

SPOMENICA VALTAZARA BOGIŠIĆA

o stogodišnjici njegove smrti

24. apr. 2008. godine

KNJIGA 1.

~

Uređivački odbor

*Luka Breneselović, prof. dr Vladimir Čolović, dr Jovan Ćirić,
prof. dr Predrag Dimitrijević i prof. dr Jovica Trkulja*

~

Priredio

Luka Breneselović

Beograd
2011

MEMORIAM
VALTAZAR BOGIŠIĆ
1911-2011
Herausgegeben von
Luka Breneselović

Gedächtnisschrift für Valtazar Bogišić
Zur 100. Wiederkehr seines Todestages
herausgegeben von
Luka Breneselović

~

HYPOMNEMATA
VALTAZAR BOGIŠIĆ
ANNO CENTESIMO OBITUS EIUS
DEDICATA
EDIDIT LUCAS URTICA

Lebensbezüge in der Zivilrechtsdogmatik des 19. und 20. Jahrhunderts

HANS-PETER HAFERKAMP

I. Einleitung

Das Zusammenspielen von Recht und Leben in der Zivilrechtsdogmatik des 19. und 20. Jahrhunderts schien lange geklärt. Dies zeigen ältere Standardwerke, wie die Privatrechtsgeschichte der Neuzeit von Franz Wieacker,¹ Große Rechtsdenker von Erik Wolf² oder die Methodenlehre der Rechtswissenschaft von Karl Larenz.³ Die Topoi Recht und Leben spielen eine zentrale Rolle in der Linienführung dieser Bücher.⁴ Die Privatrechtsgeschichte des 19. und 20. Jahrhunderts wird hier als ein Verschmelzungsvorgang von Recht und Leben erzählt.⁵ Am Anfang steht die Rechtswissenschaft des 19. Jahrhunderts. Bei aller Liebe zu Savigny, erscheint das 19. Jahrhundert in dieser Erzählung als Irrweg. Savignys Abkehr vom älteren Naturrecht soll uns im Ergebnis Steine statt Brot gebracht haben. Einerseits habe

* Leicht überarbeitete Fassung meiner Kölner Antrittsvorlesung, die bisher nur im schwer zugänglichen Fakultätsspiegel, hg. vom Verein zur Förderung der Rechtswissenschaft der Universität zu Köln, Sommersemester 2005, Köln 2005, S. 83 ff. erschienen ist. Die Nachweise sind bewusst knapp gehalten.

1 Franz Wieacker, *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit*, 2. Aufl. Göttingen 1967; hierzu nun die Beiträge in *Okko Behrends u. Eva Schumann (Hg.), Franz Wieacker: Historiker des modernen Privatrechts*, Göttingen 2010.

2 Erik Wolf, *Große Rechtsdenker der Deutschen Geistesgeschichte*, 4. Aufl. Tübingen 1963.

3 Karl Larenz, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, 6. Aufl. Berlin 1991.

4 Vgl. Joachim Rückert, 'Große' Erzählungen, Theorien und Fesseln in der Rechtsgeschichte, in: Tiziana Chiusi / Thomas Gergen / Heike Jung (Hrsg.), *Das Recht und seine historischen Grundlagen. Festschrift für Elmar Wadle zum 70. Geburtstag*, 2008, S. 964 ff.

5 Vgl. Hans-Peter Haferkamp, *Positivismen als Ordnungsbegriffe einer Privatrechtsgeschichte des 19. Jahrhunderts*, in: Behrends/Schumann (Fn. 1), S. 181 ff.

man sich dem antiken Recht zugewendet und damit den Modernisierungsdruck der industriellen Revolution verschlafen. Andererseits habe sich eine Begriffsjurisprudenz gebildet, bloße Begriffsmathematik ohne Blick auf die Gerechtigkeit der Ergebnisse. Ausdruck des 19. Jahrhunderts ist damit ein Auseinanderklaffen von Recht und Leben, Lebensferne eben. Schlagworte sind rechtswissenschaftlicher Positivismus, Formalismus oder Begriffsjurisprudenz. Im Fortgang der Geschichte entdeckt dann die Freirechtsschule, dass das Recht Lücken hat und der Richter werten muss.⁶ Die Interessenjurisprudenz versucht, die unvermeidliche Modernisierung des Rechts ausgleichender sicherzustellen, indem die gesetzgeberischen Interessenbewertungen zur Rechtsfortbildung genutzt werden. Die Wertungsjurisprudenz, nach heutiger Lesart entwickelt bald nach 1945,⁷ entdeckt, dass auch die Feststellung gesetzgeberischer Interessenbewertungen eigentlich selbst eine Wertung ist. Seitdem bekennt sich die Jurisprudenz dazu, dass jede Gesetzesanwendung Wertung ist. Man attestiert „Gewissheitsverluste des juristischen Denkens“,⁸ unterstellte also, es habe Gewissheit einmal gegeben.

Für meine hier gewählte Perspektive bedeutet dies: Das 19. Jahrhundert entzweite Recht und Leben, das 20. Jahrhundert führte sie wieder zusammen. Angesichts der heutigen Liebe zu Praxisnähe, Verkehrsbedürfnissen, Richterrecht und Einzelfallgerechtigkeit kann man sich also glücklich schätzen, nicht im 19. Jahrhundert gelebt zu haben. Zugleich scheint mein Thema bereits hier gescheitert. Das gesamte 19. Jahrhundert bedeutet für meine Fragestellung Fehlanzeige. Für diesen Zeitraum spielt das „Leben“ im Denken der Juristen doch nur eine sehr untergeordnete Rolle.

Ich möchte vorliegend eine andere Erzählung wagen. Grundthese ist: Der Lebensbezug des Rechts ist eine Kardinalfrage nicht nur der Rechtswissenschaft des 20., sondern gerade auch des 19. Jahrhunderts gewesen. Die Frage, wie Recht und Leben zusammenkommen, vereint beide Jahrhunderte, trennt sie nicht. Ich möchte dieser Fragestellung nachfolgend in drei kleinen Geschichten nachgehen, in denen Savigny, das Umfeld Hegels und die sogenannte Wertungsjurisprudenz die Hauptrollen besetzen. Durchlaufendes Schlagwort wird sein: „praktische Bedürfnisse“. Untersuchungszeitraum sind die Jahre 1814 und 1960, ohne dass ich Anspruch auf Vollständigkeit erheben könnte oder wollte. Ich werde teilweise in großen Linien voranschreiten, teilweise auch springen und nur einige Typen unterscheiden. Es bleibt damit eine Annäherung. Stichworte sind: Erfühlen, Begreifen, Bewerten. Es geht insgesamt also nur um Einblicke, denen ich freilich unterstelle, typisch für gewisse Lösungsmuster zu sein.

6 Zu den vielen Zerrbildern um die Freirechtsschule nun vorzüglich *Joachim Rückert*, Vom „Freirecht“ zur freien „Wertungsjurisprudenz“ – eine Geschichte voller Legenden, in: SZ GA 125, 2008, S. 199 ff.

7 Richtigstellend *Rückert*, Vom „Freirecht“ (Fn. 6), S. 227 mit Hinweis auf Heinrich Lange 1936.

8 *Görg Haverkate*, Gewissheitsverluste im juristischen Denken. Zur politischen Funktion der juristischen Methode (= Schriften zur Rechtstheorie 73), Berlin 1977.

Friedrich Carl v. Savigny meinte 1815, das Recht komme „aus des Volkes... Natur, Schicksal, Bedürfnis“.⁹ Ein „oft wiederkehrendes Bedürfnis“ mache auch ein „gemeinsames Bewußtseyn des Volkes selbst möglich“.¹⁰ Recht entsteht aus einem Bedürfnis. Eine alte, bereits aristotelische Vorstellung.¹¹ Recht reagiert auf die Wirklichkeit, also auf das Leben.

Diese Vorstellung durchzieht das 19. Jahrhundert, durch alle Schulen hinweg. Johann Christian Hasse maß die Richtigkeit der Rechtssätze 1827 an „praktischen Bedürfnissen“. Georg Friedrich Puchta meinte 1827, es sei das „Geschäft der Juristen“ einem „Bedürfnis eine bestimmte juristische Gestalt zu geben“.¹² Hegels juristischer Meisterschüler Eduard Gans bezeichnete im selben Jahr den Gerichtsgebrauch als Recht bei dem die „Besonderheit der Bedürfnisse... selber das Gesetz“ erzeuge¹³. Christian Friedrich Mühlenbruch fragte in erbrechtlichen Fragen 1833, ob ein „praktisches Bedürfnis vorhanden“ gewesen sei¹⁴. Für Theodor Marezoll, Schüler von Gustav Hugo, führte 1839 ein „Bedürfnis“ in den bürgerlichen Verhältnissen zur Schaffung neuen Rechts¹⁵. Johann Friedrich Kierulff notierte im selben Jahr: „Das wirkliche Recht ist das befriedigte Bedürfnis“.¹⁶ Johann Caspar Bluntschli meinte 1853, die Rechtswissenschaft müsse „mit dem wirklichen Leben der Menschen in Übereinstimmung sich versetzen und seinen Bedürfnissen dienen.“ Auch Karl Adolph von Vangerow betonte 1851, dass ein „praktisches Bedürfnis“ zu entsprechenden Rechtssätzen führe¹⁷. Rudolph v. Jhering schrieb 1865, Rechtssätze wechselten „mit den Bedürfnissen des Lebens“.¹⁸ Bernhard Windscheid, dies mag als letztes Beispiel genügen, betonte 1884, die Rechtswissenschaft orientiere sich an „praktischen Bedürfnissen“.¹⁹

9 *Friedrich Carl v. Savigny*, Rez. N. Th. V. Gönner, Über Gesetzgebung in Rechtswissenschaft in unserer Zeit, 1815, zitiert nach *Savigny*, Vermischte Schriften, Bd. 5, Berlin 1850, S. 115 ff., 141.

10 *Friedrich Carl v. Savigny*, Vom Beruf unserer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft, Heidelberg 1814, S. 13.

11 Hierzu und zu den Traditionslinien: *Sten Gagnér*, Oerstedts Wissenschaft, die deutschen Kriminalisten und die Naturrechtslehre, zunächst 1980 auf Schwedisch, nun übersetzt zugänglich in: Joachim Rückert, Michael Stolleis und Maximiliane Kriechbaum (Hgg.), *Sten Gagnér – Abhandlungen zur Europäischen Rechtsgeschichte*, Goldbach 2005, S. 521 ff., 589 ff.

12 *Georg Friedrich Puchta*, Über die Negatorienklage, in: *Rheinisches Museum für Jurisprudenz, Philosophie, Geschichte und griechische Philosophie*, Bd. 1, Bonn 1827, S. 182.

13 *Eduard Gans*, System des Römischen Civilrechts, Berlin 1827, S. 182, 184.

14 *Christian Friedrich Mühlenbruch*, in: Christian Friedrich v. Glück, Ausführliche Erläuterungen der Pandecten nach Hellfeld: ein Commentar, Bd. 36, Erlangen 1833, S. 179.

15 *Theodor Marezoll*, Lehrbuch der Institutionen des Römischen Rechts, Leipzig 1839, S. 11.

16 *Johann Friedrich Kierulff*, Theorie des Gemeinen Civilrechts, Altona 1839, S. 1.

17 *Karl Adolph v. Vangerow*, Pandekten, Bd. I 1, 6. Aufl. Marburg 1851, S. 1018 (zum Pfandrecht).

18 *Rudolph von Jhering*, Geist des römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung, Bd. 3, Leipzig 1865, § 59, S. 314.

19 *Bernhard Windscheid*, Die Aufgaben der Rechtswissenschaft, 1884, zitiert nach dem Wiederabdruck in: Paul Oertmann (Hg.), Bernhard Windscheid. Gesammelte Reden und Abhandlungen, Leipzig 1904, S. 109.

Die Linie lässt sich leicht ins 20. Jahrhundert weiterziehen: Reichsgerichtsrat Hermann Günther schrieb 1938: „§ 256 ZPO verdankt ihr Dasein lediglich der Anerkennung eines praktischen Bedürfnisses. Deshalb muss die Vorschrift auch so ausgelegt und angewendet werden, dass sie dringende Bedürfnisse wirklich zu befriedigen vermag.“²⁰ Im Diskussionsentwurf zur Schuldrechtsreform von 2000 findet sich der Hinweis, der BGH habe im Rücktrittsrecht die gesetzliche Regel korrigiert, weil sie nicht den „praktischen Bedürfnissen“ entsprochen habe.²¹ Wer bei Beck-online unter „praktische Bedürfnisse“ die NJW ab 1981 durchforstet, bekommt immerhin knapp 80 Treffer benannt.

Der Rückgriff auf „Bedürfnisse“, des Lebens, der Praxis etc. ist für Juristen also schon lange sehr wichtig. Keiner will die „Bedürfnisse“ übersehen. Hier ist also ein Einstieg in die Thematik: „Bedürfnisse“ sind eine Schnittstelle zwischen Leben und Recht. Juristen müssen Recht durch Interpretation oder Umwertung dem Leben anpassen. Wir müssen also doppelt loyal sein, dem Gesetz und dem Leben gegenüber. Wie kommen wir dabei aber ans Leben heran? Müssen wir Praktiker sein, um die Praxis und ihre Bedürfnisse zu verstehen? Aber welcher Praktiker kennt mehr als einen zufälligen Ausschnitt aus der Praxis? Hängt dann nicht alles davon ab, wen man fragt? Helfen sozialwissenschaftliche Analysen? Das hängt von anderen Fragen ab: Wie entstehen Bedürfnisse? Irgendwie „von selbst“ oder werden sie gemacht? Ist ein „praktisches Bedürfnis“ nur eine höflich-unpolitische Chiffre einer Lobby, die die Macht hat, besonders laut ihre Interessen zu artikulieren?

Diese und weitere Fragen waren es, die in meinem Untersuchungszeitraum die Juristen bewegten. Drei Antworten möchte ich nachfolgend etwas genauer betrachten.

II. Das gefühlte Bedürfnis

Nicht ganz zufällig nahm die Debatte im Gemeinen Recht ihren Ausgangspunkt. Dieses Recht hatte eine heute, in Zeiten hyperaktiver Gesetzgebung fremd gewordene Struktur: Es war im Wesentlichen ein Recht ohne Gesetzgeber. Es bestand aus einer schwer zu durchschauenden Mischung von römischen und kirchlichen Rechtstexten, von wissenschaftlichen Ansichten hierzu und von Gerichtsgebrauch. Gustav Hugo sprach treffend von einem Recht, das „sich selbst macht“.²² Es hatten sich verschiedene Vermutungsregeln gebildet, die es erleichtern sollten, das geltende Recht festzustellen. Wichtig war die Frage, ob ein mittelalterlicher

20 *Hermann Günther*, Die Feststellungsklage wegen Abstammung und die Familienrechtsnovelle, in: Juristische Wochenschrift 1938, S. 1699 ff., 1700.

21 Amtlicher Diskussionsentwurf des BMJ vom 4. 8. 2000, S. 180 (= *Claus-Wilhelm Canaris*, Schuldrechtsmodernisierung 2002, München 2002, S. 75).

22 *Gustav Hugo*, Die Gesetze sind nicht die einzige Quelle der juristischen Wahrheiten, in: Civilistisches Magazin Bd. 4, 1815, S. 89 ff., 114 ff., insbesondere auch der Spielvergleich S. 130 ff.

Jurist die antike Stelle glossiert hatte. Gewicht hatte eine herrschende Meinung und der Gerichtsgebrauch.²³ Die führte zur Anhäufung von Belegen, die für die Gegenseite ohne große Bibliothek oft gar nicht nachprüfbar waren. Autorität trat an Stelle von inhaltlicher Überzeugungsarbeit.

Zu Beginn des 19. Jahrhunderts wurde hieran immer stärker Kritik angemeldet.²⁴ Den sich rapide verändernden Lebensverhältnissen schien es kaum angemessen, die Fallentscheidung Autoritäten zu unterwerfen, die vielleicht schon mehrere hundert Jahre tot waren.

Wie war also zu unterscheiden, welcher Rechtssatz gelten sollte? Savignys Antwort hieß: Wenn der Rechtssatz den Bedürfnissen entspricht. Wann war das aber der Fall?

Savigny meinte 1814 etwas vage, Aufgabe des Juristen sei es, den „gegenwärtigen Zustand des Rechts allmählich von demjenigen zu reinigen, was... ohne alles wahrhaft praktische Bedürfnis, hervorgebracht worden ist“.²⁵ Aber wie sollte man das erkennen? 1840²⁶ präzierte er: Unterscheidungen ließen sich nur am Einzelfall treffen. Dabei gelte: „Die Hauptbedingung zur Lösung dieser Aufgabe ist ein reiner, unbefangener Wahrheitssinn“.²⁷ Sinn, also nicht Wissen? Savignys Anhänger Georg Friedrich Puchta wurde deutlicher. Um die praktischen Bedürfnisse zu erkennen, so meinte er, bedürfe es eines „natürlichen Gefühl[s] der Billigkeit, welchem der Jurist... das Gehör nicht versagen darf“.

Das klingt nun zunächst enttäuschend. „Bedürfnisse“ hat für uns Heutige einen eher empirischen Klang. Puchta verwies demgegenüber auf das Gerechtigkeitsempfinden des Juristen, es ging also um Gefühle, nicht um Tatsachen. Sollten „Bedürfnisse“ Wertungen lediglich kaschieren?

Es steckte mehr dahinter, ja eine ganze Welt an Philosophie und Politik, in die ich nun einen kurzen Blick werfen möchte.²⁸ Puchta stellte sich einige sehr grundsätzliche Fragen. Wenn ein Recht, wie das gemeine Recht, sich ungesteuert als ein Diskussionsprozess zwischen Juristen bildete, war zu fragen, was deren Argumente lenkte? Puchtas Antwort hieß: Wissenschaft, also Rationalität, und

23 Hierzu *Hans-Peter Haferkamp*, Die Bedeutung von Rezeptionsdeutungen für die Rechtsquellenlehre zwischen 1800 und 1850, in: Hans-Peter Haferkamp u. Tilman Reppen, *Usus modernus pandectarum. Römisches Recht, Deutsches Recht und Naturrecht in der Frühen Neuzeit*. Klaus Luig zum 70. Geburtstag, Köln 2007, S. 25 ff.

24 Zu den Diskussionen nach 1800 *Hans-Peter Haferkamp*, Georg Friedrich Puchta und die ‚Begriffsjurisprudenz‘, Frankfurt a. M. 2004, S. 146 ff.; zu den älteren Traditionen *Roy Garré*, *Consuetudo. Das Gewohnheitsrecht in der Rechtsquellen- und Methodenlehre des späten ius commune in Italien (16–18. Jahrhundert)*, Frankfurt a. M. 2005.

25 *Savigny*, *Beruf* (Fn. 10), 1814, S. 119.

26 *Friedrich Carl v. Savigny*, *System des heutigen Römischen Rechts*, Bd. 1, Berlin 1840, S. 90 ff.

27 *Savigny*, *System* (Fn. 26), S. 94; zu den damit verbundenen hermeneutischen Überlegungen Savignys: *Stephan Meder*, *Missverstehen und Verstehen. Savignys Grundlegung der juristischen Hermeneutik*, Tübingen 2004, S. 85 ff. und passim.

28 Vgl. zum Folgenden *Haferkamp*, Puchta (Fn. 24), S. 324 ff.

Billigkeit, also das Rechtsgefühl. Dieses Rechtsgefühl war, so meinte er, durch die Zugehörigkeit zu einer Wertegemeinschaft geprägt, dem Volksgeist. Da es dabei um ein Gefühl ging, stellten sich zwei Folgefragen: Wo kamen die Gemeinschaftswerte, die die Rechtssätze steuern, her und wie war sicherzustellen, dass ein behaupteter Wert auch ein wirklicher Wert, ein praktisches Bedürfnis war?

Wo kamen die praktischen Bedürfnisse, also die Gemeinschaftswerte her? Puchta Antwort lautete: Wir wissen nicht, wie sie entstehen und können daher nicht sicher nachweisen, dass ein Bedürfnis wirklich existiert. Eine radikale Antwort. Der Volksgeist als Entstehungsgrund des Rechts sei für uns undurchschaubar, „dunkle Werkstätte“. Daraus folgte: Dass ein praktisches Bedürfnis existiert, erkennen wir immer erst, wenn ein Rechtssatz da ist, der es ausdrückt. Die Geschichte war das „Weltgericht“. Ein Bedürfnis musste sich also durchsetzen. Sichtbar ist nur „das Entstandene selbst“. Freilich war dies nur eine scheinbare Sicherheit, ein Indiz. Nicht alles, was wir als Rechtssätze vorfinden, bezeugte ein Bedürfnis. Rechtssätze entstanden durch Menschen. Nicht jeder hatte gleichermaßen einfühelnden Anteil am Volksgeist. Eben deshalb blieb der Volksgeist dunkle Werkstätte. Ein verhängnisvoller Zirkel: Wir wissen erst, was gilt, wenn es da ist, nicht alles, was da ist, gilt jedoch. Daher also der behauptete einzige Ausweg: Wir wissen nicht wie die Bedürfnisse entstehen und können nicht beweisen, dass sie gelten. Daher müssen wir auf unser Rechtsgefühl vertrauen. Nur die Akzeptanz der Entscheidung durch andere konnte größtmögliche Sicherheit geben. Wirkliche Sicherheit gab es nie. Im Zweifel musste der Richter in sich hineinhören, denn „sowie ein Richter sich von ihrer [sc. der bisherigen Meinung] Unrichtigkeit fest überzeugt hat, würde er pflichtwidrig handeln, wollte er sie noch ferner anwenden, und hätte man sie Jahrhunderte lang für wahr gehalten, und seit Menschengedenken in den Gerichten befolgt.“²⁹

Das Vertrauen in das Rechtsgefühl provozierte eine Folgefrage. Wieso war das Rechtsgefühl des Menschen gut? Recht war Menschenwerk. Konnten Menschen nicht auch in ihrem Rechtsgefühl Unrecht umsetzen? Auch dies beschäftigte Puchta. Recht sei, so bemerkte er 1841, „für die Menschen, welche der Erkenntnis seines Ursprungs noch nicht entfremdet sind, ein Theil der Religion.“³⁰ Es gelange „in das menschliche Bewußtseyn... auf dem natürlichen Weg eines... eingeborenen Sinnes oder Triebes.“ Dieser „natürliche Weg“ der Rechtsentstehung sei einer, „bey welcher der eigentliche Schöpfer sich verbirgt, und das Recht als eine Schöpfung des menschlichen Geistes erscheinen... läßt.“³¹ Puchta nahm hier Schellings Vergleich des Rechts mit einer Mythologie auf. Eine Mythologie war ein Schatten von Gottes Religion. „Das Göttliche ist daher der Mythologie nicht ganz entfremdet, wenn auch nicht

29 *Georg Friedrich Puchta*, Vorlesungen über das heutige römische Recht; aus dem Nachlaß hg. von Adolph August Rudorff, Bd. I, Leipzig 1847, S. 40.

30 *Puchta*, *Cursus der Institutionen*, Bd. I, Leipzig 1841, S. 23.

31 *Puchta*, ebda. S. 23.

die Gottheit als solche darin ist.³² Indem Menschen Mythologien schufen näherten sie sich Gott, wenn auch mit Umwegen und Fehlern. Und so war es auch mit dem Recht. Es lief auf ein richtiges, gerechtes Recht zu, Umwege und Fehler eingeschlossen. Puchta war Optimist. Savigny wurde noch offener religiös: Vor Unwahrheit schütze „ein stilles demüthiges Herz, treue Liebe zur Wahrheit und herzliches Gebet [...] denn hier und dort ist es doch am Ende der einfältige Kindersinn, dem allein die Wahrheit offenbart wird.“³³ Die Wahrheit wurde offenbart. Wer offenbarte? Savigny verwies darauf, dass der „Wille Gottes [...] der tiefere Grund der Sittlichkeit und des Rechts“ sei.³⁴ Savignys enger Freund Bethmann-Hollweg meinte übereinstimmend, gegen bloße „Spekulation“ helfe dem Juristen nur, „wenn er jenen andern demüthigen Weg findet, den Weg des Glaubens, auf dem ein höheres Licht ihm entgegenstrahlt, und, indem es sein ganzes Wesen ergreift, verjüngt und belebt, jeder Kraft in ihm einen neuen Schwung verleiht. Was er dort sehnsüchtig zu schauen trachtet, empfängt er hier zu Eigen, das ewige Recht, das göttliche Gesetz, nicht bloß als dunkles Gefühl, sondern als erleuchteten innersten Trieb seiner Seele.“³⁵ Deus in nobis. Das Recht war Menschenwerk, Gott waltet aber immer in uns.

Die erste Antwort auf die mich hier interessierende Frage lautet also: Der Jurist ist durch sein Rechtsgefühl in der Lage, das Leben ins Recht einfließen zu lassen. Konkret bedeutete dies den Appell an das, was jedem einleuchtet: „Wer fühlt nicht, dass es hier einer Schadensersatzklage bedarf?“³⁶

III. Das begriffene Bedürfnis

Savigny, Puchta und Bethmann-Hollweg glaubten also an Sinn in der Welt. Sie glaubten jedoch nicht daran, dass dieser Sinn der menschlichen Vernunft schlicht denkerisch zugänglich war. Ihren Juristen als Suchendem und Fühlenden wurde

32 *Friedrich Wilhelm Joseph Schelling*, Philosophie der Mythologie, 1837, in: Klaus Vieweg u. Christian Danz, Philosophie der Mythologie in drei Vorlesungsnachschriften, München 1996, S. 100.

33 *Adolf Stoll*, Friedrich Karl v. Savigny – Ein Bild seines Lebens mit einer Sammlung seiner Briefe, Bd. II – Professorenjahre in Berlin 1810-1842, Berlin 1929, Nr. 338, S. 239; hierzu auch: *Dieter Nörr*, Savignys philosophische Lehrjahre. Ein Versuch, Frankfurt a. M. 1994, S. 263.

34 *Friedrich Carl v. Savigny*, Diskussion um § 52 des Systems, Bl. 224 S. 6, der Brief ist im Internet greifbar unter savigny.ub.uni-marburg.de.

35 *Moritz August v. Bethmann-Hollweg*, Grundriß zu Vorlesungen über den gemeinen und Preußischen Civilprozeß, 3. Aufl. Bonn 1832, S. XIV; etwas neutraler sprach er 1837 (mit Blick auf Savigny) einerseits von „Ernst und einer Liebe, der allein das Wesen der Dinge sich erschließt“ und andererseits einer völligen Durchdringung des Gegenstandes „und seines Verhältnisses zur Totalität des Wissens“, so in: *Bethmann-Hollweg*, Rez. Savignys Recht des Besizes, 6. Aufl., in: Jahrbücher für wissenschaftliche Kritik 12, 1838, Sp. 265 ff., 267.

36 *Rudolph Jhering*, Culpa in contrahendo oder Rechtsschutz bei nichtigen oder nicht zur Perfektion gelangten Verträgen, in: JhJb 4, 1861, S. 5; zur Nähe zwischen Jhering und Puchta in diesen Fragen: *Haferkamp*, Puchta (Fn. 24), S. 28 f.; *Joachim Rückert*, Der Geist des Rechts in Jherings „Geist“ und Jherings „Zweck“, in: Rechtsgeschichte (Rg), 5, 2004, S. 128 ff., 133 f.

schon zeitgenössisch ein anderes Modell entgegengehalten. Wenn die Welt Sinn hatte, warum war sie nicht auch vernünftig, also durch Denken zu entzaubern? An die Möglichkeit, der Wirklichkeit ihre Vernunft zu entlocken, glaubten bekanntlich die Anhänger Hegels. Lorenz v. Stein setzte sich 1841 in einer langen Rezension mit Savignys dargelegten Thesen auseinander. Auch Stein interessierte dabei die Frage, was vom römischen Recht heute noch anwendbar sei. Er betonte, das Recht sei seinem Wesen nach dem „Organismus des Staatslebens“ untergeordnet, der Wert des Rechts sei davon abhängig, ob es mit dem Staatsleben „in seiner Grundidee und in seinen Besonderungen übereinstimmt“. ³⁷ Um dies beurteilen zu können, müsse man „die Wirklichkeit und ihr wissenschaftliches wie praktisches Bedürfnis ins Auge“ fassen. ³⁸ Was bedeutete dieses „ins-Auge-fassen“ des praktischen Bedürfnisses? Stein verstand den Terminus „Bedürfnisse“ im Sinne Hegels. Für Hegel war die Gesellschaft durch ein dialektisch fortschreitendes Geflecht arbeitsteiliger Bedürfnisse gesteuert, deren Zusammenspiel im Idealfall individuelle und kollektive Bedürfnisse zum Ausgleich brachte und so den Idealzustand der Sittlichkeit erreichen konnte. Hegels „System der Bedürfnisse“ erlangte gesellschaftstheoretische Bedeutung bekanntlich als Einflussfaktor auf Karl Marx. Vorliegend ist von Interesse, dass auch Hegel an diesen sich selbst aber zugleich vernünftig setzenden Bedürfnissen der Gesellschaft die Aufgabe des Rechts orientierte. Die Rechtspflege sollte diese Realität der Bedürfnisse akzeptieren und die Entfaltung der Bedürfnisse sicherstellen ³⁹. Hegels Realität der Bedürfnisse lief auf eine Entzauberung der Triebkräfte der Gesellschaft hinaus. Ganz konsequent beschritt Stein den von Hegel vorgezeichneten Weg. Bereits parallel zur Kritik an Savigny arbeitete Stein an einer historischen Analyse der französischen Gesellschaft zwischen 1789 und 1830. Sein ihn berühmt machender „Begriff der Gesellschaft“ von 1842 fand mit Hegel die menschliche Gesellschaft durch das System der Bedürfnisse in Bewegung gesetzt. ⁴⁰ Geschichte und Geschichtsteologie dienten ihm dazu, die lenkenden Bedürfnisse zu entziffern. Dies soll im Einzelnen nicht interessieren. Die Folge war jedenfalls, dass das Recht an eine Gesellschaftstheorie gebunden wurde, eine aus dem Staatszweck abgeleitete Aufgabe bekam. Das „Wirkliche“ und seine Bedürfnisse waren begriffen,

37 Lorenz v. Stein, Zur Charakteristik der heutigen Rechtswissenschaft, in: Hallische und Deutsche Jahrbücher für Wissenschaft und Kunst 1841, S. 365–366; 369–370; 373–374; 377–380; 381–384; 386–387; 389–391; 393–395; 397–399; 377.

38 Stein, a. a. O., S. 383.

39 Vgl. Rolf Peter Horstmann, Hegels Theorie der bürgerlichen Gesellschaft (§§ 158–256), in: Ludwig Siep (Hg.), G.W.F. Hegel, Grundlinien der Philosophie des Rechts (= Klassiker Auslegen 9), Berlin 1997, S. 193 ff., 200, 206.

40 Gottfried Salomon (Hg.), Lorenz von Stein, Der Begriff der Gesellschaft und die soziale Geschichte der französischen Revolution bis zum Jahr 1830 (= Gottfried Salomon (Hg.), Lorenz von Stein, Geschichte der sozialen Bewegung in Frankreich von 1789 bis auf unsere Tage, Bd. 1), München 1921, S. 29.

es herrschte Licht in der Werkstatt des Volksgeists. Auf das „Herausfühlen der Bedürfnisse“ folgte das „Begreifen“ der Bedürfnisse, die zweite Antwort auf meine Lebensbezugsfrage.

Puchta hielt diesen Versuchen erkenntnistheoretisch entgegen:

„Wäre mit so leichten Griffen zu enträthseln die Natur,
Hätte sie auf Euch gewartet, ihr zu kommen auf die Spur?“⁴¹

Hinter dieser Feststellung versteckte sich ein politisches Konzept, mit dem Puchta auch ganz konkret sein scheinbar nur philosophisches Problem unterfüttert hatte.⁴² Dies verdeutlichte eine Auseinandersetzung zwischen Puchta und dem ultrakonservativen Ludwig v. Gerlach im Jahr 1844. Puchta wandte sich scharf gegen den „Spott über die Verzweiflung, mit der ich am Eingang der dunklen Werkstätte der Volksüberzeugung stehen bleibe.“ Puchta hielt v. Gerlach entgegen: „Theuerster Freund! Wenn Sie im Dunkel der Nacht aufsitzen, und an Ihrem Staat und Ihrem Recht formen, vernehmen Sie nicht nebenan die Communisten zimmern und graben, nur durch eine dünne Wand von Ihnen geschieden?“

Puchta warnte dort vor den „Staatskünstlern, mögen sie in der Jakobinermütze oder in der Tiara auftreten.“⁴³ Er fürchtete um den Verlust der Autonomie des Rechts. Ganz unabhängig von der philosophischen Frage, ob Juristen rational oder gefühlsmäßig Zugang zu den Bedürfnissen des Lebens haben, ging es politisch um Macht. Wenn keiner ganz sicher wusste, was richtig war, entstand Recht von selbst. Medium zwischen Leben und Recht waren dann Juristen. Recht war Juristenrecht. Wenn das Leben dagegen entzaubert war, wurden Juristen Nachbarwissenschaften, der Politik oder der Kirche untergeordnet. Rechtswissenschaftler setzten dann fremde Programme um, aus dem Herrscher über das Recht wurde ein Diener nicht des Rechts, sondern anderer Herrscher über das Recht.

IV. Das bewertete Bedürfnis

Ich komme nun zu meiner dritten kleinen Geschichte um Leben und Recht. Puchtas schellingianisch-religiös und Steins hegelianisch fundiertes Modell verloren im 19. Jahrhundert bald an Boden. Gott und die Vernunft wurden als Bewegter der Geschichte verabschiedet. Damit wurde mein Problem für uns Heutige leichter zugänglich. Nach der Philosophie wurde nun die Naturwissenschaft wichtiges Vorbild für die Rechtswissenschaft. Die Wirklichkeit wurde nun

41 *Georg Friedrich Puchta*, Über eine Rezension von Savignys Geschichte des römischen Rechts im Mittelalter in den Berliner Jahrbüchern für wissenschaftliche Kritik Nro. 41–44, in: Rheinisches Museum für Jurisprudenz 1827, S. 331.

42 Vgl. *Haferkamp*, Puchta (Fn. 24), S. 434 ff.

43 Brief abgedruckt bei Hans Liermann u. Hans-Joachim Schoeps (Hgg.), Materialien zur preußischen Ehescheidungsreform, Göttingen 1961, S. 501.

nicht erfüllt und nicht begriffen, sondern zunächst einmal betrachtet. Schon 1843 hatte Georg Beseler vorgeschlagen, den Bedürfnissen des Lebens durch Beobachtung „nach Art eines Naturforschers“⁴⁴ auf die Spur zu kommen. Bald ergaben sich schwierige Fragen. Umstritten war schnell, ob wir die Wirklichkeit überhaupt ohne verzerrende Vorurteile des Betrachters analysieren können. Anschauungen ohne Begriffe sind blind, hatte Kant gesagt. Es ist wohl kein Zufall, dass die Diskussion dieser Zusammenhänge sehr bald zur Trennung zweier Fächer führte, die eigentlich hier doch hätten zusammen agieren können: der Rechtsdogmatik und der Rechtssoziologie⁴⁵. Während die Rechtssoziologie das Problem im sog. Werturteilsstreit zu der bis heute drängenden Frage verdichtete, ob wertungsfreie Wirklichkeitsbetrachtung überhaupt möglich ist, fragten Rechtsdogmatiker umgekehrt: Wie lassen sich der Wirklichkeit Werte entnehmen? Rudolph v. Jhering, sensibler Resonanzboden für diese Entwicklungen, kämpfte seit 1859 gegen zuviel „Logik“ und für mehr „Leben“. Seine berühmte Antwort aus dem Jahr 1865 wurde bereits referiert: Die Rechtssätze wechseln „mit den Bedürfnissen des Lebens“.⁴⁶ Jhering wollte diese Bedürfnisse nun nicht erfüllen und er glaubte auch nicht, sie erdenken, begreifen zu können. Im naturwissenschaftlichen Ausgangspunkt forderte er Beobachtung des Lebens. Doch genügte dies nicht. Scharf wetterte er 1868 gegen bloßes „Zählen“ und den „Handwerker-Positivismus“. Nicht das war wirklich, was sich dem oberflächlichen Auge bot, sondern erneut das, was den Sinn in der Wirklichkeit ausmachte. Jhering suchte nach der „Ursubstanz von Ideen, Anschauungen, Erwägungen, Zwecken“.⁴⁷ Er suchte also nicht nach Wirklichkeit, sondern nach Werten in der Wirklichkeit. Warum? Es gab konkrete Probleme. Ein Beispiel: Die Verkehrssitte war besonders im Handelsrecht traditionell ein Weg, wie Recht entstand.⁴⁸ Um 1900 wurde deutlich, dass hier nicht Bedürfnisse des Lebens, sondern wirtschaftliche Interessengemeinschaften Recht schufen. Versicherungsunternehmen gingen international vernetzt dazu über, über den Einsatz von Allgemeinen Geschäftsbedingungen die Wirklichkeit zu gestalten. Indem allen Vertragspartnern die gleichen Geschäftsbedingungen aufgezwungen wurden, wurden Verkehrssitten gemacht.⁴⁹ Hinter dem Wirklichkeitsargument standen handfeste Interessen. Max Weber warnte 1913 davor, dass die Orientierung

44 Georg Beseler, *Volksrecht und Juristenrecht*, Leipzig 1843, S. 58, 109.

45 Zu diesen Zusammenhängen Hans Ryffel, *Rechtssoziologie. Eine systematische Orientierung*, Neuwied und Berlin 1974, S. 70 f.

46 Jhering, *Geist III*, 1865 (Fn. 18), § 59, S. 314.

47 Jhering, *Geist III*, S. 315; zu diesen Zusammenhängen nun Joachim Rückert, *Der Geist des Rechts in Jherings „Geist“ und Jherings „Zweck“*, in: *Rechtsgeschichte (Rg)*, 5, 2004, S. 128 ff.; 6, 2004, S. 122 ff.

48 Hierzu Nadja Al-Shamari, *Die Verkehrssitte im § 242 BGB: Konzeption und Anwendung seit 1900*, Tübingen 2006, S. 208, 210.

49 Vgl. HKK-Duve/Haferkamp, § 242, Rn. 31 f.

an außerrechtlichen Faktoren zu einer Instrumentalisierung des Rechts und insbesondere der Justiz durch „Gerechtigkeitsanforderungen sozialer Klasseninteressen und Ideologien“ führe.⁵⁰ Versteckt sich hinter der Behauptung eines „praktischen Bedürfnisses“ also nichts als der Versuch, das Recht durch Lobbies zu steuern? Sitte wurde jedenfalls von Juristen auch als „Unsitte“ wahrgenommen. Juristen suchten Werte, um die Wirklichkeit steuern zu können. Damit ergab sich eine auffallende Kontinuität zu früheren Diskussionen. Weiterhin sprachen Juristen ständig vom Leben, an dem das Recht auszurichten sei. Weiterhin wurde dieses Leben aber eher geistig, nicht als Bündel von Tatsachen betrachtet. Wo also kommen die Werte des Lebens her, wenn nicht aus den Tatsachen des Lebens?

Ich springe nun ins 20. Jahrhundert, genauer zu Josef Esser und seiner Frankfurter Habilitationsschrift „Wert und Bedeutung der Rechtsfiktionen“⁵¹ aus dem Jahr 1940.⁵² Esser beschäftigte sich hier am Beispiel der Fiktion mit dem Verhältnis von Leben und Begriff und startete dabei einen grundsätzlichen Angriff auf juristische Dogmatik. Er hielt den Dogmatikern eine Verkennung der rechtlichen Tatsachen vor. Rechtliche Lösungen würden irrig aus übergeordneten Begriffen wie Eigentum, Vertrag oder Willenserklärung abgeleitet. Auf diese Weise verfehle man die Wirklichkeit, es entstehe weltfremde Jurisprudenz.⁵³ Damit ist mein Thema wieder berührt. Wie wollte Esser an das Leben herankommen? Seine Antwort hieß: „Bewertung der Sozialwirklichkeit“.⁵⁴ „Wirklichkeitsnahe“ Jurisprudenz hieß also nicht die Wirklichkeit an der Wirklichkeit zu messen. Die Wirklichkeit sollte bewertet werden. Aber woher kamen die Werte?

Sie waren jedenfalls nun da und hatten früher gefehlt. Während, so Esser, die ‚Positivisten‘ des 19. Jahrhunderts zu einer entsprechenden Wertungsarbeit „mangels einer hierzu fruchtbaren weltanschaulichen Basis unfähig“ gewesen seien⁵⁵, sei man heute, „mit weltanschaulichem Ideengut ausgerüstet, das uns den Wertmesser zu jeglicher rechtspolitischer Stellungnahme gibt“. Der „weltanschauliche[n] Indifferenz des Liberalismus“ setzte Esser ein „allen positiven Gesetzen zugrundliegende[s] und letztlich maßgebende[s] höchstes Rechtsgebot“ entgegen, wie es das „völkische Rechtsdenken“ anerkannt habe.⁵⁶

50 *Max Weber*, *Wirtschaft und Gesellschaft*. Grundriß der verstehenden Soziologie, 6. Aufl. 1976, Kap. VII, § 8: Die formalen Qualitäten des modernen Rechts (entstanden zwischen 1911 und 1913), S. 513; ähnlich bereits zuvor *ders.*, Rezension zu: Philipp Lotmar: *Der Arbeitsvertrag nach dem Privatrecht des deutschen Reiches*. 1. Bd. (1902), in: *Archiv für soziale Gesetzgebung* 17 (1902), S. 723 ff.

51 *Josef Esser*, *Wert und Bedeutung der Rechtsfiktionen*. Kritisches zur Technik der Gesetzgebung und zur bisherigen Dogmatik des Privatrechts, Frankfurt a. M. 1940.

52 Vgl. das Vorwort zur zweiten Aufl., Frankfurt a. M. 1969, S. 7.

53 *Esser*, *Wert und Bedeutung der Rechtsfiktionen* (Fn. 51), S. 132 ff.

54 *Esser*, *Wert und Bedeutung der Rechtsfiktionen*, S. 135.

55 *Esser*, *Wert und Bedeutung der Rechtsfiktionen*, S. 132.

56 *Esser*, *Wert und Bedeutung der Rechtsfiktionen*, S. 28.

Essers Wirklichkeit, die er der Begrifflichkeit entgegenstellte, war nicht empirisch. Es ging nicht darum, der Wirklichkeit ihre Gesetze abzutrotzen, sondern die Wirklichkeit Werten zu unterwerfen. Wirklichkeit und Wert griffen ineinander. Die Richter nutzten eine neue Werteordnung, um das bestehende Recht zu verändern. Probleme mit der Rechtssicherheit würden, so Wolfgang Siebert, schwinden, „je stärker und sicherer sich die deutsche nationalsozialistische Rechtsauffassung auswirken wird.“⁵⁷

Lässt man die Erwägung beiseite, dass derartige Konzepte einen nicht zu unterschätzenden Beitrag für die Stabilisierung des Nationalsozialismus leisteten, so muss man methodengeschichtlich feststellen, dass totalitäre Systeme es Methodikern leicht machen. Totalitäre Wertungseinheit macht es einleuchtend, dass der Richter frei werten kann. Nach 1945 wurde es daher auch schnell schwieriger: Karl Larenz machte 1960 klar, dass für die Vorstellung einer Wertungsjurisprudenz die Frage entscheidend sei, „in welcher Weise dem Richter ... die maßgebenden Werte gegeben sind“.⁵⁸ Hatten alle Richter die gleichen Werte und entsprachen diese Werte auch den Werten des Staates oder der Gesellschaft? Larenz griff beherzt und hegelianisierend zum „objektiven Geist“ der Werteordnung.⁵⁹ Dieser objektive Geist umfasste die Wirklichkeit, also das Leben, nur, wenn man eine solche Einheit für möglich hielt, während nach neukantianischer Tradition die Trennung zwischen Wirklichkeit und Wert das eigentliche Problem darstellte. Deutlicher als Larenz, wurde Josef Esser in dieser Frage nach 1945 nun vorsichtiger.⁶⁰ Er blieb zunächst dabei, dass der Richter die Wirklichkeit bewerten solle, aber wonach? 1949 sprach er naturrechtlicher von einer „mit den Kulturen gleitende[n], aber in den Wesensfragen von Mensch und Gesellschaft festliegende[n] Wertordnung oder Werthierarchie“.⁶¹ Die zunächst so gescholtene „Indifferenz des Liberalismus“ saß auch Esser nun im Nacken. 1956 war die Wertungssicherheit endgültig verfliegen und die Wertungsjurisprudenz geriet bei ihm in eine Krise. Plötzlich sollten nicht mehr wertende Richter, sondern die Wirklichkeit von selbst Recht schaffen. Die Rechtsgrundsätze bildeten sich, so meinte er nun, in einem „längeren unerschwellig verlaufenden Prozeß ... bis dann das Einleuchten, die inventio eines bisher noch ungeformten Gedankens, plötzlich eine überzeugende ... Formulierung

57 *Wolfgang Siebert*, Verwirkung und Unzulässigkeit der Rechtsausübung. Ein rechtsvergleichender Beitrag zur Lehre von den Schranken der privaten Rechte und zur *exceptio doli* (§§ 226, 242, § 26 BGB.), unter besonderer Berücksichtigung des gewerblichen Rechtsschutzes (§ 1 UWG.), Berlin 1934, S. 154.

58 *Karl Larenz*, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, Berlin 1960, S. 127.

59 *Karl Larenz*, Methodenlehre, 2. Aufl. 1969, S. 318; ähnlich *ders.*, Richtiges Recht. Grundzüge einer Rechtsethik (Beck'sche Schwarze Reihe, 185), 1979, 23 ff., 80 ff.

60 Hierzu *Monika Frommel*, Die Rezeption der Hermeneutik bei Karl Larenz und Josef Esser, Ebelsbach 1981.

61 *Josef Esser*, Einführung in die Grundbegriffe des Rechtes und Staates. Eine Einführung in die Rechtswissenschaft und in die Rechtsphilosophie, Wien 1949, S. 15.

findet.⁶² Am Ende stand also ein „Aha-Effekt“ – und was stand am Anfang? – Das Leben. Esser sprach davon, dass „eine reale Sachproblematik ... die Entwicklung einer Lösung“ erzwingt. Bedürfnisse schaffen Recht. Recht entsteht dabei zunächst unbewusst, also in einer dunklen Werkstätte, und kommt erst im Bewusstsein der Juristen langsam zum Vorschein – Esser war in Auseinandersetzung mit amerikanischen Strategien zur Rationalisierung von Richterrecht bei Puchta angekommen. Und sofort war das gewünschte Ergebnis wieder da: Juristen schufen Recht, indem sie als Medium zwischen Leben und Norm vermittelten. Gerade weil dies ein zunächst intuitiver Prozess ist, war erneut die Autonomie der Juristen gesichert. Recht war vor allem Richterrecht.

V. Schluss

Der Jurist, das Recht und das Leben. Ist nicht eigentlich alles ganz einfach? Wir schauen uns das Leben ganz genau an, wissen wie es ist und richten das Recht danach aus. Die von mir untersuchte Diskussion dieser Fragen war deshalb interessant, weil niemand behauptete, dass es so einfach sei. Man versuchte die praktischen Bedürfnisse zu erfüllen, sie zu begreifen und sie zu bewerten. Bei allem Wechsel der erkenntnistheoretischen und methodischen Zugänge zeigte sich in einer Hinsicht Konstanz: Je sicherer das Leben zu erkennen war, desto weniger Autonomie wurde Juristen eingeräumt. Philosophie, Religion, Naturwissenschaft, Ökonomie oder Politik gaben nun die Richtung vor.

Juristen wollten es mit dem Leben daher oftmals gar nicht so genau wissen. Um sich abzuschotten, verwiesen sie lieber auf das „Anstandsgefühl aller billig und gerecht Denkenden“⁶³, als auf die Kompetenz der Rechtsphilosophie und sie betrieben lieber „Empirie am Schreibtisch“, als die Rechtssoziologie zu befragen. Im Dickicht der naturalistischen Fehlschlüsse waren Lebensfragen immer auch Zuständigkeitsfragen.

62 *Josef Esser*, Grundsatz und Norm in der richterlichen Fortbildung des Privatrechts, Tübingen 1956, S. 52, nächstes Zitat: S. 164.

63 Zur sog. Anstandsformel *Jens Wanner*, Die Sittenwidrigkeit der Rechtsgeschäfte im totalitären Staat. Eine rechtshistorische Untersuchung zur Auslegung und Anwendung des § 138 Absatz 1 BGB im Nationalsozialismus und in der DDR, Ebelsbach 1996, S. 44 ff.