durchgangspunkt einer langen Geschichte und nur so zu verstehen. Es ging also keineswegs um eine subjektive Auslegung im modernen Sinne, da auch der Gesetzgeberwille selbst als Durchgangspunkt verstanden wurde, also nicht einfach band.

Exegese, Geschichte und System waren Wege der Sinnermittlung. Feste Regeln dafür mochte man nicht geben.<sup>48</sup> In den Lehrbüchern und den Vorlesungen gab es kaum feste Regeln der Hermeneutik. Wie heute hatten also auch damals die meisten Richter nie eine Vorlesung über Methodenlehre gehört und waren trotzdem hermeneutisch geschult. Um Interpretation einzuüben, verbreiteten sich neben den exegetischen Übungen in der Pandektenvorlesung bald Fallübungen, bei denen nicht antike

---

**43** Hierzu HAFERKAMP (Anm. 8), S. 228 ff.

**44** Zu den Systemdebatten HAFERKAMP (Anm. 8), S. 228 ff.

**45** FRIEDRICH CARL VON SAVIGNY, *Vom Beruf unserer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft*, 1814, S. 157.

**46** HAFERKAMP (Anm. 8), S. 173 ff.

**47** Vgl. WOLLSCHLÄGER (Anm. 29); zu den Abgrenzungen zum antiken Verfahren HAFERKAMP (Anm. 8), S. 203 ff.

**48** Zum Folgenden HAFERKAMP (Anm. 8), S. 41 ff., 102 ff.

Texte, sondern Fälle diskutiert wurden. Interpretieren lernte man durch Interpretieren. Und genau deshalb konnte man es sich auch leisten, das geltende Recht, etwa die territorialen Kodifikationen, nur als Nebengebiet des Studiums zu betreiben. Wenn man wissenschaftliches Arbeiten gelernt hatte, konnte man diese Fähigkeit auf jeden Stoff anwenden und da es nie einfach nur feststehendes, sondern wissenschaftlich immer wieder neu zu durchdenkendes Wissen gab, konnte man auf starre Wissenskanones des geltenden Rechts verzichten. Vergleicht man den Text einer Kodifikation mit dem Pandektenlehrbuch *Bernhard Windscheids*, so zeigen die teilweise seitenlangen Fußnoten die Unterschiede. Es ging im Justizkonzept der Pandektenwissenschaft nicht darum, Ergebnisse festzuschreiben, sondern Recht als lebendigen Diskussionsprozess einer Juristenaristokratie zu ermöglichen. Daraus folgte, dass kaum ein Begriff, kaum ein Institut, kaum ein Prinzip frei von Diskussionen blieb.

Lag schon in diesen Vorgaben ein klares Bekenntnis zu einem selbstbewussten, eigenständig denkenden Richter, so erhöhte sich das diesem zugewiesene Vertrauen noch dadurch, dass *Bethmann-Hollweg* ein zweites Kriterium für justiziellen Freiheitsschutz benannte: unerschütterlichen Rechtssinn.<sup>49</sup> Sinn, nicht Wissen. Stets blieb ein Restbereich, in dem man dem Interpretieren eine Berufung auf das Rechtsgefühl gestattete, denn, so *Johann Christian Hasse* 1822, „ohne dieses Gefühl würde man bei aller Gelehrsamkeit doch nur ein mittelmäßiger oder schlechter Practiker bleiben, der sich immer an's Gesetzbuch erinnern müßte, ohne sein Gefühl gehörig um Rath fragen zu können. Der gute Practiker muß jedem Falle abzufühlen verstehen, wie er zu beurtheilen sei.“<sup>50</sup> Dieses Rechtsgefühl tauchte in verschiedenen Benennungen auf,<sup>51</sup> *Puchta* sprach, wie *Hugo*, von einem „natürlichen Gefühl der Billigkeit“, bisweilen wurden scheinempirische Wirklichkeitsargumente vorgeschoben, etwa „praktische Bedürfnisse“ oder die „Natur der Sache“, oft fiel der Ausdruck „Überzeugung“. Keineswegs verstieß es also gegen die wissenschaftlichen Regeln, wenn *Rudolf von Jhering* in seinem Plädoyer für eine culpa in contrahendo schlicht ausrief: „Wer fühlt nicht, daß es hier einer Schadensersatzklage bedarf?“<sup>52</sup> Freilich gerade hier zeigte sich das römische Verständnis der Interpretatio, das diese Romanisten einte. Es ging nicht um bloße Gerechtigkeitsappelle. Vielmehr war stets eine rationale Begründung mit dieser Berücksichtigung des Rechtsgefühls verbunden. *Puchta* beschrieb

<sup>49</sup> Auch zum Folgenden die Nachweise bei HAFERKAMP (Anm. 8), S. 197 ff.

<sup>50</sup> JOHANN CHRISTIAN HASSE, Institutionen, Nach seinem Vortrage geschrieben, Bonn im Wintersemester 1822/23 von *Ferdinand Joseph Esser*, Institut für Neuere Privatrechtsgeschichte der Universität zu Köln H I 142, S. 18.

<sup>51</sup> HANS-PETER HAFERKAMP, „Needs“ – Pandectists between Norm and Reality, in: Jean Louis Halperin/Michael Stolleis/Yasutomo Morigiwa (Hrsg.), *Interpretation of Law in the Age of Enlightenment*, 2011, S. 107 ff.

<sup>52</sup> RUDOLF VON JHERING, Culpa in contrahendo oder Schadensersatz bei nichtigen oder nicht zur Perfection gelangten Verträgen, in: *Jahrbücher für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts*, 1861, S. 1, 5; hierzu JOACHIM RÜCKERT, Der Geist des Rechts in Jherings „Geist“ und Jherings „Zweck“, Teil 1, Rg 5 (2004), S. 128 ff., Teil 2, Rg 6 (2005), S. 122 ff.

dies auch mit *Hugos* kongenialem Verständnis von Billigkeit: „Dem Richter muss die juristische Vernunft nicht niedriger stehen als das Gesetz“,<sup>53</sup> seine Tätigkeit müsse stets vom „Rechtssinn, der das Volk durchdringt“,<sup>54</sup> getragen sein. Die daher stets zu berücksichtigende richterliche Billigkeit sei freilich niemals „ein dunkles, subjektives Gefühl, sondern ein seiner Gründe sich bewusstes, dem Geist des fraglichen Rechtsinstituts entsprechendes Ermessen der individuellen Umstände“.<sup>55</sup>

Den Ausgleich zwischen der erwünschten Rechtssicherheit einerseits und der notwendigen Entwicklungsfähigkeit des Rechts andererseits suchte man nicht nur in der Interpretationslehre. Auch in der Rechtsquellenlehre wurde dieses Zusammenspiel zwischen Flexibilität und Stabilität, zwischen Freiheit und Notwendigkeit, ausbuchstabiert. Ort der Diskussion war die Frage, ob man traditionelle Geltungsregeln wie die *Communis opinio doctorum* oder den *Usus fori* zu Indizien für die Richtigkeit eines Satzes herabstufen durfte, um der wissenschaftlichen Überzeugung eine Abweichung zu gestatten.<sup>56</sup> *Puchta*, einer der Architekten dieses Konzepts, meinte:

Es entsteht eine Vermutung für die Wahrheit einer Ansicht, wenn sie von den bewährtesten Rechtsgelehrten übereinstimmend vorgetragen wird (*communis opinio*), und wenn sie sich auch in der Anwendung constant geltend gemacht hat (*usus fori*) und ein gewissenhafter Richter wird im Zweifel dabei stehen bleiben. Aber diese Vermuthung muß der Wahrheit weichen; sowie ein Richter sich von ihrer Unrichtigkeit überzeugt hat, würde er pflichtwidrig handeln, wollte er sie noch ferner anwenden, und hätte man sie Jahrhunderte für wahr gehalten, und seit Menschengedenken in den Gerichten befolgt.<sup>57</sup>

Dieses Zutrauen in einen Richter, der das Gesetz selbstbewusst und gestaltend zu überzeugenden Lösungen verarbeitete, durchzog das Denken der Pandektenlehrer. Das war ihre Antwort auf den Schutz der bürgerlichen Freiheit. *Savigny* meinte:

Findet sich einmal ein eigentlicher Gelehrter auf dem Richterstuhl, so soll diesem damit das Recht nicht abgesprochen werden, seine wohl begründete und geprüfte Überzeugung auch in der Rechtspflege geltend zu machen.<sup>58</sup>

*Johann Friedrich Martin Kierulff* betonte, dass Rechtsanwendung stets Koordination juristischer Sätze bedeute. Hier „mache sich die Subjectivität des Interpreten geltend, und Verschiedenheit der Auffassung ist unausweichlich. Es kommt nur darauf an, sich das Bewusstseyn gegenwärtig zu halten, daß selbstgewonnene Ueberzeugung

<sup>53</sup> GEORG FRIEDRICH PUCHTA, Vorlesungen über das heutige römische Recht. Aus dessen Nachlaß herausgegeben von Adolf August Friedrich Rudorff, Bd. 1, 1847, S. 18.

<sup>54</sup> GEORG FRIEDRICH PUCHTA, Einleitung in die Rechtswissenschaft und Geschichte des Rechts bey dem römischen Volk. *Cursus der Institutionen*, Bd. 1, 1841, S. 72.

<sup>55</sup> GEORG FRIEDRICH PUCHTA, *Pandekten*, 3. Aufl. 1845, S. 31.

<sup>56</sup> HAFERKAMP (Anm. 14), S. 141 ff.

<sup>57</sup> PUCHTA (Anm. 53), S. 40.

<sup>58</sup> FRIEDRICH CARL VON SAVIGNY, *System des heutigen Römischen Rechts*, Bd. 1, 1840, S. 89.

hier allein Werth hat, und mit einem bloßen Häufen von Citaten aus Quellen und Schriftstellern nichts gethan ist. Bei aller Divergenz wird sich begründetes Wissen gegenseitig respectiren“.<sup>59</sup> Alois Brinz betonte 1873, die Arbeit der Rechtsprechung bestehe zumeist nicht in bloßen Folgerungen aus feststehenden Sätzen, sondern darin, diese Sätze erst selbst zu entwickeln und eigenständig zu begründen und zudem vom Gesetzgeber nicht bedachte Fälle in dessen Sinne zu entscheiden,<sup>60</sup> wofür Windscheid 1884 die Wendung entwickelte, der Richter müsse nicht nur die Gedanken feststellen, die der Gesetzgeber gedacht hat, sondern auch die, die er habe denken wollen.<sup>61</sup>

Die Pandektenlehrer wussten dabei durchaus, wovon sie sprachen. Die meisten kannten die richterliche Tätigkeit aus ihrer eigenen Beschäftigung mit praktischen Rechtsfällen in den Spruchkollegien der Fakultäten. Viele wirkten jedoch noch direkter in die Rechtspraxis hinein. Als Richter an ordentlichen Gerichten prägten Professoren auf dem Richterstuhl zunehmend die Justiz. Savigny, Puchta, Eduard Schrader, Hasse, Georg Arnold Heise, Carl Georg von Wächter, Friedrich Bluhme, Friedrich Ludwig Keller, August Wilhelm Heffter, Gustav Ludwig Theodor Marezoll, Sigmund Wilhelm Zimmermann, Georg Christian Burchardi, der ältere Ludwig Wilhelm Anton Pernice und der jüngere Alfred Pernice, Ernst Adolph Theodor Laspeyres, Sintenis, Ernst Immanuel Bekker, Johannes Christiansen und sogar Jhering waren zumindest zeitweise an ordentlichen Gerichten im Haupt- oder Nebenamt tätig.<sup>62</sup> Von Professoren geprägte Gerichte entfalteten wissenschaftliche Vorbildwirkung, allen voran das Gericht der vier freien Städte in Lübeck unter Heise, Bluhme, Kierulff und Wächter.<sup>63</sup> Einfluss hatten auch die großen Gutachtenschlachten, in denen Professoren an Gerichtsverfahren teilnahmen. Genannt seien der Städelsche Erbfall in den 1820er Jahren<sup>64</sup> oder der Baseler Festungsstreit von 1862.<sup>65</sup> Die Pandektenwissenschaft prägte die deutsche Justiz durch Ausbildung und Vorbild.

<sup>59</sup> JOHANN FRIEDRICH MARTIN KIERULFF, *Theorie des Gemeinen Civilrechts*, Bd. 1, 1839, S. XXVII.

<sup>60</sup> ALOIS BRINZ, *Lehrbuch der Pandekten*, Bd. 1, 2. Aufl. 1873, S. 126 f.

<sup>61</sup> BERNHARD WINDSCHEID, *Die Aufgaben der Rechtswissenschaft*, 1884, in: Paul Oertmann (Hrsg.), *Bernhard Windscheid. Gesammelte Reden und Abhandlungen*, 1904, S. 110 f.

<sup>62</sup> Zusammenstellung mit Nachweisen bei HAFERKAMP (Anm. 8), S. 280; ergänzend DERS., *Pandektistik und Gerichtspraxis*, *Quaderni Fiorentini* 40 (2011), S. 177 ff.

<sup>63</sup> POLGAR (Anm. 7), S. 166 ff., S. 234 ff.

<sup>64</sup> ULRICH FALK, *Ein Gelehrter wie Windscheid. Erkundungen auf den Feldern der sogenannten Begriffsjurisprudenz*, 1989, S. 77 ff.; HANS KIEFNER, *Das städelsche Kunstinstitut. Zugleich zu C. F. Mühlens Beurteilung eines berühmten Rechtsfalles*, *Quaderni Fiorentini* 11/12 (1982), S. 339 ff.; RYUICHI NODA, *Zum Städelschen Beerbungsfalle*, *ZRG GA* 133 (2016), S. 365 ff.

<sup>65</sup> Hierzu WERNER SÜSS, *Heinrich Dernburg – Ein Spätpandektist im Kaiserreich*, 1991, S. 88 ff.

### III Der politische und der dogmatische Richter

Das von den Universitäten her geprägte Bild des starken, wissenschaftlichen Richters war also methodisch und im bevorzugten Stoff, dem *Ius Commune*, eine Absage an überzogene Erwartungen an Gesetzesbindung. Es war freilich kein Plädoyer für den offen politischen Richter, der sich dazu bekannte, politisch Partei zu sein. Die liberalen Richter, welche die bürgerliche Freiheit in Landtagen, Ständeversammlungen und den Nationalversammlungen in Frankfurt und Berlin so vehement verteidigten,<sup>66</sup> lassen sich sicher nicht einfach auf universitäre Prägungen zurückführen. Den Richter, der die bürgerliche Freiheit direkt politisch verteidigte, propagierte man hier nicht, auch wenn viele Professoren ebenfalls oft politisch, vielfach auch im liberalen Lager, aktiv waren. Sucht man nach dem Bereich der fachwissenschaftlichen Ausbildung, in dem man die Autonomie des Privatrechts gegen den Staat thematisierte, so findet man dies vor allem im gegängelten Vormärz weniger in offen politischen Forderungen nach einer Autonomie des Privatrechts als in dem beständigen Verlangen, das positive Recht insgesamt und auch die vertretenen Lösungen zu rationalisieren, mithin zu versuchen, das Recht als System zu begreifen. Auf den ersten Blick war die Forderung nach System schlichte Folge des zeitgenössischen Wissenschaftsparadigmas. In der idealistischen Philosophie, an der sich die Rechtswissenschaft jedenfalls bis etwa 1850 orientierte – sei es bei *Kant*, *Fichte*, *Hegel* oder *Schelling* –, bestand Einigkeit darüber, dass wissenschaftliches Begreifen System bedeutete.<sup>67</sup> Auch die Naturwissenschaftsannäherungen etwa in den Allgemeinen Rechtslehren nach 1850 hielten am System als Wissenschaftserfordernis fest.<sup>68</sup>

Es ging aber auch um Politik. In doppelter Hinsicht wurde System auch zugunsten der Trennung zwischen Staat und Gesellschaft propagiert. Zunächst betonte es die nationale, also überterritoriale Einheit des Privatrechts. System war die traditionelle wissenschaftliche Technik, um Unterschiede zu harmonisieren. Der Pandektenvorlesung gelang es nach 1806, sich gegen die Konkurrenz von Naturrechtslehren, dem Deutschen Privatrecht und dem Allgemeinen Staatsrecht zu behaupten und der Ort zu sein, wo sich das gemeinsame nationale Recht als fortlebend präsentierte, obwohl mit dem Alten Reich der Staatsunterbau weggebrochen war.<sup>69</sup> Im

<sup>66</sup> Überblick bei ORMOND (Anm. 5), S. 15 ff.

<sup>67</sup> Das muss hier kaum nachgewiesen werden, zur Philosophiegeschichte MANFRED FRANK, ›Unendliche Annäherung‹. Die Anfänge der philosophischen Frühromantik, 1997; zum Aufstieg von System als Ausdruck von Rechtswissenschaft JAN SCHRÖDER, Wissenschaftstheorie und Lehre der „praktischen Jurisprudenz“, 1979.

<sup>68</sup> Vgl. nur ANDREAS FUNKE, Allgemeine Rechtslehre als juristische Strukturtheorie, 2004; zu den Übergängen HANS-PETER HAFERKAMP, Neukantianismus und Rechtsnaturalismus, in: Marcel Senn/Dániel Puskás (Hrsg.), Rechtswissenschaft als Kulturwissenschaft? Kongress der Schweizerischen Vereinigung für Rechts- und Sozialphilosophie, 15. und 16. Juni 2007, Universität Zürich (= ARSP B 115), 2008, S. 105 ff.

<sup>69</sup> HAFERKAMP (Anm. 8), S. 92 ff.

Privatrecht versuchte man die nationale Einheit zu erhalten und hoffte, „wenn die nationale Einheit mächtig genug ist, wird es ihr [...] gelingen, die zufällige politische Trennung zu überwinden“.<sup>70</sup> Die Betonung des Gleichen im Ungleichen bestückte den Methodenkoffer, den man dem Richter mitgab. Hier legte man die Grundlagen für die rechtsvereinheitlichende Tendenz, welche die Judikatur schon vor 1871 auszeichnete<sup>71</sup> und die noch *Heinrich Eduard Pape* 1870 in seiner Ansprache zur Eröffnung des Bundesoberhandelsgerichts betonte.<sup>72</sup>

Hinzu kam aber noch ein zweiter politischer Grund, System als zentral für die Tätigkeit des Richters einzuschätzen. Dies machte *Puchta* in einem inzwischen oft zitierten Brief an den konservativ-klerikalen *Ludwig von Gerlach* deutlich:

Sie sind Staatsmann, ich bin Jurist. [...] Der Staatsmann hat nicht das Bedürfnis, das Recht von den übrigen Elementen und Seiten des geistigen Lebens zu unterscheiden [...] für ihn wird es das Sicherste sein, sein Netz weitausspannend lieber gleich das Recht mit dem Willen Gottes zu identifizieren. Er braucht dann nicht zu fürchten, daß ihm irgend etwas entgehe, worüber er seine Hand halten will [...]. Der Jurist dagegen hat das Interesse, nur von vorneherein den Begriff des Rechts streng und rein zu fassen und seine Übergänge in andere Gebiete als Modifikationen jenes Begriffs zu behandeln und damit zugleich in ihre erforderlichen Schranken einzuschließen. Dieses Interesse ist ein theoretisches – von ihrem Standpunkt aus ist ein Rechtssystem unmöglich –, und es ist ein praktisches, das Recht sicherzustellen, gegen die Staatskünstler, mögen sie in der Jakobinermütze oder in der Tiara auftreten.<sup>73</sup>

Die Dogmatik brandmarkte Sonderregelungen als begründungsbedürftige Ausnahme und zwang so den Entscheider, sei es der Gesetzgeber, sei es der Richter, zur rationalen Begründung – so das Konzept *Puchtas*. Leitete man noch dazu das Privatrecht von der Willensfreiheit des Subjekts ab, konnten idealiter politische Freiheitseingriffe als wissenschaftlich fehlerhaft gebrandmarkt werden. Der von *Christoph Schönberger* jüngst so genannte „German Approach“<sup>74</sup> mit seinem Versuch, Entscheidungen durch Dogmatik zu rationalisieren und zu stabilisieren, war die an den Universitäten gelehrte Antwort auf das Dilemma von richterlicher Freiheit und Bindung. Man schwächte die Bindung an konkrete Vorgaben des Gesetzgebers, indem man viel Frei-

<sup>70</sup> PUCHTA (Anm. 54), S. 27.

<sup>71</sup> WERNER SCHUBERT, *Die deutsche Gerichtsverfassung (1869–1877)*, 1981, S. 140 ff.; THOMAS HENNE, *Richterliche Rechtsharmonisierung – Startbedingungen, Methoden und Erfolge in Zeiten beginnender staatlicher Zentralisierung* analysiert am Beispiel des Oberhandelsgerichts, in: Andreas Thier/Guido Pfeifer/Philipp Grzimek (Hrsg.), *Kontinuitäten und Zäsuren in der Europäischen Rechtsgeschichte*, 1999, S. 335, 339 f.

<sup>72</sup> HEINRICH EDUARD PAPE, *Eröffnungsansprache*, abgedruckt in: ROHGE 1, hier nach 2. Aufl. 1873, S. 8 ff.

<sup>73</sup> *Georg Friedrich Puchta*, Brief an *Ludwig von Gerlach* vom 16.2.1844, in: Liermann/Schoeps (Anm. 35), S. 489 ff., 501; Verwendung dieses Briefs bereits bei FRANZ WIEACKER (Anm. 13), S. 402; JOACHIM BOHNERT, *Beiträge zu einer Biographie Georg Friedrich Puchtas*, ZRG GA 96 (1979), S. 229, 238; JOACHIM RÜCKERT, *Autonomie des Rechts in rechtshistorischer Perspektive*, 1988, S. 80.

<sup>74</sup> CHRISTOPH SCHÖNBERGER, *Der „German Approach“*, 2005.

raum bei der Rechtsanwendung gewährte. Zugleich stabilisierte man jedoch durch eine an einem liberalen Rechtsbegriff orientierte Dogmatik die Einbindung solcher Entscheidungen in einen rationalen Diskurs und sicherte so die Grundwertungen des Privatrechts gegen richterliche Willkür.

Bedeutung kam diesem Konzept auch dadurch zu, dass – nicht nur in Preußen – die Abgrenzung der Sphären zwischen Staat und Gesellschaft nicht primär zu einer Verfassungsfrage wurde.<sup>75</sup> Der Schutz der Privatautonomie durch Privatrecht wurde auch in den süddeutschen Verfassungen nicht über Grundrechte abgesichert. Anders als in Frankreich behielt im Deutschen Bund Privatrecht eine eigenständige Abwehrfunktion und noch dem Bürgerlichen Gesetzbuch kam 1900 insofern durchaus Verfassungersatz zu.<sup>76</sup> Dazu beigetragen hat sicherlich, dass der Verfassungsbruch 1837 in Hannover überzeugte Privatrechtler darin bestärkte, weiterhin nicht auf Verfassungen zu setzen, sondern auf die Justiz, um Privatautonomie zu schützen. Nach der Entlassung *Christoph Friedrich Dahlmanns* als einen der Göttinger Sieben schrieb *Puchta* an *Hugo*:

Unter uns gesagt, ich finde eine Art Nemesis darin, daß sich an Dahlmann seine Constitution rächt, bey der er auch von der Abneigung der neueren Politiker gegen die Juristen und die juristische Behandlung der Sache geleitet worden zu seyn scheint. Nun sieht man, was dabey heraus kommt, wenn man alles auf solche in die Luft gebauten Stände baut; [...]. Es ist merkwürdig, daß in dem ersten Band der Politik von Dahlmann, der doch schon die Grundlage der Staatsverfassung enthält, die Gerichte nicht vorkommen.<sup>77</sup>

*Friedrich Julius Stahl* meinte nach *Puchtas* Tod, *Puchta* habe „die öffentliche Freiheit überall lieber auf dem Wege der Rechtspflege als auf dem der ständischen Vertretung geschützt“ gesehen, ihm sei die Justiz „Surrogat der Verfassung“ gewesen.<sup>78</sup> Der Gelehrte auf dem Richterstuhl genoss für viele die Richterausbildung mitprägenden Pandektenwissenschaftler mehr Vertrauen als das Gesetz oder die Verfassung. Und ihr Konzept trug wohl den Sieg im Deutschen Bund davon. Die Versuche von *August Ludwig Reyscher*, *Georg Beseler* und anderen, neben oder sogar anstelle des gelehr-

<sup>75</sup> DIETER GRIMM, *Verfassung und Privatrecht im 19. Jahrhundert. Die Formationsphase*, 2017; JOACHIM RÜCKERT, *Verfassungen und Vertragsfreiheit*, in: Jean-Francois Kervégan/Heinz Mohnhaupt (Hrsg.), *Gesellschaftliche Freiheit und vertragliche Bindung in Rechtsgeschichte und Philosophie*, 1999, S. 165 ff.

<sup>76</sup> JOACHIM RÜCKERT, Vor § 1. Das BGB und seine Prinzipien: Aufgabe, Lösung, Erfolg, in: Mathias Schmoeckel/Joachim Rückert/Reinhard Zimmermann (Hrsg.), *Historisch-kritischer Kommentar zum BGB*, 2003, Rn. 31 ff.

<sup>77</sup> *Georg Friedrich Puchta*, Brief an *Gustav Hugo* vom 14.2.1839, in: Horst Heinrich Jakobs (Hrsg.), *Georg Friedrich Puchta. Briefe an Gustav Hugo*, 2009, S. 197, 198.

<sup>78</sup> FRIEDRICH JULIUS STAHL, *Zur Erinnerung an Georg Friedrich Puchta's Leben und Wirken*, in: Adolph August Friedrich Rudorff (Hrsg.), *Georg Friedrich Puchta's Kleine civilistische Schriften*, 1851, S. I–LII, XI.

ten Richters Volksrichter und Schöffen zu setzen,<sup>79</sup> die unmittelbar aus dem Leben heraus judizieren sollten, setzten sich bekanntlich nicht durch. Auch die Patrimonialgerichtsbarkeit starb langsam ab.<sup>80</sup> Der rechtswissenschaftlich geschulte, gegenüber dem Gesetz selbstbewusste, privatrechtsliberale und auf die nationale Einheit bedachte Richter prägte 1871, im Übergang zum Kaiserreich, die Justiz.

## IV Versöhnung mit dem Staat nach 1871

Nun, mit dem Erreichen des ersehnten Nationalstaates, waren freilich viele Prämissen des *Hugo-Savignyschen* Ausbildungsmodells in Frage gestellt. Bemerkenswert schnell rückten die Ideale der noch traditionell ablaufenden Universitätsausbildung nun in die Kritik. *Jhering*, der in Jugendjahren noch genauso wie *Puchta* gedacht hatte, sprach 1888 gegenüber *Otto von Bismarck* mit Bezug auf das Jahr 1871 von einem „Umschwung in meiner ganzen Anschauungsweise und Gesinnung“.<sup>81</sup> Er habe, so *Jhering*, als Student den Hannoverschen Verfassungsbruch und die Vertreibung der Göttinger Sieben miterlebt, danach schlechte Könige und Misswirtschaft. Erst Kaiser *Wilhelm* habe seinen Glauben in den Staat und die Monarchie geweckt. Er machte deutlich, dass diese politischen Wechsellagen unmittelbare Auswirkungen auf sein Wissenschaftskonzept hatten: „Gegenüber der öden Verherrlichung von Prinzipien und toten Formeln hoffe ich auf den Segen einer gewaltigen Persönlichkeit“. *Bismarck* als „Meister der Realpolitik“ habe ihm gezeigt, dass die frühere Richtung „über dem Blendwerk juristischer Konsequenz und abstrakter Prinzipien des Blicks für die realen Dinge verlustig gegangen“ sei. Was so klang, als habe man vor 1871 die Wirklichkeit schlicht naiv übersehen, war eine Hinwendung zu einer Realpolitik, die man nun nicht mehr fürchten zu müssen glaubte. *Jherings* 1884 publikumswirksam in „Scherz und Ernst“ vollzogener „Übergang von der formalistischen zur realistischen Methode“ spiegelte die schlichte Tatsache, dass sich *Jhering* dem Staat, den er zuvor durch juristische Dogmatik noch hatte abwehren wollen, in die Arme warf. Und es passte dazu, dass *Jhering* in „Scherz und Ernst“ eine Ausbildungsreform entwarf, die den Blick in die Rechtspraxis gegenüber der Dogmatikschulung in den Vordergrund

<sup>79</sup> RÜCKERT (Anm. 73), S. 65 f.

<sup>80</sup> SABINE WERTHMANN, Vom Ende der Patrimonialgerichtsbarkeit: Ein Beitrag zur deutschen Justizgeschichte des 19. Jahrhunderts, 1995.

<sup>81</sup> *Rudolf von Jhering*, Brief an den Fürsten *Bismarck* vom 15.9.1888, in: HELENE EHRENBERG, Rudolf von Jhering in Briefen an seine Freunde, 1913, S. 441 ff., 442 f.; hierzu ULRICH FALK, Von Dienern des Staates und anderen Richtern. Zum Selbstverständnis der deutschen Richterschaft im 19. Jahrhundert, in: André Gouron/Laurent Mayali/Antonio Padoa Schioppa/Dieter Simon (Hrsg.), Europäische und amerikanische Richterbilder, 1996, S. 251, 271 ff.



hob. Das Lehr- und Wissenschaftskonzept der Pandektenwissenschaft brach nun in wenigen Jahren zusammen.<sup>82</sup>

Nicht nur Dogmatik wurde plötzlich als weltfremd verspottet. Auch die anderen Hilfsmittel, die dem Richter an die Hand gegeben worden waren, fielen Stück für Stück. Der Volksgeist, vor 1871 Träger einer nationalen Einheit ohne Staat, wurde nun als bloße Mystik verlacht.<sup>83</sup> Die Geschichte als Träger einer teleologischen Mission fiel der Krise des Historismus zum Opfer und das römische Recht wurde zur bloßen Rechtsgeschichte degradiert.<sup>84</sup> Bereits 1885 stellte *Bekker* nüchtern fest: „Keine Wissenschaft ist so wenig populär wie die unsre“.<sup>85</sup> Die Rechtswissenschaft verlor den Glauben an die eigene Methode – und zwar keineswegs nur infolge des Aufstiegs des Neukantianismus,<sup>86</sup> sondern auch deswegen, weil man die staatliche Regelungsprärogative nicht mehr in Zweifel zog. Der Gesetzgeber wurde kurzzeitig zum Hoffnungsträger. Die unzähligen Meinungsstreitigkeiten im „Heutigen Römischen Recht“, die vor 1871 noch als Ausdruck einer lebendigen Rechtskultur gegolten hatten, wurden nun als Zeichen massiver Rechtsunsicherheit gedeutet, was etwa den Pandektenlehrer *Julius Baron* mit Blick auf das Bürgerschaftsrecht des Jahres 1874 dazu verleitete, den Ruf nach einer Zivilrechtskodifikation als einen „Angstschrei des bedrängten juristischen Gewissens“ zu bezeichnen.<sup>87</sup> Die nun folgende „innere Reichsgründung“<sup>88</sup> erfolgte juristisch vor allem durch den Gesetzgeber und die Verwaltung.

Mit dem Ende eines Vertrauens in den Gelehrten auf dem Richterthron trat die Justiz als politischer Akteur ins Rampenlicht. Die Fronten verschoben sich. Aus der Justiz als Partner der Gesellschaft gegen den Staat wurde die Justiz als innergesellschaftlicher Machtfaktor. Als *Max Weber* 1902 *Jherings* altes Diktum<sup>89</sup> von der Form als Zwillingschwester der Freiheit wieder aufnahm,<sup>90</sup> ging es bereits nicht mehr um das antiquierte Bild einer Privatrechtsautonomie gegen den Staat. Er thematisierte unter

**82** Zusammenstellung bei HAFERKAMP (Anm. 8), S. 315 ff.

**83** Zusammenstellung der Stellungnahmen bei HAFERKAMP (Anm. 8), S. 318 f.

**84** ANNETTE WITTKAU, *Historismus. Zur Geschichte des Begriffs und des Problems*, 2. Aufl. 1994; JOHANNES LIEBRECHT, *Fritz Kern und das gute alte Recht*, 2016, S. 41 ff., 51 ff.; zur Krise des römischen Rechts REINHARD ZIMMERMANN, *Roman Law, Contemporary Law, European Law*, 2000, S. 1 ff.

**85** ERNST IMMANUEL BEKKER, *Aus den Grenzmarken der geschichtlichen Rechtswissenschaft*, ZRG RA 6 (1885), S. 68, 84.

**86** Überblickartig über die Wirklichkeit-Wert-Probleme bei HERBERT SCHNÄDELBACH, *Philosophie in Deutschland 1831–1933*, 5. Aufl. 1994, S. 219 ff.

**87** JULIUS BARON, *Rez. Die Bürgerschaft des gemeinen Rechts. Eine civilistische Studie von H. Hasenbalg*, *KritVj* 16 (1874), S. 31, 32.

**88** MICHAEL STOLLEIS, „Innere Reichsgründung“ durch Rechtsvereinheitlichung 1866–1880, in: Christian Starck (Hrsg.), *Rechtsvereinheitlichung durch Gesetze – Bedingungen, Ziele, Methoden*, 1993, S. 15 ff.

**89** RUDOLPH JHERING, *Geist des römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung*, 2. Teil, 2. Abteilung, 1858, S. 497 f.

**90** MAX WEBER, *Rez. Lotmar, Philipp, Der Arbeitsvertrag. Nach dem Privatrecht des Deutschen Reiches*, *Brauns Archiv* 17 (1902), S. 723, 725.

dem altbekannten Label ganz andere, innergesellschaftliche Konflikte. *Weber* sagte voraus, dass eine politisch rechts stehende Justiz die interpretative Freiheit zulasten der Arbeiter verwenden würde, so dass deren Ruf nach einer Materialisierung gerade die Haltepunkte beseitige, die ihnen Schutz vor der Justiz boten. *Weber* warnt vor Richtern, nicht vor dem Staat. Dabei unterstützte er natürlich nicht einfach *Karl Liebknechts* „Klassenjustiz“<sup>91</sup>, sondern machte deutlich, dass die Justiz im Kaiserreich ihre Aufgabe als Schutzmacht der Bürger gegen den Staat aufgab. Die oft diskutierte<sup>92</sup> „Entliberalisierung“ der deutschen Justiz nach 1866, von *Friedrich Karl Kübler* als „Metamorphose liberaler Honoratioren in Reserveoffiziere“<sup>93</sup> bezeichnet, machte aus Staat, Bürgertum und Justiz eine diffuse Einheit, in der die Justiz ihre Aufgabe als Palladium der bürgerlichen Freiheit verlor. Die beiden großen Justizkrisen vor 1914,<sup>94</sup> in der die bis heute wirksamen Methodenschlagworte wie Freirecht, Interessenjurisprudenz, objektive, subjektive oder teleologische Auslegung entstanden, sind insofern das Ende meiner Geschichte.<sup>95</sup> Die dem Konzept der Unabhängigkeit des Richters inhärente Gesetzesbindung wurde nun unter anderen Aspekten kritisiert. Wer jetzt Gesetzesbindung perhorreszierte, wollte einen Richter, der gesellschaftliche Modernisierungsbedürfnisse, Naturrechtsvisionen oder bestimmte politische Forderungen gegen eine Legislative umsetzte, die das in sie gesetzte Vertrauen schnell verspielt hatte. Die Trennung zwischen Privatrecht und Öffentlichem Recht war nur noch ein leises liberales Hintergrundrauschen in einer Zeit, die dem Privatrechtsgedanken seit dem Gründerkrach insgesamt zunehmend skeptisch gegenüberstand. Die Unabhängigkeit des Richters wurde von der Unabhängigkeit der Privatrechtsgesellschaft getrennt.

---

**91** RAINER SCHRÖDER, Art. Klassenjustiz, in: Albrecht Cordes/Heiner Lück/Dieter Werkmüller/Christa Bertelsmeier-Kierst (Hrsg.), Handwörterbuch zur deutschen Rechtsgeschichte, Bd. II, 2. Aufl. 2012, Sp. 1870–1872.

**92** ORMOND (Anm. 5), S. 557 ff.

**93** ORMOND (Anm. 5), S. 561.

**94** GERD LINNEMANN, Klassenjustiz und Weltfremdheit, *Deutsche Justizkritik 1890–1914*, 1989, S. 134 ff.; RAINER SCHRÖDER, Die deutsche Methodendiskussion um die Jahrhundertwende: Wissenschaftstheoretische Präzisierungsversuche oder Antworten auf den Funktionswandel von Recht und Justiz, *Rechtstheorie* 19 (1988), S. 323 ff.

**95** Vgl. zur hier beginnenden Methodengeschichte nur HANS-PETER HAFERKAMP, Zur Methodengeschichte unter dem BGB in fünf Systemen, *AcP* 214 (2014), S. 60, 64 ff.

# Diskussion zum Vortrag von Hans-Peter Haferkamp

Leitung: WOLFGANG SELLERT

SELLERT:

Vielen Dank, Herr Haferkamp für Ihren anschaulichen und klaren Vortrag, der eine Fülle von Stoff verarbeitet hat. Ich bin sicher, dass es dazu eine ganze Reihe von Fragen gibt. Herr Behrends.

BEHRENDTS:

Ich darf Ihnen zunächst einmal zu diesem Ihrem wirklich sehr eindrucksvollen Vortrag gratulieren, an dem ich nicht zuletzt den großen Bogen genossen habe. Besonders einleuchtend fand ich die Betonung des lebendigen wissenschaftlichen Diskurses in der Historischen Rechtsschule, die Betonung des Rechtsgefühls und der Überzeugung von der selbstverständlichen Gegenwart von anrufbaren Billigkeitsprinzipien. Das ist ein Bild dieser Rechtswissenschaft, das unter dem Einfluss der dramatischen Selbstkritik des jungen *Jherings*, die er alsbald zu einer scharfen Kritik der ihm zeitgenössischen Rechtswissenschaft verallgemeinert, nahezu unkenntlich geworden ist. *Jhering* hat in seiner ersten Phase bekanntlich geglaubt, eine auf Begriffe gebrachte Jurisprudenz vorgelegt zu haben, die fähig war, so wörtlich, „der Herrschaft des Rechtsgefühls ein Ende zu machen“.<sup>1</sup> Indem er dann diese Illusion in leidenschaftlichen Attacken auch bei seinen Zeitgenossen zu finden glaubte, hat er *Savignys* feinfühligte Schilderung der juristischen Entscheidungskunst so sehr der Wahrnehmung entzogen, dass die Meinung entstehen konnte, *Savigny* sei ein Kantianer gewesen. Das war und ist Interpretation, die in ihrer grundsätzlichen Verfehltheit nicht überbietbar ist. Es gehört schon einiges dazu, den Juristen, der die Jurisprudenz geschichtlich, d.h. aus den in der gegebenen Kulturwelt möglich gewordenen geistigen Erfahrungen, legitimierte, mit dem Denker zu identifizieren, dessen apriorischer Idealismus für das Recht in der Aussage gipfelt, dass die Billigkeit „eine stumme Gottheit ist, die nicht gehört werden kann“, da „ein Richter [...] nach unbestimmten Bedingungen nicht sprechen kann“.<sup>2</sup>

Insofern sollte es ein Gewinn für die Dauer sein, dass Sie überzeugend vor Augen stellen konnten, dass die Historische Rechtsschule die Juristen und künftigen Richter zu einer offenen, in einem geistigen Sinne aristokratischen Erörterungs- und Diskussionskultur erziehen wollte, die das praktische Urteil im Zentrum hielt, zugleich auf

---

<sup>1</sup> RUDOLF VON JHERING, Geist des römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung, Zweiter Theil. Zweite Abtheilung, 1858, § 39 S. 377.

<sup>2</sup> Nachweise in der Studie OKKO BEHRENDTS, Kants Taube und der luftleere Raum der reinen praktischen Vernunft, in: Friedrich Harrer/Heinrich Honsell/Peter Mader (Hrsg.), Gedächtnisschrift für Theo Mayer-Maly zum 80. Geburtstag, 2011, S. 53, 55.

eine verlässliche Rechtsordnung verwies und so eine Richterschaft erzeugen konnte, die ihrer Aufgabe gewachsen war sowie leistete, was man von ihr verlangen kann. Vollkommenheit wird niemand erwarten. Aber wenn eine Richterschaft verwirklicht, dass die existenzsichernden Berechtigungen des Privatrechts gewährleistet werden, dann hat sie den wesentlichsten Teil ihrer Arbeit erfüllt.

Wir haben einmal versucht, in einer Tagung unserer Kommission nicht ohne Erfolg das für Legistik und Gesetzesanwendung gleichermaßen bedeutsame Bündnis zwischen Dogmatik und Gesetzgebung zu propagieren.<sup>3</sup> Das hat mit der von Ihnen so überzeugend herausgestellten „aristokratischen“ Erörterungs- und Diskussionskultur durchaus zu tun. Wenn die heutige Examenspraxis – ich weiß nicht, ob jemand widersprechen wird – Examenskandidaten wegen dogmatischer Schwächen durchfallen lässt, beispielsweise wenn sie das Abstraktionsprinzip partout nicht begreifen wollen, dann doch deswegen, weil sie damit beweisen, nicht gelernt zu haben, an der Diskussionskultur teilzuhaben. Wir wollen aber den Juristen und Richter, der auf Argumente so zu hören gelernt hat, dass er einem guten Argument nicht widerstehen kann. Deshalb würde ich Ihren Vortrag als eine große Revitalisierung der von *Gustav Hugo* und *Savigny* herkommenden Idee verbuchen, die mit Erfolg den gebildeten Juristen gefordert hat. Daher noch einmal vielen Dank.

SELLERT:

Vielen Dank. Es geht weiter mit Jan Schröder.

SCHRÖDER:

Sie haben mit Recht gesagt, dass das Bild, es habe ein Gesetzespositivismus im 19. Jahrhundert geherrscht und dann erst die Freirechtsbewegung die Erlösung zur Freiheit gebracht, falsch ist. Ein Anti-Gesetzespositivismus ist durchaus schon in der Historischen Rechtsschule vorhanden. Nur darf man nicht den Fehler machen – den haben Sie auch nicht gemacht –, dass man dann eben schon in der Historischen Schule die Abkehr von einer langen gesetzessystematischen Phase sieht. Die Geschichte des Gesetzespositivismus lässt sich ganz gut anhand der Entwicklung des Lückenbegriffs verfolgen. In der Frühen Neuzeit gab es ebenso wenig einen Begriff der Lücke wie einen Gesetzespositivismus. Warum? Nicht weil es überhaupt keine Lücken gegeben hätte, sondern weil es nur Lücken gab. Man hat sich überhaupt nicht interessiert für die Lücke; es konnte sich kein Begriff der Lücke bilden, weil das gesamte Recht lückenhaft, unvollständig war. Im Strafrecht zeigt sich das besonders bei der berühmten Vorschrift der Carolina, dass der Richter in gewissen Fällen einfach selbst entscheiden soll. Die Wende kommt mit der Hochaufklärung und der

<sup>3</sup> OKKO BEHREND/S/WOLFRAM HENCKEL (Hrsg.), *Gesetzgebung und Dogmatik*, 3. Symposium der Kommission „Die Funktion des Gesetzes in Geschichte und Gegenwart“ am 29. und 30. April 1988, 1989 (2. erweiterte Aufl. 2005), mit dem Einführungsreferat von OKKO BEHREND, *Das Bündnis zwischen Gesetz und Dogmatik und die Frage der dogmatischen Rangstufen*.

Kodifikationsidee. Jetzt entdeckt man das Ideal der Vollständigkeit, aber auch, dass es vielleicht einmal verfehlt wird. Nun kann es Lücken geben und so entsteht um 1800 der Begriff der Lücke im Gesetz. Er ist also, so paradox das auf den ersten Blick scheint, das Produkt eines frühen Gesetzespositivismus (einer sehr kurzen Phase), gegen den sich dann die Historische Rechtsschule wehrt. Diese kurze Positivismus-Phase repräsentiert z.B. das Allgemeine Landrecht für die Preußischen Staaten (ALR), wenn es bestimmt, es solle nicht mehr auf die Meinung von Rechtslehrern und Gerichten Rücksicht genommen werden. Dasselbe findet sich im ABGB und im Code Civil. Dagegen wenden sich dann *Hugo* und die gesamte Historische Rechtsschule. Ob man *Hugo* zur Historischen Rechtsschule rechnen soll oder nicht, wird in Ihrem neuen Buch („Die Historische Rechtsschule“) sehr intensiv erörtert. Ob *Hugo* überhaupt eine Zentralfigur ist, darüber kann man sich vielleicht streiten. Aber wie auch immer: Der Anti-Gesetzespositivismus der Historischen Schule ist ein Protest gegen eine relativ kurze aufklärerisch-positivistische Phase, die wirklich nur noch auf das Gesetz blicken will, die aber eine Reaktion wiederum ist auf eine jahrhundertelange Phase, in der es selbstverständlich war, dass es Lücken gab.

SELLERT:

Herr Haferkamp bitte.

HAFERKAMP:

Ich muss, glaube ich, gar nicht so viel antworten, weil ich mit den beiden Beiträgen völlig einig bin. Die Frage mit dem Rechtsgefühl, Herr Behrends, ist eine, die ganz schwer zu beantworten ist. Wenn man sich damit beschäftigt, ist das immer so ein bisschen wie die Frage: Ist das jetzt römisches Recht oder nicht? Vielleicht ist es schlichtweg eine völlig banale Grundannahme, dass jeder Jurist der damaligen Zeit einen intuitiven Zugriff zu Gerechtigkeitskonzepten hat, wie auch immer sie aussehen. Was jedenfalls interessant ist, ist, dass der Kampf gegen das Rechtsgefühl auch bei anderen einsetzt. Das wird ein großes Thema. *Burkard Wilhelm Leist* und andere veröffentlichen dagegen und schreiben, wir müssten uns von dem Rechtsgefühl befreien. Das ist der Wirklichkeitsschub, der da mitzieht, man will an dieser Stelle nach Wirklichkeit suchen und weiß gar nicht, was man da findet oder was man da finden will bzw. wie man mit dieser Wirklichkeit umgeht und was sie eigentlich beantwortet oder nicht beantwortet. Aber klar ist, dass dieses Verhältnis von Wirklichkeit und Rechtsgefühl schon bei *Savigny* sehr interessant ist. Denn der sagt einerseits, das Rechtsgefühl ist unverzichtbar, das brauchen wir, weil es ein wichtiger Zugang zum Recht ist. Aber auf der anderen Seite ist das dann oftmals auch ein vorschneller Schluss auf die Rechtswirklichkeit. *Savigny* bemängelt sehr stark, dass wir zu wenig über die gerichtliche Praxis wissen. Wenn Juristen irgendwie ein Gerechtigkeitsargument haben wollen, behaupten sie, die Gerichte würden das so entscheiden und keiner kann es nachlesen, weil niemand weiß, wie die Gerichte entscheiden. *Savigny* fordert ganz früh die Veröffentlichung von Gerichtsentscheidungen, um das Rechts-

gefühl irgendwie zu kontrollieren. Dieses Gefühl, dass da ein Risiko liegt und es gleichzeitig eine unverzichtbare Seite ist, das bleibt konstant. Aber das ist jedenfalls ein großes Thema und führt zu der großen Frage um den Aufstieg des Wirklichkeitsglaubens in der zweiten Hälfte des 19. Jahrhunderts.

Herr Schröder, ich gebe Ihnen komplett Recht. Was ich da vielleicht noch anfügen könnte, ist, dass auch im ALR nie behauptet wird, mit einer Kodifikation Vollständigkeit zu erreichen. Wie oft finden sich etwa präzise, konkret-individualisierte Gesetze, die sehr genaue Aussagen treffen? Es überwiegt eine Mischung zwischen Prinzipien, allgemeinen Leitsätzen und sehr konkreten Sätzen.

SELLERT:

Vielen Dank. Gemeint war natürlich kein beliebiges Rechtsgefühl, sondern ein Rechtsgefühl, das hauptsächlich durch die Ausbildung des Juristen geprägt ist. Herr Starck bitte.

STARCK:

Ich möchte mich auch vielmals für diesen sehr anregenden Vortrag bedanken. Ich habe eine Frage bezüglich des Code Civil. Dieser galt ja in Deutschland in einigen Gegenden und ich habe die Wirkung des Code Civil auf die deutsche Diskussion vermisst.

SELLERT:

Vielen Dank. Jetzt bitte Dietmar Willoweit.

WILLOWEIT:

Herr Haferkamp, Sie haben in Ihrem ersten Teil bis 1871 vieles berührt, was uns an das Referat von Herrn Rottleuthner erinnerte. Ich denke, das sind zum Teil Idealbilder eines Richters, die da geschildert wurden. Was mich interessieren würde, ist der Umschwung nach 1871. Ich hatte immer das Gefühl, dass in der Reichsgerichtsrechtsprechung eine sehr enge Bindung an den Gesetzestext eine große Rolle spielte – jedenfalls vor dem Ersten Weltkrieg. Kaum jemand liest heute diese alten Entscheidungen, aber die würden eine gründliche Analyse eigentlich vertragen. Ich möchte ein Beispiel nennen: Die Erfindung der Verkehrssicherungspflicht fällt nach meiner Erinnerung in den Ersten Weltkrieg und das Oberlandesgericht hatte dazu Folgendes gesagt – und das erinnert mich wirklich an den Subsumtionsautomaten: „Aus der Tatsache, dass jemand durch Eigentum eines anderen geschädigt wird, ergibt sich keine Schadensersatzpflicht, weil die im Gesetz nicht vorgesehen ist“. Tatsächlich war es aber wohl so, dass im Gemeinen Recht eine Haftung aufgrund pflichtwidrigen Unterlassens des Eigentümers anerkannt war und in dem Gegensatz dieser beiden Beurteilungen kann man ein bisschen die Rechtsprechungskultur ablesen. Der gesetzesgläubige Richter sagt: „Davon steht nichts im Gesetz“. Und derjenige, der den wissenschaftlichen Hintergrund des Gemeinen Rechts berücksichtigt, hat einen viel

breiteren Zugang, aus dem das Reichsgericht dann auch die besondere Figur einer Verkehrssicherungspflicht entnommen hat. Kann man etwas darüber sagen, wie sich die Rechtsprechungspraxis seit 1871 entwickelt hat? Ich kann mir gut vorstellen, dass sich das ziemlich unterscheidet von den wissenschaftlichen Diskussionen, die bis dahin geführt worden sind.

SELLERT:

Vielen Dank. Herr Haferkamp, Sie haben jetzt das Wort.

HAFERKAMP:

Zwei sehr interessante Fragen, die schwer zu beantworten sind. Ich kann etwas dazu sagen, welche Wirkung der Code Civil in den deutschen Landen hatte, das weiß ich relativ gut über das Rheinland. Es ist völlig klar, dass die Geltung des Code Civil in den linksrheinischen Gebieten eine ganz andere Kultur als etwa in Preußen geschaffen hat. Sie wissen, dass anfangs nur noch ein Rechtsstudium in Koblenz existiert hat, alle anderen Universitäten wurden abgeschafft. Gerade in Bonn empfindet man, dass durch das napoleonische Recht, durch die ausschließliche Geltung des Code Civil, der ja das römische Recht verdrängte, eine ganz andere Rechtskultur geherrscht haben muss. Bonn fühlte sich lange Zeit als sehr isoliert im Rheinland, wo die Richter als sehr selbstbewusst, als extrem frei gegenüber dem Gesetz galten. Der Code Civil gilt als nicht besonders präzise formuliert, mit ihm lässt sich daher sehr viel machen und es gab eine sehr starke Rechtsprechung in Paris, an der sich die Richter zum Teil auch orientierten. Ich erinnere mich an eine kleine Geschichte: Es gibt einen Brief von *Savigny*, in dem dieser, nachdem er im rheinischen Revisions- und Kassationsgerichtshof gesessen und nach Code Civil judiziert hat, als Richter in der höchsten Instanz in Berlin wiederholt Beschwerden über seine Beisitzer, die aus dem Rheinland kommen, äußert. Diese haben aus seiner Sicht ein großes Selbstbewusstsein und wollen alles sofort entscheiden, sind aber wissenschaftlich absolut minderwertig. *Savigny* sitzt dann da und sagt in seiner ganzen Würde nichts, fühlt sich aber zutiefst gekränkt von diesen extrem selbstbewussten rheinischen Richtern.

Zur Rechtsprechung des Reichsgerichts: Eines ist völlig klar, Herr Willoweit, das sind Idealbilder. Ich würde keineswegs behaupten, dass die Richter so waren wie es geplant war. Wie die Richter tatsächlich waren, müsste erst einmal untersucht werden. Aber dass das ein Leitbild war, das war mir wichtig. Sie wissen ja, dass im Jahr 2000 ein großes Projekt am Max-Planck-Institut für Europäische Rechtsgeschichte stattfand: „Das BGB und seine Richter“. Ziel des Projektes war es, die These vom Gesetzespositivismus des Reichsgerichts bis 1914 in Frage zu stellen. Sie ist schon zuvor in Frage gestellt worden, etwa in den Untersuchungen zum Arbeitsrecht, wo die Rechtsprechung sehr frei neue Dinge judiziert hat, die durch das BGB dann nicht geändert wurden. Es ist sicher so, dass im Ersten Weltkrieg der Glaube der Justiz an die Leistungsfähigkeit der Gesetze in eine fundamentale Krise kommt. Und die Justiz glaubt, relativ offen gegen das Gesetz agieren zu müssen, weil die ökonomischen Zwecke das

erfordern. Aber jenseits der Betrachtung, dass man das BGB vor 1914 etwa leiser korrigiert hat und dass es erst ab 1916 mehr und mehr Urteile gibt, in denen die Richter ziemlich offen sagen, dass sie damit nicht einverstanden sind, ist die These vom Positivismus des Reichsgerichts vor 1918 meiner Ansicht nach unzutreffend.

SELLERT:

Vielen Dank; ich darf jetzt Herrn Vec bitten.

VEC:

Vielen Dank, ich würde gerne nochmal zum Anfang des Referats springen und zwar zu der Zeit um 1800. Der rote Faden ist ja „Freiheit schützen“ und ich würde gerne sowohl auf die Freiheit als auch auf deren Schutz zurückkommen. An wen richtet sich diese Vorstellung von Freiheit und vor wem will man sich in dieser Zeit schützen? Der große Vorzug des Vortrags ist nicht nur der immense Überblick über die Zeit, der Wille zur Systematisierung und die großen Linien, sondern dass alles minutiös aus den Quellen heraus belegt ist. Jetzt frage ich mal ganz ketzerisch: Vielleicht gibt es ja umgekehrt Dinge, die die Quellen nicht abbilden, weil es einen Habitus der Richter bzw. ein Selbstverständnis dazu gibt, was man sagen und was man nicht sagen kann. Interessanterweise kommen offene Rekurse auf Politik in Deinen Ausführungen für die Zeit zwischen Vormärz und Reichsverfassung nicht vor. Hat das etwas damit zu tun, dass man sich als Richter in diesen Diskursen als unpolitisch geriert, dass es eine Haltung gibt, welche die Grenzen von Politik und Recht auf diesen Feldern vorgibt, so dass man bestimmte Vorstellungen darüber hat, gegen wen bürgerliche Freiheit zu schützen ist, wie dieser Schutz aussehen soll, welche Rolle dem Richter zukommt, dass diese zunehmende Verwissenschaftlichung auch ihre blinden Flecken hat, man aber diese nicht ausspricht?

SELLERT:

Vielen Dank, Herr Vec; jetzt Herr Jansen.

JANSEN:

Auch ich knüpfe an diese Frage nach blinden Flecken an. Es gab ja offene Konflikte zwischen den Regierungen und der Richterschaft, auch vor 1850. Insbesondere ging es um Regierungsverordnungen, mit denen vor allem die süddeutschen Regierungen gegen verfassungsrechtliche Vorgaben verstießen. In all diesen Fällen ging es um Regelungen, die nach den Verfassungen nur in Gesetzesform, also mit Zustimmung der Landstände, ergehen durften. Gleichwohl griffen die Regierungen auf Verordnungen zurück, weil sie eine solche landständische Zustimmung nicht erwarten konnten. Mir scheint es außerordentlich bemerkenswert, wie viele Gerichte unter diesen Umständen festgestellt haben, dass die Verordnungen unwirksam seien, obwohl dies für die Richter schwere persönliche Konsequenzen nach sich ziehen konnte. In Kurhessen, in Kassel, waren diese Konsequenzen bekanntlich besonders einschneidend.



Ohne dass man das deutlich aussprach, stritt man in all diesen Fällen im Kern um eine Verteidigung des *legal point of view*; und die Richterschaft scheint mir hier früh einen ausgesprochen starken Sinn für die richterliche Unabhängigkeit entwickelt zu haben. Der Juristentag hat diese Frage übrigens 1862 diskutiert, und auch für *Jhering* als Referenten war dabei selbstverständlich, dass die Wirksamkeit solcher Verordnungen von den Richtern zu überprüfen sei. Bei der Abstimmung vermerkt das Protokoll dann eine an Einmütigkeit grenzende Einstimmigkeit unter den Juristen, die sich völlig unabhängig von ihren politischen Auffassungen auf die Seite der Richter stellten. Hier lässt sich der Sinn für richterliche Unabhängigkeit und die Integrität des Rechtssystems ohne große methodische Probleme in den Quellen beobachten.

Und vielleicht noch ein kleiner Punkt zum Erfolg und Misserfolg der Pandektenvorlesung nach 1800. Die Naturrechtsvorlesungen waren genau an derselben Frage gescheitert wie später die Pandektenvorlesungen, nämlich daran, dass es keine Einmütigkeit, sondern eine Vielzahl unterschiedlicher, unvereinbarer Naturrechtssysteme gab. In einer anonymen Sammelrezension mokiert sich der Rezensent 1794 über die vielen Naturrechts-„Paläste“ seiner Zeit. Das sind die gleichen Worte, mit denen man 100 Jahre später, in den 1880er Jahren, ernüchtert spottet, dass die Pandektenwissenschaft es eben nicht geschafft habe, präzise zu sagen, was das heutige römische Recht sei.

SELLERT:

Herr Haferkamp bitte.

HAFERKAMP:

Beide Fragen berühren sich, es geht um Recht und Politik bzw. die politische Dimension des Ganzen. Ich habe versucht, das in meinem Vortrag ein bisschen an den Rand zu schieben, weil ich glaube, dass man diese Fragen mit meiner Ausbildungsperspektive nicht beobachten kann. Die Ausbildung versucht, überterritorial zu sein und sich als entpolitisiertes, rein wissenschaftliches Konzept zu verkaufen. Das ist der Versuch, die Politik rauszuhalten, so zu tun, als sei die Ausbildung nicht politisch. Auch aufgrund der großen Nähe zu den Machthabern seitens der führenden Professoren sind diese nicht offen politisch. Deswegen ist das ein blinder Fleck in meinem Vortrag. Ob es einen Habitus gab, sich als unpolitisch zu gerieren, lässt sich für Deutschland insgesamt nicht beantworten. Das ist eine territorial sehr unterschiedlich zu beantwortende Frage. Ich glaube, dass sich zum Beispiel in Kurhessen oder auch im Rheinland bestimmte kulturelle Traditionen herausbilden, die dazu führen, dass man es wagt, offen politisch zu sein. Es ist ein Faktum, dass die Richter vor 1866 sich liberal engagieren und sich auch als eine gegen die Politik agierende Schutzmacht der Gesellschaft sehen. Aber es besteht keine Einheitlichkeit beispielsweise bei der Pressefreiheit: *Georg Friedrich Puchta* schreibt etwas zur Pressefreiheit, *Savigny* schreibt nichts zur Pressefreiheit. Die Pressefreiheit oder die Ehescheidungsfrage sind typische politische Fragen, die natürlich diskutiert werden, aber es gibt keine Einig-

keit unter den Professoren, sobald es offen politisch wird. Nehmen wir die Frage, ob die Legislative durch Verordnung das Gesetz umgehen darf. *Paul Johann Anselm Feuerbach* schreibt einen flammenden Appell 1830: „Das geht nicht, das ist ein Ausstieg aus der Gewaltenteilung.“ *Puchta* ist voll auf Seite von *Feuerbach* und will auf jeden Fall eine starke Unabhängigkeit der Justiz, während *Savigny* überhaupt keine Unabhängigkeit der Richter, richterliche Gesetzeskontrolle oder ein Gesetzesprüfungsrecht will. Das Dilemma bei den Professoren ist, dass es kein offen politisches Gespräch gibt. Das tun sie in Briefen, aber nicht besonders intensiv, so dass es schwierig ist, eine einheitliche Linie zu finden. Die Richter sind territorial zum Teil ziemlich einheitlich organisiert. Es gibt jedenfalls Territorien, wo man sehr viele liberale Richter findet, die offen politisch agieren. Aber mehr kann ich dazu nicht sagen und ich habe auch das Gefühl, dass es nicht viel mehr Untersuchungen dazu gibt.

Diese Parallele zwischen Naturrechtsuntergang und Pandektistikuntergang ist interessant, aber insofern schief, weil das Naturrecht damit auftritt, rein richtiges Recht zu produzieren und damit ist die Pandektenwissenschaft nie aufgetreten. Sie sagen ja nicht, es gibt DIE richtigen Pandekten, es gibt DAS wahre römische Recht, sondern das römische Recht ist ein Leitbild, ein Ideal, ein großer phantastischer Diskussionsprozess. Aber diesen Anspruch, den jedenfalls Naturrechtler per se haben müssten, hat die Pandektenwissenschaft nicht gehabt. Die Parallele ist natürlich völlig klar, man streitet sich oder man empfindet die Differenzen als störend.

SELLERT:

Ja, vielen Dank, wir fahren fort mit Herrn Schorkopf.

SCHORKOPF:

Herr Haferkamp, Ihre Ausführungen haben bei mir die Frage ausgelöst, ob man einen Gegenwartsbezug herstellen kann. Sie haben dargestellt, wie Methode und Juristenausbildung die Beziehung zwischen Rechtsprechung und Rechtsetzung intensiv beeinflussen. Vielleicht können Sie etwas über die Konflikte im europäischen Raum sagen, die auch Konflikte über die politischen Grenzen sind, wenn wir an die Transformationsstaaten denken, die sozialistische Gesetzlichkeit hatten, in denen vielleicht auch die Richterschaft ausgetauscht worden ist und ein neuer Richtertyp mit westlich-liberalem Methodenverständnis und Ausbildung ins Amt gekommen ist. Aber auch im alten Westeuropa gibt es die unterschiedlichen Juristenausbildungen, die diese Konflikte und auch die Sprachlosigkeit, die darüber herrscht, generieren. Ich habe mich gestern kritisch zum EGMR geäußert, das ist aber nicht nur eine Frage von Ost/West, sondern es gibt sicherlich verschiedene Bruchlinien. Ein Ansatzpunkt zur Lösung der Konfliktlinien könnte mittelfristig die Angleichung der Methoden und Juristenausbildungen sein.

SELLERT:

Herr von Knobloch bitte.

VON KNOBLOCH:

Vielen herzlichen Dank für Ihren Vortrag. Ich will Ihre blinden Flecken nicht auswalzen, aber vielleicht doch auf einen Punkt zurückkommen, nämlich auf die Frage, ob das ALR eine Art Verfassungersatz gewesen ist. Das war es ja mit Sicherheit, weil im Zentrum der ALR-Diskussion die Frage des Machtspruchs des Königs, des Souveräns, stand. Hatte er die Möglichkeit, alles über den Haufen zu schmeißen, das Spielbrett umzuwerfen und zu sagen: „Ich mach das anders“, oder hatte er diese Möglichkeit nicht? Das ALR ist das letzte Projekt *Friedrichs des Großen* gewesen, des letzten „überzeugten“ absolutistischen Herrschers. Das ALR hatte Verfassungersatz, aber hatte es nicht auch jenseits dieser Methodenfrage das ganz klare Ziel der Harmonisierung? Denn die Patrimonialgerichtsbarkeit in Preußen wurde durch das ALR vereinheitlicht. Wo kommen eigentlich diese Entwicklungslinien her?

SELLERT:

Es hat sich noch Herr Reimer gemeldet.

REIMER:

Ich wollte Herrn Haferkamp zu einer Außenperspektive auf die entstehende Verwaltungsgerichtsbarkeit verleiten. Es gibt ja die These, dass die Richter in der Anfangszeit gar nicht wirklich unabhängig waren, weil sie aus der Verwaltung abgeordnet wurden.

SELLERT:

Bitte, Herr Haferkamp.

HAFERKAMP:

Ich fange mit dem letzten an: Da traue ich mir keine Antwort zu. Ich glaube, da wissen wir noch gar nichts. Das ist ein typischer blinder Fleck.

Herr Schorkopf, ich bin fest davon überzeugt, dass es bei einer Harmonisierung um kulturelle und nicht um technische Fragen geht. Deshalb glaube ich, dass die Richterausbildung oder überhaupt die Juristenausbildung ein fundamentaler Faktor ist, um Differenzen in Europa zu verstehen. Das ist oft thematisiert worden; schön fand ich den Vergleich Frankreich/Deutschland mit diesem *German approach* und dem Ergebnis, dass es deutliche Unterschiede gibt. Wir haben ein Gesetz und wir haben zwei unterschiedliche Richterkulturen, so dass die Ergebnisse, die unten rauskommen, divergieren. Wie viel sozialistische Gesetzlichkeit überlebt hat, ist – wie ich finde – eine ganz interessante Frage. Ich würde zum Beispiel für das Rheinland immer behaupten, dass es da Spätprägungen des rheinischen Rechts bis heute gibt. Nicht nur bei Notaren, sondern auch bei den Richtern. Die Gesetze sind alle längst

weg, aber trotzdem ist da ein Selbstverständnis geblieben, das extrem lange hält. Ich fand es immer interessant, dass das offensichtlich viel zu selten untersucht wird.

Herr von Knobloch, die Frage hinsichtlich des ALR ist ebenfalls schwierig. War das wirklich eine Rechtsvereinheitlichung? Das ALR galt ja nicht überall einheitlich, sondern es gab Teile mit sehr viel ALR und Teile mit eher wenig ALR; die Rechtsvereinheitlichung hat jedenfalls nicht geklappt. Ob das ALR Verfassungersatz hatte, das müsste man untersuchen. Sie wissen, dass die Rechte des Monarchen im ALR sehr stark sind. Jenseits der Machtsprüche des Monarchen taucht aber viel modernes Grundrechtsdenken auf, z. B. Abwehrrechte gegen den Staat. Ich finde aber interessant, dass allein die Tatsache, dass man Privatrecht in einer Kodifikation niederlegt, für Privatrechtler eine symbolische Funktion hatte, die man ein bisschen als Verfassungersatz sehen könnte. Daher kommt gerade in Preußen aus der Tatsache, dass es zuerst das ALR und viel später eine Verfassung gab, schon sehr frühzeitig die Idee, dass die Kodifikation eigentlich alleine dafür zuständig ist, das Privatrecht zu schützen und die Verfassung gar nicht mehr so wichtig ist. Die Verfassung wird dann eher in den Abwehrrechten gegen den Staat, aber nicht als Ausbuchstabierung dessen, was Bürger untereinander eigentlich dürfen oder nicht dürfen, gedacht. Man regelt in den Verfassungen zwar das Eigentum und dass ich nicht enteignet werden darf, es wird aber nicht geregelt, dass ich das Eigentum gegenüber meinem Mitbürger frei ausüben darf. Das regelt man in den Kodifikationen. Das führt vielleicht dazu, dass man das ALR ein bisschen als Verfassungersatz ansieht.