

121

ACTA UNIVERSITATIS SZEGEDIENSIS  
DE ATTILA JÓZSEF NOMINATAE

ACTA JURIDICA ET POLITICA

Tomus XXVIII.

Fasciculus 10.



1987 SEP 16

ELEMÉR PÓLAY

**Ursprung, Entwicklung und Untergang  
der Pandektistik**

SZEGED

1981



ACTA UNIVERSITATIS SZEGEDIENSIS  
DE ATTILA JÓZSEF NOMINATAE

---

ACTA JURIDICA ET POLITICA

Tomus XXVIII.

Fasciculus 10.

ELEMÉR PÓLAY

**Ursprung, Entwicklung und Untergang  
der Pandektistik**

SZEGED

1981

Redigunt

GYÖRGY ANTALFFY, ÖDÖN BOTH, ANTAL FONYÓ, BÉLA KEMENES,  
ISTVÁN KOVÁCS, KÁROLY NAGY, ELEMÉR PÓLAY, JENŐ SZILBEREKY

Edit

*Facultas Scientiarum Politicarum et Juridicarum Universitatis Szegediensis  
de Attila József nominatae*

Nota

*Acta Jur. et Pol. Szeged*

Szerkeszti

ANTALFFY GYÖRGY, BOTH ÖDÖN, FONYÓ ANTAL, KEMENES BÉLA,  
KOVÁCS ISTVÁN, NAGY KÁROLY, PÓLAY ELEMÉR, SZILBEREKY JENŐ

Kiadja

*A Szegedi József Attila Tudományegyetem Állam- és Jogtudományi Kara  
(Szeged, Lenin krt. 54.)*

Kiadványunk rövidítése  
*Acta Jur. et Pol. Szeged*

ISSN 0563—0606

## EINLEITUNG

Die sozialistische Rechtsanschauung erblickt eine ihrer Aufgaben darin, gewisse Produkte der Pandektistik bzw. die pandektistischen Züge aus der Rechtswissenschaft zu entfernen oder ihr Geltungsgebiet einzuengen. Diese Tendenz manifestiert sich zunächst in den Versuchen, das pandektistische System des Zivilrechts und seine Konzeptionen (subjektives Recht, juristische Person, Besitztheorie und ihre Struktur) zu liquidieren, bzw. das pandektistische wissenschaftliche und Lehrbuch-System des römischen Rechts zu verändern und die sich auf das antike römische Recht abgelagerten pandektistischen Schichten abzutragen und natürlich, die Systeme und Konzeptionen der Bürgerlichen Gesetzbücher auszugestalten.

Diese Tendenz war ein natürlicher Faktor der Bestrebungen, die die Erschaffung des sozialistischen Zivilrechts in Wissenschaft und Kodifikation zum Ziel gesetzt haben. Und dies war natürlich auch im Kreise der Pfleger der Wissenschaft der römischen Rechts. Das pandektistische System wurde vom Zeitalter des deutschen Kapitalismus sich auf die früheren italienischen und deutschen Traditionen stützend geboren. Aber weder das System selber, noch die durch die Pandektistik ausgearbeiteten einzelnen Lehren (z. B. Besitzlehre, der juristischen Personen, usw.) waren geeignet, von dieser neuen Rechtslehre ohne weiteres rezipiert zu werden. Und was die Wissenschaft des römischen Rechts anlangt, war die sich in den Lehrbüchern der sowjetischen Romanisten zeigende Tendenz unbedingt begründet, wonach unter dem Namen „römisches Recht“ nicht die pandektenrechtlichen Konzeptionen vorgelesen werden sollen, sondern wirklich das antike römische Recht in seiner geschichtlichen Schichtung und wonach keine Konstruktionen im Rahmen des römischen Rechts gelehrt werden dürfen, die die Produkte der Pandektistik des vergangenen Jahrhunderts sind.

Diese auf die Ruptur mit der Pandektistik gerichtete Bestrebung konnte natürlich nicht leicht realisiert werden, weil damit eine wertvolle jahrhundertelange rechtswissenschaftliche Vergangenheit im Ganzen oder teilweise liquidiert werden musste. Die auf die Zivilistik und Romanistik ausgeübte Wirkung der Pandektistik ist nämlich intensiv genug. Zur selben Zeit bedeuteten gewisse puristische Bestrebungen, z. B. auf dem Gebiet des Unterrichts des römischen Rechts, die Ablösung der theoretischen Konzeptionen der Pandektistik mit der Kasuistik der antiken römischen Juristen oder die vollständige Verbannung der Terminologie nicht-römischen Ursprungs (z. B. juristische Personen, Rechts- und Handlungsfähigkeit) aus dieser Disziplin, eine ernste Ver-

schuldung gegen die didaktischen Gesichtspunkte. Die Anwendung der Terminologie der Pandektistik ist nämlich sowohl in der Zivilistik als auch teils in der juristischen Romanistik begründet und richtig. Ebenso ist es nicht begründet, gewisse hervorragende Konzeptionen der Pandektistik (z. B. die Struktur der Rechtsgeschäfte, usw.) aus der Zivilistik zu verbannen.

Die Problematik der Pandektistik, namentlich ihre Liquidierung oder Zurückdrängung, die Modifizierung ihrer Konzeptionen sind daher eine ausserordentlich komplizierte Frage im Rechtsleben und in der Rechtswissenschaft der sozialistischen Länder. Die Untersuchung der Laufbahn der Pandektistik kann deshalb nicht uninteressant sein.

Um diese Aufgabe lösen zu können, sollen die folgenden Fragen beantwortet werden:

Es soll zunächst einmal geklärt werden, was wir dem Wesen nach unter Pandektistik verstehen; d. h., der Begriff der Pandektistik ist festzusetzen;

wir sollen die geschichtlichen Wurzeln der Ausgestaltung und den Vorgang der Entwicklung der Pandektistik, sowie den Schluss dieses Vorgangs im Vaterland der Pandektistik, Deutschland untersuchen; und endlich

sollen wir zum Abschluss auf die sich nach der Endung der Entwicklung dieser Pandektistik zeigenden pandektistischen Züge in der Zivilrechtswissenschaft hinweisen.

Bei der Lösung dieser Aufgaben wünschen wir uns natürlich mit der Pandektistik selber als einer Wissenschaft, mit den bedeutendsten wissenschaftlichen Konzeptionen der hervorragendsten Vertreter der Pandektistik zu beschäftigen. Es gehört daher in die Rahmen unserer Abhandlung weder die die Wirkung der Pandektistik widerspiegelnden deutschen Zivilgesetzbücher (Sächsisches Zivilgesetzbuch, BGB) zu analysieren noch deren Wirkung in den verschiedenen Kodifizierungsversuchen und in der Rechtspaxis zu zergliedern. Wir wollen nur Wissenschaftsgeschichte geben!

## I. BEGRIFF DER PANDEKTISTIK

### 1. Problem des Pandektenrechts im allgemeinen

1. Unter Pandektistik oder mit anderen Worten Pandektenwissenschaft sollten wir im Grunde genommen eine sich mit einem der Gesetzbücher des Justinian, mit dem aus den Werken einiger vorklassischen, zahlreicher klassischen und ein oder zwei nachklassischer Rechtsgelehrten zusammengestellten und von dem Kodifikatoren aufgrund einer kaiserlichen Ermächtigung der Erfordernissen des byzantinischen Rechtslebens angepassten, *Digesta seu Pandectae* betitelten Kodex beschäftigende Disziplin verstehen. Die Wirklichkeit ist aber nicht dies, denn nicht jede sich mit den justinianischen Pandekten beschäftigende Disziplin kann so genannt werden.<sup>1</sup>

2. Die Pandektistik ist somit keine unbedingt die justinianische Pandekten untersuchende Wissenschaft. Der Gegenstand der Pandektistik ist das sog. Pandektenrecht. Es fragt sich aber, ob das Pandektenrecht mit dem in den justinianischen Pandekten enthaltenen Rechtsmaterial identisch sei. Eine Frage mag kaum dahingestellt sein und zwar, dass das Pandektenrecht irgendwie auf dem Stoff der Pandekten basiert. Was wird also im Schrifttum Pandektenrecht genannt?

### 2. Glossatoren, Kommentatoren und die deutsche Rezeption

#### I.

1. Die Wiederentdeckung des bedeutendsten Teiles der justinianischen Gesetzgebung, der Digesten, in der zweiten Hälfte des 11. Jh.<sup>2</sup> ist diejenige Tatsache, bei der der Ursprung des „Pandektenrechts“ vielleicht gesucht wer-

<sup>1</sup> In diesem Sinn könnte eine zu den Digesten am Anfang des 7. Jahrhunderts von einem unbekanntem Autor — dem sog. Anonymos — zusammengestellten Kommentarserie (Katene = Kette), die dem Wesen nach eine Paraphrase griechischer Sprache der Digesten war und die die Grundlage der um die Wende der 9—10. Jahrhunderte verfertigten Basiliken wurde, Pandektenwissenschaft genannt werden. Dieses Gesetzeswerk begann dann wieder durch die byzantinische Rechtswissenschaft auf eine solche Weise kommentiert zu werden, dass es mit der Katene von Anonymos bis zum 13. Jh. fortdauernd verbunden wurde, ergänzend diese mit weiteren Kommentaren (Scholia). Vgl. G. Dulckeit—F. Schwarz: Römische Rechtsgeschichte. München—Berlin, 1963. 251—252. Es gibt aber keine Spuren in der Literatur davon, dass diese die justinianischen Pandekten kommentierende Rechtswissenschaft Pandektenwissenschaft genannt würde.

<sup>2</sup> Das die Digesten enthaltende Manuskript mag in der zweiten Hälfte des 6. Jh. in der unter byzantinischer Herrschaft stehenden Italien entstanden sein. Das

den kann. Irnerius, der Errichter der Glossatorschule in Bologna war es, der als Instruktor der Grammatik und der Dialektik (*magister in artibus*) dieses Gesetzeswerk Untersuchungen unterzog. Aber der Jurist bekam in kurzer Zeit die Oberhand in ihm und er begann dann die Digestentexte mit erklärenden Randglossen zu versehen. Der Ausgangspunkt der Wissenschaft der Glossatoren war also die Erklärung der justinianischen Pandekten mit der von den lombardischen Juristen übernommenen sog. exegetischen Methode, die den genauen Sinn jeder Quellenstelle festzustellen strebte.<sup>3</sup> Dies hat natürlich nicht bedeutet, als ob die Glossatoren sich mit den anderen Teilen des Stoffes der justinianischen Kodifikation, den Institutionen, dem Kodex, ja mit dem Material der nach der Kodifizierung verfertigten Privatsammlung, der *Novellae* nicht beschäftigt hätten. Im Mittelpunkt ihres Interesses war aber ohne Zweifel die Exegese der Pandekten.<sup>4</sup> Diese Exegese bedeutete ursprünglich nur eine Wortauslegung — Irnerius war ja zunächst grammaticus — später aber haben die Glossatoren auch meritorischen Auslegungen, Interpretationen stattgegeben. Dann haben sie aus dem Stoffe die parallelen Texte und Antinomien analysiert und ihre Feststellungen mit juristischer Motivierung begleitet, die häufig so hohen Niveaus war, dass sie für das richtige Verständnis der Texte selbst heute behilflich ist.<sup>5</sup> Diese Rechtswissenschaft entwickelte sich soweit, dass sie imstande war auch selbständige Gattungen auszugestalten. Solche waren die *summae*, die die inhaltliche Zusammenfassung einiger Stoffteile bedeuteten, die *distinctiones*, d. h. die begrifflichen Bestimmungen und Kategorisierungen,<sup>6</sup> die *dissensiones dominorum*, d. h. die die Streitfragen zusammenfassenden Werke und schliesslich die *casus* d. h. die Rechtsfallsammlungen.

Manuskript wurde in Pisa entdeckt und davon seinen originellen Namen: Pisana erhielt, dann geriet dieser einzigartige Fund nach der Einnahme Pisas von den Florentinern (1406) nach Florenz, wovon er seinen späteren Namen: Florentina bekam. Vgl. L. Wenger: Die Quellen des römischen Rechts. Wien, 1953. 96—97, mit der bezüglichen Literatur in den Fussnoten. — In den Händen der Glossatoren, so des Irnerius, war aber die sog. *Litera bononensis*, eine Kopie der Pisana, die der fehlerhaften Einbindung der Pergamentblätter zufolge von der Pisana abwich. Die späteren Vulgata-Manuskripte wurden aufgrund dieser gemacht und erst später, aufgrund eines von der Pisana abweichenden Manuskripts erhielt die *litera bononensis* eine Korrektur. Vgl. H. Kantorowicz: Über die Entstehung der Digestenvulgata. SZ 30 (1909) 183 ff. und 31 (1910) 14 ff.

<sup>3</sup> H. Fitting: Anfänge der Rechtsschule zu Bologna. Berlin—Leipzig, 1888. 89. ff. — P. Koschaker: Europa und das römische Recht.<sup>3</sup> München—Berlin, 1958. 69, 687. — F. Wieacker: Vom römischen recht. Stuttgart, 1961. 295. — H. Coing: Die juristische Fakultät und ihr Lehrprogramm. Handbuch der Quellen und Literatur der neueren europäischen Privatrechtsgeschichte. Band I. München, 1973. 39. ff.

<sup>4</sup> Das justinianische Rechtsmaterial wurde von den Glossatoren in fünf Bücher eingeteilt und zwar: a) Digestum vetus, b) Digestum novum, c) Digestum infortiatum, d) die ersten neun Bücher des Codex, e) die Institutionen, die letzten drei Bücher des Codex und die *Novellae*. (Es handelte sich hier in erster Linie um die Übersetzung lateinischen Sprache der *Novellae*. Eine 134 Novellen enthaltende Sammlung wurde von den Glossatoren als authentisch angesehen, daher bekam diese den Namen: *Authenticum*).

<sup>5</sup> Dulkeit—Schwarz a. a. O. 253—254. In Hinsicht der literarischen Gattungen und Methoden der Glossatoren vgl.: P. Weimar: Die legistische Literatur und die Methode des Rechtsunterrichts der Glossatorenzeit. *Ius commune* II. Frankfurt a/M. 1969, 43 ff.

<sup>6</sup> H. Peters setzt voraus, dass diese literarische Gattung schon von Irnerius gepflegt wurde (Die oströmische Digestenkommentare und die Entstehung der Digesten-Berichte über die Verhandlungen der Kgl. sächsischen Gesellschaft der Wiss. phil.-hist. Kl. 65 (1913), 22—23.)



2. Inhaltlich war die Tätigkeit der Glossatoren überwiegend privatrechtlich, die Pandekten enthalten ja zum grössten Teil das Warenaustausch-Weltrecht des römischen Reiches. Ausserdem zeigten auch die Erfordernisse des Zeitalters der Glossatoren bis zu einem gewissen Grad in dieser Richtung. In den lombardischen Städten kamen Gewerbe und Handel ungefähr zu dieser Zeit zur Entwicklung und dies machte begründet, uns mit dem justinianischen Warenaustauschrecht zu beschäftigen (selbst wenn die Ergebnisse der privatrechtlichen Tätigkeit der Glossatoren von der Praxis kaum angewandt wurde). Die wissenschaftliche Tätigkeit der Glossatoren beschränkte sich aber überhaupt nicht auf das Privatrecht. Nachdem die justinianischen Gesetzbücher, und unter ihnen ein bedeutender Teil des Kodexes, sich eben mit dem Aufbau des römischen Staates beschäftigen, ja auch zahlrechte *tituli* der von den Glossatoren in erster Reihe in Betrachtung gezogenen Pandekten staatsrechtliche Probleme regeln,<sup>7</sup> war unvermeidbar sich auch mit Problemen solcher Natur zu beschäftigen, ja in dieser Hinsicht Meinung zu äussern. Und es war eine Weile eben ihre Tätigkeit dieser Richtung mehr mit dem Leben verbunden. Es ist nämlich wohlbekannt, dass sie in den immer schärfer werdenden Kämpfen zwischen Kaisertum und Papsttum es waren, die die römische „Kaiseridee“ erneuerten. Für sie verging das Imperium Romanum nie, sondern es bestand fort in der Form des westlichen christlichen Kaisertums. Darauf verweist der von ihnen herrührende Satz: „*unum esse ius, cum unum sit imperium*“. Die Juristen von Bologna sahen im Kaiser denjenigen „*Dominus mundi*“, über den die justinianische Kodifikation spricht.<sup>8</sup>

3. Die Glossatoren haben aber ihre Tätigkeit nicht nur aufgrund der justinianischen Gesetzbücher, bzw. des Rechtsstoffs entfaltet. Ihre Tätigkeit beschränkte sich nicht ausschliesslich auf das Warenaustauschrecht des Römischen Reiches und die Weiterentwicklung gewisser öffentlich-rechtlichen Konzeptionen dieses Reiches. Es war unbedingt notwendig, auch das der feudalen Verhältnisse ihres Zeitalters bezügliche Rechtsmaterial nicht ausser acht zu lassen. Accursius versah die das longobardische Lehnrecht enthaltenden sog. *Libri Feudorum* mit seinen Glossen und damit wurde dieses Werk zusammen mit dem angeschlossenen Glossenmaterial das Gesetzbuch des Lehnrechts.<sup>9</sup> Die Beschäftigung mit diesen beiden Arten des Rechtsstoffes machte natürlich eine gewisse Wechselwirkung im Material der Glossen unvermeidlich, was natürlich nicht ausschliesst, dass im Mittelpunkt der Tätigkeit der Glossatoren unverändert die Pandekten, bzw. die mit ihnen verbündenen Randglossen und

<sup>7</sup> D. I. 10—22. *De officio consulis, praefecti praetorio, praefecti urbis, quaestoris, praetorum, praefecti vigilum, proconsulis et legati, praefecti Augustalis, praesidii, procuratoris Caesaris vel rationalis, iuridici, cui mandata est iurisdicatio, adessorum*. Oder z. B. D. 48. 18. *De quaestionibus*, oder D. 49. 16. *De re militari*, usw.

<sup>8</sup> H. Coing: Römisches Rechts in Deutschland. IRMAe V. 6. Mediolani, 1964. 30. Was für eine Bedeutung die Glossatoren in politischen Problemen hatten, wird z. B. dadurch bestätigt, dass Irnerius deshalb vom Kaiser Heinrich V im Frühling 1118 nach Rom mitgebracht wurde, damit er die Bürger der Stadt überzeugt, dass für die Papstwahl kaiserliche Bestätigung notwendig sei (*Fitting a. a. O.* 90—91). Wir wissen auch davon, dass die Päpste von Alexander III ab (Mitte des 12. Jahrhunderts) sich für Rechtsauskünfte systematisch zu den Glossatoren in Bologna wendeten (*Koschaker a. a. O.* 69—72). — Den Glossatoren nach stamme die kaiserliche Gewalt, das imperium unmittelbar von den Göttern und sei ewig. Die Person des Kaisers sei unverletzlich und geschützt durch das *crimen laesae maiestatis* (*Coing a. a. O.* 31—36).

<sup>9</sup> K. Lehmann: Das langobardische Lehnrecht. Göttingen, 1896.

die sich auf diese stützende, den der Form verschiedener Gattungen erscheinende Literatur (*summae, distinctiones, casus*, usw.) blieben und sie den Charakter ihrer Tätigkeit gaben.

4. Die Glossatoren haben also mit der Methode der Exegese ausgeführten Weiterentwicklung des Materials der justinianischen Gesetzbücher und daraus zunächst der Pandekten ein gewisses in privatrechtlicher Beziehung theoretisches, in öffentlich-rechtlicher Beziehung aber viel mehr praktisches, sich teils mit dem Lehnsrechtsstoff verbundenes Rechtsmaterial ausgebildet, das zwar — obwohl im Mittelpunkt der Tätigkeit der Glossatoren die Pandekten standen — nicht als Pandektenrecht angesehen werden kann, aber zur Grundlage für die Weiterentwicklung dienen konnte, die in der Richtung der Ausbildung des Pandektenrechts zeigte.

## II.

1. Das durch die Glossatoren geschaffene Rechtsmaterial stand auf dem Gebiet des Privatrechts mit dem praktischen Leben kaum in Verbindung. Diese Verbindung wurde in den 13—14. Jahrhunderten von den Universitäten zu Perugia, Padua, Pavia und Pisa tätigen Kommentatoren hergestellt.

Ihre Methode wich von der exegetischen Methode der Glossatoren grundlegend ab. Ja dem Wesen nach haben sie nicht einmal die justinianischen Gesetzbücher sondern nur ihre glossierten Teile, ja sogar häufig — ungeachtet des Textes des *Corpus Iuris* — bloss die Glosse selber analysiert. Deshalb wurde ihre Tätigkeit mit dem geringschätzigen Ausdruck „*glossare glossarum glossas*“ charakterisiert und deshalb wurden sie oft als die Epigonen der grossen Glossatoren: Postglossatoren angesehen. Ihre mit der Glosse verbundenen, manchmal aber davon unabhängig gewordenen, durch die scholastische Denkweise charakterisierten umfangreichen „Kommentare“ haben sich von der Glosse mehr und mehr abgelöst und erschienen als selbständige Werke. Und dieser Umstand machte ihre Methode geeignet, die zwischen den feudalen, bzw. präkapitalistischen Lebensverhältnissen und dem weiterentwickelten römischen Recht bestehenden Verbindungen in Italien zu erschaffen. Ihr Zweck war nicht die Auslegung der justinianischen Kodifikation — dies war ja von den Glossatoren ausgeführt — sondern sie wünschten ein für das Leben brauchbares römisches Recht herbeizuführen. Dies war aber ausschliesslich durch das justinianische Material, bzw. die damit verbundenen Glossen nicht zu erreichen, denn die sich partikulär geltend machenden Lehnsrechte, sowie das Recht der Kirche: das kanonische Recht konnten bei der Lösung dieser Aufgabe nicht ausser Acht gelassen werden.

Die Kommentatoren haben also überall, wo es notwendig war, das Gewohnheitsrecht, die Statuten der nord-italischen Städte, und gleichfallst auch die Sätze des kanonischen Rechts in Betracht genommen. Das römische Recht ist deshalb für sie dem Wesen nach ein Ausgangspunkt und gleichzeitig ein „Element“ für den Ausbau des neuen Rechtssystems,<sup>10</sup> obwohl zweifellos das wichtigste Element. Damit konnten sie ein Recht erschaffen, das die Lücken der lokalen Statuten ausfüllend geeignet worden war, als ein subsidiäres

<sup>10</sup> Koschaker a. a. O. 88.

Recht an den Gerichtsinstanzen zur Geltung zu kommen (*ubi cessat statutum, habet locum ius civile*).<sup>11</sup>

2. Der das Privatrecht berührende Teil der Tätigkeit der Kommentatoren ist jetzt schon mit dem praktischen Leben in eine enge Verbindung gekommen, weil dies von dem Gewerbe und Handel, die sich der sich mehr und mehr entwickelnden Produktion der 13—14. Jahrhunderte zufolge entfaltet, jetzt schon immer mehr erfordert wurde. Im Mittelpunkt ihrer Kommentare stand daher notwendigerweise auch weiterhin das Material, das auf die justinianischen Pandekten hinwies (mit Hinsicht auf die sich entwickelnde Warenproduktion zunächst auf das Mobiliareigentums- und Vertragsrecht). Es konnte nämlich weder das longobardische Lehnrecht noch das kanonische Recht vom Gesichtspunkt der rechtlichen Regulierung des präkapitalistischen Warenaustausches aus beachtungswerte Zurechtweisung geben. Aber wie bedeutend auch die staatsrechtsentwickelnde praktische Tätigkeit der Glossatoren war, war die Tätigkeit dieser Richtung der Kommentatoren derselben, bzw. noch grösserer Bedeutung. Mit Weiterentwicklung des die Grundlage des Monopols der kaiserlichen Rechtssetzung bildenden Prinzips des römischen Rechts („*quod principi placuit legis habet vigorem*“) haben die Kommentatoren, in erster Reihe Bartolus, den rechtstheretischen Grund der Berechtigung der lokalen Gesetzgebung mit der eingehenden Bearbeitung des Prinzips „*princeps imperator in regno suo*“ erschaffen.<sup>12</sup>

3. In der Tätigkeit der Kommentatoren vermischte sich also das von den Glossatoren ausgelegte und von den Vorigen weiterentwickelte justinianische Recht mit dem longobardischen Lehnrecht, sowie mit Elementen des kanonischen Rechts. Und nachdem im Mittelpunkt dieser Tätigkeit die mit dem auf das Pandektenrecht zurückführbaren Warenaustauschrecht verbundener Kommentator stand ausser den auch aus der justinianischen Kodifikation abgeleiteten öffentlich-rechtlichen Konzeptionen und nachdem jetzt schon beide Rechtsstoffe der Praxis dienten, hier dürfen wir schon von der modernen Anwendung des auf das Pandektenrecht zurückführbaren Rechts sprechen. Das Vorbild des Pandektenrechts zeigt sich hier erst in der Rechtsgeschichte von Europa. Und dies ist natürlich, weil nur die öffentlichrechtliche und lehns-

<sup>11</sup> G. Ermini: Jus commune et utrumque ius. Acta congressus iurid. internat. II. (1935) 511. 516 ff.

<sup>12</sup> O. Gierke weist darauf hin, dass Bartolus die Frage stellte, wie lange das Normsetzungsrecht der universitas (im gegebenen Fall der Stadt oder der Körperschaft) reiche. Bartolus machte einen Unterschied zwischen den Fällen, wenn die Regelung das Sein einer bürgerlichen Gemeinschaft ordnet (*statutum pertinens ad causarum decisionem*) und wenn es nur um das Recht der Satzungszerzeugung einer Vereinigung handelt (*statutum pertinens ad administrationem rerum ipsius universitatis*). Das vorige kam demgemäss nur den Gemeinschaften zu, die Jurisdiktion hatten, das letztere Recht, das der Satzungszerzeugung aber steht irgendeiner Vereinigung zu (Das deutsche Genossenschaftsrecht. III. Berlin, 1883, 387). Bartolus differenzierte ähnlich zwischen dem Besteuerungsrecht des Staates und dem Beitragsauferlegungsrecht der Körperschaften (Gierke a. a. O. 389). — Die Kommentatoren wendeten das Prinzip „*princeps imperator in regno suo*“ in der Beziehung der partikulären Rechtssetzung an und so machte die Stellungnahme der Kommentatoren „den partikulären Gesetzgeber“, aber sie verwahrte gleichzeitig auch den des Kaisers bezüglichen originellen Sinn dieses Prinzips (Koschaker a. a. O. 90). — Die Kommentatoren begannen ausserdem das Strafrecht als ein Gebiet des öffentlichen Rechts theoretisch auszubauen (W. Engelmann: Die Schuldlehre der Postglossatoren. Leipzig, 1895). — Vgl. noch mit A. Wolf: Forschungsaufgaben einer europäischen Gesetzgebungsgeschichte, Ius commune. V. Frankfurt a/M. 1975. 183.

rechtliche Tätigkeit der Glossatoren unmittelbar mit der Praxis verbunden, während ihre privatrechtliche Tätigkeit mehr kathederscharaktens war. Im Mittelpunkt der Rechtsgeschichte des mittelalterlichen Europas steht also nicht die Tätigkeit des Irnerius, sondern viel mehr die des Bartolus; seine Kommentare bekamen ja in Spanien und Portugal eine beinahe rechtsbuchartige Rezeption.<sup>13</sup> Es wurde aber von den Kommentatoren die grösste Wirkung auf Europas Rechtsentwicklung durch die Eindringung ihrer Kommentare in Deutschland ausgeübt.

### III.

1. Es war herrschend lange Zeit hindurch die Auffassung, dass in Deutschland das römische Recht auf dem Wege der in 1495 in Kraft gesetzten Reichskammergerichtsordnung zufolge eingetretenen Rezeption eingedrungen war. Die neuere Literatur sieht aber diesen Akt der Gesetzgebung und seine Auswirkungen in Hinsicht des Eindringens des römischen Rechts in das deutsche Landesgebiet nur als einen Meilenstein.<sup>14</sup>

Die Wirklichkeit ist, dass bevor das römische Recht auf dem Gebiet Deutschlands ein lebendes Recht wurde, seine Träger auf dem deutschen Gebiet: die Schüler der Glossatoren und zusammen mit ihnen auch die Schriften der Glossatoren erschienen waren, hauptsächlich vom 13. Jahrhundert ab.<sup>15</sup> Aber die Wirkung der Glossatoren ist nicht nur auf theoretischem sondern auch auf einem praktischen Gebiet zu bemerken. In Machtkampf des Kaisertums und Papsttums — wie erwähnt — spielte die auf die justinianische Kodifizierung zurückführbare Stellungnahme an der Seite der Deutsch-Römischen Kaiser eine grosse Rolle. Nachdem die Glossatoren zwischen dem Herrn des ehemaligen Imperium Romanum und dem deutsch-römischen Kaiser den Standpunkt der Rechtskontinuität annahmen, gab dies den Kaisern eine Grundlage dazu, in ihren Urkunden die justinianischen Formeln anzuwenden,<sup>16</sup> und in ihren Machtkämpfen von den Glossatoren Gebrauch machend, auf ihre Argumentationen hinzuweisen. — Ausserdem beginnt das römische Recht, und zwar selbst in privatrechtlicher Beziehung, schon von dem 13. Jh. ab zur Geltung zu kommen, wenn auch nicht vor den weltlichen, sondern den kirchlichen Instanzen (in der Beziehung des ehelichen Güterrechts, des Testaments, des Patronats, des Wucherverbots, der eidlich bestätigten Verträge, usw.).<sup>17</sup> In der Praxis der kirchlichen Gerichte ist das römische Recht mit subsidiärem Charakter erschienen und dies bezog sich auch auf die Städte, wo das römische Recht mit solchem subsidiärem Charakter schon vom 15. Jh. ab zur Geltung kam.

<sup>13</sup> F. C. Savigny: Geschichte des römischen Rechts im Mittelalter. Heidelberg, 1834—1851. Bd. VI. 154.

<sup>14</sup> Coing a. a. O. 11—13. — W. Trusen: Zur Rezeption des römischen Rechts in Deutschland. Einzelne Probleme der Rechtsgeschichte und des römischen Rechts. Acta Jur. et Pol. Univ. Szegediensis. Tom. XVII (1970) 123 ff.

<sup>15</sup> Coing a. a. O. 19.

<sup>16</sup> Der Ausdruck des C. 1.1.1.: „*Cunctos populos, quos clementiae nostrae regit temperamentum*“ ist in der vom Kaiser Friedrich I aus 1165 stammenden Urkunde, während derjenige mit dem Beginn „*Summa rei publicae*“ und jener, des Justinian bezügliche, Text des caput der justinianischen Konstitution, dass: *Imperator . . . pius, felix, inclitus triumphator, semper Augustus*“ in einer Urkunde des Lothar III zu finden ist, damit dass „*Romanorum imperator*“ (Coing a. a. O. 28—29).

<sup>17</sup> Trusen a. a. O. 128—128.

2. Nach diesen erfolgt die sog. Rezeption des römischen Rechts mit dem Inkrafttreten der Reichskammergerichtsordnung v. J. 1495, die das römische Recht der Glossatoren (*Glossa Ordinaria* von Accursius) bzw. Kommentatoren mit subsidiärem Charakter als *ius commune* in Verbindung mit dem kanonischen Recht und dem langobardischen Lehnrecht vor dem Gericht höchster Instanz anzuwenden verordnete. Aus dem justinianischen römischen Recht waren natürlich nur die glossierten Teile Gegenstände der Rezeption,<sup>18</sup> die kaiserlichen Konstitutionen griechischer Sprache (die sog. *leges restitutae*) waren deshalb nicht angewendet, bei den italischen Juristen wurde ja allgemein das Prinzip: „*Graeca non leguntur*“.

3. Die Anhänger dieser Rezeption waren aber nicht mehr unter den Kaisern, sondern den Landesherren zu suchen. Es waren sie, die die schon erwähnten Konzeptionen der Kommentatoren, unter ihnen in erster Reihe das Prinzip „*princeps imperator in territorio suo*“, ergriffen haben. In dieser Zeit ist nämlich die sog. „Kaiseridee“ in den Hintergrund und die Gewalt der Landesherren selbst ideologisch in den Vordergrund getreten. Die subsidiäre Anwendung des römischen Rechts entsprach ausserordentlich ihren Interessen, sie bedeutete nämlich, dass dieses Recht nur dann angewandt werden konnte, wenn das Landrecht nicht anders verfügte.<sup>19</sup> So bestand das gesetzgeberische Recht des Landesherrn aufgrund der Lehren der Kommentatoren unverletzt.

Die Entwicklung zeigte doch nicht in die Richtung der Verstärkung des subsidiären Charakters des *ius commune*, des gemeinen Rechts. Wie die Güterverhältnisse sich entwickelten, so wurde die Unentwickeltheit der lokalen Rechte und das Primat des römischen Warenaustauschrechts — zunächst des Mobiliareigentums- und des Vertragsrechts — immermehr offenbar. Ausserdem sind nicht nur in der wirtschaftlichen Grundlage, sondern auch im Überbau Tendenzen aufgetreten, die das Primat des römischen Rechts bekräftigt haben. In Deutschland verbreitete sich früh die italische Auffassung, dass der geschulte Jurist-Richter nur das *ius commune* zu kennen habe. Dabei wurde es vom gebildeten Richter nur selten gefordert, auch das lokale Recht anzuwenden. Es war auch lästig dies zu beweisen, weil dessen Beweislast dem darauf Berufenden oblag. Es gestaltete sich auch das Prinzip, dass altes Recht vor

<sup>18</sup> E. Landsberg: Über die Entstehung der Regel: *Quidquid non agnoscit glossa*. 1880.

<sup>19</sup> Viel gewinnender als diese Ansicht ist der Standpunkt, wonach die Rezeption ihren Ursprung den auf die Erhaltung, Zentralisierung des Deutsch-Römischen Reiches gerichteten Bestrebungen der Anhänger der zentralen Gewalt zu verdanken habe (*Gyula Eörsi: Összehazonlító polgári jog* [Vergleichendes Zivilrecht]. Budapest, 1975. 143 ff). Es scheint aber nicht eben diese Ansicht von der Wirklichkeit bestätigt zu werden. Die kaiserliche Gewalt geht mit dem Aussterben der Hohenstaufen-Dynastie unter (*Coing, IRMAe V. 6. 14*) und in der Zeit der Rezeption war „der entscheidende Gesetzgeber... in die weltliche Gerichtspraxis nicht Kaiser und Reich, sondern der Landesherr... , der auf diesem Gebiet weithin zum *imperator in territorio suo* geworden ist“ (*Trusen a. a. O. 127*). Ausserdem weist auch der Satz „Landrecht bricht gemeines Recht“, also die Vorschrift der subsidiären Anwendung des rezipierten römischen Rechts auf die in der Rezeption gespielte entscheidende Rolle der Landesherren hin. Dasselbe wird von *Gábor Vladár* (*Magyar Felsőoktatás* [Ungarischer Hochschulunterricht] Arbeiten des Landeskongresses für Hochschulwesen am 10–16 Dezember 1936. Hgg. v. *Károly Mártonffy*. Budapest, 1937. Bd. II. 258) betont, als er den nationalsozialistischen Ansichten gegenüber — denen nach die deutsche Rechtswissenschaft durch das römische Recht in den Individualismus hineingetrieben wurde — darauf hinweist, dass das römische Recht den Beifall der Fürsten eben mit seiner staatsrechtlichen und nicht mit der privatrechtlichen Konzeption gefunden hatte.

neuem Recht gelte. In diesem Sinn bedeuteten die Pandekten das möglich älteste Recht, so war auch dieses Prinzip geeignet, das später zustandegekommene deutsche Recht beiseite zu legen.<sup>20</sup> Aufgrund der Meinung von Bartolus, dass wenn den Zeuge ein sog. *homo peritus* ist, sein Wort als schwerwiegend zu bewerten sei, als das Wort von anderen (Baldus hatte eine gegensätzliche Meinung), hat sich auch in der Praxis des Reichskammergerichts die Ansicht ausgestaltet, dass die Beweiskraft der Äusserung eines „Doktors“ höher sei als die eines anderen.<sup>21</sup> Der Doktor war aber offensichtlich der Kenner des *ius commune* und nicht derjenige des lokalen Rechts. Im kanonischen Recht entwickelte sich dabei auch der sich auf das römische Recht stützende Satz, dass in der Rechtsregel die „*ratio*“ sich manifestieren soll. Das der Rationalität nicht entsprechende Gewohnheitsrecht sei nicht anzuwenden.<sup>22</sup> Die Glossen, das schriftlich abgefasste kanonische Recht und das in den *Libri Feudorum* enthaltene Lehnrecht entsprechen der allgemeinen juristischen Auffassung nach der „*ratio scripta*“, wogegen das schriftlich im allgemeinen nicht abgefasste lokale Gewohnheitsrecht in den Hintergrund zu treten hatte. In dieser Weise hat das aufgrund der Arbeit der Glossatoren, bzw. viel mehr der Kommentatoren ausgestaltete römisch-kanonisch-langobardische Mischrecht das Primat auf dem Gebiet von Deutschland erworben, ohne dass — wie in der früheren Literatur vorausgesetzt — zwischen dem römischen Mischrecht und dem germanischen Lokalrecht abgelaufen wäre.<sup>23</sup>

Der Gegenstand der sog. deutschen Rezeption war also das von den Kommentatoren, in erster Reihe von Bartolus, ausgestaltete römisch-kanonisch-langobardische Mischrecht, das der Grund des *ius commune* von Deutschland geworden ist. Dieses Material bezog sich gleichermaßen sowohl auf das Gebiet des öffentlichen Rechts als auf das des Privatrechts. Es waren nämlich eben diese öffentlich-rechtlichen Konzeptionen, die den Beifall der deutschen Landesherren gefunden hatten. Die justinianische Kodifizierung bezog sich übrigens in gleicher Weise sowohl auf das öffentliche als auch auf das Privatrecht.<sup>24</sup>

4. Inzwischen, im Laufe des 16. Jh., gestaltet sich die Schule der französischen Humanisten, als ein Gegenpol der Rechtswissenschaft der Kommentatoren, namentlich des Bartolus, die sich dem römischen Recht, als einem der Kunstwerke des Altertums — zu den originellen Quellen zurückkehrend — von geschichtlicher und linguistischer Seite annähern wollte. Die zwei grössten Gestalten der Schule waren Cuiacius und Donellus. Der letztere von diesen

<sup>20</sup> *Trusen* a. a. O. 132—134.

<sup>21</sup> *Trusen* a. a. O. 137.

<sup>22</sup> Mit diesem Problem beschäftigten sich schon auch die Kommentatoren (*Trusen* a. a. O. 138).

<sup>23</sup> *Coing* a. a. O. 11—13. — Die Wirklichkeit war, dass das von den Kommentatoren vorbereitete und von den deutschen Juristen weiterentwickelte römische Juristenrecht, mit seiner reichen Kasuistik, — wie *Koschaker* klarlegt — an der einen Seite, während das Lokalrecht partikulären Charakters, das von den Juristen nicht gepflegt wurde, an der anderen Seite stand. Nur ein Reichsrecht deutschen Ursprungs und ein Juristenstand hätten die Rezeption verhindern können — davon war aber keine Rede (*Koschaker* a. a. O. 241.).

<sup>24</sup> Die Objekte des Unterrichts waren das *Corpus Iuris Civilis* und *C. I. Canonici* und in diesem Rahmen das vom *Corpus Iuris Civilis* umfasste öffentliche Recht und Privatrecht in gleicher Weise (*F. Regelsberger*: *Pandekten I.* Leipzig, 1893. 13.) Vgl. darüber *F. Wieacker*: *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit*<sup>2</sup>. Göttingen, 1967. 135.

unterrichtete im Laufe des Jahrhunderts auch an der Universität in Altdorf bei Nürnberg. Aber weder seine Tätigkeit, noch diejenige des im Anfang des Jahrhunderts eine ähnliche Richtung vertretenden *Ulrich Zasius*<sup>25</sup> auf deutschem Gebiet einstweilen Anhänger fand. Das rezipierte römische Recht wurde deshalb durch die bartolischen Kommentare vertreten.

5. Die Rechtsentwicklung konnte aber in den Rahmen, die durch die Kommentare des Bartolus festgesetzt wurden, natürlich nicht bleiben. Die Lebensverhältnisse in Deutschland waren ja einigermaßen andere als diejenigen in Italien. Die neueren Rechtsnormen und das heimatliche deutsche Rechtsmaterial mussten auf das rezipierte Mischrecht der Kommentatoren notwendigerweise eine Wirkung ausüben. Diese beiden wurden durch die sog. Praktiker (Kameraljuristen) miteinander in Übereinstimmung gebracht,<sup>26</sup> damit dass sie das rezipierte römische Recht den heimischen Verhältnissen angepasst hatten. Damit erschien in Deutschland von der Mitte des 16. Jahrhunderts ab bis zum Ende des 18. Jahrhundert ein sich mit dem auf die römischen Gründe stützenden *ius commune* und eine dem deutschen partikulären Recht verbundene umfangreiche Literatur, die von Samuel Stryk's „*Usus modernus Pandectarum* (1690—1712)“ betiteltet Werk die Benennung „*Usus modernus (Pandectarum)*“ erhielt.

Die grundlegenden Eigentümlichkeiten dieser Literatur sind: a) die aus dem Mittelalter stammenden Methoden, b) eine weitgehende Entfernung vom Material des *Corpus Iuris*, c) die mehr und mehr gesteigerte Benützung des partikulären Rechts und eine gewisse Synthese des „gemeinen Rechts“ und des „Partikularrechts“ zu erzielen und endlich d) die sog. „*case-law*“ Bearbeitung des Materials.

Der *Usus modernus Pandectarum* beschränkte sich schon im allgemeinen auf das Privatrecht. Dies ist aber in weiten Sinne zu nehmen, insofern diese Rechtswissenschaft noch auch das Verfahrensrecht, sowie in gewissem Masse auch das Strafrecht und Lehnsrecht umfasst.<sup>28</sup> Diese Differenzierung lässt sich natürlich verstehen. Die Bedeutung der öffentlich-rechtlichen Konzeptionen des römischen Rechts verblasst sich ja stufenweise, zur selben Zeit rücken die bei der Regelung der Warenaustauschverhältnisse anzuwendenden Rechtssätze römischen Ursprungs in den Vordergrund, was mit der Kapitalisierung begründet werden kann.<sup>29</sup>

<sup>25</sup> R. Stintzing: Geschichte der deutschen Rechtswissenschaft I. München—Leipzig, 1880. 167 ff.

<sup>26</sup> Von den Praktikern ragen im 16. Jh. Mysinger und Gaill, im 17. Jh. B. Carpzwow hervor, dieser als der wichtigste „sächsische Praktiker“. Vgl. Wieacker a. a. O. 215 ff.

<sup>27</sup> A. Söllner: Zu den Literaturtypen des deutschen *Usus modernus*. *Ius commune*. II. Frankfurt a/M. 1969. 167. und Söllner a. a. O. 174, sowie Koschaker a. a. O. 246—247.

<sup>28</sup> Söllner a. a. O. 179.

<sup>29</sup> „Die Rezeption — sagt Eörsi (a. a. O. 37) — war selber nichts anderes als die Befriedigung der durch die sich entfaltenden Güterverhältnisse, besonders den Handel erhebenden rechtlichen Ansprüche in einer speziellen Art und Weise: die mit der Entwicklung der Verhältnisse fortwährend neugeborene, sich im Laufe der Tätigkeit der Glossatoren, Kommentatoren, Pandektisten ändernde Adaptierung der schon bearbeiteten und ihrer Antiquität zufolge ein grosses Prestige genießenden römischen Quellen.“ Eine Folge der obenerwähnten Differenzierung war, dass vom 16. Jh. ab sowohl im Unterricht als auch in der Rechtswissenschaft in Deutschland in der Richtung des öffentlichen Rechts (aber ausserdem auch in der Hinsicht des Straf- und Verfahrensrechts) ein Differenzierungsvorgang eingeleitet worden war.

Was den „Wissenschaft“-Charakter dieser Jurisprudenz betrifft, in dieser Hinsicht können kaum hohe Anforderungen an sie gestellt werden. Die völlige Lostrennung von den Quellen des römischen Rechts, die sich auf die Autorität der Vorläufer stützende Kritiklosigkeit bei der Übernahme des früheren Materials und der enge Praktizismus sind die Eigenheiten dieser Rechtswissenschaft.<sup>30</sup> Dass diese von den Quellen zweifellos getrennte, gewisse Irrtümer kritiklos übernehmende, praktizistische Juristentätigkeit gleichwohl als eine Wissenschaft angesehen werden soll, lässt sich damit begründen, dass die Praktiker imstande waren das *ius commune* weiterzuentwickeln, eine gewisse Synthese zwischen dem gemeinen- und dem Partikularrecht zu erschaffen und ausserdem auch die juristischen literarischen Gattungen auszugestalten.<sup>31</sup>

6. Der *Usus modernus Pandectarum* war also die in erster Reihe auf die Synthese zwischen dem gemeinen- und dem Partikularrecht zu erschaffen und von dem römischen Quellen losgerissene und die Irrtümer der Vorläufer häufig kritiklos übernehmende praktische rechtsentwickelnde Tätigkeit kasuistischer Methode der Kommentatoren, bzw. Kameralisten, die aber — obwohl hier die Theorie mit der Praxis verflochten genug auftrat — dem mehr und mehr weitschweig werdenden rechtswissenschaftlichen Material zufolge eine Rechtsunsicherheit zur Folge hatte, sich als unfähig erwies und so sich selbst gewissermassen überlebte. Es ist aber zweifellos, dass wir über die „Pandektenwissenschaft erst doch in Verbindung mit der Tätigkeit der deutschen Praktiker (Mysinger, Gaill, Carpzwow, Stryk, J. H. Böhmer, Leyser, Glück) sprechen können.

7. Identische Züge in der Rechtswissenschaft des *Usus modernus Pandectarum* und der Kommentatoren (Bartolus, Baldus) sind, dass im Mittelpunkt

---

In diesem Jahrhundert beschränken sich deshalb die deutschen Universitätsvorlesungen im allgemeinen auf das Privatrecht. Giphanius beschwert sich im 16. Jh., dass bei den akademischen Vorlesungen nur das Privatrecht in Betracht gezogen werde. Auch von den justinianischen Rechtsbüchern wurde nur das mit den grösstenteils Privatrecht enthaltenden Pandekten verbundene Material vorgelesen und das System der Pandekten wurde „Legalordnung“ genannt (*Regelsberger* a. a. O. I. 14—15). — Die Wurzeln der selbständigen Pflege des deutschen Privatrechts — wie von *K. Luig* (Institutionenlehrbücher des nationalen Rechts im 17. und 18. Jahrhundert. *Ius commune* III. 1970. 78—82) erwiesen — reichen bis zum 17. Jh. zurück und das Ideal des 18. Jahrhunderts in der Hinsicht von Lehrbüchern war das der Kasuistik der grossen Kommentare des Mittelalters und des *Usus modernus* entgegengesetzte kurze, systematisierende Lehrbuch.

<sup>30</sup> *Savigny*: „Das Übel bestand vielmehr darin, dass man den positiven Stoff, ohne kritische Prüfung und Sonderung seiner Bestandteile zu einem scheinbaren Ganzen für praktische Zwecke verarbeitet hatte. Indem so das Ungleichartige und Unvereinbare zusammengefügt wurde, war es schon zu sagen, ob der historischen Wahrheit oder den praktischen Zwecken des Lebens mehr Eintrag geschene. Dieses Alles aber war nicht etwa hervorgegangen aus einer irrigen Meinung, dass so recht sei, sondern man hatte es aus Gedankenlosigkeit allmählig so werden lassen. Einer überliederte dem Anderen diese tote Masse, in jeder Hand wurden unvermerkt neue Irrtümer hinzugefügt, und selbst die Besseren vermochten es nicht, dem traditionellen Ansehen der falschen Methode sich zu entziehen“ (*Savigny*: Der zehnte Mai 1788. Vermischete Schriften. Berlin, 1850. Bd. IV. 197—198).

<sup>31</sup> *Söllner* unterscheidet die folgenden literarischen Gattungen im literarischen Material der deutschen Praktiker: a) Kommentare zum gemeinen Recht (a. a. O. 176 ff), b) zusammenfassende und systematisch-enzklopädische Werke (a. a. O. 179—180), c) Werke monographischen Charakters (a. a. O. 180), d) Konzilienliteratur (a. a. O. 180 ff), e) Additionen und Sammlungen (a. a. O. 182—183), f) praktische Literatur, Hilfs- und Einleitungsschriften (a. a. O. 183—184) Und g) das partikuläre Recht behandelnde literarische Werke (a. a. O. 184 ff).



beider die Pandekten stehen, beide Mischrechte sind, beide zunächst praktischen Zwecken dienen, und beide sich vom Corpus Iuris grösstenteils losgetrennt haben: es ist aber eine Differenz zwischen ihnen, dass während das von den Kommentatoren ausgestaltete Recht das ganze Gebiet der norditalischen Verhältnisse, sowohl die öffentlichrechtlichen als auch die privatrechtlichen Verhältnisse umfasste, wurde die letztere Wissenschaft auf das Material der Vorigen aufgebaut. Sie entwickelte aber nur den Stoff des Privatrechts (einverstanden vorläufig noch das Verfahrens- und das Lehnsrecht) weiter, mit der Benützung des partikulären deutschen Rechts. Sie ist deshalb dem Wesen nach als eine Privatrechtswissenschaft anzusehen.

### 3. Das deutsche Pandektenrecht

#### I.

1. Der von den Praktikern erschaffene Usus modernus Pandectarum musste in dem sich entwickelnden Leben, unter den sich kapitalisierenden Lebensverhältnissen notwendigerweise in eine Sackgasse geraten, auch dem Umstand zufolge, dass die Tätigkeit dieser Juristen nicht immer auf der Höhe der Wissenschaft stand.

Der Usus modernus Pandectarum war ohne Zweifel — durch mehrere Übersetzungen — auf das in den Pandekten findbare Privatrecht zurückzuführen und das Privatrecht der Pandekten bedeutete zweifellos das warenaustausch-Weltrecht des Altertums. Dieses durch die Glosse vermittelte Waren austauschrecht wurde aber durch die Tätigkeit der Kommentatoren ihren feudal-präkapitalistischen Verhältnissen entsprechend umgestaltet, zusammengemischt mit Elementen des kanonischen Rechts und Lehnrechts. Die Grundlage also, auf die sich der Usus modernus Pandectarum stützte, entsprach den sich entwickelnden kapitalistischen Verhältnissen kaum, weil die Kommentare der „Postglossatoren“ ein von den Pandekten sozusagen unabhängiges Dasein erhielten. Ausserdem erhielt die Kasuistik der Praktiker — wie erwähnt — notwendigerweise eine partikuläre Färbung und dies — wie allgemein bekannt — war überhaupt nicht günstig für die entsprechende rechtliche Regulierung der sich kapitalisierenden Lebensverhältnisse. Zum Schluss war die Tätigkeit der Praktiker zwar geeignet ein gewisses Rechtsmaterials auszugestalten, aber diese Tätigkeit war wissenschaftlich nicht entwicklungsfähig genug. Es war ja keine deutsche Juristenschule, worauf die Praktiker sich in ihrer Tätigkeit hätten stützen können: Und es war auch kein entsprechendes Juristenzentrum, das sich zur Ausgestaltung eines Juristenstandes hätte eignen können. Ausserdem machten die sich anhäufenden, kritiklos übernommenen und vermehrten Irrtümer nach einer gewissen Zeit entwicklungsfähig den Usus modernus Pandectarum, dessen zerstreute Kasuistik Rechtsunsicherheit herbeigeführt hatte, was den Verhältnissen des sich entwickelnden Kapitalismus kaum entsprechen konnte.

2. Es ist dessenungeachtet zweifellos, dass es die von den deutschen Praktikern erschaffene Rechtswissenschaft, wenn auch niederen Niveaus, war, wodurch das Privatrecht, das „Pandektenrecht“ genannt werden kann, in Deutschland erst ausgebildet worden ist.<sup>32</sup>

<sup>32</sup> Koschaker ist es, der darauf hinweist, dass diese Rechtswissenschaft nicht hohen Niveaus sein konnte, weil es in Deutschland weder eine deutsche Juristen-

Es ist also unter Pandektenrecht das auf die Pandekten zurückführbare deutsche Privatrecht zu verstehen, das seine Benennung vom Ausdruck „*Usus modernus Pandectarum*“ erhalten hat.

## II.

1. Der *Usus modernus Pandectarum* ist irgendeine Veranstaltung, Systematisierung des Pandektenrechts in den 16 bis 18. Jahrhunderten. Seine Bereinigung von den überflüssigen Schwülsten, jahrhundertealten Irrtümern und Antinomien hätte aber eine Rechtswissenschaft von einem gewissen hohen Niveau gebraucht. Aber eine solche Jurisprudenz hätte das Niveau der praktischen Kasuistik der Praktiker überstiegen und sie erwiesen sich ungeeignet eine solche Arbeit auszuführen. Eine wirklich wissenschaftliche Richtung, eine neue Rechtswissenschaft wäre notwendig gewesen, um das verflachte Material des *Usus modernus Pandectarum* vom toten Punkt fortzubewegen. Eine solche Rechtswissenschaft schien die Wissenschaft des Naturrechts, die am Anfang des 17. Jahrhunderts mit dem i. J. 1625 publizierten „*De iure belli ac pacis*“ betitelten Werk des Hugo Grotius die Bühne der europäischen Rechtsentwicklung betrat. Diese rechtswissenschaftliche Richtung, von Ciceros „*naturalis ratio*“, sowie dem Begriff des römischen *ius gentium* ausgehend, wurde schon früh vom kanonischen Recht in gewissem Grade enteignet.<sup>33</sup>

2. Die Wirkung des Naturrechts war sehr bedeutend in der europäischen Rechtswissenschaft, wenn auch es sich in den verschiedenen Ländern in verschiedenen Formen niedergeschlagen hatte.<sup>34</sup> In Frankreich kamen seine pro-

---

schule noch ein Juristenzentrum gab, die geeignet gewesen wären eine Rechtswissenschaft hohen Niveaus auszugestalten (a. a. O. 274). Unserer Feststellung, dass das von den Praktikern ausgebildete Privatrecht erst Pandektenrecht genannt werden könne, steht R. *Sohm* (Institutionen, Leipzig, 1919, 175) einigermaßen gegenüber, der das rezipierte bzw. auf dem Rezeption beruhende deutsche Privatrecht schon „Pandektenrecht“ und die das pflegende Rechtswissenschaft des 16. Jahrhunderts „Pandektenwissenschaft“ nennt. Er ist aber nicht mit Rücksicht darauf, dass in der Zeit der Rezeption das Material der Kommentatoren öffentliches und Privatrecht in gleicher Weise enthält und dass die Ursache der Rezeption vielmehr eben im Vorigen zu suchen ist. Andererseits kann die Rechtswissenschaft der Praktiker im 16. Jahrhundert von derjenigen der Praktiker der 17–18. Jahrhunderte abgesondert werden, nur weil Stryk's Werk (*Usus modernus Pandectarum*) — der Namensgeber dieser wissenschaftlichen Richtung — erst dann publiziert wurde.

<sup>33</sup> Dessen Abspiegelung ist selbst heute im System des *Codex Iuris Canonici* (1917) bei der Unterscheidung durch das kanonische Recht zwischen den auf dem *ius divinum* und der kirchlichen Gesetzgebung beruhenden Rechten die Gliederung des *ius divinum*, wonach es entweder i. d. positivum ist, d. h. das sich auf die Bibelstützende Recht oder i. d. naturale, das auf der natürlichen Auffassung ruhende kirchliche Naturrecht (*Koschaker* a. a. O. 249).

<sup>34</sup> *Miklós Világhy*: A Magyar Népköztársaság polgári törvénykönyvének rendszeréről (Über das System des BGB der Ungarischen Volksrepublik) in: „*Jogtudományi Közlöny*“ 10 (1955) 466–467. Das französische Naturrecht ist aus den von der Natur gegebenen Rechten des Menschen ausgegangen, wonach jederman frei und gleich sei, die Gebundenheit und Ungleichheit (die Eigenheiten des Feudalismus) somit naturwidrig seien, während das deutsche Naturrecht verkündete, dass die Gebundenheiten des Bürgers bezüglich Gott, Herrscher, Obrigkeit, d. h. in der Beziehung der feudalen Pyramide natürlich seien. *Imre Szabó* (A burzsoá állam és jogbölcsélet Magyarországon [Die bourgeois Staats- und Rechtsphilosophie in Ungarn] Budapest, 1955. 28.) hat darauf hingewiesen, sprechend von Pufendorfs Naturrecht, dass dort „die grundlegenden Rechte durch eine Reihe der Pflichten, die den

gressiven Züge zur Geltung, so dass sie das gesetzte Recht unabhängig von der staatlichen Etablierung aus der menschlichen Vernunft, menschlicher Natur ableiten wollten, damit der Ideologie des aufschwingenden Bürgertums gedient haben und ideologisch die Vorbereiter der Bourgeoisrevolution waren. In Deutschland, wo die Bourgeoisrevolution durch die feudale Zerstückeltheit verzögert wurde, diente die Ideologie des Naturrechts der Unterstützung der Idee der absoluten Monarchie, was natürlich nicht bedeutete, dass diese Richtung gewisse Konzessionen auch dem sich aufschwingenden Bürgertum nicht gemacht hätte.

Die deutsche naturrechtliche Richtung hat sich in Deutschland dem römischen Recht in drei bedeutenden Stufen genähert. *Samuel Pufendorf*, der von 1660 ab an der philosophischen Fakultät in Heidelberg „naturrechtlichen Lehrstuhl“ erhielt, hat diese Richtung aus der Mitte des kanonischen Rechts ausgelöst und weltlichen Charakters gemacht. Sein Naturrecht ist aber allgemeinen Charakters, bezieht sich auf die ganze Ordnung des Lebens der Gesellschaft und seine Zielsetzung ist, das auf der ratio beruhende geschlossene volle Rechtssystem auszubauen.<sup>35</sup> Es ist *Thomasius* (1655—1728), der die Pufendorfsche naturrechtliche Richtung aus dem Kreise der Philosophie ziehend, sie in eine allgemeine Rechtslehre umwandelt.<sup>36</sup> Es war zum Schluss *Christian Wolf* in der Mitte des 18. Jahrhunderts, der die ersten Schritte zu einem „gesetzten Naturrecht“ tat, nehmend als Grundlage die Kasuistik des römischen Rechts an, die er wohl kennt und dem deutschen Recht entgegen unbedingt bevorzugt und mit der römisch-rechtlichen Lösung auch die naturrechtliche verbindet. Wolfs wissenschaftliche Tätigkeit wendet sich kraftvoll dem Privatrecht zu und seine Lösungen sind auch für die Praktiker brauchbar.<sup>37</sup> Im Laufe der Tätigkeit seiner Schüler zeigt die naturrechtliche Richtung eine strenge logische Einheit in Hinsicht des ganzen Rechtssystems, so auch in der des Privatrechts, er ist der Begründer der systematischen Rechtswissenschaft und Rechtsdogmatik.<sup>38</sup>

3. Die Wahrheit ist doch, dass die naturrechtliche Richtung nicht imstande war, den von den deutschen Praktikern zustandegebrachten *Usus modernus*

---

Menschen oder Bürger Gott, sich selber und anderen gegenüber belasten, in den Hintergrund gedrängt wurden. So stehe das deutsche Naturrecht für die unbeschränkte Gewalt der Fürsten ein... Aus den revolutionären Erfordernissen des Naturrechts, des *ius naturae* seien in Deutschland Thesen kindischer Einfachheit geworden, die die Bejahung des bestehenden feudalen Systems verkündeten“.

<sup>35</sup> Pufendorf beschäftigt sich erst mit dem Recht der kleinsten gesellschaftlichen Einheit, des Menschen, dann behandelt er das Recht einer höheren Einheit, der Familie, danach geht er auf das Staatsrecht über und beendet seine Auseinandersetzungen mit der Darstellung des Völkerrechts (E. *Landsberg*: Geschichte der deutschen Rechtswissenschaft. München—Leipzig, 1898. 12 ff).

<sup>36</sup> E. *Wolf*: Grosse Rechtsdenker der deutschen Geistesgeschichte.<sup>2</sup> 1943. 298.

<sup>37</sup> *Koschaker*: a. a. O. 250.

<sup>38</sup> *Koschaker* a. a. O. 251. Die Grundlagen des sog. Pandektensystems des 19. Jahrhunderts entwickeln sich bei den Naturrechtlern. J. G. *Darjes* deutscher Naturrechtler teilt sein in 1740 erschienenen Werk: „*Systema elementare universae iurisprudentiae naturalis*“ in *pars generalis* und *pars specialis* auf. Sein System wird von Wolfs Schüler, D. *Nettelbladt* in seinem i. J. 1794 publizierten Werk: „*Institutiones iurisprudentiae Romano—Germanicae*“ auf das gesetzte bürgerliche Recht angewendet, während J. S. *Putter* in seinem in 1767 erschienenen Werk schon ausdrücklich für einen „allgemeinen Teil“ Stellung nimmt (*Landsberg* a. a. O. 284 ff. 288 ff. — A. B. *Schwarz*: Zur Entstehung des modernen Pandektensystems. SZ Rom. Abt. 42 (1921) 578 ff. und *Világhy* a. a. O. 467).

Pandectarum auf ein höheres Niveau der Wissenschaft zu heben. Dies hatte grundlegend zwei Ursachen: a) Die eine ist, dass der Gegenstand des Usus modernus ein gewisses deutsch-römisches Privatrecht war, während die Bedeutung des Naturrechts viel mehr politischen, öffentlich-rechtlichen, als privatrechtlichen Charakters war (und in Deutschland der ideologischen Unterstützung der preussischen absoluten Monarchie diente); b) die andere Ursache lag darin, dass die — Naturrechtlern mindestens in solchem Maße Philosophen wie Juristen waren,<sup>39</sup> und so die von ihnen bearbeitete Naturrecht vielmehr eine Kathederwissenschaft, ein Professorenrecht bedeutete, als ein Juristenrecht und so in vielen Hinsichten eine Kluft zwischen Theorie und Praxis erschuf.<sup>40</sup> Was für eine Wirkung das Naturrecht in der Praxis auf die Entwicklung des Privatrechts bedeutete, erschien sozusagen ausschliesslich auf dem Gebiet der zivilrechtlichen Kodifikationen, in Verbindung mit der Erschaffung des Preussischen Landrechts sowie des Österreichischen Allgemeinen Bürgerlichen Gesetzbuchs.

Es war also die Situation gegeben, dass das Naturrecht ein potentieller Gegner des römischen Rechts sei. Der Zusammenstoss aber erfolgte nicht, und zwar aus zweien Gründen: a) einerseits konnte die Rechtswissenschaft der deutschen Praktiker, die die Privatrechtswissenschaft des gemeinen Rechts war, mit der naturrechtlichen Theorie in Hinsicht des Niveau die Konkurrenz nicht aufnehmen; sie war ja im allgemeinen von einem engen Praktizismus durchdrungen und hatte, am Ende des 18. Jh., sich schon auch übrigens überlebt und wurde fruchtlos und unproduktiv; b) andererseits konnte das Naturrecht auch deshalb kein Gegner des Usus modernus Pandectarum sein, denn die neue naturrechtliche Richtung neigte mehr und mehr zum positiven römischen Recht, aber die Grundlage der Rechtswissenschaft der Kameralisten war letzten Endes auch das römische Recht. Es sollte in der deutschen Rechtswissenschaft eine neue wissenschaftliche Richtung in Szene kommen, die den Wettkampf mit der naturrechtlichen Richtung aufnehmen und mit der Benützung der Elemente der neuen naturrechtlichen Richtung der Entwicklung der Privatrechtswissenschaft neue Türen und Tore öffnen konnte.

#### 4. Begriffliche Kriterien der Pandektistik

##### I.

1. Die durch Gustav Hugo am Ende des 18. Jahrhunderts begründete, aber sich nur in der Tätigkeit von Friedrich Carl Savigny entfaltenden historische Rechtsschule war es, die sich als geeignet erwies, mit der Benützung der Erbschaft der Vergangenheit, aber dennoch auf neuen Wegen eine Pandektenwissenschaft auszugestalten, die zu der Erschaffung eines neuen Pandektenrechts geeignet worden ist. Diese Schule rechnete damit, dass die Rechtswissenschaft der Praktiker: a) das positive Recht ohne eine kritische Untersuchung, b) in ein Scheinganzes umgebildete, c) zunächst im Dienst praktischer Zwecke, d) mit ungeschichtlicher Betrachtungsweise, sich vom Corpus

<sup>39</sup> Heineccius und Darjes haben ihre Laufbahn als Theologen und Philosophen begonnen und auch Ch. Wolf hat nur gelegentlich rechtliche Vorlesungen gehalten (Koschaker a. a. O. 251).

<sup>40</sup> Koschaker a. a. O. 251.

Juris lostrennend, e) die Irrtümer der Vorläufer kritiklos übernehmend, jene mit neuen vermehrte und damit letzten Endes f) eine „tote Masse“ erschuf.<sup>41</sup>

2. Die historische Schule wollte also eine Rechtswissenschaft zustandebringen, die durch die geschichtliche Betrachtungsweise charakterisiert wird, auf den originellen justinianischen Quellen beruht, deshalb ihre Thesen mit entsprechender Quellenkritik aufstellt, mit dem Anspruch der Systemschaffung auftritt, eine Rechtstheorie erschafft, und all dies ohne irgendeine partikuläre Färbung.

Ihre Wurzeln reichen insoweit bis zum *Usus modernus Pandectarum* zurück, dass die Tätigkeit der historischen Rechtsschule — wenn auch sie eine allgemeine Rechtstheorie (z. B. die Theorie der Rechtsentstehung) ausgestaltet hatte — sich dennoch auf das Privatrecht beschränkte. Andererseits, obwohl sie der naturrechtlichen Richtung scheinbar in Konflikt geriet, zu deren letzter Version.<sup>42</sup> dem späten Naturrecht tatsächlich nicht im Gegensatz stand. Sie benutzte ja dessen System, Kategorisierung, begriffliche Differenzierung in vielen Beziehungen. Diese Richtung konnte sich natürlich auch von der deutschen Vergangenheit nicht unabhängig machen. Jener Umstand, dass ihre Betrachtung historisch war, bedeutete nicht nur, dass sie von der Quellenkritik des Privatrechts der justinianischen Quellen und in erster Reihe und entscheidend der Pandekten ausgeht, sondern auch dass sie mit entsprechenden geschichtskritischer Betrachtung mit Rücksicht auf die Vergangenheit der deutschen Rechtsentwicklung (das Recht der Kommentatoren, die deutsche Rezeption, der *Usus modernus Pandectarum*) war. Was das Gegenüberstehen der historischen Schule dem Naturrecht anlangt, dies bestand dem Wesen nach darin, dass diese an Stelle des nicht gesetzten — obwohl im Grunde genommen auf dem römischen Rechte beruhenden — Naturrechts mit Hilfe des antiken römischen Rechts die „Philosophie des positiven Rechts“ ersetzen wollte.<sup>43</sup>

3. Die auf den obenerwähnten Gleisen fortschreitende deutsche Richtung entfaltet sich von den ersten Jahren des 19. Jahrhunderts ab und aufgrund der justinianischen Kodifikation, aber in erster Reihe des Privatrechts der Pandekten bildet eine eigenartige deutsche Privatrechtswissenschaft, die die Erschafferin des deutschen Pandektenrechts ist, das bis zum 1. Januar 1900, dem Inkrafttreten des BGB, d. h. dem Wesen nach beinahe ein Jahrhundert lang, das deutsche Privatrecht römischen Ursprungs, das „heutige römische Recht“ bedeutete. Es folgte daraus natürlich nicht, dass daneben auch ein deutsches Privatrecht nicht-römischen Ursprungs nicht bestanden wäre. Vom Beginn des 18. Jahrhunderts wurden ja an den deutschen Universitäten auch die Vorlesungen über das deutsche Recht eingeführt.<sup>44</sup>

4. Worin bestehe dieses Pandektenrecht den Feststellungen der Pandekstisten des 19. Jahrhunderts gemäss? *Puchta* der ein sog. Pandektenlehrbuch<sup>45</sup>

<sup>41</sup> *Savigny*, Vermischte Schriften IV. 197—198.

<sup>42</sup> *H. Thiene*: Die Zeit des späten Naturrechts. SZ Germ. Abt. 56 (1936) 202 ff.

<sup>43</sup> *Fr. Wieacker* (Privatrechtsgeschichte der Neuzeit.<sup>2</sup> Göttingen, 1967. 397) sagt: „In Wahrheit gilt das Werk mit wunderbarer Transparenz dem Aufbau einer allgemeinen Rechtstheorie, die das Naturrecht ersetzen, gleichsam eine Philosophie des positiven Rechts sein soll.“

<sup>44</sup> *Regelsberger* a. a. O. 16.

<sup>45</sup> Unter dem Namen „*Pandekten*“ erschienen deutsche privatrechtliche Lehrbücher auch schon früher im 19. Jahrhundert. In deren Titel scheint sich aber mehr der Hinweis auf den *Usus modernus Pandectarum* zu widerspiegeln und die wirkliche Pandektenwissenschaft beginnt erst mit den epochemachenden Werken des

dem Wesen nach erst veröffentlichte, benützt noch eigentlich Umschreibungen und weist darauf hin, dass obwohl das römische Recht auf das Ganze des deutschen Rechts eine Wirkung ausübte, setzte sich diese Wirkung zunächst im Privatrecht durch und dieses teils auf rein römischen Grundlagen beruhende, teils durch neuere Quellen modifizierte Privatrecht „Pandekten“ genannt werde.<sup>46</sup> In einem Jahr nach Puchta in 1838 erschienen Pandekten, in 1839 wurde der Begriff des Pandektenrechts von *Savigny*, dem grossen Vertreter der historischen Rechtsschule genau umrissen. Demgemäss ist dieses Pandektenrecht = „heutiges römisches Recht“:<sup>47</sup> a) römisches Recht, das deshalb nur diejenigen Rechtsinstitute umfasst, die römischen Ursprungs sind, wenn auch sie später gewisse Umwandlungen durchgemacht haben; die Institute germanischen Ursprungs sind deshalb aus diesem römischen Recht ausgeschlossen;<sup>48</sup> b) dieses römische Recht ist ein sog. heutiges römisches Recht, so gehören weder die Institute des früheren „deutsch-römischen Rechts“ die im justinianischen Recht unbekannt sind zu seinem Material, noch diejenigen, die im justinianischen Recht bekannt aber aus dem deutschen Rechtssystem verschwunden sind;<sup>49</sup> c) dieses römische Recht ist nur Privatrecht; mit anderen Worten ist es dasjenige Recht, das von den Römern *ius civile* genannt wurde; näher betrachtet, ist es das Recht, das im Zeitalter der späten Republik unter dem Namen *iusprudentia* ein Gegenstand der Tätigkeit der *iusconsulti* war. Das öffentliche Recht ist also aus ihm ausgeschlossen. Dementsprechend

---

*Puchta*, bzw. *Savigny*. Früher unter dem Titel „Pandekten“ herausgegebenen Lehrbücher sind: *Mühlenbruch*: *Doctrina pandectarum*. 1823. — *Blume*: *Grundriss des Pandektenrechts*. 1829. — *Vangerow*: *Leitfaden für Pandekten-Vorlesungen*. 1839—1847, 3. Aufl. — *Seuffert*: *Lehrbuch des praktischen Pandektenrechts*. 1825. Diese Werke, obwohl sie in ihrem Titel die Benennung „Pandekten“ tragen, sind mehr die Vorläufer der wahren Pandektenlehrbücher. Das später klassisch gewordene System der deutschen Pandektenwissenschaft im 19. Jh., die Struktur ihrer Institutionen und die sie charakterisierende sog. Begriffspyramide erscheinen nämlich erst in den Werken dieser Richtung von *Savigny*, ja sogar in einigen Beziehungen mehr in denen von *Puchta* in 1838—1840.

<sup>46</sup> *G. F. Puchta* (Pandekten.<sup>9</sup> Neubearbeitet von *A. F. Rudorff*. Leipzig, 1863. 1. Aufl. 1838) sagt in dieser Hinsicht die Folgenden: „Es gibt keinen Theil unseres gegenwärtigen Rechts der sich dem Einfluss des römischen Rechts völlig entzogen hätte. vor allem aber ist es unser Privatrecht, dessen Stoff und Gestaltung sich grösstentheils auf dieses Element unseres Rechts zurückführt. Das heute gemeine Privatrecht nun, soweit es auf römischem Recht reinem, oder durch neuere Rechtsquellen modifizierten, beruht, ist der Gegenstand der Vorträge, für welche der Name Pandekten hergebracht ist, und die systematische Darstellung desselben somit auch die Aufgabe dieses Lehrbuchs“ (S. 10).

<sup>47</sup> *Savigny*: *System des heutigen römischen Rechts*. I. Berlin, 1840. S. 1. Hier spricht *Savigny* nicht ausdrücklich vom Pandektenrecht, aber er definiert ohne allen Zweifel dasjenige, das *Puchta* in seinem früher erschienen Werk „Pandekten“ nennt.

<sup>48</sup> *Savigny*: „Es ist Römisches Recht, welches in diesem Werk dargestellt werden soll. Zur Aufgabe desselben gehören nur diejenigen Rechtsinstitute, welche Römischen Ursprung haben, jedoch mit Einschluss ihrer späteren Fortbildung, wengleich diese auf einen anderen, als Römischen Ursprung zurück zu führen ist. Ausgeschlossen sind dadarch alle Institute, welchen ein Germanischer Ursprung zugeschrieben werden muss“ (System I. 1.).

<sup>49</sup> *Savigny*: „Es ist heutiges Römisches Recht. Dadurch wird ausgeschlossen: ... jede einzelne, dem früheren Recht angehörende, dem Justinianischen fremde, Bestimmung, da nur diese neueste Gestalt des Römischen Rechts mit unserem heutigen Rechtszustand in Verbindung getreten ist; ... jedes Institut, welches zwar dem Justinianischen Recht angehört, aber aus unserem Rechtszustand verschwunden ist“ (System I. 1—2).

ist also das römische „Strafrecht“ nur teilweise ein Gegenstand des römischen Rechts (d. h. die Regelung der Delikte; die der „*crimina*“ gehört zum öffentlichen Recht);<sup>50</sup> d) schliesslich ist das Objekt des römischen Rechts nur das materiale Privatrecht, denn das Verfahrensrecht hat sich in Deutschland, teilweise auf römischen Grundlagen beginnend, ganz speziell entwickelt.<sup>51</sup>

Endlich weist *Savigny* auch darauf hin, was das Verhältnis des *ius commune* = „gemeines Recht“ zum „heutigen römischen Recht“ sei. Mit diesem letzteren Begriff sei — sagt er — das in Deutschland geltende „gemeines Recht“ am engsten verbunden. Dies gibt sich daraus, dass als das Deutsch-Römisches Reich noch bestand, in Deutschland zwei Rechte lebten, das territoriale Recht und das „gemeine“ Recht. Es folgte aus der eigenartigen deutschen Verfassung, dass das ganze Gebiet Deutschlands unter einer doppelten Staatsgewalt stand. Nachdem das Deutsch-Römisches Reich vergangen war, dachten einige, dass auch das „gemeine Recht“ seine Grundlage: die Staatsgewalt dieses Reiches verloren habe und so auch seine Geltung aufhörte. Diese Ansicht stammte aber aus dem Missverständnis der Rolle des positiven Rechts. Dieses Recht ist dem Wesen nach nichts anderes, als das „heutige römische Recht“ mit den Modifikationen, die aus seiner Anwendung im Deutschen Reiche flossen. Während des Daseins des Deutschen Reiches wurde das römische Recht nur durch die Gesetze des Reiches modifiziert, die Bedeutung derer war aber nur gering.<sup>52</sup>

Der Begriff dieses deutschen Pandektenrechts wurde durch die Pandektenjuristen der zweiten Hälfte des 19. Jahrhunderts schon auf der von *Savigny* gegebenen Grundlage definiert. *L. Arndts*, der sein Pandektenlehrbuch i. J. 1850 dem „grossen Rechtslehrer, Friedrich Carl von *Savigny*“ widmet,<sup>53</sup> sagt, dass das römische Privatrecht Pandektenrecht genannt werde, in Hinsicht auf dessen Geltung in Deutschland als gemeines Recht. Ähnlich lautet die Definition, gegeben von *B. Windscheid*, der grössten Gestalt von *Savignys* Richtung vom Ende des Jahrhunderts, über das Pandektenrecht; seiner Meinung nach verstehen wir unter Pandektenrecht das gemeine deutsche Privat-

<sup>50</sup> *Savigny*: „Nur das Privatrecht gehört zu unserer Aufgabe, nicht das öffentliche Recht; also dasjenige, was die Römer durch *ius civile* ... bezeichnen, oder das, was sie zur Zeit der Republik als die ausschliessende Kenntniss eines *Jurisconsultus* oder die eigentliche *Jurisprudentia*, ansahen. Diese Beschränkung ist jedoch zum Theil schon als eine Folge der Vorhergehenden anzusehen, indem nur das Privatrecht der Römer im Ganzen ein Stück unseres Rechtszustandes geworden ist. Zwar ist auch das Römische Criminalrecht unserem Rechtszustand nicht fremd geblieben allein es ist doch nur theilweise, und ungleich weniger als das Privatrecht, in denselben übergegangen“ (System I. S. 2.).

<sup>51</sup> *Savigny*: „Endlich nur das System der Rechte selbst, mit Ausschluss des Processes ...: also nur dasjenige, was von Vielen das materielle Privatrecht genannt wird“. (System I. S. 3.).

<sup>52</sup> *Savigny*: System I. 4—5. Als aber *Savigny* dem Wesen nach zwischen das „gemeine Recht“ und das „heutige römische Recht“ ein Gleichheitszeichen legt, dann lässt er ausser acht, dass das gemeine Recht im 18. Jahrhundert schon das entwicklungsunfähige, von den Quellen völlig losgerissen nur praktische Gesichtspunkte vor Augen haltende Mischrecht war, während das von seiner historischen Schule ausgestaltete, bzw. sich ausgestaltende „heutige römische Recht“ ein entwicklungsfähiges, auf wissenschaftlichen theoretischen Grundlagen beruhendes Pandektenrecht war.

<sup>53</sup> *L. Arndts*: Lehrbuch der Pandekten.<sup>2</sup> München, 1855. „Dem grossen Rechtslehrer Friedrich Carl von *Savigny* zum Andenken an dessen Jubeltag den 31. Oktober 1850, ehrfurchtsvoll und dankbar gewidmet“. S. o. (1. Aufl. 1852).

recht römischen Ursprungs.<sup>54</sup> Es wurde dem Wesen nach die Definition *Savignys* vom Pandektenrecht, am letzten Ende des 19. Jahrhunderts von *F. Regelsberger* in seinem ausserordentlich populären Pandektenlehrbuch ausführlich dargelegt. Er weist hier darauf hin, dass das heutige Pandektenrecht nur Privatrecht enthält, während die justinianischen Pandekten (Digesten) jeden Teil des antiken römischen Rechts umfassen. Das heutige Pandektenrecht enthält aber auch solche privatrechtliche Normen, die nicht zum Material der justinianischen Pandekten gehören, ja manchmal nicht einmal zum Material der ganzen justinianischen Gesetzgebung. Dieser Wortgebrauch (d. h. Pandektenrecht) findet seine Erklärung im Entwicklungsvorgang, den die wissenschaftliche Pflege des römischen Rechts in Deutschland aufwies.<sup>55</sup>

5. Das Pandektenrecht des 19. Jahrhunderts, das von *Puchta* „Pandekten“ genannte Rechtsmaterial, kann deshalb mit dem *Usus modernus Pandectarum* der 16.—18. Jahrhunderte nicht identifiziert werden, weil a) der Letztere sich von den justinianischen Quellen völlig losriss, während die Vorigen auf der quellenkritischen Auslegung der justinianischen Kodifikation beruhen; b) weil der Letztere eine die Kasuistik praktischen Charakters ist, die Vorigen hingegen ein die Kasuistik des justinianischen Stoffes systematisierendes und von den daraus zustandegebrachten Begriffsbestimmungen ausgehendes Rechtsmaterial sind; d) weil der Letztere auch Rechtsinstitute deutschen Ursprungs enthält, während die Vorigen völlig justinianischen Ursprungs sind, obwohl sie nach Bedarf das den deutschen Verhältnissen angepasste Rechtsmaterial umfasst.<sup>56</sup> Demgegenüber ist die Charakteristik beider Pandektenrechte, dass in ihrem Mittelpunkt — bei dem Letzten natürlich nur mittelbar, bei den Vorigen sozusagen unmittelbar — die Pandekten standen und dass beide das „gemeine Recht“ Deutschlands bedeuten.

Es zeigt sich aber ein grundlegender Unterschied zwischen beiden im Verhältnis der Theorie und Praxis miteinander. Der *Usus modernus Pandectarum* als das Pandektenrecht der deutschen Praktiker war das Ergebnis einer durch einen engen Praktizismus geführten rechtsbildenden Arbeit. Ihre Ausbilder, als Mitglieder der Richterkollegien, der Schwurgerichte, der Verwaltungsorgane der Fürsten oder Städte, entwickelten das Pandektenrecht mit ihren „*observationes, quaestiones, decisiones*“ kasuistisch,<sup>57</sup> aber mit einer geringen theoretischen Vorbereitung. Bei ihnen ist die Theorie — wenn man davon überhaupt sprechen kann — mit der Praxis verschmolzen, was selber vielleicht kein Problem bedeutet hätte, wenn ihre Tätigkeit wissenschaftlich auf einem hohen

<sup>54</sup> *B. Windscheid*: Lehrbuch des Pandektenrechts<sup>4</sup> I. Düsseldorf, 1875. I. 1. (1. Aufl. 1863).

<sup>55</sup> *Regelsberger* a. a. O. I. 14.

<sup>56</sup> *Regelsbergers* oben angeführte Definition bezüglich des Pandektenrechts des 19. Jahrhunderts (a. a. O. 14) scheint dieser Feststellung zu widersprechen. Es soll aber in Betracht genommen werden, dass während in *Savignys* Zeit dieses Pandektenrecht ein zwar häufig den deutschen Verhältnissen entsprechend durch deutsche Rechtsregeln „modifiziertes“ Recht völlig römischen Ursprungs enthalten hatte, am Ende des Jahrhunderts, als die Kodifikation in Vordergrund trat, hat schon viele solche Thesen umgefasst, die deutschen Ursprungs waren.

<sup>57</sup> Die Praktiker — sagt *Regelsberger* (a. a. C. 38) — „standen in den mannigfachen Lebensstellungen mit der Rechtsanwendung in unmittelbarer Verbindung als Mitglieder der Spruch- und Richterkollegien, als Konsulenten und Räter im fürstlichen und städtischen Regiment. Zahlreiche litterarische Erzeugnisse, Konsilien und Observationen, Quaestionen und Decisionen aus dem 16. und der ersten Hälfte des 17. Jahrhunderts verdanken Ihre Entstehung teils der reichskammergerichtlichen Justiz... teils der Rechtsprechung in den deutschen Territorien...“.



Niveau gewesen wäre. Aber durch ihre Kritiklosigkeit, die Losreissung von den römischen Quellen, die blinde Achtung der Autorität und dementsprechend die vorbehaltlose Übernahme der Irrtümer der Vorläufer wurde die Wissenschaftlichkeit ihrer Tätigkeit problematisch gemacht. Diese Arbeit war eine praktische, vielmals „*case-law*“-bildende Tätigkeit.<sup>58</sup> Demgegenüber, in der Beziehung des Pandektenrechts des 19. Jahrhunderts entwickelte sich die allgemeine Theorie des auf römischen Grundlagen beruhenden deutschen Privatrechts, die — wenn auch sie häufig das Bild einer Kathederwissenschaft zeigte, sodass in dieser Hinsicht die Theorie von der Praxis geschieden ist — dennoch geeignet war, die Grundlagen zu einem, den Ansprüchen des Lebens im allgemeinen entsprechenden, privatrechtlichen System zu schaffen und sie weiterzuentwickeln. Das Pandektenrecht der Praktiker war daher mehr ein Juristenrecht, während das Pandektenrecht des 19. Jahrhunderts durch eine theoretische Wissenschaft hohen Niveaus entwickelt und gebildet worden ist.

Diese Pandektenwissenschaft ist die Pandektenwissenschaft des 19. Jahrhunderts. Diese wurde in Deutschland am Anfang des Jahrhunderts, der Tätigkeit der grossen Gestalt der historischen Schule, *Savigny*, und seiner unmittelbaren Schüler folgend, ausgestaltet und baute bis zum Ende des Jahrhunderts, dem Inkrafttreten des deutschen BGB, sich auf die Quellenkritik der justinianischen Quellen, in erster Reihe der Pandekten stützend, die Theorie des den bürgerlichen Ansprüchen des Zeitalters entsprechenden deutschen Privatrechts aus, die — wenn auch sie mit ihrem begriffanalysierenden Dogmatismus sich in vielen Beziehungen von der Praxis lostrennte — doch geeignet war, ein den Ansprüchen des Zeitalters mehr oder weniger entsprechendes materiales Privatrecht auszubilden und die Grundlage des sich im BRD selbst heute in mehreren Beziehungen geltend machenden BGB werden konnte. Zur gleichen Zeit, war diese durch die Pandektenwissenschaft zustandegebrachte Privatrechtstheorie auch geeignet, im ganzen Europa, ja sogar jenseits dessen Grenzen, auf die Theorie des Privatrechts anderer Weltteile eine Wirkung auszuüben.

Diese Pandektenwissenschaft wird mit einem im allgemeinen herkömmlichen Ausdruck Pandektistik genannt.

## II.

1. Es geht aus den Obigen hervor:

a) dass die Pandektistik die deutsch-römische Privatrechtswissenschaft des 19. Jahrhunderts, dem Wesen nach „die Doktrin des gemeinen Rechts“ ist,<sup>59</sup>

b) die ihren Namen von den „Pandekten“ betitelten Lehrbüchern,<sup>60</sup> in erster Linie von *Puchtas* „Pandekten“ betiteltem Werk erhielt:

c) ihre Grundlage ist in der justinianischen Kodifizierung und davon auch zunächst in der quellenkritischen Analyse der Pandekten zu finden, die das römische Privatrecht im rössten Maße erhalten.

d) dessen vernunftgemässe Folge der gegenüber der naturrechtlichen Richtung stehende Rechtspositivismus der Pandektistik ist;

e) diese Wissenschaft verwertete, ausser dem justinianischen Material, auch die als dauerhaft qualifizierten Traditionen der mit der Pflege des

<sup>58</sup> *Savigny*, Verm. Schriften IV. 197—198.

<sup>59</sup> *Koschaker* a. a. O. 292.

<sup>60</sup> *Wieacker*: Privatrechtsgeschichte der Neuzeit. Göttingen, 1967. 430. Anm. 1.

Rechts der Pandekten verbundenen früheren theoretischen und praktischen juristischen Tätigkeit, sowie die systembildende und kategorisierende Tätigkeit der neuen naturrechtlichen Richtung, falls diese mit dem Corpus Iuris oder den deutschen bürgerlichen Verhältnissen nicht in Gegensatz standen. Dies folgt aus der historischen Betrachtung;

f) die Ausgestaltung dieser Wissenschaft beginnt mit der Erscheinung *Savignys* historischer Rechtsschule am Anfang des 19. Jahrhunderts und der Vorgang ihrer Entwicklung schliesst sich mit dem Inkrafttreten des deutschen BGB um die Jahrhundertwende.

Die Rechtswissenschaft der Glossatoren und Kommentatoren kann deshalb, mit Rücksicht auf *Savignys* Kriterien, nicht Pandektistik genannt werden, weil diese nicht auf deutschem, sondern auf italienischem Boden geboren war, hat auch das öffentliche Recht umfasst und originell eben dies ihre praktische Bedeutung gab;

auch die Rechtswissenschaft der deutschen Kameralisten lässt sich nicht Pandektistik nennen, der von ihnen ausgestaltete *Usus modernus Pandectarum* hat sich ja vom Corpus Iuris sozusagen völlig losgetrennt und umfasste nicht nur das Privatrecht in engerem Sinne, wie die Tätigkeit der historischen Rechtsschule, sondern mit dessen extensiven Auslegung auch das Verfahrensrecht und Lehnrecht (obwohl dann die Differenzierung des Verfahrensrechts schon eingeleitet wurde) und sie konnte, infolge ihrer Kasuistik und partikulären Charakters, keine Doktrin des gemeinen Rechts werden;

und auch die Rechtswissenschaft der deutschen naturrechtlichen Schule ist nicht Pandektistik zu nennen, denn sie war antipositivistisch und obwohl sie eine teilweise auf römischen Grundlagen beruhende Rechtswissenschaft bedeutete, die im Vergleich zu den Verhältnissen des Zeitalters hohen Niveaus waren, umfasste auch das öffentliche Recht, ja sogar war ihre Bedeutung auf dem Gebiet des öffentlichen Rechts wesentlich grösser als in privatrechtlicher Beziehung.

2. Es mag schliesslich dahingestellt bleiben, ob es notwendig ist, über eine deutsche Pandektistik zu sprechen. Wir denken, dass nicht!

Die Pandektistik ist diejenige Privatrechtswissenschaft, die sich in Deutschland im 19. Jahrhundert der Tätigkeit der historischen Rechtsschule fegend entwickelte, bis zum Ende des Jahrhunderts dauerte und dem Wesen nach — mit *Koschakers* Ausdruck — die „Doktrin des deutschen gemeinen Rechts“<sup>61</sup> war. Können wir gleichwohl über eine österreichische Pandektistik, die Pandektistik der süd-ost-europäischen Länder, sowie die von Griechenland, eventuell über die Pandektistik des zaristischen Russlands sprechen, so kann dies nur bedeuten, dass die Pandektistik, die in Deutschland geboren war, auch auf diese Länder eine Wirkung ausübte, in ihre Rechtswissenschaft eingebaut, diese Rechtswissenschaft irgendwie befruchtet hat, darin sich auf irgendwelche Weise niederschlug.<sup>62</sup> Dieser expansive Charakter der Pandektistik bestand

<sup>61</sup> *Koschaker* a. a. O. 292.

<sup>62</sup> Von *Wieacker* wurde es betont, dass die Methode der Pandektistik und das von den Pandektisten ausgearbeitete Pandektensystem in Südost-Europa und besonders in Griechenland eine entscheidende Wirkung auf die Privatrechtswissenschaft ausgeübt hatte (a. a. O. 444 und *J. Sontis*: Das griechische Zivilgesetzbuch. SZ. Rom. Abt. 78 (1961): 355 ff). Betreffs Griechenlands weist *Koschaker* darauf hin, dass obwohl dort ein Gesetz v. J. 1835 den Hexabiblos des Harmenopulos für die Quelle des Privatrechts deklariert hatte, dennoch das deutsche Pandektenrecht es war, das im 19. Jahrhundert dort zur Herrschaft gelangte und so auch über die

von Anfang an und *Wieacker* weist richtig darauf hin, dass die Pandekten wissenschaft schon von Anfang an eine sich über das deutsche Sprach- und Kulturgebiet hinausbreitende Wirkung hatte.<sup>63</sup>

Dies war ungefähr die Lage auch in Ungarn, in dessen Privatrechtswissenschaft im 19. Jh. die Merkmale der Einwirkung der Pandektistik ebenfalls zu finden sind. So kann man vielleicht, den Obigen entsprechend, auch über eine „ungarische Pandektistik“ sprechen.

---

griechische Rezeption der Pandektistik gesprochen werden könne. Von dieser Zeit an bis zum ersten Weltkrieg haben viele griechische Studenten in Berlin von den Pandektisten gelernt (a. a. O. 131. Fussnote 2). — Was Russland betrifft, der Zar Alexander I, um den Juristen eine bessere Bildung zu sichern, sendete diese in einer grossen Anzahl zum *Savigny* zu studieren, während am Ende des 19. Jahrhunderts *Jhering* eine grosse Wirkung auf die russischen Juristen ausübte. In den achtziger Jahren, in der Zeit des Zaren Alexander III hat die russische Regierung im Einverständnis mit dem preussischen Kultusministerium ein Institut für die Ausbildung russischer Juristen in Berlin errichtet. Mancher Jurist von den hier Ausgebildeten hat sich selbst in der deutschen Literatur einen Namen gemacht. Demzufolge war die Wirkung der Pandektistik auch an den russischen Universitäten merkbar und mehrere Pandektenlehrbücher waren auch ins Russische übersetzt. Auf die russische Rechtsentwicklung hat aber diese Pandektistik keine bedeutendere Wirkung mehr ausgeübt (*Koschaker* a. a. O. 133).

<sup>63</sup> *Wieacker* a. a. O. 443—444. — Obwohl Österreich zum deutschen Sprachgebiet gehört, ist hier über die Rezeption der Pandektistik, die hauptsächlich der Tätigkeit *Ungers*, des grossen österreichischen Zivilisten zufolge von der Mitte des 19. Jahrhunderts ab stattgefunden hat, dennoch abgedeutelt zu sprechen. *Coing* weist auf dasselbe hin (Die europäische Privatrechtsgeschichte der neueren Zeit. Ius commune I, 1967, 28), hinsichtlich Italien, der Schweiz und Skandinavien. Über die Wirkung der Pandektistik auf Ungarn vgl.: *Pólay*: A pandektisztika és hatása a magyar magánjog tudományára (Die Pandektistik und ihre Wirkung auf die Wissenschaft des ungarischen Privatrechts). Acta Juridica et Politica Universitatis Szegediensis de Attila József nominatae. XXIII. (1976) 6. 87—154. — Einfluss der Pandektistik auf die ungarische Privatrechtswissenschaft. Acta Juridica Academiae Sc. Hung. 19 (1977) 175—196.

## II. GESCHICHTE DER PANDEKTISTIK

### 1. Die gesellschaftlichen und politisch-ideologischen Wurzeln der Pandektistik

#### I.

1. Die Pandektistik — wie schon erwähnt — wurde von der von *Gustav Hugo* am Ende des 18. Jh. abgelassenen und von *Savigny* erschaffenen historischen Rechtsschule zustande gebracht. Die Veröffentlichung des in 1803 publizierten Werkes: „Das Recht des Besitzes“ von *Savigny* bedeutete die wirkliche Geburt der historischen Rechtsschule und den Beginn des Ausbildungsvorgangs der Pandektistik.<sup>1</sup>

2. Die Geburt der historischen Rechtsschule und die Entwicklung der als deren Produkt erschienenen Pandektistik hätte ohne diese Vorgeschichte natürlich nicht stattfinden können. Die geschichtlichen Wurzeln der Pandektistik reichen letzten Endes bis zur Schule in Bologna, den Kommentatoren, dem *Usus modernus* und der Naturrechtsschule zurück, wie schon bei der Klärung des Begriffs der Pandektistik erwähnt. Es scheint dennoch notwendig, einige gesellschaftlich-wirtschaftliche Verhältnisse, sowie einige sich im politischen, allgemein-philosophischen und rechtsphilosophischen Überbau zeigenden Faktoren zu untersuchen die zur Ausbildung und zu weiterer Entwicklung dieser Wissenschaft unmittelbar zu Grundlage dienen konnten.

#### II.

1. Die Ausbildung der Pandektistik fällt auf die Zeit, die in Deutschland im allgemeinen das Zeitalter der späten bürgerlichen Revolution genannt wird. Die Produktionsverhältnisse sind noch in bedeutendem Masse feudalen Charakters (Grundeigentum), zur selben Zeit entwickeln sich aber auch die kapitalistischen Produktionsverhältnisse kraftvoll, denn die Entwicklung des Gewerbes, des Handels schreitet in erhöhtem Grade fort. Die politische Macht ist in den Händen der feudalen, während die wirtschaftliche Macht in den Händen der bürgerlichen Klasse. Die Bürgerschaft ist teils noch nicht stark genug, die politische Macht an sich zu reißen, denn die Überreste des Feudalismus sind so stabil, dass sie nicht imstande ist, diese zu liquidieren. Sie vermag deshalb die bourgeois Revolution nicht folgerichtig auszuführen, zum Teil strebt sie nicht einmal mit voller Kraft die politische Macht feudalen Charakters umzustürzen, weil mit der Entfaltung des Liberalkapitalismus das industrielle

<sup>1</sup> *Wieacker* charakterisiert dieses Werk als „die Gründungsurkunde der historischen Schule“ (*Privatrechtsgesch.*<sup>2</sup> 366).

Proletariat als ein potentieller, später aber immer realerer Gegner schon zustandekommt. So scheint es vorteilhafter für das Bürgertum, die kompromissuelle Verbindung mit der feudalen Klasse zustandezubringen die beide Klassen in einem Punkt und zwar im Kampf gegen die mit Revolution drohenden ausgebeuteten Klassen vereinigt.<sup>2</sup>

Die folgerichtige Durchführung der bürgerlichen Revolution bezüglich Deutschlands wurde von zwei Verhältnissen verhindert: in Preussen vom bürokratischen Apparat der absoluten Monarchie, während in anderen Teilen Deutschlands von der partikulären Verstückelung der prekären Verhältnisse der gegeneinander stehenden deutschen Fürstentümer.<sup>3</sup>

2. Nach Untersuchung der Verhältnisse zu Anfang des 19. Jahrhunderts, d. h. im anfänglichen Zeitalter der Pandektistik<sup>4</sup> vom Gesichtspunkt des politischen Überbaus aus, können zwei Umstände festgestellt werden:

a) Gegen den aufgeklärten Absolutismus lässt das Selbstbewusstsein des aufstrebenden Bürgertums seine Stimme immer kraftvoller hören. Es entwickelt sich allmählich der Anspruch des Bürgertums darauf, dass sie im Staatsleben, der Gesetzgebung teilnehmen können. Für die erwachsenen Bürger scheinen die Staatskunst des späten Absolutismus eine tote Maschinerie, seine Gesetze im Rechtsbewusstsein keine Wurzeln habende Erzeugnisse, seine Bevormundung über die Staatsbürger und in ihrem Interesse überflüssig zu sein. Während aber in Frankreich diese politische Formel in der Revolution abgeleitet wurde, ist diese Entwicklung in Deutschland, genauer in Preussen, wo die absolute Monarchie durch die preussische Staatsgewalt gebildet wurde, den oben erwähnten Verhältnissen zufolge stehengeblieben;

b) der andere Umstand ist, dass zwar vom Ausbruch der französischen Revolution ab die Besten des deutschen Landes nach Frankreich blickten,<sup>5</sup> die der Revolution folgenden napoleonischen Eroberungen der Idee der Revolution überhaupt nicht wohlgetan haben, denn teils die Brutalität des Eroberers, teils Napoleons Bestrebung, in den Rahmen des Rheinbundes den deutschen Partikularismus als einen Überbleibsel der Vergangenheit zu konservieren, haben als eine Gegenwirkung den deutschen Nationalismus und die Idee der deutschen Einheit notwendigerweise zustandegebracht, selbst die progressiven Kräfte Deutschlands von den Ideen der französischen Revolution im allgemeinen abgelenkt und in dieser Richtung geleitet. Es darf natürlich nicht ausser acht gelassen werden, dass zwar die Abwendung gewissen Grades von den Ideen der französischen Revolution bei den erwähnten Faktoren die Zuwendung zum Nationalismus und zur deutschen Einheit herbeigeführt hat, waren diese Ideen bis zu den bourgeois Revolutionen in 1848 in den deutschen Verhältnissen unter keinen Umständen als retrograden Charakters anzusehen.

3. Auf dem Gebiet der philosophischen Richtungen, vom Gesichtspunkt der Entwicklung der Pandektistik aus gesehen, waren die Folgenden von entscheidender Bedeutung:

a) *Kants* Philosophie, deren in dieser Richtung wirkende wichtigste Meinungen sind, wie folgt:

<sup>2</sup> *Világhy—Eörsi*: Magyar polgári jog (Ungarisches Zivilrecht) I. Budapest, 1962. 43.

<sup>3</sup> *Eörsi*: Összehasonlító polgári jog (Vergleichendes Zivilrecht) 141.

<sup>4</sup> *Wieacker* a. a. O.

<sup>5</sup> *Wieacker* a. a. O. 351.

aa) Nach *Kant* sei die Rechtsordnung mit der Moral nicht identisch; während die Vorige dem Leben der Gesellschaft anhafte, habe die Letztere ein selbständiges Dasein.<sup>6</sup> Diese Ansicht hat die Ausbildung der sog. Begriffs-*pyramide* gerechtfertigt gemacht;

bb) *Kants* Werk: „Kritik der reinen Vernunft“ zeigt darauf hin, dass keine spekulative Philosophie bearbeitet werden könne, wenn vorher die Formen der Erkennung und die Grenzen der Erkennungsfähigkeit nicht untersucht wurden. Dieses kritische Werk, indem es die Kritiklosigkeit der älteren vernunftfreliehen Richtung betont, weist nach, dass diese nicht mehr zeitgemäss sei;

cc) *Kants Ethik* spielt eine bedeutende Rolle bei der Ausbildung der Konstruktion der Pandektistik indem sie die moralische Autonomie des Individuums und den moralischen Willen des Individuums betont,<sup>7</sup>

dd) und letzten Endes: *Kant's* „Kritik der Urteilskraft“ wurde der Grund des Juristenmonopolsprinzips *Puchta's*.

b) *Herders* Geschichtsphilosophie übte auch eine Wirkung auf die Entwicklung der Pandektistik aus.<sup>8</sup> *Herder* hat seine Theorie über den geschichtlichen Fortschritt unter Rücksichtnahme auf die Evolution in der Natur dargelegt. Seiner Ansicht nach sei die gesellschaftliche Entwicklung in der Richtung des Humanismus zu suchen. Damit zeigt er notwendigerweise den Kulturidealen des klassischen Altertums zu;

c) *Lessing*, der junge *Goethe* und *Schiller* wendeten sich auch, nach dem abgelegten Vernunftzeitalter, zu der klassischen Welt. Es begann mit Weimar ein klassisches Zeitalter, eine neue humanistische Welt, in der auch die klassische Philologie aufblühte.<sup>9</sup> Die Textkritik dieser Philologie wurde dann von *Niebuhr* auf die Quellen des römischen Rechts umgesetzt.<sup>10</sup>

4. Zum Schluss haben auf dem Gebiet der ausdrücklich rechtlichen Ansichten in der Entwicklung der Pandektistik die entscheidende Rolle die folgenden Faktoren gespielt:

a) *Montesquieu* behandelt schon in einem Werk: „*De l'esprit des lois*“ (1748) die Verfassung und im allgemeinen das Recht als ein Produkt der konkreten natürlichen und gesellschaftlichen Verhältnisse, sowie des Zeitgeistes, näherer des „*génie de la nation*“. Es entwickelte sich teilweise unter der Wirkung von diesen in der zweiten Hälfte des 18. Jahrhunderts, zunächst in Göttingen, eine pragmatische Geschichts- und Verfassungswissenschaft, ja sogar

<sup>6</sup> „Selbständiges Daseyn“. *H. Coing*: Kant und die Rechtswissenschaft. Frankfurter Universitätsreden 12 (1955) 38.

<sup>7</sup> *Coing*: Der Rechtsbegriff der menschlichen Person und die Theorie der Menschenrechte. Deutsche Landesreferate zum III. Internationalen Kongress für Rechtsvergleichung. London, 1950. 199 ff.

<sup>8</sup> *Wieacker* a. a. O. 363.

<sup>9</sup> *Wieacker* a. a. O. 363 ff. — *Goethe* hat in 1771 mit der Verteidigung seiner „Positiones Juris“ betitelten Dissertation an der Strassburger Juristischen Fakultät von seinen römisch-rechtlichen Kenntnissen Zeugnis abgelegt und obwohl er ein Anhänger der „Menschenrechte“, d. h. des französischen Naturrechts war, hat er *Savignys* Leistung hochgeachtet (*K. Below*: *Goethe* in seinem Verhältnis zum römischen Recht. *L'Europe e il diritto rom.* Stud. in mem. *Koschaker*. Milano, 1954. II. 229—269.)

<sup>10</sup> Die *Gaius*-Institutionen in Verona wurden von *Niebuhr* publiziert. Damit wurde die Verbindung zwischen der Philologie des Neuhumanismus und der juristischen Romanistik zustandegebracht.

eine Privatrechtswissenschaft und ein Anhänger dieser Richtung war die erste bedeutende Gestalt der historischen Schule, *Gustav Hugo*,<sup>11</sup>

b) die naturrechtliche Philosophie bildete im wesentlichen eine „geschichtswidrige“ Rechtsordnung quasi über Zeit und Raum aus,<sup>12</sup> und diese Betrachtung erwies sich im Spiegel der sich zum Humanismus hinwendenden und die Geschichtlichkeit des Rechts betonenden obenerwähnten Richtung veraltet; es waren dennoch einerseits die Methode der naturrechtlichen Schule, andererseits die vernunftrechtlichen Kategorien, die die historische Schule übernahm, bzw. die (z. B. das subjektive Recht, das Rechtsgeschäft, sowie das System des Privatrechts) sie aus den durch das Naturrecht gegebenen Rahmen sich entfalten und in ein logisches Ganzes entwickeln liess;

c) der *Usus modernus* wurde seiner Lostrennung von den römischen Quellen, seiner Kritiklosigkeit, seinem Partikularismus, seiner Unordnung zufolge entwicklungsunfähig, seine Kasuistik aber zeigte der naturrechtlichen Richtung gegenüber unbendingt zu einem gewissen Rechtspositivismus ebenso, wie dessen Klarlegung, dass das Recht eine geschichtliche Erscheinung ist;

d) obwohl das Naturrecht, ebenso wie der *Usus modernus*, am Ende des 18. Jahrhunderts sozusagen auf den toten Punkt kam, sollen wir allenfalls in Betracht nehmen, dass beide letzten Endes auf dem römischen Recht beruhten, insoweit für das Vorige die wichtigste Quelle das römische Recht war,<sup>13</sup> und der Letztere, wenn auch er von den Quellen des römischen Rechts grösstenteils gerissen wurde, konnte doch letztthin darauf zurückgeführt werden;

e) es kann auch nicht ausser acht gelassen werden, dass die Erkennung des geschichtlichen Charakters des Rechts uns notwendigerweise darauf lenkt, dass am Anfang der Rechtsentwicklung die grundlegende, ja einzige Rechtsquelle das Gewohnheitsrecht war, das *Salvius Iulianus* nach durch den „*tacitus consensus populi*“, das „stillschweigende Einverständnis des Volkes“ zustandegebracht wurde (D. 1. 3. 42. 1.); d. h. das Recht ist ursprünglich ein wirkliches „Volksrecht“, also das Produkt des Volkes;<sup>14</sup>

f) schliesslich ist auch zweifellos, dass *Hugo* und *Savigny*, von denen der Letztere der klassischen Atmosphäre Weimars nahe war, auf dem Gebiet der Rechtswissenschaft sich zu den französischen Humanisten als ihren Vorläufern bekannten und dass das philologische Programm der historischen Schule eine „glückliche Wiederaufnahme“ der Tätigkeit des *Cuiacius*, bzw. des älteren *Gothofredus* war.<sup>15</sup>

<sup>11</sup> *Wieacker* a. a. O. 354 ff.

<sup>12</sup> *Wieacker* spricht über die „Geschichtsfeindlichkeit“ des Naturrechts (a. a. O. 350).

<sup>13</sup> „... auch für das Naturrecht — sagt *Koschaker* (a. a. O. 281) — das römische Recht doch die wichtigste Quelle war“.

<sup>14</sup> „Die Gestalt aber — sagt *Savigny* (System I. 16) — in welcher das Recht in dem gemeinsamen Bewusstseyn des Volkes lebt, ist nicht die der abstracten Regel, sondern die lebendige Anschauung der Rechtsinstitute in ihrem organischen Zusammenhang ... Jene Gestalt offenbart sich durch die symbolischen Handlungen, die das Wesen der Rechtsverhältnisse bildlich darstellen und in welchen sich die ursprünglichen Volksrechte meist deutlich und gründlicher aussprechen, als in den Gesetzen“.

<sup>15</sup> *Wieacker*: Vom römischen Recht. Europa und das römische Recht. Stuttgart, 1961. 300.

### III.

#### 1. Zusammengefasst:

die gesellschaftlich-ökonomischen Verhältnisse, auf deren Fundament die historische Rechtsschule und als deren Produkt, die Pandektistik in der 19. Jh. in Deutschland sich ausgebildet hatte, haben ein doppeltes Profil. Das Arbeitssystem des Feudalismus ist noch sozusagen unberührt, die Leibeigenschaft ist noch nicht befreit, was das Gesicht des Grundeigentums und aller damit zusammenhängenden Rechtsinstitute (Ehegüterrecht, Erbrecht) determiniert. Zur selben Zeit aber zeigt sich auch der Vorgang des kraftvollen Emporstrebens des Bürgertums, der kräftigen Entwicklung der Kapitalistenklasse unmissverständlich, weil das liberalkapitalistische Zeitalter des Gewerbes und Handels sich jetzt entfaltet und dementsprechend auch die Blütezeit des Mobiliareigentums und der Vertragsfreiheit angekommen ist;

politisch zeigt dieses Zeitalter ähnlicherweise ein doppeltes Gesicht. Die preussische Monarchie, deren Ideologie — wie schon erwähnt — eben durch die deutsche naturrechtliche Richtung gegeben wurde,<sup>16</sup> ist die öffentlich-rechtliche Ausprägung der Kräfte des Feudalismus, die deutsche Einheit und der nationale Gedanke sind hingegen die Ideologie des Bürgertums;

prüfen wir die vorher analysierten Faktoren vom Gesichtspunkt der philosophischen und rechtlichen Ansichten aus, so sehen wir, dass diese schon die Meinungen des Bürgertums sind, kaum gefärbt durch die Züge des Feudalismus. *Kants* Philosophie (seine kritischen Ansichten, seine Ethik, seine Willensautonomie) ist der philosophische Niederschlag der Bestrebungen des aufbringenden Bürgertums und die gesellschaftliche Ursache ihrer Irrtümer, Widersprüche, Inkonsequenzen ist ausschliesslich die Zurückgebliebenheit des deutschen Bürgertums. Im Mittelpunkt der Geschichtsphilosophie *Herders* steht die Idee des dem Humanismus zu zeigenden bürgerlichen Fortschritts und die klassische Weimarer Welt ist die philosophische, wissenschaftliche, künstlerische Projektion der progressivsten Kraftlinien des Bürgertums. Beim Licht dieser Ansichten ist das der ideologischen Anwendung des preussischen Absolutismus dienenden Naturrechts, der durch Partikularismus gefärbte Usus modernus überholt, dagegen lebt der humanistische Geist auch in der Rechtswissenschaft wieder auf, selbst wenn die Erkennung der Geschlichkeit des Rechts in vielen Beziehungen der ideologischen Unterstützung der Bestrebung dient, die Vergangenheit zu konservieren (z. B. eine antirevolutionäre, die Kodifikation missbilligenden Einstellung.).

2. Die Verhältnisse des Feudalkapitalismus sind also diejenigen — in Beziehung sowohl mit den gesellschaftlich-wirtschaftlichen Verhältnissen als auch mit der grösstenteils durch diese determinierten politischen und ideologischen Anschauungen—unter denen in Deutschland die Ausbildung der Pandektistik begann. Die verschiedenartigen Verhältnisse lassen ihre Doppelheit in der Aus-

<sup>16</sup> *Világhy*, in „Jogtudományi Közlöny“, 10 (1955) 466—467. — „In Deutschland — sagt *Szabó* (A burzsoá állam- és jogbölcselet Magyarországon [Die bourgeois Staats- und Rechtsphilosophie in Ungarn] Budapest, 1955, 27) — in der spekulativen ... Erscheinungsform der naturrechtlichen Auffassung ist der revolutionäre Gedanke sozusagen völlig verlorengegangen und hat seine Stelle derjenigen gebändigten Moralphilosophie übergeben, in der die Fragen des Staates und der unbedingten Freiheitsrechte im allgemeinen in den Hintergrund getreten sind, — bzw. derjenigen vernunftrechtlichen Richtung, die gerade die Daseinsberechtigung der absoluten Monarchie zu bestätigen strebte“.



bildung und Entwicklung dieser Wissenschaft so notwendigerweise fühlen. Die Bilanz der obigen Faktoren scheint dennoch darauf zu deuten, dass trotz dieser Doppelheit die Pandektistik das Produkt der bürgerlichen Entwicklung sei. Man braucht ein Rechtssystem, das ohne die absolute Monarchie, die feudalen Überbleibsel zu berühren, die Ansprüche des aufbringenden Bürgertums möglichst befriedigt. Es handelt sich um die Notwendigkeit ein modernes liberalkapitalistisches Rechtssystem auszubilden, worin jedoch die feudalen Überbleibsel, die aus dem feudalen Zeitalter gebliebenen Privilegien unberührt eingebaut werden.

#### IV.

1. Unsere Aufgabe ist im weiteren, den Vorgang des Aufstieges und des Untergangs der Pandektistik zu schildern. Dies ist eine ziemlich komplizierte Aufgabe, weil dieser Vorgang durch die in den Werken zahlreicher Pandektisten des 19. Jahrhunderts geformten Anschauungen gezeichnet wird. Dennoch versuchen wir durch die Pandektisten, deren Name wenn auch nicht immer einen Grenzstein aber unbedingt einen bedeutenden Standort in diesem Entwicklungsprozess bildet, diesen Vorgang im Spiegel der bedeutendsten rechtstheoretischen Konzeptionen darzustellen.

2. Die Entfaltung der Pandektistik fällt auf das Zeitalter des deutschen Liberalkapitalismus, das durch den Feudalismus noch natürlich kraftvoll gefärbt wird. Das Zeitalter der Entfaltung fällt mit der Entfaltung der historischen Schule zusammen, deren romanistische Richtung diese Wissenschaft erschafft. Dieses Zeitalter der Entfaltung der Pandektistik ist mit den Namen von *Savigny* und *Puchta* verbunden, deren Tätigkeiten sich — als die des Meisters und des mit ihm zusammen arbeitenden Schülers — beinahe völlig verflechten, obwohl die Differenzen zwischen ihnen in nicht einem Fall bedeutend sind. Dieses Zeitalter ist von 1803, der Erscheinung *Savignys* schulgründenden Monographie: „Das Recht des Besitzes“ ab bis zum 1853, der Erscheinung *Savignys* „Obligationenrecht“ betitelten Werkes, also bis zur Publizierung des letzten grossen Werkes des Schulgründers zu rechnen.

Die weitere Entwicklung der Pandektistik fällt schon dem Wesen nach auf das Zeitalter des sich entwickelnden und befestigenden Monopolkapitalismus. In der Tätigkeit *Puchtas*, des *Savigny*-Schülers verbindet sich noch die Pflege der römischen Rechtsgeschichte mit der der Pandektistik, darauf folgend aber verselbständigt sich die von *Puchta* bearbeitete dogmatische Richtung und ihre Methode, die sog. „Begriffsjurisprudenz“ wird das Attribut einer selbständigen Richtung der Pandektistik, das durch den Hauptvertreter dieser Richtung: *Windscheid*, schon der gesamtdeutschen Kodifikation zu zeigt (1900). Die andere Richtung der Pandektistik des Monopolkapitalismus ist diejenige, die mit *Jherings* Namen gezeichnet ist, der als *Savignys* Schüler auf den Spuren des Meisters aufbrach, aber vom Ende der fünfziger Jahre ab, auf der Suche nach selbständigen Wegen, mit seinem „Interessentheorie“ und seiner kritisch-teleologischen Methode, die andere, mit der Vorigen parallel laufende Richtung der Pandektistik erschafft.

Während aber die Pandektistik im Zeitalter ihrer Entfaltung den Ansprüchen des Liberalkapitalismus im allgemeinen entsprach, war ihre Hauptrichtung — ihrem völligen Mangel an der sozialen Anschauung zufolge — nicht mehr fähig mit dem Zeitalter des Monopolkapitalismus gehörig Schritt zu

halten. Der Untergang der Pandektistik wurde durch diesen Umstand und durch das Inkrafttreten des deutschen BGB, des in Gesetzbuch eingefassten Pandektenlehrbuches herbeigeführt, was natürlich nicht bedeutet, dass ihre Konzeption keine weitere Wirkung auf die Rechtswissenschaft ausgeübt hätten.

3. Die Entwicklungsgeschichte der Pandektistik wird also den Obigen zufolge in drei Abschnitten behandelt:

a) Entfaltung der Pandektistik (1803—1853), das Zeitalter von *Savigny* und *Puchta*;

b) Differenzierung der dogmatischen (*Windscheid* und seine Genossen) und der interessenforschenden Richtung (*Jhering*) und endlich,

c) Untergang der Pandektistik (von 1900 an), die die Verkümmderung beider, aber hauptsächlich der ersten erwähnten Richtung bedeutet hat, ohne jedoch dass die Konstruktionen der Pandektistik aus der Wissenschaft des modernen Privatrechts völlig verschwunden wären. Die Pandektistik ist nämlich dem Wesen nach auch heute noch ein Wirkungsfaktor in der Wissenschaft des Privatrechts der bürgerlichen Staaten.

## 2. Entfaltung der Pandektistik. *Savigny und Puchta*

### I.

1. Die Entwicklung der Pandektistik war das Verdienst der deutschen historischen Rechtsschule. Als Begründer der Schule ist — wie erwähnt — *Gustav Hugo* (1764—1844) anzusehen, der von naturrechtlichen Grundlagen ausgehend, als *Kants* Schüler, mit dessen kritischen Anschauungen, auf einen zu den geschichtlichen und philosophischen Rechtswissenschaften führenden Weg gelangte. Für ihn bedeutete aber schon das römische Recht, das deutsche gemeine Recht, d. h. ein positives Recht; das Naturrecht.<sup>17</sup> Der wahre Einleiter der Schule war jedoch *F. C. Savigny*, der in seinem in 1803 über den Besitz geschriebenen Werk das Rechtsinstitut der *possessio* in seiner geschichtlichen Entwicklung mit einer neuen Methode darstellt. Die Schule beginnt ihre eigentliche Tätigkeit damit. Nachdem aber die historische Rechtsschule für uns vom Gesichtspunkt dieser Abhandlung aus nur als die Ausbilderin der Pandektistik von Bedeutung ist, scheint notwendig das andere Tätigkeitsgebiet dieser Schule von dem für uns wichtigen Gebiet schon im vorherein abzusondern.

2. Der eigentliche Begründer der historischen Rechtsschule, *Savigny*, gab ihr mit seinen Werken einen romanistischen Charakter, aber eine Differenzierung erschien sehr früh im Rahmen der Schule bezüglich der romanistischen und germanistischen Richtungen. Die letztere Richtung knüpft sich am Namen des *K. F. Eichhorn* (1781—1854), dessen in 1808, d. h. in fünf Jahren nach *Savignys* epochemachendem Werk erschienenenes Werk, „Deutsche Rechts- und Staatsgeschichte“ in der Mitte der historischen Schule die Einleitung des germanistischen Zweiges bedeutete, insoweit dieses Werk die Grundlage zum

<sup>17</sup> *Wieacker*: Privatrechtsg.<sup>2</sup> 378 ff. — *H. Thieme* weist auf die Feststellung von *Hugo* hin, dass „das römische Recht ... unser Naturrecht ist“ (*Savigny* und das deutsche Recht. SZ Germ. Abt. 80 [1963] 17).

„deutschen Privatrecht der Gegenwart“ schuf.<sup>18</sup> Dieser Zweig schritt einstweilen parallel, ohne irgendeinen Widerspruch, mit dem romanistischen Zweig fort, aber die Unentwickeltheit des deutschen Privatrecht, *Savignys* gewaltige wissenschaftliche Individualität, die das Profil der Schule entschied, der Anspruch der von ihm in Gang gesetzten Romanistik auf die Ausbildung einer neuen Privatrechtswissenschaft und gleichzeitig und grundlegend die Anforderungen des bürgerlichen Liberalismus haben diesen Zweig der historischen Rechtsschule auf eine nebensächliche Rolle geurteilt.<sup>19</sup> Der Bruch zwischen beiden Zweigen, ihr Konflikt miteinander treten erst viel später ein, gegen Ende des von uns behandelten Zeitalters, als auch die Germanisten ihrer deutschen Privatrechtswissenschaft solches Gewicht sichern wollten, wie es den Romanisten gelungen ist.

3. Aber selbst innerhalb des romanistischen Zweiges der historischen Rechtsschule können zwei Richtungen entdeckt werden, von denen jedoch, ihrer Verbindung mit dem lebenden Recht zufolge, nur die von *Savigny* geprägte Pandektistik eine grössere Bedeutung hatte. Der sich neben dieser, sozusagen in ihren Schatten zurückziehende Nebenzweig war die römische Rechtsgeschichte. Es ist zweifellos, dass diese einstweilen vom Gesichtspunkt der Pandektistik aus eine ernste Bedeutung hat. *Savigny* kehrte ja in der Bearbeitung des „heutigen römischen Rechts“ immer bis zu den justinianischen Quellen zurück und die rechtsgeschichtlichen Forschungen waren ihm und den Pandektisten nicht nur bei der besseren Erkennung dieser Quellen behilflich, sondern sie machten sie auch auf das vorjustinianische römische Recht aufmerksam und erweiterten damit den Gesichtskreis der Pandektisten (selbst wenn diese das vorjustinianische Rechtsmaterial in ihrer Tätigkeit nicht gehörig in Betracht zogen). Dieser Nebenzweig begann seine Arbeit damit, dass *Niebuhr* das Manuskript der i. J. 1816 in der Kapitelsbibliothek zu Verona gefundenen Institutionen des Gaius unter wissenschaftliche Untersuchung nahm, dann; darauf folgend, haben die Anhänger dieser Richtung das vorjustinianische Material, eines nach dem andern, klargelegt.<sup>20</sup> Aber auch dieser Zweig war notwendigerweise zu einer Nebenrolle verurteilt, denn die Pandektistik, d. h. der Hauptzweig der romanistischen Richtung der historischen Rechtsschule bemühte sich, die privatrechtliche Dogmatik — natürlich auf geschichtlichen Grundlagen — auszubauen.<sup>21</sup> Die römische Rechtsgeschichte trennt sich erst mit *Mommsens* Tätigkeit, in der Mitte des Jahrhunderts von der eigentlichen Pandektistik.<sup>22</sup>

4. Damit gerieten wir wiederholt um einen Schritt näher dem Begriff der Pandektistik, worunter die den Hauptzweig der romanistischen Richtung der

<sup>18</sup> *Wieacker*: Privatrechtsg.<sup>2</sup> 403—404. — *Thieme*, SZ Germ. 80 (1963) 7.

<sup>19</sup> *Wieacker*: Privatrechtsg.<sup>2</sup> 403.

<sup>20</sup> Ein Beweis dafür ist, dass *Eichhorn* mit *Savigny* zusammen die „Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft“ beginnt (1814), aber die Germanisten haben sich mehr, nur auf die Quellenforschung (*Eichhorn*), Philologie und die Forschung der germanischen Antiquitäten (*J. Grimm*) beschränkt, oder solche durch die Pandektistik vernachlässigten Rechtsgebiete gepflegt, als z. B. das Handelsrecht (*Wieacker*: Privatrechtsg.<sup>2</sup> 403. — *Thieme*, SZ Germ. 80 [1963] 7 ff. — *Th. Schuler*: Jacob Grimm und Savigny. SZ Germ. 80 [1963] 197 ff).

<sup>21</sup> *F. Bluhme* hat den vermutlichen Vorgang der Arbeit der Digestenredakteure enthüllt, *A. Mais* hat die Fr. Vaticana aufgedeckt. *Rudorff* versuchte das Edictum zu rekonstruieren und *Dirksen* und *Schöll* haben die Rekonstruktion grundlegenden Charakters des Zwölftafelgesetzes durchgeführt.

<sup>22</sup> *Koschaker* a. a. O. 284.

deutschen historischen Rechtsschule bildende, sich auf die justinianischen Quellen, zunächst die Pandekten stützende dogmatische Privatrechtswissenschaft zu verstehen ist.

## II.

1. *Friedrich Carl Savignys* (1779—1861) epochemachende erste Schöpfung (*Das Recht des Besitzes*. Giessen, 1803) analysiert die „Besitztheorie der Römer“, ausgehend von den justinianischen Quellen, dann führt sie durch das Mittelalter die Entwicklung der Anschauungen, die — modifizierend die Besitzkonzeption der Römer — dieses Rechtsinstitut weiterführten. Zum Schluss erreicht sie die Konstruktion, die „*Savignys Besitztheorie*“ genannt wird. Diese Konstruktion beruht letzten Endes auf der tiefdringenden Analyse der justinianischen Quellen, aber sie widerspiegelt eine solche Konstruktion von *Savigny*, die geeignet ist, dem bürgerlichen Individualismus seines Zeitalters, den Erfordernissen des sich entfaltenden Liberalkapitalismus zu entsprechen. Dies ist eine auf der Grundlage der römischen Rechtsquellen erschaffene und den Ansprüchen des klassischen Kapitalismus dienende zivilrechtliche theoretische Konstruktion. In seiner Methode, Struktur, Auffassung übersteigt das Werk weit die römischen altertumswissenschaftlichen Forschungen, die naturrechtlichen Abstraktionen, sowie die von den Quellen losgetrennte Kasuistik niedrigen Niveaus des *Usus modernus Pandectarum*. In diesem Werk kann der Grundstein der modernen wissenschaftlichen Pflege des römischen Rechts gesehen werden.<sup>23</sup> Und *Dirksen* und *Schöll* erschufen die erste Rekonstruktion grundlegender Bedeutung des Zwölftafelgesetzes.

2. Während *Savigny* mit seinem Werk über den Besitz nur ein Beispiel für das Niveau der durch die historische Schule beanspruchten wissenschaftlichen Tätigkeit gab, lässt seine Streitschrift „*Vom Beruf unserer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft*“ (Heidelberg, 1814)<sup>24</sup> das ganze Programm der historischen Rechtsschule und der Pandektistik entfalten. Die Streitschrift ist eine Antwort auf die manifestartige Abhandlung „Über die Nothwendigkeit eines allgemeinen bürgerlichen Rechts für Deutschland“ (Heidelberg, 1814),<sup>25</sup> geschrieben von dem heidelberger Professor *A. E. Thibaut* (1772—1840), in der der Verfasser für das ganze Deutschland ein einheitliches Gesetzbuch erfordert, das der Willkür der einzelnen deutschen Regierungen nicht unterworfen wäre.<sup>26</sup> Das gemeine Recht, das in Deutschland im allgemeinen zur Geltung kommt — sagt *Thibaut* — sei das im Vergleich zu den deutschen Verhältnissen überholte justinianische Recht, ja sogar stehe im wesentlichen selbst dessen Text nicht zur Verfügung.<sup>27</sup> Daneben machen sich in Deutschland das kanonische Recht und auf gewissen Gebieten (in den von Napoleons Herr-

<sup>3</sup> *Savigny* hat seinem über den Besitz geschriebenen Werk vorangehend eine grosse Wirkung auf seine Hörer mit seinen Marburger Vorlesungen (Juristische Methodenlehre) ausgeübt, in denen er sich mit der kantianischen Willensautonomie beschäftigt und auf die Notwendigkeit des Historizismus der Rechtswissenschaft hingewiesen hat (*Kantorowicz*: *Savignys Marburger Methodenlehre*. SZ Rom. 53. [1933] 465 ff).

<sup>24</sup> Vgl. *J. Stern*: *Thibaut und Savigny*. Berlin, 1914.

<sup>25</sup> Vgl. *Stern* a. a. O.

<sup>26</sup> *Stern* a. a. O. 41.

<sup>27</sup> *Stern* a. a. O. 45.

schaft frei gewordenen Ländern des Rheinbundes, wo es fortbestand) der *Code civil* geltend, als Rechte subsidiären Charakters. Unter diesen Umständen könne sich der deutsche Jurist im deutschen Recht nicht zurechtfinden, was eine völlige Rechtsunsicherheit zur Folge habe.<sup>28</sup>

In seinem Antwort auf das von den Ideen der französischen Revolution und dem Gedanken der durch den *Code civil* ausgeführten Kodifikation inspirierte *Thibauts*che Manifest hat *Savigny* dem Wesen nach die mit der Rechtsentstehung und dem Problem der Kodifikation verbundene ganze Theorie der historischen Rechtsschule dargelegt. Demgemäss

entstehe das Recht zusammen mit dem Volke, entwickle sich zusammen damit und versterbe schliesslich erst wenn das Volk seinen eigenen Charakter verliert;<sup>29</sup>

das Recht, ebenso wie die Sprache, die Moral, die Verfassung, sei der organische Teil des Volkes, die Manifestation der Kräfte des Volkes, die nur vor einem äusseren Beobachter selbständig erscheine. In der Wirklichkeit sei es mit dem Leben des Volkes verflochten, durch die gemeinsame Überzeugung des Volkes damit verbunden, was jede Idee einer zufälligen und willkürlichen Entstehung ausschliesse;<sup>30</sup>

die Völker haben ein junges, ein reifes und ein sinkendes Alter; das junge Alter sei arm an Begriffen, es verfüge aber über eine klare Rechtsanschauung, es fehle ihm hingegen an der zur Kodifikation notwendigen sprachlichen und logischen Kunst. Im reifen Alter der Völker differenziere sich die Ausdrucksweise des Rechts. Es habe ein doppeltes Dasein, denn einerseits sei es ein Teil des ganzen Volkslebens, andererseits lebe es als eine spezielle Disziplin in den Händen der Juristen.<sup>31</sup> Nachdem das Recht in diesem Zeitalter eine spezielle Disziplin in den Händen des Juristenstandes ist, brauche man kein Gesetzbuch.<sup>32</sup> Im sinkenden Zeitalter, sind die Voraussetzungen der Kodifikation wiederholt nicht vorhanden;

jedes Recht entstehe in der Weise, die der herrschende nicht ganz entsprechende Sprachgebrauch als Gewohnheitsrecht bezeichnet, nämlich dass das Recht erstens im Wege der Moral und des Volksglaubens, dann der *iusprudentia* zustandekomme, allenfalls überall durch die still wirkenden inneren Kräfte und nicht durch die Willkür des Gesetzgebers;<sup>33</sup>

die Arbeit des Gesetzgebers könne deshalb in nichts anderem bestehen, als dass das Vorhandene nicht zu verändern, sondern aufrechtzuerhalten sei. Es solle gründlich untersucht und richtig zum Ausdruck gebracht werden.<sup>34</sup>

Das im „Beruf“ ausgedrückte Rechtsentstehungstheorie von *Savigny* also die sog. organische Theorie, dergemäss das Recht als eine der Eigenschaften des Volkes damit zusammen entstehe, entwickle und vergehe, ebenso als die Manifestationen des Organismus damit zusammen entstehen, entwickeln und Vergehen. Es sei nicht möglich, in diesen Vorgang willkürlich einzugreifen. Der Weg der Rechtsentwicklung sei deshalb ausschliesslich gewohnheitsrechtlich. Die einzige Aufgabe des Gesetzgebers möge nur sein, das bestehende

<sup>28</sup> Stern a. a. O. 42.

<sup>29</sup> *Savigny*: Beruf. Vgl. Stern a. a. O. 78.

<sup>30</sup> *Savigny*: Beruf. Vgl. Stern a. a. O. 76.

<sup>31</sup> *Savigny*: Beruf. Vgl. Stern a. a. O. 78.

<sup>32</sup> *Savigny*: Beruf. Vgl. Stern a. a. O. 86.

<sup>33</sup> *Savigny*: Beruf. Vgl. Stern a. a. O. 78.

<sup>34</sup> *Savigny*: Beruf. Vgl. Stern a. a. O. 83.

Recht damit zu konservieren, dass er es verständlich und richtig zum Ausdruck bringt.

3. Vom 1815 ab beginnend, publiziert *Savigny* sein „Geschichte des römischen Rechts im Mittelalter“ betitelttes gewaltiges Werk (in Bänden I—VII. Heidelberg, 1815—1831), das in den bis zum Zeitalter der Glossatoren reichenden ersten vier Bänden ein grosszügiges Bild von der mittelalterlichen Entwicklung des römischen Rechts, in den weiteren aber eher die Biographie der Romanisten des Mittelalters gibt, sowie literaturgeschichtliche Skizzen zusammenstellt. Es sind diejenigen Teile des Werkes meist gelungen, wo es den an den europäischen Universitäten befindlichen Rechtsunterricht erörtert. Das Werk verbindet sich unseres Erachtens grundlegend mit dem geschichtlichen Zweige der romanistischen Richtung der historischen Rechtsschule. Es ist jedenfalls ohnegleichen in seiner Art, da die römischen Rechtsgeschichtler der Schule die justinianische Kodifikation nicht überwunden hatten. Andererseits wollte *Savigny* mit diesem Werk nicht ausschliesslich das Studium der Rechtsgeschichte bereichern, sondern der geschichtlichen Anschauung seiner Schule entsprechend auch die geschichtlichen Wurzeln der Pandektistik aufdecken.<sup>35</sup>

4. Die im „Beruf“ publizierte Rechtsentstehungstheorie von *Savigny* wurde von *G. F. Puchta* (1798—1846), dem *Savigny*—Schüler, Professor an den Universitäten in München, Marburg, Leipzig, dann v. J. 1842 ab an der Juristischen Fakultät der Universität zu Berlin, wo er von 1842 *Savignys* Nachfolger an seiner Lehrkanzel war (*Savigny* war danach als Minister der preussischen Regierung tätig) — in seinem Werk: „Das Gewohnheitsrecht“ (Erlangen, Bd. I. 1828, Bd. II. 1837) weiterentwickelt. Er geht von zwei Thesen von *Savigny* aus, dass nämlich das Gewohnheitsrecht eine normale Form der Rechtsentwicklung sei und dass im reifen Alter der Völker das Recht sich nicht nur im Volksleben, sondern auch in der Form der Wissenschaft in den Händen des Juristenstandes realisiert und stellt auf diesem Grund fest, dass die Völker eine sog. Unschuldperiode und eine Mannigfaltigkeitsperiode haben, die auf etwas höheres deute. Das sei die Wissenschaftlichkeit. Die letzte Periode sei nach *Puchta* die Gegenwart und in dieser Periode könne nur der wissenschaftlich gebildeter Jurist, als das „Organ des Volkes“, geeignet sein, das Recht zu entwickeln. So wurde aus *Savignys* organischer Theorie bei *Puchta* die Theorie des juristischen Monopols der Rechtsentwicklung.<sup>36</sup> Er formuliert den Begriff des Rechts mit der Anwendung von *Savignys* Ausdruck<sup>37</sup> der „Tätigkeit des Volkes“, die seiner Meinung nach das Resultat einer Volkstätigkeit sei.<sup>38</sup>

5. I. J. 1838 erscheint *Puchtas* Werk von hoher Bedeutung: „Pandekten“ (Leipzig, 1838). womit er dem die Privatrechtstheorie seines Meisters erörternden grossen Werk, dem „System des heutigen römischen Rechts“ vorausgeht. *Puchta* erschafft dem Wesen nach in diesem Werk die Hierarchie der Begriffe. Jeder Begriff und jeder Bestandteil dessen, der in der Erschaffung des Begrif-

<sup>35</sup> Wie alleinstehend dieses Werk in seiner sei, ist dadurch gezeigt, dass in der Mitte dieses Jahrhunderts viele Gelehrte von allen Teilen der Welt ein mehrbändiges Werk (*Ius Romanum Medii Aevi*) verfertigten, dessen allgemeine Bezeichnung „Neuer *Savigny*“ ist.

<sup>36</sup> *Wieacker*: Privatrechtsg.<sup>2</sup> 399. — Dies wird von *Puchta* folgendermassen ausgedrückt: die rechtlichen Ansichten des Volkes, „die sich in den rechtsständigen Gliedern der Nation, als den natürlichen Repräsentanten derselben in rechtlichen Dingen vornehmlich an den Tag legen“ (Pandekten.<sup>9</sup> 30).

<sup>37</sup> *Savigny*: Beruf. Vgl. *Stern* a. a. O. 76.

<sup>38</sup> *Puchta*: Das Gewohnheitsrecht. I. Erlangen, 1828. 139.

fes irgendeine Rolle erhielt, könne in einer sog. Begriffspyramide aufwärts bis zum Begriff des Rechts, hinabwärts bis zu den einzelnen subjektiven Rechten systematisch gefolgt werden. Die Gesetzmässigkeit der Rechtsregel werde ausschliesslich dadurch bestimmt, ob sie systematisch richtig sei und ob auf der Logik und Vernünftigkeit beruhe. Die Rechtserzeugung sei *Puchtas* Ansicht nach nichts anderes als eine Ableitung aus dem Begriff. Es war also dem Wesen nach *Puchta*, der die kantische Kategorie des „selbständigen Seins“ des Rechts benützend, sie mit den begrifflichen Spekulationen des späten Naturrechts verbunden und damit jeden wissenschaftlichen Formalismus, wonach die Rechtswissenschaft vom Beginn des Jahrhunderts an strebte, vollendet hat.<sup>39</sup> Mit dieser Begriffspyramide ist *Puchtas* Ansicht bezüglich der „logisch geschlossenen Einheit des Rechtssystems“ verbunden und sie folgt daraus. Die im Rechtssystem befindlichen Antinomien — sagt *Puchta* — seien nur scheinbar und sie werden durch eine richtige Interpretation eliminiert.<sup>40</sup>

In den „Pandekten“ erscheint eigentlich erst vollentfaltet das sog. Pandekensystem, das mit der Anwendung der spekulativen Kategorien der naturrechtlichen Schule ausgestaltet wurde. Das Werk a) beginnt mit einem allgemeinen Teil (Rechtsnormen, Rechtsverhältnisse, die Anwendung der Vorigen auf die Letzteren, das Recht der Persönlichkeit und der Besitz) und b) die Sachenrechte, c) die Schuldrechte (*obligatio*), d) die Rechte an den Personen (Familienrecht) und e) das Erbrecht bilden den sog. besonderen Teil des Werks.

In den „Pandekten“ stellt *Puchta* im Rahmen seiner Begriffspyramide die Besitzlehre (als die Weiterentwicklung von *Savignys* Besitzlehre), die Rechtsgeschäftslehre, die Lehre der juristischen Personen.

6. Zwei Jahre später, in 1840 erscheint *Savignys* „System des heutigen römischen Rechts“, als ein Torso-Altswerk,<sup>41</sup> dessen weitere Bände (I—VIII, Berlin, 1840—1849) bis zum 1849 fortgesetzt publiziert werden. Vom Gesichtspunkt seiner Rechtsentstehungstheorie ist Band I der wichtigste. Gegenüber seiner im „Beruf“ skizzierten Theorie schreitet *Savigny* hier in zwei Richtungen weiter: einerseits benützt er hier schon ausdrücklich den Ausdruck „Volksgeist“ und spricht von dessen rechtsbildender Kraft. So könne das positive Recht, nachdem es durch das gemeinsame Bewusstsein des Volkes zustandegebracht wurde, mit anderen Worten auch „Volksrecht“ genannt werden.<sup>42</sup> Andererseits verändert er seinen der Aufgabe der Gesetzgebung bezüglichen Standpunkt, insoweit er hier schon zum Ausdruck bringt, dass deren Aufgabe nicht nur die Konservierung des lebenden Gewohnheitsrechts sein möge, aber auch

<sup>39</sup> *Wieacker*: Privatrechtsg.<sup>2</sup> 400—401. — *Puchta*: Pandekten.<sup>9</sup> 30.

<sup>40</sup> „Es ist nur ein nur scheinbarer Widerspruch, der einer richtigen Interpretation weicht, sei es, dass diese den beiden Stellen einen Sinn gibt, in welchem sie gar nicht miteinander collidieren...“ (Pandekten.<sup>9</sup> Leipzig, 1863. 32). „Jede Anwendung der Analogie — sagt dagegen *Savigny* (System I. 292) — beruhe zwar auf der vorausgesetzten inneren Konsequenz des Rechts; nur ist diese nicht immer eine bloss logische Konsequenz, wie das reine Verhältnis zwischen Grund und Folge, sondern zugleich eine organische“. S. *Schultzensteins* Meinung nach stand *Savigny* „dem Dogma der logischen Geschlossenheit“ ausdrücklich gegenüber (Friedrich Carl von Savigny. Berlin, 1930. 77 ff).

<sup>41</sup> *Wieacker*: Privatrechtsg.<sup>2</sup> 396.

<sup>42</sup> „In dem gemeinsamen Bewusstseyn des Volkes lebt das positive Recht und wir haben es daher auch Volksrecht zu nennen“ (*Savigny*: System I. 14). Der „Volksgeist“ kommt zuerst bei *Puchta* vor (*Thieme*, SZ Germ. 80 [1963] 8), seine ausführliche Interpretation ist aber bei *Savigny* zu suchen.

die Weiterbildung des Rechts. So sei die Gesetzgebung, als das Organ der Rechtserzeugung, auch als eine Rechtsquelle anzusehen.<sup>43</sup> Diese letztere Modifizierung an der im „Beruf“ publizierte Rechtserzeugungskonzeption von *Savigny* lässt sich natürlich auf die in den deutschen wirtschaftlich-gesellschaftlichen Verhältnissen eingetretenen Änderungen zurückgeführt werden, die den Anforderungen des Bürgertums entsprechend die Erschaffung des Ehegesetzes, des Wechselgesetzes, usw. notwendig machten. Der Ausdruck „Volksgeist“ ist hingegen ein präziserer Ausdruck der im „Beruf“ frei benutzten solchen Redewendungen, wie „die gemeinsame Überzeugung des Volkes“.

Die weiteren Bände des „System“ geben dem Wesen nach die grossangelegte Bearbeitung der deutschen Pandektenwissenschaft. *Savignys* Ausgangspunkt ist das „Rechtsverhältnis“, daraus leitet er den Begriff des subjektiven Rechts ab, worunter seines Erachtens das Gebiet zu verstehen sei, worüber der Wille des Individuums herrscht und zwar mit der Übereinstimmung von uns allen. Diese Macht wird von ihm das Recht der Person genannt und einige nennen sie das Recht in subjektivem Sinne.<sup>44</sup>

*Puchtas* Lehre über das Rechtserzeugungsmonopol — deren Wurzeln, wie erwähnt, im „Beruf“ zu finden sind, die aber vom Verfasser zu einer Doktrin erhöht wurde — findet ebenfalls in Bd. I des „System“ teils eine Weiterentwicklung, teils gewisse Dämpfung. Das Gesetz sei, *Savigny* nach, das Organ des Volksrechts.<sup>45</sup> Der Gesetzgeber stehe nämlich im Mittelpunkt des Volks, in ihm verkörpere sich der Volksgeist und in ihm konzentrieren sich die Bedürfnisse des Volkes. Im Gesetzgeber haben wir den wahren Vertreter des Volksgeistes zu sehen.

Der zweite Band des Werkes spricht von den Personen, den Trägern der Rechtsverhältnisse, der dritte und vierte Band von der Entstehung und dem Aufhören der Rechtsverhältnisse, der fünfte, sechste und siebente Band von der Verletzung der Rechte, während der achte Band von der Herrschaft der Rechtsregeln über die Rechtsverhältnisse (in diesem Band beschäftigt sich der Verfasser schon auch mit dem partikulären Recht).

7. Ein Jahr nach der Erscheinung des ersten Bandes des „System“, wurde von *Puchta* sein Werk: *Cursus der Institutionen* (Leipzig, 1841), publiziert Zusammenfassend in diesem, nach der Enzyklopädie der Rechtswissenschaft, die römische Rechtsgeschichte, das römische Prozessrecht, und dann das System des römischen Privatrechts. Das erste Buch des Werkes beginnt mit einer philosophischen Einleitung, in deren Rahmen er über den Geist, den Verstand, die menschliche Freiheit und ihre Schranken, dann über das Recht, die rechtliche und moralische Freiheit, den Begriff des Rechts, sowie über das Verhältnis zwischen Recht und Moral spricht. Im Folgenden bespricht er den menschlichen und göttlichen Ursprung des Rechts, dann das Wesen von Volk und Staat. Das Recht ebenso wie den Staat sieht er als göttlichen Ursprungs an. Die Über- und Unterordnung, ebenso wie die Gehorsamkeit wozu wir ver-

<sup>43</sup> Über die Funktion der Gesetzgebung und Rechtswissenschaft sagt *Savigny* (System I. 18) die Folgende: „Diese Fortbildung des Rechts kann übrigens ein ganz verschiedenes Verhältnis zu dem ursprünglich vorhandenen Recht haben. Es können durch sie neue Rechtsinstitute erzeugt, oder auch die vorhandenen umgestaltet werden“.

<sup>44</sup> *Savigny*: System I. 7.

<sup>45</sup> *Savigny*: System I. 39.



pflichtet sind, stammen aus einer göttlichen Verfügung.<sup>46</sup> Dies ist die Widerspiegelung des preussischen Naturrechts in *Puchtas* Werk! Zur selben Zeit fasst er in einem bündigen Satz in seinem Werk die ein Jahr früher im ersten Band des „System“ skizzierte „Volksgeisttheorie“ seines Meisters, eine Brücke schlagend zwischen sein Jursitenmonopol-Prinzip und die Volksgeisttheorie. „Die Entstehung des Rechts aus dem Volksgeist — sagt *Puchta*<sup>47</sup> — ist eine unsichtbare“.

8. In der noch im ersten Band des „System“ veröffentlichten Abhandlung „Vorläufige Übersicht des ganzen Werks“ stellt *Savigny* die Konturen des grossen Werkes dar. Daraus erfahren wir, dass er dem fertiggemachten achtbändigen allgemeinem Teil folgend noch vier Teile (wir könnten diese einen besonderen Teil nennen) plante: Sachen-, Schuld-, Familien- und Erbrecht. Die Ausführung des ganzen Planes wurde durch seine ministeriale Funktion und dann durch seinen Tod verhindert, „Das Obligationenrecht, als Theil des heutigen Römischen Rechts“ I—II (Berlin, 1851—1853) wurde aber noch verfertigt. Und dass er eben den allgemeinen Teil des Obligationenrechts beendete (es war nämlich nur der allgemeine Teil beendet), war kein Zufall. Vom Gesichtspunkt der neuen Wissenschaft, der Pandektistik aus hielt er für das Wichtigste, die rechtliche Theorie des Abwicklungsvorgangs des sich in Verbindung mit der Verbürgerlichung mehr und mehr entwickelnden Warenaustausches zu konstruieren. Das rezipierte römische Recht mit seinem Vertragstypzwange lastete schwer auf den die elastische Abwicklung des Warenaustausches bezweckenden rechtbildenden Bestrebungen. *Savigny* erörtert in diesem Werk die Grundsätze der Vertragsfreiheit als des Erfordernisses ersten Ranges des Bürgertums und räumt theoretisch mit dem in Spuren noch herumspukenden Vertragstypzwange auf.<sup>48</sup> Erst nach diesen wollte er mit der Bearbeitung des Sachen-, Familien- und Erbrecht an die Arbeit herangehen. Diese aber bedeuteten viel weniger vom Gesichtspunkt der Ansprüche des aufbringenden Bürgertums aus, das in Beziehung der derzeitigen Familien- und Erbrechte keine besonderen Ansprüche erhob (ausgenommen vielleicht nur hinsichtlich des Ehebandsrechts), während im Sachenrecht die Überreste des feudalen Eigentums sich noch stark fühlen liessen. Die Bearbeitung dieser wurde deshalb auch von *Savigny* als eine Aufgabe zweiten Ranges behandelt.

9. Mit der Veröffentlichung dieses Werkes von *Savigny* beendet sich eigentlich das Zeitalter der Entfaltung der Pandektistik, die liberalkapitalistische Periode, die durch die häufig verflochtene, manchmal widersprechende aber einander im allgemeinen ergänzende Tätigkeit des Begründers und seines Schülers gekennzeichnet wird. Nach dem Überblick der obigen Werke in chronologischer Reihe und der Betonung ihrer Grundkonzeption — nachdem die allgemeine Rechtstheorie der Pandektistik (die Theorie der Rechtsent-

<sup>46</sup> „Wie das Recht so ist auch der Staat in seinem Ersten Ursprung etwas von Gott gegeben; Obrigkeit und Gehorsam gegen dieselbe sind von Gott, des Menschen Sinn hat das nicht erfunden“ (*Puchta*: *Cursus der Institutionen*. Leipzig, 1956, 28.).

<sup>47</sup> *Puchta*: *Cursus der Inst.* 30.

<sup>48</sup> *Savignys* diesbezügliche Theorie (Betreffs des Vertragstypzwanges bzw. der Freiheit) kann im Keime schon in den in 1833 erschienenen Pandekten von *Puchta* (S. 390) gefunden werden, die ausführliche Auseinandersetzung wurde aber nur in *Savignys* System gegeben.

stehung) in der Periode der Entfaltung schon bis hier offensichtlich ist — ist diejenige Theorie des Privatrechts zu untersuchen, die in den bezüglichen Werken der zwei grossen Pandektisten vor uns gelegt wurden.

### III.

1. Es ist bekannt, dass das sog. Pandektensystem, das das Ergebnis eines vielhundertjährigen Entwicklungsprozesses gewesen ist, der bei den Glossatoren begann und bei den Pandektisten des 19. Jahrhunderts zu einem Abschluss gelangte, wurde durch die Pandektistik der historischen Rechtsschule in erster Linie im Rahmen der Tätigkeit von *Savigny* und *Puchta* ausgebildet.

Das wissenschaftliche System der Glossatoren und Kommentatoren war — wie allgemein bekannt — das justinianische Institutionsystem, im dessen Rahmen erst das Recht der Personen (*personae*), dann das der Sachen, das Vermögensrecht (*res*) und endlich das Recht der Klagen (Prozessrecht = *actiones*) behandelt wurden. Bartolus und Baldus, die zwei hervorragendsten Kommentatoren, haben aber die Kategorie „*res*“ nicht mehr unzweideutig anerkannt. Ihrer Meinung nach seien im Rahmen dieser Kategorie zwei Gebiete zu unterscheiden: „*iura in re*“ und „*iura ad rem*“ (mit Ausdrücken vom vergangenen Jahrhundert: „Rechte in der Sache“ und „beschränkte dingliche Rechte“).

Die erwähnten Kategorien wurden auch durch die Humanisten benützt und für die Grundlage einer neuen Kategorisierung angewendet. *J. Apel* (1486—1536), der grosse Humanist, bildet aus dem „*ius in re*“ die Konturen des „Sachenrechts“, während aus dem „*ius ad rem*“ diejenigen des Obligationsrechts, als er feststellt, dass zum Vorigen das *dominium*, das *quasi dominium* und das *ius in re specificum* und zum Letzteren das *ius ad rem, quod est obligatio* gehöre. Diese zwei grundlegenden Teile des Vermögensrechts wurden aber nur in den Rahmen der Pandektenwissenschaft, und zwar vom Beginn des 17. Jahrhunderts ab, eine völlige Ausbildung erhalten. In dem sehr bedeutenden Werk des deutschen Rechtsgelehrten *Hahn* (1605—1668) kam diese Kategorisierung des Vermögensrechts wiederholt aufs Tapet. *Hahns* Meinung nach teile sich das Privatrecht in zwei Teile, und zwar in das sog. *ius reale* und *ius personale* und der vorige Teil wiederholt in *ius in re* und *ius ad rem*. In den Rahmen des *ius in re* gehöre ihm nach das Eigentumsrecht, die Servituten, das Besitzrecht und das Erbrecht, während das *ius ad rem* mit dem Obligationsrecht identifiziert wird. Der Unterschied zwischen beiden Kategorien wird von *Hahn* auch strukturell scharf voneinander getrennt, als dieser feststellt, dass das Vorige absoluter, das Letztere aber relativer Struktur sei. Der relative Charakter der Obligationsrechte kann damit auf *Hahns* Meinung zurückgeführt werden.<sup>49</sup>

Innerhalb des Pandektensystems hat dessen allgemeiner Teil die grösste Bedeutung erhalten, weil die Pandektisten den grössten und grundlegendsten

<sup>49</sup> *J. Apel*: *Methodica dialectica ratio ad jurisprudentiam accomodata*. Norimbergae, 1535. — *Hahn*: *De iure rerum et iuris in re specibus*. Helmstadt, 1639. — *R. Stintzing*: *Geschichte der deutschen Rechtswissenschaft I*. München—Leipzig, 1880, 88—311. — *A. B. Schwarz*: *Zur Entstehung des modernen Pandektensystems*. SZ Rom. 42 (1921) 578 ff. — *Affolter*: *Das römische Institutionen-System*. Berlin, 1879, 110 ff. — *Világhy*, in: „*Jogtudományi Közlöny*“ 10 (1955) 461 ff.

Teil ihrer Privatrechtstheorie (Lehre der subjektiven Rechte, Rechtsnormlehre, Rechtsgeschäftslehre, Lehre des juristischen Person, usw.) in dessen Rahmen ausgebildet hatten.

Die Wurzeln des allgemeinen Teiles, sowie des Familienrechts, lassen sich auf die Tätigkeit des grossen deutschen Naturrechtlers, *S. Pufendorf* zurückgeleitet werden. Er hat nämlich, nach einem einleitenden Teil philosophischen Charakters (Wurzel des allgemeinen Teils) das Personen- (und auch Sachen-)recht der kleinsten gesellschaftlichen Einheit, der einzelnen Person behandelt, und danach die die Verhältnisse der höheren Einheit: der Familie ordnenden Normen (vgl.: Familienrecht), dann das Recht einer noch höheren Einheit: des Staates und schliesslich das die zwischenstaatlichen Verhältnisse ordnende Völkerrecht zusammengefasst. Die Duplizität des allgemeinen und besonderen Teiles kann auch auf die Tätigkeit von Naturrechtlern: *Ch. Wolf*, *Darjes* und *Nettelbladt* zurückgeleitet werden, bei denen die Kategorien „*pars generalis et specialis*“, zu finden sind.<sup>50</sup> So kam die Grundlage des allgemeinen Teils, des Sachen-, Obligationen- und Familienrechts zustande, das Erbrecht wird aber nur durch die Tätigkeit der Pandektisten des 19. Jahrhunderts ein selbständiger Teil, d. h. sondert sich aus dem Rahmen des Sachen- und Obligationenrechts aus, als die Gesamtheit der die mit dem Überleben verbundene speziellen Lebensverhältnisse ordnenden Rechtsnormen und gerät seiner Natur (Aufhören des Rechtssubjekts) zufolge zum Ende des Systems. Das moderne Pandektensystem wurde im wesentlichen erst von *G. Hugo* erschaffen, aber in den späteren Ausgaben seines bezüglichen Werkes ist er davon abgewichen. Es erscheint deshalb eigentlich erst in einer stabilen Form in dem in 1807 publizierten Werk von *G. A. Heise*.<sup>51</sup> Es soll hier erwähnt werden, dass die endgültige Absonderung des Prozessrechts vom materiellen Recht ähnlicherweise das Verdienst der Pandektistik ist.

Der Inhalt des allgemeinen Teiles ist — wie erwähnt — am bedeutendsten vom Gesichtspunkt des Pandektensystems und während das Pandektensystem in seinem Ganzen auf eine weit zurückgehende Vorgeschichte zurückzuführen ist, kann der Inhalt des allgemeinen Teiles als ein spezielles, eigenartiges Produkt der Pandektistik anzusehen, selbst wenn dieser Teil selber auf naturrechtliche Voraussetzungen hinweist. Das Recht der Personen im Rahmen des allgemeinen Teiles ist römisch-rechtlichen Ursprungs (vgl. mit dem Teil „*personae*“ des Systems der Institutionen), die über die subjektiven Rechte, bzw. die Rechtsgeschäfte sprechenden Kapitel sind hingegen naturrechtlichen Ursprungs. Die Lehre über den Schutz der Rechte (*actiones*) ist, demgegenüber wieder römischen Ursprungs.

<sup>50</sup> Schwarz, SZ Rom. 42 (1921) 584—585 und 588—589. — Világhy, in: „Jogtudományi Közlöny“ 10 (1955) 467 ff.

<sup>51</sup> In den Rahmen der über *Hahns* Ansichten ausgebildeten Diskussion ist die Frage zuerst entstanden, ob das von *Hahn* in die Rahmen der *iura in re* gerechnete Erbrecht wirklich ein dingliches Recht sei? Világhy, in: „Jogtudományi Közlöny“ 10 (1955) 463. — Világhy—Eörsi: Magyar polgári jog (Ungarisches Zivilrecht) I. Budapest, 1962, 25. — *G. Hugo*: Institutionen des heutigen römischen Rechts (1789) und *G. A. Heise*: Grundriss eines Systems des gemeinen Civilrechts zum Behuf von Pandekten-Vorlesungen (1807). — Es ist aber bemerkenswert, dass *Heise* dieses Pandektensystem im Einvernehmen mit *Savigny*, aufgrund der mit ihm geführten Korrespondenz festgesetzt hatte (*O. Lenel*: Briefe Savignys an Georg Arnold Heise. SZ Rom. 36 [1915] 96 ff).

Nach einer solchen Vorgeschichte wird von *Puchta* und *Savigny* das ganze Pandektensystem und innerhalb dessen der Inhalt des allgemeinen Teiles ausgebildet. *Puchtas* Pandekten behandeln — wie schon erwähnt — nach einem aus vier Teilen bestehenden allgemeinen Teil das Sachenrecht, das Obligationen-, Familien- und Erbrecht. Seine Terminologie ist noch nicht ausgestaltet, zeigt gewisse Schwankung, insoweit er über „Die Rechte an Handlungen“ spricht und dann — als über etwas selbstverständliches — über den Begriff der *obligatio* und dann als einen Titel über „Die Rechte an Personen“. Danach behandelt er erst das Eherecht, dann des Recht der Eltern, die väterliche Gewalt, d. h. das Familienrecht. Der allgemeine Teil besteht bei ihm aus vier Teilen:

der erste Teil handelt „Von den Rechtsvorschriften“ und in deren Rahmen behandelt er erst die Rechtsquellen (Gewohnheitsrecht, Gesetz, Rechtswissenschaft), dann die gegenseitige Wirkung der Rechtsnormen (ausser Kraft Setzung, Abänderung, Widersprüche) und schliesslich spricht über das Verhältnis der Rechtsnormen zu nicht-rechtlichen Normen (moralischen, religiösen Regeln);

der zweite Teil behandelt die Rechtsverhältnisse: in deren Rahmen spricht er zunächst über die Subjekte der Rechte, die Personen (auch juristische Personen), den Inhalt der Rechte, Entstehung und Aufhören der Rechte (innerhalb dieser spricht er von der Handlungsfähigkeit, den Rechtsgeschäften, der rechtlichen Wirkung der Zeit), dann vom Rechtsschutz und in diesem Rahmen erörtert er die mit der Rechtsverfolgung verbundene Grundbegriffe (Eigenschaft, gerichtliche Geltendmachung der Rechte, Klage und Einrede-, *in integrum restitutio*);

der dritte Teil handelt von der Anwendbarkeit der Rechtsnormen

und der vierte Teil von den Rechten an der eigenen Person; hier wird auch das Rechtsinstitut des Besitzes besprochen.<sup>52</sup>

*Savigny* skizziert — wie erwähnt — in seinem Werk, das er in zwei Jahren nach der Erscheinung von *Puchtas* „Pandekten“ (1840) zu publizieren begann, das schon ausgebildete Pandektensystem: a) allgemeiner Teil, b) Sachenrecht, c) Obligationenrecht, d) Familienrecht, e) Erbrecht, aber sein allgemeiner Teil — obwohl er selber kein ausgedrückter Freund eines solchen Abschnittes der Pandektenwissenschaft war<sup>53</sup> — war schon zusammengefasst als derjenige von *Puchta*.

Das erste Kapitel des allgemeinen Teiles ist natürlich auch bei ihm notwendigerweise die „Rechtsquellen“ (er spricht nicht mehr über Rechtsvorschriften), aber er benützt schon das „Rechtsverhältnis“ und das daraus begrifflich abgeleitete „Rechtsinstitut“ als Ausgangspunkt, um die Rechtsquelle verstehen zu lassen;<sup>54</sup>

das zweite Kapitel des allgemeinen Teiles handelt von den Rechtsverhältnissen und in diesem Rahmen spricht es vom Wesen und Arten der Rechtsverhältnisse, den Personen, als den Trägern der Rechtsverhältnisse, von Entste-

<sup>52</sup> Der Besitzlehre wurde sowohl von *Hugo* als auch von *Heise* in den allgemeinen Teil eingefügt und die Wirkung der Einfügung ist bei *Puchta* zu sehen (*Schwarz* a. a. O. 599).

<sup>53</sup> Er hat in 1812 dem *Heise* geschrieben, dass er in seinen Vorlesungen den allgemeinen Teil zu verkürzen pflege und auch übrigens kein Freund dieses Teiles sei (*Schwarz* a. a. O. 587).

<sup>54</sup> *Savigny*: System I. §§ 4—5.

hung und Aufhören der Rechtsverhältnisse und den Verletzungen dieser Rechte;<sup>55</sup>

das dritte Kapitel des allgemeinen Theiles spricht von der Anwendung der Rechtsnormen.

Der Inhalt des allgemeinen Theiles erhielt also den Charakter, der sich auch in der weiteren Entwicklung des Systems der Pandektistik bemerken lässt, und *Savignys* System erhielt. Es ist auch zu bemerken, dass ausserdem er unter dem Titel „Das Obligationenrecht“ schon erwähnten Werk den allgemeinen Theil des Obligationenrecht erschafft.

2. Der Ausgangspunkt von *Savignys* Privatrechtstheorie ist das subjektive Recht, das Rechtsverhältnis, das objektive Recht und das Rechtsinstitut. Die der Person gebührende Macht — sagt *Savigny*<sup>56</sup> — in deren Rahmen der Wille der Person mit der Zustimmung der Gesellschaft herrscht, sei nichts anderes als die Befugnis des Individuums, die von manchen subjektives Recht genannt werde. Das Gebiet dieser individuellen Willensherrschaft sei das Rechtsverhältnis,<sup>57</sup> das ein zwischen Person und Person durch die Rechtsnormen bestimmtes Verhältnis sei,<sup>58</sup> diese Rechtsnormen, die einige Rechte der Person, die Befugnisse bestimmen, sind Rechtsregeln, die von manchen im allgemeinen objektives Recht genannt werden.<sup>59</sup> Die Rechtsverhältnisse haben eine „organische Natur“, die sich theils im gegenseitigen Zusammenhang der Bestandteile des Rechtsverhältnisses, theils im fortschreitenden Entwicklungsvorgang offenbart.<sup>60</sup> Jedes Rechtsverhältnis könne in den Rahmen eines entsprechenden Rechtsinstituts eingeordnet werden, das den Typus des Rechtsverhältnisses bestimme.<sup>61</sup> Das Rechtsinstitut gebe sich aus der Gesamtheit der auf die identischen Lebensverhältnisse bezüglichen Rechtsnormen. Wie das Rechtsverhältnis, so auch das Rechtsinstitut habe seine „organische Natur“.<sup>62</sup> Alle Rechtsinstitute seien die Bestandteile eines einzigen Systems und diese Institute können nur in den Rahmen dieses Systems — des Rechtssystems — infolge seiner

<sup>55</sup> Band I beschäftigt sich mit den Rechtsquellen, Bd. II mit den Personen, Bd. III—IV. mit der Entstehung und dem Untergang der Rechtsverhältnisse (Rechtsgeschäftslehre), Bd. V—VI. mit der Verletzung der Rechte, Bd. VIII mit der Anwendung der Rechtsregeln.

<sup>56</sup> „Betrachten wir den Rechtszustand, so wie er uns im wirklichen Leben von allen Seiten umgibt und durchdringt, so erscheint uns darin zunächst die der einzelnen Person zustehende Macht: ein Gebiet, worin ihr Wille herrscht und mit unserer Einstimmung herrscht. Diese Macht nennen wir *ein Recht* dieser Person gleichbedeutend mit Befugnis: Manche nennen es das Recht im subjektiven Sinn“ (System I. 7).

<sup>57</sup> „Das Wesen des Rechtsverhältnissen wurde bestimmt als ein Gebiet unabhängiger Herrschaft des individuellen Willens“ (System I. 334).

<sup>58</sup> „Von dem nunmehr gewonnenen Startpunkt aus erscheint uns jedes einzelne Rechtsverhältniss als eine Beziehung zwischen Person und Person, durch eine Rechtsregel bestimmt“ (System I. 333).

<sup>59</sup> Die Beurteilung der einzelnen subjektiven Rechte, sagt *Savigny*, könne nur so stattfinden, wenn die Sachlage auf eine allgemeine Regel zurückzuführen ist, „von welcher die einzelnen Rechte beherrscht werden. Diese Regel nennen wir das Recht schlechthin, oder das allgemeine Recht: Manche nennen sie *das Recht* im objektiven Sinn“ (System I. 9).

<sup>60</sup> „Das Rechtsverhältniss aber hat eine organische Natur und diese offenbart sich theils in dem Zusammenhang seiner sich gegenseitig tragenden und bedingenden Bestandtheile, theils in der fortschreitenden Entwicklung, die wir in demselben wahrnehmen“ (System I. 7—8).

<sup>61</sup> „...auch die Rechtsregel, so wie deren Ausprägung im Gesetz, hat ihre tiefere Grundlage in der Anschauung des Rechtsinstituts...“ (System I. 9).

„organischen Natur“ vollkommen begriffen werden.<sup>63</sup> So obwohl scheinbar ein unermesslicher Abstand zwischen einem beschränkt beobachteten Rechtsverhältnis und dem System des positiven Rechts einer Nation bestehen mag, liege doch die Verschiedenheit nur in den Dimensionen, dem Wesen nach seien sie nicht verschieden.<sup>63-64</sup>

In *Puchtas* zwei Jahre vor der Erscheinung *Savignys* „System“ erst publizierten „Pandekten“ ist der Ausgangspunkt der Begriff des Rechts. Dieser wird von ihm nicht in der Savignyschen Duplizität (subjektives und objektives Recht) aufgedeckt, sondern mehr mit allgemeinen gesellschaftswissenschaftlichen Methoden. Das Recht sei *Puchtas* Ansicht<sup>65</sup> nach, die gemeinsame Überzeugung derer, die in einer rechtlichen Gemeinschaft sind. Er definiert den Begriff des Rechtsverhältnisses durch dessen Subjekt, die Person, und fasst es, ebenso wie *Savigny*, als ein Verhältnis zwischen Person und Person auf.<sup>66</sup> Die Duplizität des subjektiven und des objektiven Rechts versinnlicht er in Verbindung mit der Besprechung des Begriffs der Persönlichkeit, als er sagt, dass die Persönlichkeit die subjektive Möglichkeit eines gewissen rechtlich bewerteten Willens sei; eine Rechtsmacht, die sie rechtsfähig macht, ist diejenige Eigenschaft der Person, der zufolge sie das Subjekt der Rechtsverhältnisse sein könne. Durch diese allgemeine Rechtsnorm sei sie mit dem Sein des menschlichen Individuums verbunden.<sup>67</sup> Inzwischen ist das „System“, in dem *Savigny* seine „organische Rechtsverhältnistheorie“ erörterte, erschienen, diese wurde aber von *Puchta*, selbst in den späteren Auflagen seiner „Pandekten“, nicht angenommen.

Eben die Verwerfung der organischen Rechtsverhältnislehre durch *Puchta* war der Ausgangspunkt des Vorgangs, der die Begriffsjurisprudenz später erschuf<sup>68</sup> und damit die Trennung der Theorie und Praxis, die Lösung der Theorie von der Praxis, was *Savigny* noch auf jede Weise vermeiden wollte,<sup>69</sup> ermöglichte. Der Ausgang der Theorie des Privatrechts vom abstrakten Begriff des Rechts, der die grundlegende Charakteristik von *Puchtas* „Pandekten“ ist,<sup>70</sup> ist die Grundlage der von *Puchta* erschaffenen begrifflichen Hierarchie. In dieser Hierarchie steht der Begriff des Rechts als ein Axiom auf der Spitze,

<sup>62</sup> *Savigny*: System I. 9.

<sup>63-64</sup> „In fernerer Betrachtung aber erkennen wir, dass alle Rechtsinstitute zu einem System verbunden bestehen und dass sie nur in dem grossen Zusammenhang dieses Systems, in welchem wieder dieselbe organische Natur erscheint, vollständig begriffen werden können. So unermesslich nun der Abstand zwischen einem beschränkten einzelnen Rechtsverhältniss und dem System des positiven Rechts einer Nation seyn mag, so liegt die Verschiedenheit nur in den Dimensionen, dem Wesen nach sind sie nicht verschieden“ (System I. 10). — *W. Wilhelm*: Zur juristischen Methodenlehre im 19. Jahrhundert. Frankfurt a/M. 1958. 57.

<sup>65</sup> *Puchta*: Pandekten.<sup>9</sup> 19.

<sup>66</sup> *Puchta*: Pandekten.<sup>9</sup> 47. — „Rechtsverhältnisse — sagt er — sind Beziehungen der Menschen auf einander ... mit einem Wort: Verhältnisse, in denen die Menschen als Personen stehen“. (Pandekten.<sup>9</sup> 46).

<sup>67</sup> *Puchta*: Pandekten.<sup>9</sup> 37.

<sup>68</sup> *Wieacker*: Privatrechtsg.<sup>2</sup> 400.

<sup>69</sup> *Savigny*: System I. 11. „Hieraus folgt aber — sagt er — wie wichtig es ist, wenn in der Rechtswissenschaft sehr häufig Theorie und Praxis als ganz getrennt, ja entgegengesetzt angesehen werden“.

<sup>70</sup> Dass *Puchta*, *Savigny* gegenüber, nicht das Primat des Rechtsverhältnisses sondern das des Rechts betont, wird durch die folgenden Feststellung gezeigt: „Diese Rechte bilden den Kern der Rechtsverhältnisse; die Rechtsverhältnisse sind Complexe von Rechten...“ (Pandekten.<sup>9</sup> 47).

alle anderen rechtlichen Begriffe können davon abgeleitet werden und wir erreichen die Spitze, das „Rechts“-Begriff auf demselben Weg zurück in der Kette der Teilbegriffe. Die Verbindung der Rechtsinstitute mit den Lebensverhältnissen, die die Eigentümlichkeit von *Savignys* System ist, wurde bei *Puchta* durch den wissenschaftlichen, von den Lebensverhältnissen getrennten Begriff abgelöst. Damit nahm die Entfremdung der Privatrechtswissenschaft von der gesellschaftlichen, wirtschaftlichen und politischen Wirklichkeit ihren Anfang.

3. Bei der Analyse des Rechtsverhältnisses gehen sowohl *Savigny* als auch *Puchta* aus dem Subjekt, der Person aus und im Laufe dieser Behandlung geraten sie zur Problematik der juristischen Person. Die Menschen, *Puchta* nach, sind natürliche Personen, da die Persönlichkeit mit einem Subjekt von natürlichem Sein verbunden ist. Aber auch die Rechtsentwicklung habe Personen ausgebildet, die nur ein ideelles Sein haben, weil das Subjekt ihrer Persönlichkeit bei ihnen nur ein Begriff sei und zwar entweder ein Verein natürlicher Personen (*universitas personarum*) oder ein Vermögen (*universitas bonorum*). Diese Personen werden juristische oder imaginäre Personen (übrigens gewöhnlich und sehr unglücklicherweise „moralische Personen“) genannt.<sup>71</sup> *Savigny* sieht die juristische Person ähnlicherweise als eine Fiktion an, dem Wesen nach davon ausgehend, dass auch das römische Recht dies getan hatte, insoweit die Beamten der Provinzstädte eine Magistratur verwalten, anstelle eines Menschen verfahren.<sup>72</sup> Die Rechtsfähigkeit wird von *Savigny* so behandelt, dass sie mit dem Begriff des einzelnen Menschen zusammenfällt. Wenn er sie hingegen auf künstliche, nur durch eine Fiktion zustandegebrachte Subjekte ausgedehnt betrachtet, so nennt er ein solches Subjekt juristische Person, eine Person, die nur zustande kam um rechtlichen Zwecken zu dienen. In ihm solle man ausser den einzelnen Menschen einen anderen Rechtsverhältnisträger sehen. Die Benennung „moralische Person“ — missbilligt auch von *Puchta* — wurde von *Savigny* verworfen, teils weil die juristischen Personen keine moralischen Beziehungen haben, teils weil auf diese Weise der Trugschluss hervorgerufen würde, dass wenn der juristischen Person das Attribut „moralisch“ zukommt, dann die natürliche Person ein Gegensatz davon (d. h. unmoralisch) wäre.<sup>73</sup> Die juristische Person ist deshalb bei beiden Pandektisten „*ficta persona*“, so sind sie — auf römischen Grundlagen — die Begründer der Fiktionstheorie der juristischen Person.<sup>74</sup> Beide Theorien teilen die juristischen Personen in zwei Hälften auf: in die Gruppen von natürlichen und juristischen Personen.<sup>75</sup> Sich auf die Fiktion der justinianischen Pandekten stützend, schreiben beide den juristischen Personen nur ein ideelles Dasein zu. Beide betonen —

<sup>71</sup> *Puchta*: Pandekten.<sup>9</sup> 41.

<sup>72</sup> „*Magistratus municipales, cum unum magistratum administrant, etiam unius hominis vicem sustinent*“ (D. 50. 1. 25).

<sup>73</sup> *Savigny*: System II. 236., 240.

<sup>74</sup> „... dieselben — sagt *Savigny* (System II. 241) — die Stelle von Personen vertreten, welchen soviel sagen will, als dass sie fingierte Personen seien“. — Es gibt eine Ansicht, wonach der Begründer der Fiktionstheorie ein anderer Pandektist: *J. F. Kierulff* (Theorie des gemeinen Civilrechts. Altona, 1839) sei. Sein Werk wurde aber eben in der Zeit zwischen den Erscheinungen der bezüglichen Werke von *Puchta* und *Savigny* publiziert. So haben wir dennoch *Puchta* bzw. *Savigny* — dem engen Zusammenhang ihrer Lebenswerke und *Puchtas* zeitlicher Priorität zufolge — als die Erschaffer der Theorie anzusehen.

<sup>75</sup> *Savigny*: System II. 240.

auch *Savigny*<sup>76</sup> — den juristischen Zweck, zu dessen Dienst die juristische Person zustande kam und endlich räumen sie den Ausdruck „moralische Person“ auf als einen Fachausdruck in der Rechtswissenschaft. Durch die Betonung des rechtlichen Zwecks, wird diese Fiktionstheorie beider Rechtsgelehrten eine der Grundlagen der Ausbildung einer in weiteren sehr bedeutenden Theorie, der „Zweckvermögenstheorie“.

Übrigens ist *Savigny*, der festsetzt, was für Rechte (Eigentum, Servitut, Obligationsrechte, Klagensrechte, Erbrecht, ja auch Besitz) die juristische Person haben könne, sie sei aber Deliktunfähig. Er betont die Bedeutung der Satzung der juristischen Person als die ihrer Verfassung, die teils die innere Verwaltung, teils die Vertretung der juristischen Person bestimmt.<sup>77</sup>

4. Im Zeitalter der Entfaltung der Pandektistik wird die erste genaue, moderne wissenschaftliche Formulierung der Begriffe der Rechtstatsache, des Rechtsgeschäfts, des in nicht römischem Sinn genommenen Kontrakts, des Irrtums (als eines sich im rechtsgeschäftlichen Willen manifestierten Fehlers) und der Vertretung erschaffen. In dieser Zeit entwickelt sich die sog. Rechtsgeschäftslehre über die Entstehung und das Aufhören der Rechtsgeschäfte (*Savigny*), bzw. über die Entstehung und das Aufhören der Rechte (*Puchta*) im Rahmen eines Kapitels im allgemeinen Teile.

Die Rechtstatsache als Begriff erscheint bei *Puchta* noch nur umschrieben. Die wichtigsten Tatsachen, sagt er, die die Grundlagen der Entstehung und des Aufhörens der Rechte sind: sind die Handlungen und die Zeit.<sup>78</sup> *Savigny* bedient sich zwei Jahre später schon ausdrücklich den Ausdruck „juristische Tatsache“ und versteht darunter dem Wesen nach dasselbe in der Beziehung der Rechtsverhältnisse.<sup>79</sup>

*Puchta* unterscheidet danach zwei Kategorien der „Rechtsakte“ a) Handlungen, die vorsätzlich darauf gerichtet werden, eine Rechtswirkung herbeizuführen (Rechtsgeschäfte) und b) solche bei denen die Rechtswirkung keine absichtliche Folge der Handlung ist. Diese Letzteren mögen: aa) Rechtsgeschäfte sein, bei denen ausser der beabsichtigten Rechtsfolge auch eine solche entstehen könne, worauf die Absicht des Wirkers nicht gerichtet war und bb) rechtswidrige Verhalten.<sup>80</sup> Während *Puchta* die rechterzeugenden und recht-aufhebenden Tatsachen in zwei Gruppen unterteilt, in Handlungen und Zeit, *Savignys* Formulierung ist schon völliger, umfassender, denn die juristischen Tatsachen mögen seiner Meinung, nach sein: a) freie Handlungen und b) zufällige Umstände,<sup>81</sup> und diese Letzteren enthalten nicht nur den Zeitverlauf, sondern auch verschiedene Ereignisse (Naturereignisse). Er unterteilt auch die freien Handlungen in zwei Kategorien und zwar: a) Handlungen, bei denen der Wille sich unvermittelt auf die Entstehung oder Abschaffung des Rechtsverhältnisses gerichtet wird (Rechtsgeschäft) und b) Handlungen, die sich unvermittelt nicht auf rechtliche Zwecke richten, entweder so, dass die Rechtswir-

<sup>76</sup> „Ich gebrauche dafür lediglich den Namen der juristischen Person (welcher dann die natürliche Person, das heisst der einzelne Mensch entgegengesetzt ist) um auszudrücken, dass sie nur durch diesen juristischen Zweck ein Daseyn als Person hat“ (System II. 240).

<sup>77</sup> *Savigny*: System II. 319., 339.

<sup>78</sup> *Puchta*: Pandekten.<sup>9</sup> 74.

<sup>79</sup> „Ich nenne die Ereignisse, wodurch der Anfang oder das Ende der Rechtsverhältnisse bewirkt wird, juristische Tatsachen“ (System III. 3).

<sup>80</sup> *Puchta*: Pandekten.<sup>9</sup> 74.

<sup>81</sup> *Savigny*: System III. 5—6.



kung im Bewusstsein des Wirkers eine untergeordnete Rolle spielt oder so, dass sie im Bewusstsein des Wirkers nicht einmal umfasst ist<sup>82</sup> (Delikte). Außerdem weist er auch darauf hin, dass die juristischen Tatsachen nicht nur die Grundlagen der Entstehung und Aufhebung der Rechtsverhältnisse sein mögen, sondern auch die Grundlagen ihrer Veränderung und Umbildung.<sup>83</sup>

Von den Rechtsakten ragen also, den obigen gemäss, die Rechtsgeschäfte hervor, deren Mittelpunkt der Wille ist, der sich auf die Herbeiführung von Rechtswirkungen richtet und dieser Wille soll erklärt werden.<sup>84</sup> Das Rechtsgeschäft setzt *Puchtas* Meinung nach einen auf dessen Objekt und Zweck gerichteten Willen und dessen Erklärung voraus. Das „Herz“, die Mitte des Rechtsgeschäfts sei der Wille des Handelnden.<sup>85</sup>

Der Rechtsgeschäftswille soll mit der Offenbarung des Willens übereinstimmen, damit steht oder fällt das Rechtsgeschäft. Steht nämlich die Willenserklärung mit dem Willen nicht überein, sei dessen Ursache absichtlich oder nicht, so schliesse dies die Existenz des Rechtsgeschäfts aus.<sup>86</sup> Eine der Ursachen der Disharmonie zwischen der Willensbestimmung und Willenserklärung mag der Irrtum (*error*) oder das Nichtwissen (*ignorantia*) sein. *Puchtas* Standpunkt aber ist, dass weder *error* noch *ignorantia* die Existenz des Willens im Rechtsgeschäft ausschliesse, was bedeutet, dass der Ausdruck der Digesten, wonach „*nulla enim voluntas errantis est*“ (39. 3. 20), das Rechtsgeschäft nicht nichtig mache.<sup>87</sup> Damit tut die Pandektenwissenschaft erst Schritte in der Richtung, dass der Irrtum von den Nichtigkeitsgründen des justinianischen Rechts unter die Anfechtungsgründe hinüberkommt. *Savigny* aber teilt den Irrtum in zwei Kategorien. Er unterscheidet wirkliche und nicht-wirkliche Irrtümer. Der wirkliche Irrtum liege seiner Meinung nach vor, wenn er die positive Grundlage einer Rechtswirkung ist (dies sei der Fall z. B., wenn der Irrtum in der Hinsicht des Bestehens eines Irrtums obwaltet, demzufolge die sich irrende Partei schon Erfüllung leistete; deren Folge sei die *condictio indebiti*). Wenn jedoch der Irrtum die Duplizität des Willens und der Erklärung herbeiführt, dies sei ein sog. Rechtsgeschäftsirrtum, d. h. kein wirklicher.<sup>88</sup> Die Kategorien des *error iuris* und *error facti*, des *error probabilis*, des *error in obiecto*, *in negotio*, *in persona* wurden bei beiden Verfassern meistens schon formuliert.

Beide Verfasser teilen die Rechtsgeschäfte — natürlich aufgrund der Nebeneinanderstellung der Pandektenstellen, aber in einer neuartigen Konstruktion — in zwei Gruppen: einseitige und beider- (gegen-) seitige Rechtsge-

<sup>82</sup> *Savigny*: System III. 6.

<sup>83</sup> *Savigny*: System III. 4.

<sup>84</sup> *Puchta*: Pandekten.<sup>9</sup> 100.

<sup>85</sup> *Puchta*: Pandekten.<sup>9</sup> 84—85.

<sup>86</sup> „Das Rechtsgeschäft — sagt *Puchta* (Pandekten.<sup>9</sup> 100) — setzt einen auf den Gegenstand und Zweck desselben gerichteten Willen und die Erklärung desselben voraus. Eine Nichtübereinstimmung beider, sei sie absichtlich oder nicht... schliesst die Existenz des Rechtsgeschäfts aus.“

<sup>87</sup> *Puchta*: Pandekten.<sup>9</sup> 86.

<sup>88</sup> *Savigny*: System III. 26. 444. — Im Laufe des Weiterlebens des römischen Rechts haben sich einige Ansichten erhoben, dass der Irrtum nicht immer Nichtigkeit herbeiführe. *Grotius* aber,weisend auf Cicero hin, ist der Meinung, dass irgendein Irrtum Nichtigkeit hervorrufe. Im späteren Naturrecht wird diese starre Formulierung von *S. Pufendorf* aufgelockert und dessen Wirkung zeigt sich bei *Puchta* und *Savigny* (*S. Jörgensen*: Die Lehre des Grotius vom Vertrag, Vertrag und Recht. (Kobenhavn, 1968, 149 ff)

schäfte; die Letzteren werden Verträge (Kontrakte) genannt.<sup>89</sup> Beide weisen darauf hin, dass das römische Recht aufgrund des Prinzips des Vertragstypenzwanges stand und nur einige Vereinbarungen als klagbar ansah (*contractus*), andere nicht (*pacta*). Gewisse Schritte wurden zwar durch das römische Recht mit der Erschaffung der einklagbar gemachten *pacta* und der *innominat-contractus* in der Richtung der allgemeinen Klagbarkeit der Verträge gemacht, aber der letzte Schritt, die Beseitigung des Vertragstypenzwanges wurde nicht realisiert. Das „heutige römische Recht“ qualifiziert hingegen jeden Vertrag als klagbar, wenn dies keiner Rechtsregel zuwiderläuft.<sup>90</sup> Die Ausbildung der allgemeinen Klagbarkeit der Verträge wird im „heutigen römischen Recht“ rechtstheoretisch von der Rolle der *stipulatio* abgeleitet.<sup>91</sup> Die Frage wurde aber ausführlich nur von *Savigny* auseinandergesetzt, als er festgestellt hat, dass im römischen Recht ausser einigen klagbaren Verträgen (*contractus*), auch die *stipulatio*, als ein Verbalkontrakt, im dessen Rahmen die Verträge von allerlei Inhalt klagbar gemacht werden konnten, spielte eine Entscheidungsrolle. Im Laufe der Anwendung des römischen Rechts auf die deutschen Verhältnisse gestaltete sich die *stipulatio* in einen formlosen Vertrag um und so kam ohne einen besonderen Gesetzgebungsakt der Rechtssatz zustande, dass „jeder formlose Vertrag klagbar ist“. So hat sich die *stipulatio* mit den Konsensualkontrakten und der *nuda pacta* verschmolzen.<sup>92</sup>

Die rechtsgeschäftliche Vertretung war — wie gekannt — dem justinianischen Recht gemäss indirekt. Die direkte Vertretung wurde nur bei der Besitzerwerbung und im Rahmen der *actio quasi institoria* anerkannt. *Savigny* hat bei der Erörterung des Wesens der Vertretung darauf hingewiesen, dass die rechtsgeschäftliche Vertretung entweder einfach eine handelnde Person vervielfältige oder die fehlende Handlungsfähigkeit ersetze, bzw. ergänze. Er betont, dass dem justinianischen Recht nach bei dem Zivilrechtsgeschäft (ein solches ist purmehr die *stipulatio*) keine Vertretung sei. Bei der Entstehung der Naturalobligationen aber war die Vertretung möglich sowohl durch freie als auch durch nichtfreie Menschen. Da das „heutige römische Recht“ weder die *stipulatio*, noch den Sklaven kennt, seien alle Arten der Vertretung zulässig. *Puchta*s Ansicht nach tue der freie Vertreter bei dem Zustandebringen der kontraktualen Obligationen durch eine beim Vertragsabschluss sofort ausgeführte (dem Wesen nach fiktive) *cessio* seiner Aufgabe hinsichtlich der erworbenen Forderung genug und dasselbe gelte, *mutatis mutandis*, auch für den Fall der Übernahme einer Verpflichtung.<sup>93</sup>

<sup>89</sup> *Puchta*: Pandekten.<sup>9</sup> 390.

<sup>90</sup> *Puchta*: Pandekten.<sup>9</sup> 390.

<sup>91</sup> „Wir erhielten den Grundsatz — sagt *Savigny* (Das Obligationenrecht II. Berlin, 1853, 240—241) — der klagbaren Stipulation ohne die eigenthümliche Form derselben, die mündliche Frage und Antwort. Durch die von selbst eintretende Abstraction von dieser Form verwandelte sich also für uns die Stipulation unvermerkt, unter unseren Händen, in den formlosen Vertrag und so kamen wir durch unabwendbare Nothwendigkeit und ohne Zuthun eines Gesetzgebers zu dem Grundsatz: Jeder formlose Vertrag ist klagbar. Die Stipulation war nun zusammengefallen mit den Consensualcontracten und dem *nudum pactum*“. — Es war umso notwendiger dies klarzumachen, weil in dem der Erscheinung von *Puchta*s Pandekten folgenden Jahre K. A. *Vangerow* (Leitfaden für Pandektenvorlesungen. Marburg—Leipzig, 1893. I. § 121) ausführt, dass es unrichtig sei, jedes Rechtsgeschäft, dessen Wesen Willensübereinstimmung ist, Vertrag zu nennen.

<sup>92</sup> *Savigny*: System III. 90—98. — *Puchta*: Pandekten.<sup>9</sup> 421.

<sup>93</sup> *Savigny*: Das Recht des Besitzes.<sup>7</sup> Wien, 1865. 110.

Bei *Puchta* und *Savigny* entwickelt sich — natürlich nicht ohne lehrgeschichtliche Voraussetzungen — auch das System der sog. Rechtsgeschäftslehre, die sich in erster Reihe mit dem Begriff des Rechtsgeschäfts, der Handlungsfähigkeit, den Bestandteilen des Rechtsgeschäfts, dem Willen und dessen Erklärung, mit der Frage der Harmonie, resp. Disharmonie zwischen diesen beiden, mit der bestimmenden Rolle des Willens, den Arten der Rechtsgeschäfte (zunächst den ein- und beiderseitigen), den Elementen des Rechtsgeschäfts (*essentialia, naturalia, accidentalia negotii* und im Rahmen der Letzteren: *condicio, dies* und *modus*), mit der Vertretung, sowie der Ungültigkeit (Nichtigkeit und Anfechtbarkeit) des Rechtsgeschäfts beschäftigt. Ausser dem sich auf die Personen (natürlichen und juristischen Personen) beziehenden Teile wird die „Rechtsgeschäftslehre“ das wichtigste Kapitel des allgemeinen Teiles.

Es ist eine theoretische Leistung hoher Bedeutung von *Savigny* und *Puchta*, das Rechtsgeschäft genau formuliert, die rechtsgeschäftliche Willenslehre dargestellt, die Lehre des Irrtums begründet und es als Anfechtungsgrund qualifiziert, die allgemeine Klagbarkeit des Vertrags und die unmittelbare Vertretung von den justinianischen Grundlagen geschichtlich-logisch abgeleitet und im allgemeinen die Lehre des Rechtsgeschäfts strukturell aufgebaut zu haben.

5. Entscheidender Bedeutung ist im Zeitalter der Entfaltung der Pandektistik *Savignys* Besitzlehre, die drei Grundthesen umfasst: a) der Besitz sei eine durch den *animus domini*, d. h. durch den „Eigentümerwillen“ verknüpfte tatsächliche Macht (*detentio*) über eine physische Sache;<sup>94</sup> b) der Besitz sei bloss ein *factum* und kein subjektives Recht;<sup>95</sup> c) die rechtspolitische Ursache des Besitzschutzes sei der Umstand, dass die Besitzverletzung dem Wesen nach eine *obligatio ex maleficio* zustandebringe<sup>96</sup> (und demzufolge die Stelle des Rechtsinstituts „Besitz“ in der Obligationsrecht sei). Wo es keinen *animus domini* gibt und in den justinianischen Quellen trotzdem ein Besitzschutz gegeben wird, dort handelt sich um einen „abgeleiteten Besitz“.

*Savignys* Besitztheorie, die er auf die Quellen des römischen Rechts aufbaut, die aber teilweise auch auf die Kantische Philosophie, teilweise auf die Konzeptionen der französischen Humanisten (*affectus domini, officium domini*) zurückzuführen ist, bringt mit der Betonung der Rolle des *animus domini* dem Wesen nach die entscheidende Rolle des individuellen Willens zum Ausdruck, ohne die Rolle dieses Willens folgerichtig bis zum Ende zu führen. Dies finden wir nur bei *Puchta*, der — wenn auch nicht mit völliger Entschiedenheit aber ohne Zweifel — zum Ausdruck bringt, dass der Besitzer „gerechtfertigt“ sei, dass der Besitz nicht ausschliesslich ein *factum* sondern bis zu einem gewissen Grad auch ein subjektives Recht sei.<sup>97</sup> Ausserdem sieht er die rechtspolitische Ursache des Besitzschutzes nicht in der Verletzung der Rechtsordnung, sondern im Schaden des im Besitz verborgenen menschlichen Willens. Dementsprechend

<sup>94</sup> *Savigny*: Besitz.<sup>7</sup> 30., 47.

<sup>95</sup> *Savigny*: Besitz.<sup>7</sup> 30—31., 48—49.

<sup>96</sup> *Pólay*: Jhering birtoktana és a magyar jogi romanisztika. Acta Jur. et Pol. Univ. Szeged. (Jherings Besitzlehre und die ungarische juristische Romanistik). 14 (1969) 3. 38.

<sup>97</sup> „... der Besitzer um des Besitzeswillen ein Berechtigter ist“ (Pandekten.<sup>9</sup> 186).

behandelt er den Besitz nicht im Obligationsrecht, sondern im allgemeinen Teil.<sup>98</sup>

6. Ein Aushub der individuellen, willenszentrischen Anschauung der frühen Pandektistik ist *Puchtas* These über das Wesen der Beerbung, bzw. des Erbrechts. *Puchtas* ganze Erbrechtskonstruktion beruht auf der „Unsterblichkeit der Persönlichkeit der Erblassers.“ Wenn auch der Erblasser gestorben war, steige sein Wille nicht mit ins Grab, sondern lebt weiter. Um das Wesen der Beerbung zu erklären, geht er davon aus, dass das nach dem Tod des Erblassers fortbestehende Vermögen durch etwas zusammengehalten werden müsse. Es sei doch die Gesamtheit von Gütern, Rechten und Verpflichtungen, die eine von Dasein der sie besitzenden Person unabhängige Existenz haben sollen. Dieses Problem — sagt er — könne beruhigend nur so gelöst werden, wenn wir voraussetzen, dass das hinterlassene Vermögen der Träger einer gewissen Persönlichkeit sei, die die fiktive Persönlichkeit des Verstorbenen ist. Diese These ist eine notwendige Ergänzung seiner ganzen vermögensrechtlichen Konzeption. Mit dieser These vermag aber auch ein anderes Problem gelöst zu werden und zwar die Frage des Übergangs des nach dem Verstorbenen zurückgebliebenen Vermögens auf einen Überlebenden. Der Erbe erwerbe nicht die einzelnen Rechte: er führe die „vermögensrechtliche Persönlichkeit“ des Verstorbenen weiter. Das Individuum als das Subjekt eines Sondervermögens sei unsterblich.<sup>99</sup>

#### IV.

1. In dem die Periode der Entfaltung der Pandektistik bedeutenden liberalkapitalistischen Zeitalter, das aber der Ungleichheit der wirtschaftlich-gesellschaftlichen Verhältnisse zufolge auch durch die Eigentümlichkeiten des Feudalismus kraftvoll charakterisiert ist, bilden *Savigny* und *Puchta* als die eigentlichen Begründer der historischen Rechtsschule eine allgemeine Rechtstheorie und daneben auch die Theorie des Privatrechts aus.

2. Der Mittelpunkt ihrer allgemeinen Rechtstheorie ist die Theorie der Rechtentstehung, dergemäss Staat und Recht ebenso aus göttlicher Verfügung stammen, wie die über uns geordnete Obrigkeit und Folgsamkeit; des Menschen Sinn habe das nicht erfunden. (*Puchta*).<sup>100</sup> Das Recht sei aber eine der Manifestationen des Volkslebens, die sich mit dem Volk als einem Organ zusammenentwickle, ändere und damit zusammen versterbe, sodass das Recht wirklich ein sog. Volksrecht, ein Produkt des „Volksgeistes“ sei (*Savigny*). Der Begriff dieses „Volksrechts“ sei aber nicht so zu verstehen, dass er von einem jeden Mitglied des Volkes zum Ausdruck gebracht werden könne: im Aus-

<sup>98</sup> *Puchta*: Vorlesungen über das heutige römische Recht. Leipzig, 1862, 264. und Pandekten.<sup>9</sup> 185 ff.

<sup>99</sup> „Das Ganze, der auf Sachen sich beziehenden und in ihnen ihrer Maßstab findenden Rechts und Verbindlichkeiten, die in einer Person, als ihrem Subjekt vereinigt sind, das Vermögen, soll eine von dem Leben der Person unabhängige Dauer haben ... der Erbende soll nicht bloss in die einzelnen Rechte eintreten, er soll die Persönlichkeit nehmen und repräsentieren ... Darin liegt der Begriff der Erben ... Erbrecht ist also das Recht an der von dem Berechtigten repräsentierten Person des Erblassers und damit an dessen Vermögen der Erbschaft...“ (*Puchta*: Pandekten.<sup>9</sup> 644—645).

<sup>100</sup> *Puchta*: Cursus, 28.

drücken des Rechts gehöre die entscheidende Rolle den gelehrten Juristen, die die berufenen Vertreter der Rechtsüberzeugung des Volkes seien (*Savigny*). Es sei also im wesentlichen ein Monopol des Juristenstandes das vorhandene Recht zum Ausdruck zu bringen (*Puchta*). Demzufolge sei jede willkürliche Einmischung in diese spontane Rechtsentwicklung abzulehnen, denn es störe den natürlichen, organischen Vorgang und die Aufgabe des Gesetzgebers könne nichts anderes sein, als das vorhandene Recht konservierend, es genau zu formulieren und publizieren (*Savignys* frühere Ansicht), bzw. ausserdem das Recht durch die Gesetzgebung weiterzuentwickeln (*Savignys* spätere Ansicht). Den Obigen entsprechend ist die Rechtsquelle entscheidender Bedeutung das Gewohnheitsrecht, ausserdem möge aber auch die Gesetzgebung — aber nur im obigen Sinn — gewisse Bedeutung haben.

3. Der Ausgangspunkt der Privatrechtstheorie bei *Puchta* ist das „Recht“ selber, während bei *Savigny* das „organische Rechtsverhältnis“, das *Puchta* selbst später nicht übernimmt. Und eben dieser Rechtsbegriff als ein Grundaxiom wird der Ausgangspunkt von *Puchtas* Begriffspyramide sein, und daraus ausgehend der Ausgangspunkt der ganzen Begriffsjurisprudenz, die die Pandektistik von der gesellschaftlichen Wirklichkeit in vielen Beziehungen entfernt hat.

Bei der Definierung des subjektiven und objektiven Rechts ist ihr Ausgangspunkt — zunächst der des *Savigny* — die individuelle Willensherrschaft, Berechtigung, die den Inhalt des Rechtsverhältnisses bilde. Das Rechtsverhältnis sei hingegen immer ein intermenschliches Verhältnis. Die Rahmen des subjektiven Rechts, der Berechtigung seien durch die Rechtsregel, das objektive Recht bestimmt. Die Gesamtheit der Rechtsregeln, die sich auf dasselbe Lebensverhältnis beziehen, bilden das Rechtsinstitut; das ganze Rechtssystem entwickle sich aus den Rechtsinstituten. Nachdem der Ausgangspunkt das Rechtsverhältnis mit „organischem Dasein“ ist, in dem die darin stattfindenden subjektiven Rechte von den Rechtsregeln bestimmt werden, haben auch die Rechtsregeln, die diese verknüpfenden Rechtsinstitute und ihre Gesamtheit, das Rechtssystem eine „organische Existenz“.

Der bedeutendste Bestandteil des Rechtsverhältnisses sei sein Subjekt, das eine natürliche und juristische Person sein möge. Die Letztere sei aber eigentlich keine Person, sondern nur eine sich auf die römischen Rechtsquellen stützende Fiktion.

Die Entstehung, Veränderung und das Aufhören der Rechtsverhältnisse bzw. der in ihrem Rahmen stattfindenden Berechtigungen sind durch sog. Rechtstatsachen herbeigeführt. Diese Rechtstatsachen mögen im allgemeinen Rechtsgeschäfte und andere Umstände (Delikte, Zeitverlauf, Ereignisse) sein. Das Rechtsgeschäft ist eine für das Hervorbringen einer Rechtswirkung geeignete Willenserklärung, dessen Wesen der individuelle Wille ist, der mit seiner Erklärung übereinstimmen soll. Im Falle des Mangels an Einklang zwischen diesen gibt es kein Rechtsgeschäft. Der in den römischen Rechtsquellen die meistumstrittene Rolle spielende solche Willensmangel ist der Irrtum (*error*) und das Nichtwissen (*ignorantia*), welcher Mangel — obwohl die römischen Quellen hier von einem *negotium nullum* sprechen — im allgemeinen die Anfechtbarkeit zur Folge hat. Die Bestandteile des Rechtsgeschäfts sind wesentlichen, natürlichen und zufälligen Charakters.<sup>101</sup> Die grundlegende Klassifizie-

<sup>101</sup> *Puchta*: Pandekten.<sup>9</sup> 86 ff. Der Ursprung dieser Begriffe kann auf das römische Recht nicht zurückgeführt werden, aber sie können schon bei den Kommen-

rung der Rechtsgeschäfte ist: das einseitige und das beiderseitige Rechtsgeschäft. Das letztere wird Vertrag genannt, der im Gegensatz zu dem römischen *contractus* im allgemeinen klagbar ist. Diese allgemeine Klagbarkeit kann aus derjenigen Eigenheit der ihre Formalitäten verlorenen *stipulatio* rechtstheoretisch abgeleitet werden, dass im Rahmen der *stipulatio* jede Vereinbarung klagbar geworden hat.

Der Besitz ist die mit dem *animus domini* verbundene tatsächliche Macht, die aber bloss ein *factum* ist, kein subjektives Recht. Und da die Besitzverletzung eine *obligatio ex maleficio* ergibt, ist dieses Rechtsinstitut im Obligationenrecht zu behandeln. *Puchtas* Meinung nach aber sei auch der Besitz eine „Berechtigung“ und die „Berechtigung“ sei die Verletzung des in ihm verborgenen Willens, so gehöre dieses Rechtsinstitut nicht zum Obligationenrecht, sondern zum allgemeinen Teil des Privatrechts.

Zum Schluss ist der Gipfelpunkt des Individualismus der frühen Pandektistik *Puchtas* Erbrechtstheorie, die die Unsterblichkeit des Individuums dogmatisiert.

4. Wollen wir die durch den romanistischen Zweig der historischen Rechtsschule ausgebildete Pandektistik vom Gesichtspunkt des gesellschaftlichen Fortschritts aus bewerten, so müssen wir die von *Savigny* und *Puchta* erschaffene allgemeine Rechtstheorie (die im wesentlichen die Theorie der Rechtsentstehung ist) und ihre Privatrechtstheorie abgesondert untersuchen.

Was die von *Savigny* und *Puchta* ausgestaltete Rechtsentstehungstheorie betrifft, soll festgestellt werden, dass obwohl die Konzeptionen beider Gelehrten sich hier stark verflochten haben, die klar feudalen und die bürgerlichen Elemente in dieser Theorie hier dennoch erwiesen werden können. Als *Puchta* den übernatürlichen, göttlichen Ursprung des Rechts und des Staates betont, geht er dem Wesen nach vom deutschen Naturrecht aus, das der ideologischen Unterstützung der preussischen absoluten Monarchie diene. So ist der den feudalen Interessen dienende, retrograde Charakter des Ausgangspunktes dieser Rechtsentstehungstheorie unzweifelhaft. *Savignys* organische Rechtsentstehungstheorie und die damit verbundene „Volksgeisttheorie“ dienen der Verhinderung der Kodifikation, erschaffen die ideologische Grundlage der Hintersetzung der Gesetzgebung, deshalb manifestieren sich als eine zurückziehende Kraft dem Standpunkt von *Thibaut* gegenüber. *Puchtas* „Juristenmonopolstheorie“ ist gleichfalls retrograden Charakters, denn sie wünscht den Vorgang der Rechtserzeugung als das Privileg einer Juristenschicht, sozusagen eines „Juristenstands“ zu behandeln.

Während aber die diese allgemeine Rechtstheorie von *Puchta* hineingetragenen Elemente eindeutig retrograd sind, in *Savignys* Rechtsentstehungskonzeption sind auch Momente, die nicht eindeutig fortschrittsfeindlich sind.

*Savignys* Kodifikationsfeindlichkeit kann dem Wesen nach auf drei Umstände zurückgeführt werden:

auf sein Gegenüberstehen der französischen Revolution, welche Revolution die Überreste des Ständestaats auch in deutscher Beziehung weggekehrt hätte;

auf seinen von seinem Antirevolutionarismus herrührenden Nationalismus,

---

tatoren gefunden werden (*N. Horn*: Philosophie in der Jurisprudenz der Kommentatoren: Baldus Philosophus. Ius commune I. Frankfurt a/M. 1967, 145). — Über die Literatur der Kommentatoren vgl. ausführlich *N. Horn*: Die legislatorische Literatur der neueren europäischen Privatrechtsgeschichte. München, 1973. I. Mittelalter. 261 ff).

der aber ein gesamtdeutscher Nationalismus war, denn er sah das Wesen der napoleonischen Eroberung nicht nur in der Unterdrückung, sondern auch in der Konservierung der deutschen Zerstückeltheit,

und endlich auf die Anschauung, dass die Kodifikation ohne eine entsprechende Rechtswissenschaft nicht realisiert werden könne.

*Savignys* Gegenüberstehen der französischen Revolution bedeutete, dass sein Bewusstsein durch seine Klassenschranken bestimmt war und dass er um die Überreste des Ständestaates, in dem er erzogen wurde, wegen der Revolution besorgt war. Diese reaktionäre Anschauung kann in seiner Klasse als natürlich angesehen werden. Ein deutscher *Code civil* hätte an diesen gesellschaftlichstaatlichen Ordnung unbedingt eine Bresche geschlagen;

was den gesamtdeutschen Nationalismus betrifft, hat er vom Gesichtspunkt der Kodifikation aus die Lage rationaler beurteilt als *Thibaut*,<sup>102</sup> der von einem einheitlichen zivilrechtlichen Kodex die Erschaffung der gesamtdeutschen Einheit erwartet hatte.<sup>103</sup> *Savigny* war darüber klar, dass wenn in Deutschland eine Kodifikation zustande kommt, sie vorläufig nur parikulär sein könne, wie dies auch von der Rechtsgeschichte erwiesen wurde (Sächsisches ZGB). *Savigny* aber stand jedem Partikularismus gegenüber;

Zum Schluss ist seine Ansicht, dass eine Kodifikation ohne die Erschaffung einer entsprechenden Rechtswissenschaft nicht möglich sei, mag dahingestellt bleiben. Wir denken allenfalls, dass eine auf eine gewisse Stufe erhobene Rechtswissenschaft auch das Niveau der Kodifikation unbedingt aufhebe.

Eine Tatsache ist aber unbestreitbar. *Savigny* — wenn auch er selber ein theoretischer Jurist war — hat nach dem Rechtssystem gesucht, das unter den gegebenen deutschen Verhältnissen den Erfordernissen des aufbringenden Bürgertums entsprechen konnte, ohne den Widerwillen der feudalen Schichten heraufzubeschwören. Er suchte weiterhin nach dem Rechtssystem, das für das ganze Deutschland die Rechtseinheit sichern mochte. Er suchte endlich dasjenige Rechtssystem das schon zur Verfügung stand und musste nicht mit Hilfe der Erschaffung von neuen, in der Praxis noch nicht bewährten Konzeptionen zustandegebracht werden.<sup>104</sup>

Das zu den deutschen Verhältnissen adaptierte justinianische römische Recht schien zu diesem Zweck geeignet zu sein. Es entsprach den Ansprüchen des aufbringenden Bürgertums, weil seine zwei Grundinstitute: das Mobiliareigentumsrecht und die Vertragsfreiheit haben den Interessen des Bürgertums weitgehend gedient. Zur selben Zeit hat es seiner Geschichtlichkeit zufolge den Widerstand der feudalen Schichten nicht heraufbeschwört, da es in Deutschland schon in der Zeit des Feudalismus bis zu einem gewissen Grad lebendes Recht war (vor den kirchlichen Instanzen) und als ein hauptsächlich Mobiliareigentumsrecht und Vertragsrecht das feudale Eigentum nicht berührt hat. Das justinianische römische Recht war geeignet, die Einheit des Privatrechts für das ganze Deutschland zu sichern. Es mag eine der Ursachen davon

<sup>102</sup> *Wieacker*: Privatrechtsg.<sup>2</sup> 390—391. — Beide wollten natürlich jedenfalls einem fortschrittlichen Gedanken dienen, aber mit verschiedenen Mitteln. „Sowohl *Thibaut* — sagt *Jörgensen* (Entwicklung und Methode des Privatrechts. Vertrag und Recht. Kopenhagen, 1968. 70) — als *Savigny* hatten ihre Beweggründe in dem Wunsch, die deutsche nationale und kulturelle Selbständigkeit zu behaupten, jedoch also mit verschiedener Richtung.

<sup>103</sup> *Peschka*: *Thibaut és Savigny vitája* (Die Debatte von *Thibaut* und *Savigny*). In „*Allam és Jogtudomány*, 17 (1974) 370.

<sup>104</sup> *Savigny*: Beruf. Vgl. *Stern* a. a. O. 134—135.

hier gefunden werden, warum *Savigny* die Quellenkritik die Grundlage seiner Rechtswissenschaft machte. Der Usus modernus war auch ein Recht römischen Ursprungs, beruhte letzten Endes auf der justinianischen Kodifikation. Er war aber durch den Partikularismus kraftvoll gefärbt und deshalb erwies er sich im wesentlichen als unbrauchbar für *Savigny*. Er strebte sich deshalb bis zum justinianischen Recht zurückzugehen und wollte das — verwerfend den grössten Teil der dem angehafteten mittelalterlichen und neuzeitlichen Schwülste — an den Erfordernissen seines Zeitalters anpassen. Zum Schluss hatte *Savigny* einerseits keine guten Erfahrungen bezüglich drei derzeitiger bürgerlicher Gesetzbücher, nämlich des *Preussischen Landrechts*, des *Österreichischen Allgemeinen Bürgerlichen Gesetzbuches* und des *Code civil*, als neuer Schöpfungen<sup>105</sup>

<sup>105</sup> Die bürgerliche Literatur sieht *Savignys* Rechtsentstehungstheorie als einen organischen Teil seines Lebenswerks an, einen Widerspruch sieht sie nur darin, dass er das „heutige römische Recht“ auf den „Volksgeist“ zurückführt (*Wieacker: Privatrechtsg.*<sup>2</sup> 393). Es gibt aber eine Ansicht wonach der „Volksgeistsbegriff“ ein fremder Körper in *Savignys* Ideenwelt sei (*Koschaker, a. a. O.* 260). — Die Romanistik vom marxistischen Geist verurteilt die historische Rechtsschule, näher betrachtet *Savignys* Rechtsentstehungstheorie, sich dem Wesen nach auf drei Thesen von Marx stützend. Der einen nach beharre die Schule so sehr auf die Quellen, „dass sie dem Schiffer anmutet, nicht auf dem Strome, sondern auf seiner Quelle zu Fahren“ (*Marx: Das philosophische Manifest der historischen Rechtsschule. Marx—Engels Werke I. Berlin, 1958. 78*). Der anderen These nach: „Eine Schule, welche die Niederträchtigkeit von heute durch die Niederträchtigkeit von gestern legitimiert, eine Schule, die jeden Schrei des Leibeigenen gegen die Knute für rebellisch erklärt, sobald die Knute eine bejahrte, eine angestammte, eine historische Knute ist, eine Schule, der die Geschichte, wie der Gott Israels seinem Diener Moses, nur ihr a posteriori zeigt, die historische Rechtsschule...“ (*Marx: Zur Kritik der Hegelschen Rechtsphilosophie. Einleitung. Marx—Engels Werke I. Berlin, 1958. 380*). Und endlich tönt wie eine These auch *Marxens* Frage, „... ob Hugos Nachfolger den Beruf haben, die Gesetzgeber unserer Zeit zu sein“ (*Marx: Das philosophische Manifest der historischen Rechtsschule. Marx—Engels Werke I. Berlin, 1958. 84*). Alle drei Äusserungen von *Marx* sind aus seiner Jugendzeit und entstanden in der Zeit der Entfaltung der historischen Rechtsschule. Die erste These wies charakteristisch auf die übertriebene Anhänglichkeit der historischen Rechtsschule an die Quellen, obwohl es keinem Zweifel unterliegt, dass die Quellenkritik die einzige Möglichkeit, war, das Kommentatorenrecht und das Material des Usus modernus voll von Partikularismen von den justinianischen Quellen abzutrennen. In der zweiten These sieht *Marx* so, dass die Unterdrückung der Leibeigenen mit der Anwendung eines Rechtes historischen Ursprungs sanktioniert wurde, was mit Rücksicht auf das historische Profil der Schule zweifellos wahr ist. Diese Zweck wurde aber nur durch die Rechtsentstehungstheorie von *Savigny* befördert, seine Privatrechtstheorie fiel aber ausserhalb des Feudalismus, denn sie bezog sich zunächst einmal auf das Mobiliareigentum und das Vertragsrecht. Zum Schluss konnten *Hugos* Nachfolger wirklich keine Gesetzgeber dieses Zeitalters sein. Sie waren ja, die *Thibauts* vorwärtsweisende Kodifikationsbestrebungen vereitelten. — *Savignys* rechtstheoretische und privatrechtliche Konzeptionen dürfen also nicht in allen Beziehungen als retrograd angesehen werden. *Marx* kritisierte nämlich eigentlich nur die Übertreibungen der Schule. In der Beurteilung der retrograden Seite haben wir natürlich darüber einig zu sein, dass die Wurzel von *Savignys* Volksgeisttheorie zunächst in seiner Revolutionsfeindlichkeit zu suchen sei (*Szabó a. a. O.* 52). Auch darin sollen wir mit der früheren Literatur einig sein, dass die Entwicklung der kapitalistischen Verhältnisse in Deutschland durch *Savignys* Theorie verlangsamt wurde, während sie *Thibauts* Konzeption vielleicht beschleunigt hätte. (*Kulcsár: Marxizmus és a történeti jogi iskola [Marxismus und die historische Rechtsschule]. In: Jogtudományi Közlöny 10 [1955] 69*). In unserer späteren Literatur aber wurde schon auch den positiven Zügen von *Savignys* Theorie ein gewisser Ausdruck gegeben. Solche sind z. B., dass die Wurzeln des positiven Rechts zum Volk zurückführen, dass die rechtswissenschaftlichen Forschungen durch die historische Methode verwärtsgebracht werden, usw. (*V. Peschka: A népi jog és a nemzeti jog*



— abgesehen davon, dass die zwei Vorigen die Produkte der naturrechtlichen Richtung waren, denen *Savigny* gegenüberstand — andererseits konnte der *Code civil* als ein Produkt der französischen Revolution angesehen werden und *Savignys* Verhältnis mit der Revolution ist allgemein bekannt.

Es scheint aber ein grundlegender Widerspruch zu sein, dass *Savigny* das deutsche „Volksrecht“, das aus dem deutschen „Volksgeist“ stammende Recht klarlegen wollte und legte doch das justinianische römische Recht dar, den deutschen Verhältnissen angepasst. Dieser Widerspruch ist jedoch nur scheinbar. Das justinianische Recht hatte zweifellos nicht dem germanischen Boden entstammt aber es war auch nicht fremd in Deutschland. Vor den kirchlichen Gerichten war es auf deutschem Gebiet schon vom 13. Jahrhundert ab angewendet. Die Hohenstaufen-Kaiser führten auf diesem Grund ihre öffentlich-rechtlichen Diskussionen mit dem Papsttum. Das der Rezeption zufolge übernommene glossator-kommentatorische römische Recht als deutsches gemeines Recht, besonders infolge der Tätigkeit der Kameralisten, war so sehr ein deutsches Recht, hinsichtlich des Partikularismus des Letzteren, und der demzufolge darin aufgenommenen zahlreichen germanischen Elemente, wie das „Recht germanischen Ursprungs“. Der Tätigkeit *Savignys* und seiner Anhänger zufolge aber war das justinianische Recht viel brauchbarer als das andere.

Und nachdem *Savigny* das Rechtssystem, das auf dem Gebiet des Privatrechts in Deutschland anzuwenden ist, im römischen Recht gefunden hatte, hat dieser Umstand seine Auffassung über die Rechtsentstehung notwendigerweise beeinflusst. Es ist nicht zweifelhaft, dass die Gesetzgebung in der römischen Rechtsentwicklung nach der Erschaffung des XII-Tafel-Gesetzes ziemlich kleine Rolle gespielt hat, und dass das Gewohnheitsrecht, das die Ausprägung des „*tacitus consensus populi*“ (D. 1. 3. 32. 1.) ist, die entscheidende Bedeutung hatte. Die Prätores waren zwar keine im modernen Sinn genommenen Richter, aber die Rechtsbildung wurde von ihnen, als den Herren des ersten Prozessabschnittes (*in iure* Verfahrens), grösstenteils ausgeführt. Es schwebte also dem *Savigny* die Idee der richterlichen Rechtsbildung vor. Ausserdem war die römische Gesetzgebung immer berufen, die Konservierung des bestehenden Rechtsmaterials zwar des gewohnheitsrechtlichen Materials zu sichern. Die *decemviri* haben in den XII Tafeln das Gewohnheits-

---

[Das Volksrecht und das nationale Recht]. In: „Az Állam- és Jogtudományi Intézet Értésítője“ 4 [1961] 159). Und unsere neueste rechtstheoretische, bzw. zivilrechtliche Literatur stellt eindeutig fest, dass *Savignys* Theorie nicht einseitig als retrograd bewertet werden dürfe. Es drücke das ungleiche Gesicht des Zeitalters aus und stehe auch dem deutschen bürgerlichen Fortschritt nicht gegenüber (*Peschka*: Thibaut és Savigny vitája [Die Debatte von Thibaut und Savigny]. In: „Állam és Jogtudomány“ 17 [1974] 379). „Thibaut war fortgeschrittener... er kam aber für Deutschland zu früh an...“ „Savigny stand auf dem „Niveau von Deutschland“, „er drückte sein verelendetes Zeitalter aus“. — Die allgemeine Rechtslehre der historischen Rechtsschule könne auch *E. Nizsalovszkys* Meinung nach nicht einseitig negativ beurteilt werden (Frank Ignác, a jogtörténeti iskola és a szabadságharc [Ignác Frank, die historische Rechtsschule und der Freiheitskrieg]. In: „Jogtörténeti Tanulmányok“ III. Budapest, 1974. 210). Auf diesem Gebiet beruft er sich auf die Feststellung des hervorragenden Philosophen der DDR, *A. Baumgarten*, dass die historische Rechtsschule wirklich empirisch sei, denn sie die Tatsachen in Ehren hält. Dies machte sie fähig, die Geschichte in einer konzentrierten Form ideell zu betrachten und in einer übersichtbaren Ordnung ein solches Erfahrungsmaterial zu liefern, das für jederman unentbehrlich ist, der das die geschichtlichen Erscheinungen zusammenbindende Band der Gesetzmässigkeit erkennen will (Die Geschichte der abendländische Philosophie. Genève, 1945. 460—461.)

recht ihres Zeitalters zusammengefasst. Salvius Iulianus, der Kodifikator von Hadrian, hat das sich vom 3. Jh. ab entwickelnde Ediktmaterial zu einem System zusammengefasst, d. h. konservierte es wiederholt und hat nur das veraltete Material weggeworfen. Die dritte Kodifikation, der Codex Theodosianus, hat nur die kaiserlichen Edikte eines Zeitalters in einem Kodex zusammengefasst und liess von diesem die veralteten *constitutiones* aus. Und zum Schluss hat Justinian das frühere kaiserliche Ediktmaterial, sowie die Produkte der Rechtswissenschaft von viel Jahrhunderten in eine strukturelle Einheit zusammengestellt. Abgesehen also von der Modernisierung, konservierte er wiederholt. Und zum Schluss hat die Rechtswissenschaft in der Ausbildung des Rechtssystems von Rom eine entscheidende Rolle gespielt. Es ist entscheidend, dass die Rechtswissenschaft der wirklichste Ausdruck des „*tacitus consensus populi*“ zu betrachten ist. Es kann sozusagen jedes wesentliche Merkmal der Rechtentstehungstheorie von Savigny (ja sogar teilweise auch des *Puchta*) aus den Lehren der römischen Rechtswissenschaft abgeleitet werden:

- a) Primat des Gewohnheitsrechts;
- b) das Recht stamme vom stillschweigenden Einverständnis des Volkes;<sup>106</sup>
- c) im Falle der Kodifikation diene die Rolle des Kodifikators der Konservierung des lebenden Gewohnheitsrechts, und endlich
- d) habe die Rechtswissenschaft eine entscheidende Rolle in der Rechtserzeugung, denn der Jurist sei der Ausdrücker des vom Volk stammenden Gewohnheitsrechts.

Die Rechtentstehungstheorie der historischen Rechtsschule war also — abgesehen von *Puchtas* deutschen naturrechtlichen Konzeption (göttlicher Ursprung des Rechts) — eine auf dem Niveau des Zeitalters ruhende, die Erfordernisse der feudalkapitalistischen Gesellschaft zum Ausdruck bringende Theorie, in der die Interessen der aufbringenden bürgerlichen Klasse ebenso gedient, wie die Interessen der feudalen Schichten nicht verletzt wurden. Diese kompromissuelle theoretische Lösung konnte nur durch Savignys „heutiges römisches Recht“ gedient werden, so ist es kaum zu bewundern, dass das Charakteristische dieser Theorie auf die römische Vorgeschichte zurückzuführen ist.

Savignys Rechtentstehungstheorie kann deshalb nicht als eindeutig reaktionär qualifiziert werden. Sie war eine auf dem Niveau des Zeitalters beruhende, den ungleichen gesellschaftlich-wirtschaftlichen Verhältnissen entsprechende, diese ausdrückende Theorie. Ausserdem ist diese Theorie auch eine Bestätigung dessen, dass die historische Rechtsschule die Philosophie der Rechtswissenschaft nicht verwiesen, sondern, ihre eigene, auf geschichtliche Grundlagen gelegte Rechtentstehungstheorie mit der Austrahierung der grundlegenden Charakterzüge der römischen Rechtswissenschaft erschaffen hat.

5. Was jetzt schon die Savigny—Puchtasche Privatrechtstheorie betrifft, kann festgestellt werden, dass diese in vielen Fällen von den Kategorien der späten naturrechtlichen Richtung ausgeht, aber sie versucht diese Kategorien mit den römischen Rechtsquellen in Einklang zu bringen, deshalb legt sie diese auf einen geschichtlichen, also realen Boden, und andererseits benützt gewisse Thesen der kantischen Philosophie als Ausgangspunkt bei der Weiterbildung der obigen Kategorien.

<sup>106</sup> D. I. 3. 32. 1.

Die späte naturrechtliche Richtung setzt sich in drei Beziehungen in der erwähnten Privatrechtstheorie durch.<sup>107</sup>

das Pandektensystem — wie erwähnt — ist auf das System der Schüler *Ch. Wolfs: Darjes* und *Nettelblatt*, sowie auf das des *S. Pufendorf* zurückzuführen; dieses System wurde von *Puchta* vervollkommenet und von *Savigny* eine endgültige Form erhalten;

die Grundbegriffe der Pandektistik wurden auch von den vernunftrechtlichen Kategorien des späten Naturrechts abgeleitet (z. B. subjektives Recht, objektives Recht, Rechtsgeschäft, usw.) und nicht vom *Usus modernus* und sie haben eine genaue Formulierung in *Savignys*, ja noch mehr in *Puchtas* Privatrechtstheorie erhalten;

und schliesslich ist die Wurzel der Begriffsbildungsmethode der Pandektistik in der vernunftrechtlichen Spekulation zu suchen. Diese Methode führt vom System und Rechtsbegriff auf deduktivem Weg zu den einzelnen rechtlichen Lösungen und ihre Auskristallisierung ist in *Puchtas* „Begriffspyramide“ zu finden.

Die sich in *Savignys* „System“ manifestierende Privatrechtstheorie ist die auf kantischen Grundlagen beruhende Philosophie des positiven Privatrechts. Die Philosophie ist also auch aus der Privatrechtstheorie nicht verwiesen. Einer der Angelpunkte der Privatrechtstheorie von *Savigny* ist der individuelle Wille, der auf jene These der kantischen Philosophie zurückzuführen ist, dass das „selbständige Daseyn“ des Rechts die autonome Moralität des Menschen nicht zwingt, sondern deren Vollentfaltung ermöglicht.<sup>108</sup> So sind das Individuum und der individuelle Wille die Grundlagen davon, dass *Savignys* rechtswissenschaftliches System von Rechtsverhältnis ausgeht, das seiner Meinung nach ein Verhältnis nur zwischen Menschen sein könne. Auch im Rechtsgeschäft setzt sich die individuelle Willensherrschaft durch. So ist der Akzent vom Gesichtspunkt der Beurteilung dessen aus auf der Willensbestimmung und nicht auf der Willensäusserung (Willenstheorie) gelegt. Das Wesen des Besitzes ist der „Eigentümerswille“ (*animus domini*), der diesen von der Kategorie der Detention trennt. Der Vertrag ist das Zusammentreffen von zwei individuellen Willen, und es ist die Folge der Freiheit des individuellen Willens, dass der Vertragstypenzwang aufgehört hat und dass der Grundsatz des Obligationsrechts der Pandektistik die allgemeine Klagbarkeit der Verträge ist, als die Projektion der Vertragsfreiheit.

*Puchta* scheint demgegenüber das selbständige Dasein des Rechts so auszulegen, dass es unabhängig vom Individuum existiere und deshalb der Ausgangspunkt seines Systems nicht das Rechtsverhältnis, sondern das Recht selber sei. Davon, als von einem Axiom, leitet er jeden weiteren Rechtsbegriff ab und erschafft auf diese Weise — indem er die vernunftrechtliche Erbschaft zu einem methodologischen Prinzip macht — seine vom Leben in vielen Beziehungen losgerissene Begriffspyramide. In diesem leitet er die Rechtssätze ausschliesslich vom System und die niedrigere Begriffe von den höheren Begriffen ab, ohne Rücksicht auf ihre wirtschaftliche, soziale, religiöse, usw. Rolle. Mit diesen wird er der Urheber der rechtswissenschaftlichen Methode, der später „Begriffsjurisprudenz“ benannt wurde.<sup>109</sup>

<sup>107</sup> *Wieacker: Privatrechtsg.*<sup>2</sup> 373 ff.

<sup>108</sup> *Wieacker: Privatrechtsg.*<sup>2</sup> 386.

<sup>109</sup> *W. Wilhelm: Zur juristischen Methodenlehre im 19. Jhd.* 70 ff. — Aber auch *Puchta* hat sich von *Kants* Philosophie, davon dass die Rechtsordnung mit der

*Savignys* Privatrechtstheorie dient also — mit Rücksicht darauf, dass ihre zwei Angelpunkte das Mobiliareigentum und das Vertragsrecht sind und so das Lehnseigentum nicht berührt und ihr Zentrum der individuelle Wille ist — den Interessen des die Gebundenheiten des Feudalismus abschüttelnden Bürgerums, ohne die Interessen der feudalen Schichten zu verletzen und ist so in Verbindung mit dem Leben und widerspiegelt das doppelte Gesicht von diesem Abschnitt des Feudalkapitalismus. Die Lostrennung vom Leben beginnt eigentlich mit *Puchtas* Tätigkeit, der dem Recht ein selbständiges, von den Rechtsverhältnissen unabhängiges Dasein zuschreibt und durch die Behandlung des Rechtssystems als eine geschlossene logische Einheit den steifen Formalismus der Privatrechtswissenschaft erschafft. Damit verzichtet er auf das Zusammenhalten der Rechtswissenschaft mit der gesellschaftlichen Realität und bringt die Methode der Begriffsjurisprudenz des 19. Jahrhunderts auf ihren eigenen Weg, der die Zielscheibe aller Angriffe gegen die historische Rechtsschule wird.<sup>110</sup>

Während also die allgemeine Rechtsentstehungstheorie der historischen Rechtsschule die Projektion des doppelten Gesichts des Feudalkapitalismus ist, ist ihre Privatrechtstheorie dem Wesen nach eine völlig bürgerliche Theorie, deren grundlegender Fehler aber ist, dass sie seit *Puchtas* Methode, sich von der gesellschaftlichen Realität grösstenteils losgerissen hat.

### 3. Differenzierung der Pandektistik. Dogmatische Richtung und Interessenjurisprudenz

1. Die historische Rechtsschule beginnt sozusagen in derselben Zeit (1803, bzw. 1808) die romanistischen und germanistischen Zweige auszubilden; und im Rahmen der Schule gibt neben der grossgewachsenen Schwester: der Romanistik klein, bescheiden aber mit ihr einverstanden die noch schwach entwickelte kleine Schwester: die Germanistik. Die gewaltige Wölbung der Romanistik konnte aber nicht ausser Wirkung bleiben auch auf die unentwickelte Schwester, denn: a) es entwickelte sich der Anspruch, das „deutsche Privatrecht der Gegenwart“ nach dem Muster des „heutigen römischen Rechts“ herbeizuführen; b) es war fernerhin eine Wirkung auf das deutsche Privatrechtssystem durch das von den Romanisten ausgestalteten Pandektensystem ausgeübt, und endlich c) unter *Puchtas* Wirkung ist auch die Entwicklung dieses Privatrechtssystems in der Richtung der abstrakten Dogmatik und des geschlossenen wissenschaftlichen Systems fortgeschritten.<sup>111</sup>

○ moralischen Ordnung nicht identisch sei, sondern ein gewisses selbständiges Dasein habe, nicht unabhängig gemacht (*Coing*: Kant und die Rechtswissenschaft. Frankfurter Universitätsreden 12 [1955] 38). — Diese wissenschaftliche Methode ist natürlich auch von *Savigny* nicht fremd. Aber sie entfaltet sich bei *Puchta* und erreicht den Kulminationspunkt bei *Windscheid*. Dann wird sie schon im allgemeinen „Begriffsjurisprudenz“ genannt (*M. Rümelin*. Bernhard Windscheid und sein Einfluss. Tübingen. 1907. 43 ff.).

<sup>110</sup> Dies war so desto mehr, weil *Puchtas* Konzeptionen früher und dauerhafter gewirkt haben als *Savignys* Anschauungen (*Wieacker*): Privatrechtsg.<sup>2</sup> 400—411. — Was *Savignys* Verbindungen mit der Gerichtspraxis angeht, vgl. *G. Wesenberg*: *Savignys* Einfluss auf die Rechtsprechung des Oberappellationsgerichts in Dresden. SZ 67 (1950) 458 ff.

<sup>111</sup> *Wieacker*: Privatrechtsg.<sup>2</sup> 400—401.

2. Die Gegensätze zwischen den zwei Richtungen verschärfen sich erst in der Mitte des Jahrhunderts, als die von *Georg Beseler* (1809—1888) geführten Kieler Juristen, mit dem Kantianismus des *Savigny* und seiner Anhänger sowie mit dem „Quietismus“ der von ihnen für Opportunisten gehaltenen und mit *Savigny* Hand in Hand fortschreitenden Germanisten, als *Jacob Grimm*, brechend das System des deutschen Privatrechts aufgrund des Hegelschen Staats- und Rechtsphilosophie auszubauen suchten. Sie sind dem *Savigny* und seinen Anhängern grundlegend gegenübergestanden a) zunächst in der Hinsicht, dass sie bei der Ausgestaltung der Rechtswissenschaft auch auf ihre rechtsphilosophischen, politischen und sozialen Aufgaben Bedacht zu nehmen wünschten, b) dann darin, dass sie der römischen Vergangenheit ein Ende machten und sich der gegenwärtigen Wirklichkeit anfügen wollten und c) schliesslich haben sie die Erschaffung eines deutschen bürgerlichen Gesetzbuches erfordert.<sup>112</sup>

3. Es ist besonders zu bedenken des Berliner Professors der Rechte, des hervorragenden hegelianer Romanisten, *Eduard Gans* (1797—1839), der mit dem romanistischen Zweige der historischen Rechtsschule in zwei Beziehungen in Konflikt geraten ist, und zwar mit der Besitztheorie des *Savigny*, da *Savigny* gegenüber (der in der Beziehung seiner Eigentümerwillenstheorie ziemlich unfolgerichtig den *factum*-Charakter des Besitzes betonte) er verkündete, dass der Besitz dem inbegriffen Willen zufolge ein subjektives Recht sei,<sup>113</sup> und andererseits dadurch, dass er *Puchtas* irrationalen Determinismus abgelehnt hatte.<sup>114</sup> Sein über die Geschichte der Beerbung geschriebenes rechtshistorisches Werk hätte ein erster Schritt der Wissenschaft der universellen Rechtsgeschichte sein können,<sup>115</sup> aber der ausgezeichnete hegelianer Romanist ist kurz nach Vollendung seines 40. Lebensjahres ohne Anhänger gestorben.

## I.

-- 1. In der Periode der Bildung der historischen Rechtsschule war — wie erwähnt — ein Nebenprodukt des romanistischen Zweiges die römische Rechtsgeschichte. Der Weg dieser Rechtsgeschichte wurde von *Niebuhr* bis zu *Rudorff* durch sehr bedeutende Aufdeckungen, Rekonstruktionen angedeutet. Nachdem

<sup>112</sup> *Wieacker*: Privatrechts.<sup>2</sup> 408—410. — *Georg Beseler* war es, der die deutsche Rezeption ein „Nationalunglück“ nannte. Dem Wesen nach aber hat er in *Puchta* und nicht in *Savigny* den wahren Gegner gesehen, denn er kämpfte gegen das „Juristenrecht“ des Vorigen (*Wieacker* a. a. O. 409). Hinsichtlich der Verbindung zwischen *Savigny* und *J. Grimm* vgl. *H. Conrad*: Friedrich Carl von Savigny und Jacob Grimm. SZ Germ. 65 (1947) und *Wieacker*: Savigny und die Gebrüder Grimm. SZ Germ. 72 (1955). Im ungarischen Schrifttum vgl. *Kulcsár*: A népi jog és a nemzeti jog [Das Volksrecht und das nationale Recht.] In: Állam- és Jogtudományi Intézet Értésítője 4 [1961] 160—161.

<sup>113</sup> *E. Gans*: Über die Grundlage des Besitzes. Berlin, 1839. 57. — *Nizsalovszky*, in: „Állam és Jogtudomány“ 9 (1966) 477 ff. und *Pólay*: „Jhering birtoktana“ (Iherings Besitzlehre). Acta Jur. et. Pol. Univ. Szeged. 17 (1969) 3., 11., 39.

<sup>114</sup> *H. G. Reissner*: Eduard Gans. Ein Leben im Vormärz. Tübingen, 1965 und *Wieacker*: Privatrechtsg.<sup>2</sup> 413.

<sup>115</sup> *E. Gans*: Erbrecht im weltgeschichtlicher Entwicklung. Berlin, 1829—1835. Es ist zu bemerken, dass auf den jungen *Marx* von seinen Professoren sozusagen ausschliesslich der Hegelianer *Gans* eine beachtenswerte Wirkung ausübte (*Kulcsár*: Marxizmus és a történeti jogi iskola [Marxismus und die historische Rechtsschule]. In: „Jogtudományi Közlöny“, 10 [1955] 76.)

aber das Profil der Schule durch *Savignys* Dogmatik historischen Charakters bestimmt worden ist, konnte die römische Rechtsgeschichte kaum eine selbständige Rolle erhalten, obwohl es zweifellos ist, dass auch *Savigny* selber sehr viele rechtsgeschichtliche Teilabhandlungen publizierte,<sup>116</sup> und *Puchtas* — auch erwähntes — Werk: „Cursus der Institutionen“ vor der Behandlung der justinianischen Rechtsinstitute auf dem Niveau der „Institutionen“ die römische Rechtsgeschichte erörtert.

2. Es ist eigentlich *Th. Mommsen*, der vormalige Schüler der historischen Rechtsschule, mit dessen Tätigkeit die Abtrennung der Rechtsgeschichte vom romanistischen Teil der historischen Rechtsschule in der Mitte des Jahrhunderts beginnt. Aber die Verselbständigung der Rechtsgeschichte durch den Umstand, dass das römische Recht in Deutschland ein „heutiges römisches Rechts“, d. h. ein adaptiertes lebendes Recht war, blieb noch eine längere Zeit lang gehemmt. Erst als die Pandektistik sich in den letzten Jahrzehnten des Jahrhunderts der Vorbereitung des deutschen BGB zuwendet, wird diese Wissenschaft völlig selbständig.<sup>117</sup>

3. In den letzten zwei Jahrzehnten des 19. Jahrhunderts wurde also die Pandektistik, die die deutsche bürgerliche rechtliche Kodifikation vorbereitende Privatrechtswissenschaft.

4. Die der Germanistik gegenübergestellte, von der römischen Rechtsgeschichte losgetrennte Pandektistik ist seit dem Beginn der fünfziger Jahre schon die Privatrechtswissenschaft der Periode des sich zu entfalten beginnenden Monopolkapitalismus. Diese Privatrechtswissenschaft — wie erwähnt — schreitet in zweien Richtungen fort:

die eine ist die dogmatische Richtung, die auf den dogmatischen Spuren von *Savigny*, aber noch mehr von *Puchta* weiterschreitet und ihre Aufgabe mit der Vorbereitung der Kodifikation beendet, während die andere

die Interessenjurisprudenz ist, die mit *Jherings* Auftreten beginnt aber dem Wesen nach mit seiner Rolle in Deutschland auch endet.

#### A) Die dogmatische Richtung der Pandektistik. *Arndts, Brinz, Windscheid, Dernburg*

##### I.

1. Die vom Liberalkapitalismus gekennzeichnete, aber mit feudalen Fäden durch- und durchwobene erste Hälfte des 19. Jahrhunderts hat die Pandektistik der historischen Schule zustandegebracht, die mit ihrer Kodifikationsfeindlichkeit den feudalen Interessen gedient, aber zur selben Zeit mit der Modernisierung des römischen Privatrechts auch die Entwicklung des Liberalkapitalismus befördert hat, ohne die feudalen Interessen zu berühren. Auch dass sie, anstatt der Kodifikation, das römische Privatrecht durch Adaptierung

<sup>116</sup> Herausgegeben in seinem Sammelwerk: Vermischte Schriften.

<sup>117</sup> Es erscheinen in den achtziger Jahren *Mommsens* „Römisches Staatsrecht“ und später das „Römisches Strafrecht“ (1899). Epochebezeichnend in der römischen Rechtsgeschichte sind *O. Lenel*: Das Edictum Perpetuum. Leipzig, 1887 und *L. Mitteis*: Reichsrecht und Volksrecht in den östlichen Provinzen des römischen Kaiserreichs. Leipzig, 1891.

in ein „heutiges römisches Recht“ überführte, kann nicht eindeutig in negativer Weise beurteilt werden. *Savigny* und seine Anhänger wollten nämlich den Interessen des Bürgertums, sowie nach der napoleonischen Zerstückelung auch den Interessen der deutschen Einheit, anstatt einer prinzipiell vorwärtsweisenden Kodifikation, deren wissenschaftlicher Wert jedoch fragwürdig war, mit einem alten, wohlbewährten, modernisierten System dienen. Und diese Bestrebung mag bis zur 1848-er Revolution eindeutig als fortschrittlich beurteilt werden.

2. Aber die 1848-er Revolution fiel und dies hat zusammen mit anderen Faktoren bis zu einem gewissen Ausmass eine neue Situation in den deutschen wirtschaftlich-gesellschaftlichen Verhältnissen herbeigeführt. Die Vereinigung des Landes blieb auch weiterhin auf dem Tapet, weil die deutsche Grossindustrie sich von 1850 beginnend sprunghaft entwickelte, die Zeichen der Ausgestaltung der Monopole mehr und mehr erschienen, die territoriale Zerstückertheit und infolgedessen das abweichende Währungssystem, die inneren Zölle, usw. haben aber die Entfaltung gehindert. In der ersten Hälfte des Jahrhunderts wurde zwar die Leibeigenschaft prinzipiell liquidiert, sind aber die die ehemaligen Fronhöfe bedrückenden dinglichen Lasten fortbestanden und die Lage des Bauerntums konnte selbst durch die 1848-er Revolution nicht gelöst werden. Ein i. J. 1850 gegebenes preussisches Gesetz hat die Ablösung der gewesenen dinglichen Fronlasten mit Geld und Land verordnet, worauf ein bedeutender Teil des preussischen Bauerntums bettelarm, während der wohlhabenderer Teil noch reicher wurde und der Verploretarisierung des Kleinbauerntums zufolge die Junkerlandkonzentration von gewaltigem Ausmass war. Das Industrieproletariat vermehrte sich immermehr und auch die ideelle Darlegung des Wesens der Arbeiterbewegung fand mit der Publizierung des kommunistischen Manifests statt. Der Dynamismus der Bewegung wurde aber in dieser Lage, wo die Interessen der Grossgrundbesitzer und des Grossbürgertums eng verbunden sind, weil das Proletariat schon erschienen ist und die Existenz von beiden bedroht, waren zwei Möglichkeiten in Deutschland: entweder mit Hilfe der vom Proletariat geführten Revolution die einheitliche deutsche Republik zu erschaffen oder im Wege der preussischen Eroberung unter der Ägide der preussischen Monarchie Deutschland zu vereinheitlichen. Da die erstere Möglichkeit mit dem Fall der Revolution gescheitert war, blieb die zweite. Die preussische Monarchie hatte sich zuvor von seinem Konkurrent, Österreich freigemacht, dann das Kaisertum von Napoleon III zerschmetternd, erschuf sie das einheitliche Deutschland unter der Führung des preussischen Königs als deutschen Kaisers (1871). Bis zu dieser Zeit ist auch in Deutschland der Monopolkapitalismus zustande gekommen.

3. Es war dann schon Zeit, dass das einheitliche deutsche bürgerliche Gesetzbuch fertig werde und die Vorbereitung dieses Werks wurde der Pandektistik, bzw. deren Pfeilern zuteil.

## II.

1. In der Zeit der Erscheinung des „Das Obligationenrecht“ von *Savigny*, das sozusagen der Epilog seines Lebeswerks war, hat *L. Arndts* (1822-1880) sein „Lehrbuch der Pandecten“ (München, 1852) publiziert, dessen Zuneigung

die unbedingte Ehrfurcht für *Savigny* zeigt.<sup>118</sup> Auch politisch war *Arndts* eines Sinnes mit *Savigny* in der Revolutionsfeindschaft.<sup>119</sup> Seine Tätigkeit war dennoch vorwärtsweisend in zwei Richtungen: a) obwohl sein Pandektenlehrbuch im grossen und ganzen aufgrund der Pandekten von *Puchta* gemacht wurde, ist von dessen begrifflicher Denkungsweise in vielen Beziehungen gleichwohl abgewichen, insoweit es für das praktische Leben eine grosse Anzahl der Konzessionen der vom Leben abgetrennten *Puchtaschen* Begriffspyramide entgegen gemacht hat;<sup>120</sup> b) andererseits war er vielleicht der erste von den Pandektisten, der von der seit der Mitte des Jahrhunderts schon überholten „Volksgeisttheorie“, der „organischen Theorie“, dem „Juristenmonopol“ der historischen Rechtsschule und dem unbedingten Primat des Gewohnheitsrechts nicht mehr spricht, sondern seine Aufmerksamkeit schon einer zukünftigen einheitlichen Kodifikation zuwendet.<sup>121</sup> Es beweist die grosse praktische Brauchbarkeit seines Pandektenlehrbuchs, dass es von 1852 beginnend 14 Auflagen erlebte.

2. Ein Produkt entscheidender Bedeutung des dogmatischen Zweiges der Pandektistik vom Gesichtspunkt der Theorie der juristischen Personen aus ist *A. Brinzens* (1820—1887) sog. Zweckvermögenstheorie, die in der Entwicklung der Theorie der juristischen Personen die *Savigny—Puchtasche* Fiktionstheorie ersetzt. Die Exponierung der Theorie geschieht erst am Ende der fünfziger Jahre des vergangenen Jahrhunderts in *Brinzens* Werk: „Lehrbuch der Pandekten“ (Erlangen, 1. Abt. 1857, 2. Abt. I. 1860, II. 1. Partie 1868, 2. Partie 1869, 3. Partie 1871). Der Verfasser wird durch „die geniale Originalität, die konstruktive Einbildungskraft und die durchschlagende Intelligenz“<sup>122</sup> gekennzeichnet.

3. Die überragendste Gestalt der Richtung ist aber zweifellos *B. Windscheid* (1817—1892) gewesen, der sich von 1847 ab als baseler, greifswalder, von 1858 als münchener, von 1871 als heidelberger und vom 1875 als leipziger Professor betätigte. Seine bedeutenden Werke beschäftigen sich mit der Lehre von der Voraussetzung und im Rahmen dieser mit der pandektistischen Bedeutung der *clausula rebus sic stantibus*,<sup>123</sup> mit der Ableitung des Begriffes des Anspruchs vom Begriff der römischen *actio*,<sup>124</sup> mit der Zurückwerfung der gegen die Romanisten, d. h. gegen die Pandektistik geführten Angriffe der Germanisten<sup>125</sup> und mit *Savignys* Gestalt.<sup>126</sup> Sein bedeutendstes Werk war aber das „Lehrbuch des Pandektenrechts“ (I—III. Düsseldorf, 1862), das danach noch 7 vom Verfasser überarbeitete Auflagen erlebte. Dieses Werk war ein grossangelegter Inbegriff des deutschen „heutigen römischen Rechts“, ein grundlegender Kommentar des deutsch-römischen Privatrechts, den *Wieacker* in Bedeutung der

<sup>118</sup> *L. Arndts*: Lehrbuch der Pandekten.<sup>2</sup> München, 1855. „Dem grossen Rechtslehrer Friedrich Carl von Savigny zum Andenken an dessen Jubeltag den 31. Oktober 1850 ehrfurchtsvoll und dankbar gewidmet“ (III. 1.).

<sup>119</sup> In dem Vorwort der ersten Auflage seines Werkes schreibt er: „Ich schreibe dieses in ländlicher Stille am Jahrestag des wilden Tobens einer politisch fanatisierten Menge, das auch mich auf der Rednerbühne der Paulskirche mit Gefahr bedrohend, einem blindem Wahne grausame Opfer brachte“ (a. a. O. VII).

<sup>120</sup> *R. Jhering*: Scherz und Ernst in der Jurisprudenz.<sup>11</sup> Leipzig, 1912. 254.

<sup>121</sup> *Regelsberger* a. a. O. I. 44—45.

<sup>122</sup> *Wieacker*: Privatrechtsg.<sup>2</sup> 445. — *Regelsberger* a. a. O. I. 45.

<sup>123</sup> *Windscheid*: Die Lehre von der Voraussetzung. 1850.

<sup>124</sup> *Windscheid*: Die *actio* des römischen Rechts von Standpunkt des bürgerlichen Rechts. 1856.

<sup>125</sup> *Windscheid*: Das römische Recht in Deutschland. 1885.

<sup>126</sup> *Windscheid*: Savigny. 1879.



Glossa Ordinaria von Accursius ähnlich zu sein qualifiziert.<sup>127</sup> Mit diesem Werk verdiente sich *Windscheid*, in das Kodifikationskomitee des deutschen bürgerlichen Gesetzbuches eine Einladung zu erhalten, infogedessen er zwischen 1880—1883 ein Mitglied des Ersten Komitees war, obwohl er in der endgültigen Formulierung des Kodexes nicht mehr teilzunehmen vermochte.

*Windscheids* grosses Werk, das mangels eines einheitlichen bürgerlichen Gesetzbuches für die Gerichte „der Grosse Kommentar“ und für die Rechtsstudenten „das Lehrbuch“ war, hat sich in seiner Grundkonzeption von *Savignys* und *Puchtas* Rechtsentstehungstheorie in gewissem Masse schon losgerissen, denn es zeigt in der Richtung des zu erschaffenden Kodexes. Es bleibt aber auch weiterhin auf dem Gebiet der von der kantianischen Rechtsphilosophie abgeleiteten „Willenstheorie“ und nimmt nicht in Betracht die sozialen Fragen, obwohl diese in der Form der Anforderungen des Proletariats ideologisch formuliert schon kräftiger auftreten als in *Savignys* Zeit.

4. Der letzte hervorragende Vertreter der dogmatischen Richtung der Pandektistik ist *H. Dernburg* (1829—1907), der in der Dogmatik der Pandektistik den zwischen der Theorie und Praxis befindlichen Abgrund zu ermessen suchte und die pandektistische Methode auch auf das Preussische Landrecht anzuwenden probierte, obwohl die Anhänger der historischen Rechtsschule diese Aufgabe ausschliesslich den praktischen Juristen überliessen.<sup>128</sup> Sein grosses Werk ist die dreibändige „Pandekten“ (Berlin, I. 1884 — II. 1886. — III. 1887), die teilweise noch auf dem Savignyaner Boden der historischen Schule stehen, aber dessen wissenschaftliche Bedeutung schon unvoreingenommen abmessen<sup>129</sup> und sich der *Savignyschen* allgemeinen Rechtsentstehungs- und Privatrechtstheorie in mehreren Beziehungen schon entgegengesetzen.

### III.

1. In Hinsicht der allgemeinen Rechtsentstehungstheorie der historischen Rechtsschule kommt die dogmatische Richtung schon von *Savignys* und *Puchtas* Weg ab. *Arndts* Pandekten gehen nicht mehr von der Savignyschen Theorie der Rechtsentstehung aus, sondern vom Begriff des Pandektenrechts und von dessen Quellen (römisches Recht, kanonisches Recht und heimatliches deutsches Recht, das teilweise aus Gesetzen besteht). Er geht dann sofort auf den Begriff des Rechts über und — wie erwähnt — hat gewisse Sympathie für die Kodifikation,<sup>130</sup> so ist er kein unbedingten Anhänger mehr der Theorie der organischen Rechtsentwicklung. — *Windscheid* erwähnt schon am Anfang der sechziger Jahre die Notwendigkeit der Kodifikation, obwohl er sein Savi-

<sup>127</sup> *Wieacker*: Privatrechtsg. 447.

<sup>128</sup> *Dernburg*: Lehrbuch des preussischen Privatrechts. I—III. 1871—1880. — *Wieacker*: Privatrechtsg.<sup>2</sup> 445.

<sup>129</sup> Das Charakteristische des 18. Jahrhunderts war die naturrechtliche Denkungsart — sagt *Dernburg* — und diese wurde zu Anfang des 19. Jahrhunderts durch die Rechtswissenschaft der historischen Schule ersetzt, die aber die Denkungsart des vorigen Jahrhunderts nicht völlig verwarf. Die Ursache davon war hauptsächlich, dass weder das justinianische noch das kanonische Rechtsmaterial ein System hatte, das vom Gesichtspunkt der Pandektisten aus als entsprechend gefunden wurde. So entstand eine gewisse Verwirrung im System und „aus allem diesem Irrsal sollte das Recht der Vernunft herausführen“. Zur selben Zeit stellt er fest, dass das Naturrecht in Hinsicht des positiven Rechts sehr wenig geleistet habe (Pandekten I. 35—36).

<sup>130</sup> *Regelsberger* a. a. O. 45.

gnyanertum nicht versagt. Sein Rechtsentstehungskonzeption steht auf einem doppelten Böden: a) er erkennt zwar an, dass die letzte Quelle jedes Rechts das Volk selber sei; wenn er aber auch weiss, dass *Savignys* Rechtsentstehungstheorie auch in jener Zeit noch als herrschend betrachtet werden könne, weist er darauf hin, b) dass in demselben Masse, in dem die Gesetzgebung sich entwickelt, das Gewohnheitsrecht in den Hintergrund gedrängt werde. So sei die bedeutendste Rechtsquelle die Gesetzgebung, neben welcher das Gewohnheitsrecht — eher mit einem territorialen, berufsmässigen Charakter, eventuell in der Form eines Juristenrechts — eine untergeordnete Rolle spiele.<sup>131</sup> Im Vorwort der vierten Auflage desselben Werkes, dessen Manuskript am Weihnachtsabend d. J. 1874 abgeschlossen wurde, äussert er sich schon auf der folgenden Weise über die Kodifikation: der Wunsch, den das Werk in seiner ersten Auflage (1862) betreffs der Kodifikation zum Ausdruck gebracht hatte, geriet seitdem bedeutend näher der Verwirklichung. Dieser Zweck, das deutsche bürgerliche Gesetzbuch, das die Nation wünschte, beginne sich zu verkörpern. Zur selben Zeit aber gibt er *Savignys* Ansicht über das gegenseitige Verhältnis der Rechtswissenschaft und Kodifikation nicht auf, als er erklärt, dass die wissenschaftliche Bearbeitung des neuen Gesetzbuches sich notwendigerweise zur früheren Wissenschaft knüpfen solle.<sup>132</sup>

Was die „geschlossene logische Einheit“ des Rechtssystems betrifft, in der es *Puchtas* Meinung nach weder Lücken noch Widersprüche gebe,<sup>133</sup> ist dies im Grunde genommen auch von *Windscheid* angenommen, aber mit weniger Überzeugung. Seiner Meinung nach können im Rechtssystem Lücken und Widersprüche erdacht werden, es sei aber möglich, diese aufzuheben, die Lücke mit Hilfe der *analogia iuris*, und der Widerspruch — insoweit er wirklich und nicht nur scheinbar ist — so, dass die zwei widersprechenden Regeln so anzusehen seien, als ob sie nicht einmal existierten.<sup>134</sup>

<sup>131</sup> *Windscheid*: Lehrbuch des Pandektenrechts.<sup>4</sup> Düsseldorf, 1875. 41. — Ebenda weist er auf die noch herrschende Ansicht von *Savigny* und *Puchta* betreffs des Primates des Gewohnheitsrechts (a. a. O. I. 43. Fussnote 4).

<sup>132</sup> „In der Vorrede zur ersten Auflage des dritten Bandes, welche vom Tage der Schlacht bei Sedan datiert ist, sprach ich den Wunsch aus, dass mein Lehrbuch durch ein deutsches Gesetzbuch möglichst bald beseitigt werden möge. Dieser Wunsch ist seitdem der Verwirklichung um ein Bedeutendes näher gerückt. Das deutsche Privatrechtsgesetzbuch, dieses Ziel nationaler Sehnsucht hat begonnen, leibhaftige Gestalt anzunehmen“ (*Windscheid*: Lehrbuch.<sup>4</sup> I. Vorrede zur vierten Auflage, VII) — „... die wissenschaftliche Bearbeitung des neuen Gesetzbuchs anknüpfen wird an die Wissenschaft, die vor demselben gewesen ist...“ (Ibid. VIII).

<sup>133</sup> *Puchtas* Meinung nach seien die im Rechtssystem befindlichen Widersprüche nur scheinbarer Widerspruch, der einer richtigen Interpretation weicht, sey es, dass diese den beiden Stellen einen Sinn gibt, in welchem sie gar nicht mit einander collidiren, oder dass sie nachweist, welche nach der wirklichen Absicht des Urhebers soll. Wirklich widersprechende Rechtssätze heben einander gegenseitig auf...“ (Pandekten.<sup>9</sup> 32—33).

<sup>134</sup> „Werden die einzelnen Rechtssätze aufgefasst — sagt *Windscheid* (Lehrbuch.<sup>4</sup> I. 60) — als zu einem Rechtsganzen gehörig, so ergibt sich die fernere Frage, wie es zu halten sei, wenn dieser Ganze Lücken oder Widersprüche zeigt“. Die „Lücke“ soll nicht aufgrund des Naturrechts ausgefüllt werden, wie früher gelehrt, sondern sei die *analogia iuris* das Mittel für die Eliminierung der Lücken (a. a. O. I. 61). „Glaubt man in einem Rechtsganzen einen Widerspruch zu entdecken, so ist zuerst zuzusehen, ob derselbe nicht scheinbar ist... Ist aber der Widerspruch kein bloss scheinbarer ... so muss man sagen, dass der eine Rechtssatz soviel gelte, als der andere; demgemäss hebt der eine den anderen auf, und es ist zu entscheiden, als ob keiner von beiden vorhanden wäre“ (a. a. O. I. 61—62).

2. *Dernburg* ist derjenige der Dogmatiker, der im Grunde genommen mit *Savignys* Rechtsentstehungstheorie zum Bruch zu kommen scheint. Seiner Ansicht nach, lasse es sich zwar nicht leugnen, dass die Rechtsüberzeugung des Volks in der Rechtsentwicklung eine gewisse Rolle spiele, könne diese Überzeugung dennoch auf keine Weise der einzige Faktor der Rechtserengung sein, da die unterjochten Völker Jahrhunderte lang unter der Herrschaft eines ihrer Überzeugung widersprechenden und durch das herrschende Volk ihnen aufgenötigten Rechts gelebt haben. Bei einer solchen Auffassung ist natürlich, dass selbst *Dernburg* kodifikationsfreundlich ist.<sup>135</sup>

3. Bei *Windscheid* werden die Auslegung der Rechtsnormen und die Analogie erst gründlich auseinandergesetzt. Er unterscheidet wissenschaftliche und legale Auslegungen, sieht aber nur die Erste von diesen als eine wirkliche Auslegung, die Letztere hingegen als eine neue Rechtsnormerzeugung.<sup>136</sup> Die Auslegung möge seiner Meinung nach grammatisch und logisch sein.<sup>137</sup> Außerdem unterscheidet er zwei Arten der Analogie: die Gesetzesanalogie, worunter er die Ausdehnung des Gesetzes auf dem Wege der Ähnlichkeit versteht,<sup>138</sup> sowie die Rechtsanalogie, die die Lücken des Rechtssystems als einer „logische Einheit (?)“ zu ergänzen berufen sei.<sup>139</sup> *Dernburg* übergeht diese Konzeption und gibt eine noch genauere Abfassung und Kategorisierung der Rechtsnormenauslegung und Analogie.<sup>140</sup> Die Interpretation möge auch seines Erachtens zweierlei sein: wissenschaftlich (doktrinale Interpretation) und authentisch (authentische Interpretation) und die Letztere: gewohnheitsmässig (usuelle Interpretation) und gesetzlich (legale Interpretation).<sup>141</sup> Die Kraft der wissenschaftlichen Auslegung bestehe in der Überzeugungskraft ihrer Gründe, während die der authentischen Auslegung in ihrer Autorität. Die wissenschaftliche Auslegung möge zweierlei sein, und zwar grammatisch und logisch. Das Objekt der Vorigen sei einige Worte der Rechtsnorm, das der Letzteren die Zusammenhänge des Gesetzes. Insoweit zwischen den Worten und dem Inhalt der Rechtsnorm ein Gegensatz zu finden ist, so seien zweierlei fernere Interpretationen notwendig, die restriktive, bzw. extensive Interpretation.<sup>142</sup> Im Fall der Analogie unterscheidet auch er zwischen Gesetzes- und Rechtsanalogien. Aber er leitet die Letztere nicht aus der geschlossenen logischen Einheit des Rechtssystems (wir finden hier kaum eine Spur mehr dieser *Puchtaschen* Konzeption), sondern aus der praktischen Notwendigkeit, dass der Richter gezwungen ist, Urteil zu fällen, selbst wenn es für den gegebenen Rechtsfall keine Rechtsregel gibt. In diesem Fall ist die „Selbstvervollständigungsfähigkeit des Rechtssystems“ anzuwenden (hier scheint gewisse Ähnlichkeit der *Puchtaschen* Konzeption).<sup>143</sup> Die Analogie sei nach ihm nichts anderes als die Anwendung

<sup>135</sup> „Aber — sagt *Dernburg* (Pandekten I. 51) — die eine Triebfeder der Bildung des Rechtes ist die Volksüberzeugung nicht... Es ist... nicht selbst Rechtsquelle, sie ist nur ein Motiv für die Bildung der Rechtsquellen.“

<sup>136</sup> *Windscheid*: Lehrbuch.<sup>4</sup> I. 53.

<sup>137</sup> *Windscheid*: Lehrbuch.<sup>4</sup> I. 54 ff.

<sup>138</sup> *Windscheid*: Lehrbuch.<sup>4</sup> I. 59.

<sup>139</sup> *Windscheid*: Lehrbuch.<sup>4</sup> 60—61.

<sup>140</sup> *Dernburg*: Pandekten I. 73 ff.

<sup>141</sup> *Dernburg*: Pandekten I. 73., 82.

<sup>142</sup> *Dernburg*: Pandekten I. 77.

<sup>143</sup> „Hier bewährt sich nun, dass das Recht ein System ist, welches die Fähigkeit hat, sich aus sich selbst heraus zu vervollständigen“ (*Dernbuch*: Pandekten I. 84.)

der für gewisse Verhältnisse erzeugten Rechtsnormen auf die der Ähnlichkeit der Grundlage zufolge verwandten Verhältnisse.<sup>144</sup>

#### IV.

1. Der Aufbau des allgemeinen Teiles des sog. Pandektensystems wird endgültig durch die dogmatische Richtung festgesetzt. *Arndts* schreitet zwar noch, *Puchtas* Spur verfolgend, im Aufbau des allgemeinen Teiles fort, den Besitz aber nimmt er schon davon heraus und behandelt ihm im Teil über die Sachenrechte, eingefügt in die Rahmen des Rechtsinstituts des Eigentums. *Windscheid* verteilt den ganzen allgemeinen Teil in zwei Hälften: 1. „Von dem Rechte überhaupt“, d. h. über die Lehre des objektiven Rechts, in deren Rahmen das Gesetz und das Gewohnheitsrecht, die Auslegung und Anwendung des Rechts behandelt wird und 2. „Von den Rechten überhaupt“, d. h. über die Lehre des subjektiven Rechts, in deren Rahmen die Klage und der Anspruch, die Rechtssubjekte, die Rechtsentstehung, Rechtsänderung, das Rechtsaufhören, sowie die Übung und der Schutz der Rechte erörtert wird. Das Sachenrecht bei *Windscheid* beginnt mit dem Begriffe, der Sortierung der Dinge und mit dem Besitzlehre. In *Dernburgs* Pandekten erscheint der allgemeine Teil schon als ein selbständiges Buch (Erstes Buch. Allgemeine Lehre). Der Ausgangspunkt des allgemeinen Teiles ist das Recht in objektivem und subjektivem Sinne, dann wird der Inhalt dieses Teiles durch das Rechtssubjekt, das Rechtsobjekt (die Dinge), den Rechtserwerb und Rechtsverlust und durch den Rechtsschutz gebildet. Im einleitenden Abschnitt der Sachenrechte wird die Besitzlehre behandelt.

2. In der Auseinandersetzung des Begriffes des subjektiven Rechts gehen all diese hervorragendsten Vertreter der dogmatischen Richtung von der auf der „Willensautonomie“ von *Savigny* beruhenden Konzeption aus und definieren das objektive Recht damit verbunden. *Arndts* sieht „Willensherrschaft“ im subjektiven Recht, die durch das objektive Recht begründet sei.<sup>145</sup> *Windscheid* sieht eine „von der Rechtsordnung ... verliehene Willensmacht“ im subjektiven Recht verwirklicht,<sup>146</sup> während sie *Dernburg* nach, eine durch die Rechtsordnung gesicherte Berechtigung sei.<sup>147</sup> Diese Definition verdunkelt schon die *Savignysche* Willenskonzeption. An dieser Tatsache ändert auch das nichts, dass *Dernburg* den Willen selbst in die Definition des objektiven Rechts einbezieht, als er feststellt, dass das im objektiven Sinn genommene Recht der allgemeine Wille sei. Es handelt sich hier nämlich nicht mehr um der *Savignyschen* individuellen, sondern um den kollektiven, d. h. objektivierten Willen.<sup>148</sup> Gegenüber der das objektive Recht am präzisesten ausdrückenden *Dernburgschen* „Berechtigung“ nehmen die beiden anderen Verfasser als notwendig an, auch das Objekt, der „Willensherrschaft“, „Willensmacht“ zu erörtern. *Arndts*

<sup>144</sup> *Dernburg*: Pandekten I. 84.

<sup>145</sup> „Ein Recht (im subjektiven Sinn) ist eine durch das Recht (im objektiven Sinn) begründete Herrschaft des Willens einer Person in Ansehung eines Gegenstandes“ (*Arndts* a. a. O. 19).

<sup>146</sup> „Recht ... ist eine von der Rechtsordnung ... verliehene Willensmacht oder Willensvorschrift concreten Inhalts“ (*Windscheid*: Lehrbuch.<sup>4</sup> I. 91).

<sup>147</sup> *Dernburg*: Pandekten. I. 43.

<sup>148</sup> *Dernburg*: Pandekten. I. 42.

Meinung nach realisiere sich diese Willensherrschaft auf einem Ding oder einer Handlung, aber auch an Familien- und Erbverhältnissen,<sup>149</sup> während *Windscheid* auf einem „konkreten Inhalt“ hinweist, worauf jene Macht sich verwirkliche.<sup>150</sup>

3. Nach Definieren des Begriffes des objektiven Rechts, solle *Windscheids* Meinung nach zunächst der Begriff des Rechtsverhältnisses definiert werden und es werden in Verbindung damit das Wesen des Rechtsverhältnisses, das Objekt des subjektiven Rechts, das Rechtsinstitut und schliesslich der Begriff des Anspruchs und der römischen *actio*.

Ein Rechtsverhältnis sei, nach ihm, „ein rechtlich bestimmtes Verhältnis“, das entweder nur durch das Recht erschaffen sei, wie z. B. das Eigentum, oder es sei eventuell ein blosses Lebensverhältnis, dem durch die Rechtsordnung eine gewisse Wirkung beigegeben werde, z. B. der Besitz.<sup>151</sup> *Windscheid* verwirft *Savignys* und *Puchtas* Meinung, dass das Rechtsverhältnis nur zwischen Person und Person zustandekommen könne. Seines Erachtens sei ein Teil der Rechtsverhältnisse zweifellos solcher, aber z. B. im Fall des Eigentums bestehe das Rechtsverhältnis zwischen Person und Ding.<sup>152</sup> In der Frage, ob das System des Privatrechts das System von Rechten oder Rechtsverhältnissen sei, stellt er sich auf einen Vermittlungsstandpunkt zwischen dem aus dem Rechtsverhältnis ausgehenden *Savigny* und dem aus dem Recht ausgehenden *Puchta*, insoweit er feststellt, dass die Aufgabe jedes Privatrechts sei, zweierlei Rechtsverhältnisse zu regeln: Vermögensverhältnis und Familienverhältnis. Demgemäß sei die Funktion des (objektiven) Rechts die Organisierung der Rechtsverhältnisse.<sup>153</sup> Ein weiterer Zusammenhang zwischen dem (objektiven) Recht und dem Rechtsverhältnis werde dadurch herbeigeführt, dass das Rechtsverhältnis die Grundlage des Rechtsinstituts sei, insoweit unter Rechtsinstitut die Gesamtheit der sich auf ein Rechtsinstitut beziehenden Rechtsregeln zu verstehen ist.<sup>154</sup> Dann kommt er auf das subjektive Recht, näher auf dessen Objekt und stellt fest, dass das Objekt des subjektiven Rechts immer der Wille der Person des Berechtigten gegenüberstehenden Personen sei,<sup>155</sup> doch bildet dieser Wille das Objekt des Rechtsverhältnisses auch unmittelbar, wie bei den Obligationenverhältnissen oder mittelbar, wie bei den Sachverhältnissen wo das direkte Objekt ein Ding ist.<sup>156</sup> Man möge über das mittelbare und unmittelbare Objekt des subjektiven Rechts sprechen, wo das subjektive Recht sich an einer Sache realisiere. *Windscheid* ist er, der in seinem in 1856 erschienen, schon angeführten Werk,<sup>157</sup> sowie in einen Pandekten als Erster den Begriff des Anspruchs genau darzulegen sucht. Die „persönliche Schärfe“ der Rechte, dass sie gegen jemanden „gerichtet“ sind, wird von *Windscheid* „Anspruch“ genannt. Der Anspruch sei nichts anderes, als „das Recht zum

<sup>149</sup> *Arndts* a. a. O. 19—20.

<sup>150</sup> *Windscheid*: Lehrbuch.<sup>4</sup> I. 91.

<sup>151</sup> „Dem Begriffe des Rechts gegenüber ist noch der Begriff des Rechtsverhältnisses zu bestimmen. Ein Rechtsverhältniss ist ein rechtlich bestimmtes Verhältniss“ (*Windscheid*: Lehrbuch.<sup>4</sup> I. 92.)

<sup>152</sup> *Windscheid*: Lehrbuch.<sup>4</sup> I. 93.

<sup>153</sup> *Windscheid*: Lehrbuch.<sup>4</sup> I. 36.

<sup>154</sup> *Windscheid*: Lehrbuch.<sup>4</sup> I. 93.

<sup>155</sup> *Windscheid*: Lehrbuch.<sup>4</sup> I. 93.

<sup>156</sup> *Windscheid*: Lehrbuch.<sup>4</sup> I. 93.

<sup>157</sup> Vgl. Teil II. Fussnote 124.

Ansprechen, das Recht von einem Anderen etwas zu verlangen".<sup>158</sup> Der Anspruch könne persönlich und dinglich sein, während aber der Vorige dem Wesen nach mit dem Recht identisch sei, bedeute der Letztere mehr, und zwar die Herrschaft auf einer Sache. *Windscheid* geht übrigens ziemlich fern in dem Definieren des Begriffs des Anspruchs, denn in Verbindung mit den dinglichen Ansprüchen weist er darauf hin, dass der Anspruch schon selbst vor der Verletzung des Sachenrechts existiere. Der Eigentümer hat nämlich einen „Anspruch“ darauf, dass seine Sache durch niemand gestört werde.<sup>159</sup> Für den Begriff des Anspruchs, wie *Windscheid* sagt, haben die Römer keinen Fachausdruck geschaffen, es sei aber durch das Wort, „*actio*“ dem Wesen nach ersetzt.<sup>160</sup> Im Verbindung mit dem Anspruch erklärt *Windscheid* auch den Begriff der *exceptio*. Abweichend von dem auf *Savigny* zurückführbaren Standpunkt, dass die *exceptio* immer ein gewisses „Gegenrecht“, ein „der Klage entgegenstehendes selbständiges Recht“ bedeute, weist er darauf hin, dass die Einwendung entweder auf ein Gegenrecht (z. B. die Einwendung des Niessbrauchsrechts) oder auch auf eine Tatsache (z. B. *exceptio rei iudicatae*) gegründet werden könne, die kein Gegenrecht bedeute. Seiner Ansicht nach seien zwei Arten der Einwendung: prozessuale und tatsächliche Einreden. Auch die letztere erscheine natürlich in der Form der Vorigen, aber die Letztere bedeute unbedingt ein Gegenrecht, die Vorige aber nicht.<sup>164</sup> — Was *Dernburgs* Ansichten dieser Richtung betrifft, bei ihm kommt schon als eine Hauptthese vor, was bei *Windscheid* nur noch in der Fussnote enthalten war, nämlich dass unter Rechtsverhältnis eine rechtlich begründete Verbindung einer Person mit einer anderen Person oder einer Person mit einer Sache verstanden sei.<sup>162</sup> Der Anspruch stamme seiner Meinung nach aus dem subjektiven Recht und er sei die Berechtigung einer Person gegenüber einer Anderen eine gewisse Dienstleistung erfordern zu können. *Dernburg* unterscheidet nicht zwischen personellen und dinglichen Ansprüchen und wünscht offenbar die Frage zu vereinfachen.<sup>163</sup>

4. Die Auffassungen der Hauptvertreter der dogmatischen Richtung über die juristische Person sind ziemlich wechslungsreich, aber in denen lässt sich einheitlich eine gewisse Objektivisierungstendenz feststellen. *Arndts* ist noch der Anhänger der *Savigny—Puchtaschen* Fiktionstheorie.<sup>164</sup> Er sieht die juristische Person als ein Rechtssubjekt an, die aber keine natürliche Persönlichkeit habe, nur vermöge juristischer Fiktion bestehe, also als solches nur ein intellektuelles, kein natürliches Dasein habe.<sup>165</sup> *Dernburg* ist von der Verneinung der Richtigkeit der Fiktionstheorie ausgegangen und behandelt die juristische Person bis zu einem gewissen Grad als eine Realität. Seiner Ansicht nach, sei

<sup>158</sup> „Auch die dinglichen Rechte haben eine persönliche Richtung... das Recht zum Ansprechen, das Recht von einem Ander etwas zu verlangen, zu gebrauchen“ (*Windscheid*: Lehrbuch.<sup>4</sup> I. 101).

<sup>159</sup> *Windscheid*: Lehrbuch.<sup>4</sup> I. 101 ff.

<sup>160</sup> *Windscheid*: Lehrbuch.<sup>4</sup> I. 101—105. In Hinsicht der Frage des Anspruchs, bzw. dinglichen Anspruchs vgl. *ibid.*, 101—105.

<sup>161</sup> „Unhaltbar ist — sagt *Windscheid* (Lehrbuch.<sup>4</sup> I. 117. Fussnote 2) — die durch *Savigny* zu einer weit verbreiteten Anerkennung gelangte Ansicht, dass das Wesen der *exceptio* in der Geltendmachung einer der Klage entgegenstehenden selbständigen Rechts bestehe...“.

<sup>162</sup> *Dernburg*: Pandekten. I. 88—89.

<sup>163</sup> *Dernburg*: Pandekten. I. 87—88.

<sup>164</sup> *Arndts* a. a. O. 37.

<sup>165</sup> *Arndts* a. a. O. 37.

in der Realität die juristische Person nur eine vorgestellte, ausgedachte Person, aber keine juristische Fiktion und auf keine Weise etwas Nichtvorhandenes. Die juristische Person sei eine Realität, Wirklichkeit. Der Begriff der juristischen Person, z. B. der Begriff einer Gemeinde sei mit einem Gebiet und Menschen Verbunden, die miteinander in einem gewissen Verhältnis sind.<sup>166</sup> Während *Dernburg* im Begriff der juristischen Person eine gewisse Realität sich verkörpern sieht, schreibt *Windscheid* diesem — obwohl auch er diese als eine vorgestellte Person qualifiziert — kein reales Dasein zu, d. h. verneint die juristische Person als eine Realität, obwohl er anerkennt, dass sie als das Subjekt von Rechten und Verbindlichkeiten zu behandeln sei.<sup>167</sup> Diese Theorie ist eigentlich eine nicht ganz glückliche Legierung der Theorien der juristischen Fiktion und der Realität. *Dernburg* unterscheidet nämlich die „fingierte Person“ von der „vorstellten“ und stellt fest, dass die Vorige im Gegensatz zu der Letzten nicht existiere; *Windscheid* hält die juristische Person für nicht-existentierend, behandelt sie aber als eine vorgestellte Person — also als eine Wirklichkeit. Ein weiterer Widerspruch in der *Windscheidschen* Theorie ist, dass er, der im subjektiven Rechte eine gewisse „Willensmacht“ sieht,<sup>168</sup> erachtet die als ein Rechtssubjekt behandelte juristische Person für etwas Nicht-existentierendes, also für eine Konstruktion, die keinen Willen hat. Dieser Widerspruch wird von *Windscheid* so überbrückt, dass bei den Stiftungen der Gründerswille, bei Körperschaften der in der Entscheidung manifestierte Wille der Körperschaftsmitglieder den „Willen“ der Stiftung, bzw. der Körperschaft, die etwas „Nichtexistierendes“ sind ersetze.<sup>169</sup>

Während diese drei Theorien dem Wesen nach die neuere Darlegung oder Variierung der auf dem römischen Recht (D. 50. 1. 25), der justinianischen Fiktion beruhenden und von *Savigny* entwickelten Fiktionstheorie bedeuten, ist die Theorie von *Brinz* über das Wesen der juristischen Person völlig neuartig, insoweit sie im Vergleich zu den Theorien der juristischen Fiktion, bzw. der auf diese gegründeten Theorien eine qualitative Änderung bedeutet. *Brinzens* Ansicht nach gebe es zweierlei Vermögen, und zwar ein solches das einer Person — verstehend darunter hier die natürliche Person — (Personenvermögen) und ein solches, das einem Zweck gehört (Zweckvermögen).<sup>170</sup> Das Zweckvermögen habe kein Subjekt nur seinen Zweck; es solle hier also von subjektlosen Rechten gesprochen werden.<sup>171</sup>

<sup>166</sup> *Dernburg* weist darauf hin, dass „Vorstellung und Fiction ... nicht identisch (sind). Denn die Fiction denkt etwas einem Thatbestand hinzu oder von ihm hinweg, was nicht ist; sie tritt in Widerspruch mit der Realität der Dinge. Die Vorstellung der juristischen Person unterstellt dagegen das wirkliche, einem ihm entsprechenden Begriff ... Die Idee entsprich der Realität der Dinge. Sie ist kein Erzeugniss der Phantasie, wie man vermeint hat, sondern des Verstandes; sie hat Allgemeingültigkeit“ (*Dernburg*: Pandekten. I. 135—136).

<sup>167</sup> „Eine juristische Person ist eine nicht wirklich existierende, nur vorgestellte Person, welche als Subject von Rechten und Verbindlichkeiten behandelt wird“ (*Windscheid*: Lehrbuch.<sup>4</sup> I. 146).

<sup>168</sup> *Windscheid*: Lehrbuch.<sup>4</sup> I. 91.

<sup>169</sup> *Windscheid*: Lehrbuch.<sup>4</sup> I. 155. Vgl. in dieser Hinsicht mit Gy. Moór: A jogi személyek elmélete. (Theorie der juristischen Personen). Budapest, 1931. 223.

<sup>170</sup> *Brinz*: Lehrbuch der Pandekten.<sup>2</sup> Erlangen, 1873—1892.

<sup>171</sup> „Allein in den Begriff des Zweckvermögens ... gehört, dass es kein Subjekt hat, dass es in dem Zwecke wofür es gehört, ein Objekt hat“ (*Brinz*: Pandekten.<sup>2</sup> III. 456.) *Moórs* Meinung nach sei auch die *Windscheidsche* Theorie in die Kategorie „Theorie der subjektlosen Rechte“ einzureihen. Wir denken aber, dass in

Die Kriterien der juristischen Person werden hauptsächlich von *Dernburg* spezifiziert, und zwar aufgrund justinianischer Quellen, als er feststellt, dass die Korporation: a) unabhängig von ihren Mitgliedern sei (D. 5. 1. 76), b) dass ihr Vermögen nicht den Mitgliedern gehöre (D. 1. 8. 1) und nur die Korporation legitimiert sei zu klagen und beklagt zu werden (D. 3. 4. 7. pr).<sup>172</sup> Diese Kriterien dienen natürlich der Bestätigung der Realitätstheorie von *Dernburg* aber bei der Ausbildung der rechtlichen Konstruktion der juristischen Person haben sie ohne Rücksicht auf die Thesen der das Wesen der juristischen Person erklärenden Theorien Anwendung gefunden.

5. Der Ausgangspunkt der Rechtsgeschäftslehre bei *Arndts* ist die Entstehung und der Untergang der Rechte. Er spricht in diesem Rahmen über den originalen und derivativen oder abgeleiteten Erwerb. Der Letztere wird Rechtsnachfolge genannt; diese kann Singular- und Universalsuccession sein.<sup>173</sup> Bei *Windscheid* und *Dernburg* ist der Ausgangspunkt die juristische Tatsache, ebenso wie bei *Puchta* und *Savigny*.<sup>174</sup> *Windscheid* unterscheidet drei Kategorien der juristischen Tatsachen: a) die Rechtsgeschäfte, b) die verbotenen Handlungen und c) den Zeitverlauf, während der Kategorisierung von *Dernburg* nach die juristischen Tatsachen a) Handlungen und b) andere Tatsachen sein mögen und die vorige Kategorie sich wiederholt in zwei Gruppen teile, nämlich: in aa) Rechtsgeschäfte und bb) Delikte.<sup>175</sup>

Bei der Definition des Rechtsgeschäfts gehen alle drei vom Begriff der „Willenserklärung“ aus dem Wesen des Rechtsgeschäfts aus, während aber *Arndts* darüber nur im allgemeinen spricht, ebenso wie *Puchta*, zeigt *Windscheid* darauf hin, dass das Rechtsgeschäft nur ein „Privatwillenserklärung“ sein möge, mit Rücksicht darauf, dass z. B. auch das richterliche Urteil eine Willensäußerung ist, die eine rechtliche Wirkung hervorruft und doch kein Rechtsgeschäft ist. Gewiss mit Rücksicht darauf ergänzt *Dernburg* die früheren Rechtsgeschäftsdefinitionen damit, dass das Wesen des Rechtsgeschäfts „die Willenserklärung einer Person“ sei.<sup>176</sup> Die Definitionen der drei Pandektisten unterscheiden sich auch darin, dass *Arndts* über eine auf eine „rechtliche Wirkung“ gerichtete, *Windscheid* — dies spezifizierend — über eine „auf die Entstehung, den Untergang oder die Veränderung von Rechten gerichtete“ Willenserklärung spricht, während *Dernburg* nicht eine das Zustandebringen subjektiver Rechte, sondern das der Rechtsverhältnisse bezweckende Willenserklärung behandelt und damit nicht die Ansicht *Puchtas* sondern die des *Sa-*

---

diesem Falle auch die Fiktionstheorie hier gehören würde, da auch hier kein wirkliches, sondern nur ein fiktives Rechtssubjekt existiert (*Moór* a. a. O. 233).

<sup>172</sup> *Dernburg*: Pandekten. I. 140—141.

<sup>173</sup> *Arndts* a. a. O. 53—54.

<sup>174</sup> *Windscheid*: „Die einzelnen Momente der Thatbestände, auf Grund deren sich die Entstehung, der Untergang und die Veränderung der Rechte vollzieht, sind die juristischen Thatsachen“ (Lehrbuch.<sup>4</sup> I. 170). *Dernburg* behandelt die Rechtstat-  
sache als einen Faktor der subjektiven Rechte, durch welchen Rechte entstehen, sich verändern und untergehen (Pandekten. I. 177).

<sup>175</sup> *Windscheid*: Lehrbuch.<sup>4</sup> I. 173 und *Dernburg*: Pandekten I. 177.

<sup>176</sup> *Arndts*' Meinung nach: „Rechtsgeschäfte sind Willenserklärungen, deren Zweck und Absicht wesentlich auf eine rechtliche Wirkung gerichtet ist“ (a. a. O. 60). — *Windscheid* nach: „Rechtsgeschäft ist die auf die Entstehung, den Untergang oder Veränderung von Rechten gerichtete Privatwillenserklärung“ (Lehrbuch.<sup>4</sup> I. 174). *Dernburg* nach: „Das Rechtsgeschäft ist die Willenserklärung einer Person, mittels deren sie ein Rechtsverhältniss für sich begründen oder aufheben will“ (Pandekten I. 20).



*vigny* bekräftigt. Noch weiter geht in dieser Frage *Brinz*, dessen Meinung nach selbst die obigen Definitionen nicht genug seien, um den Begriff des Rechtsgeschäfts genau zu definieren, denn den obigen gemäss möge auch ein Delikt Rechtsgeschäft sein, weil es vorkommen mag, dass jemand eben zu dem Zwecke ein Verbrechen begeht, um z. B. eingesperrt zu werden. Es handelt sich auf diese Weise auch hier um eine auf eine rechtliche Wirkung gerichtete Willenserklärung. In dieser Hinsicht ergänzt dann *Dernburg* die Konstruktion des Rechtsgeschäfts so, dass er dazu: a) den Willen der Parteien, b) dessen entsprechende Erklärung, c) die Handlungsfähigkeit der Parteien und d) die Einhaltung der Schranken der Rechtsordnung verlangt.<sup>177</sup>

Während die frühen und oben angeführten Pandektisten (*Dernburg* ausgenommen) im wesentlichen die Anhänger der „Willenstheorie“ sind (die Früheren unbedingt, die Späteren unsicherer), erschafft *Dernburg* die Brücke in der Richtung der objektiven Konstruktion der „Erklärungstheorie“. Seiner Ansicht nach entwickle sich im Geiste des Handelnden die Idee des Rechtsgeschäfts, die dann mit Hilfe der entsprechenden Willenserklärung realisiert werde. Die Willenserklärung solle bewusst und vorsätzlich sein. Es gebe zwei Arten des Willens: a) der Geschäftswille, die Absicht das in uns ausgebildete Geschäft zu verwirklichen und b) der Erklärungswille, vermöge dessen unser Wille seine Äusserung finde und damit sein Ziel erreiche.<sup>178</sup>

Die wichtigste Kategorisierung bei allen erwähnten Pandektisten ist das ein- und beiderseitige Rechtsgeschäft (= Vertrag), aber während die allgemeine Klagbarkeit des Letzteren von *Puchta* und hauptsächlich *Savigny* aus der *stipulatio* abgeleitet wird und dies sich auch bei *Arndts* noch erhebt, wird deren Behandlung von den anderen schon unterlassen.<sup>179</sup>

In Verbindung mit dem Rechtsgeschäftswillen kommt auch bei den Dogmatikern die Problematik des Irrtums (*error*) vor und dem Wesen nach sind sie, die die moderne Lehre über den Irrtum ausbilden. *Arndts* wiederholt *Puchtas* Feststellung, wonach der Ausdruck „*nulla enim voluntas errantis est*“ (D. 39. 3. 20) nicht bedeute, dass es hier keinen Willen gäbe, da der Irrtum die Willensübereinstimmung nicht notwendigerweise ausschliesse, so wie z. B. im Falle einer in Bewusstlosigkeit abgegebenen Äusserung.<sup>180</sup> *Windscheid* entwickelt die Lehre des Irrtums weiter und stellt fest, dass die Ursache der Ungültigkeit des Vertrages nicht der Irrtum sei, sondern dass die Willenserklärung dem wirklichen Willen nicht entspreche. Der Irrtum sei nur die Grundlage, demzufolge ein in Wirklichkeit nicht gewollter Umstand für einen „gewollten“ erklärt wurde.<sup>181</sup> Hinsichtlich des Irrtums, und zwar des wesentlichen Irrtums, nimmt er keinen eindeutigen Standpunkt ein, der Richtung ob er ein Nichtigkeits- oder Anfechtungsgrund sei. Entgegen der Ansicht von *Puchta* und *Arndts*, neigt er eher der Nichtigkeit zu, aufgrund der angeführ-

<sup>177</sup> *Brinz*: Lehrbuch der Pandekten II. Erlangen, 1871, § 312, S. 1388. — *Dernburg*: Pandekten I. 210.

<sup>178</sup> „Hiernach — sagt *Dernburg* (Pandekten I. 219) — unterscheidet man den Geschäftswillen und den Erklärungswillen, vermöge dessen jener Wille seine Äusserung findet und damit sein Ziel erreicht“. Vgl. noch *ibid.* 218.

<sup>179</sup> Die Frage behandelnd, ob auch eine Vereinbarung „Vertrag“ sein könne, die dem Begriff des *contractus* nicht entspricht, weist *Arndts* auf D. 2. 14. 1. 2 und 50. 12. 3. pr. hin und leitet von diesen ab, dass die Übersetzung der Ausdrücke „*pactum, conventio, pactio*“ nicht „unrömisch“ sei. Vgl. *Arndts* a. a. O. 60.

<sup>180</sup> *Arndts* a. a. O. 58.

<sup>181</sup> *Windscheid*: Lehrbuch<sup>4</sup> I. 199.

ten justinianischen Quellenstelle. Er weist aber darauf hin, dass die Nichtigkeit in weiterem und engerem Sinne ausgelegt werden könne. In engerem Sinne werden nur das an einem schweren Formfehler leidende Rechtsgeschäft, das Geschäft des Handlungsfähigen, sowie das gesetzwidrige Rechtsgeschäft als nichtig qualifiziert, der wesentliche Irrtum aber fällt nicht unter diese Beurteilung. Weiterhin bemerkt er, dass die des nichtigen Rechtsgeschäfts bezüglichen Ausdrücke der römischen Rechts: „*negotium nullum, negotium nullius momenti*“ bei weitem nicht so strenge Terminologie bedeuten, als in Pandektenrecht, wo Nichtigkeit und Anfechtbarkeit gegeneinander scharf abgegrenzte Begriffe sind.<sup>182</sup> *Dernburg* führt die Begriffe der Nichtigkeit und Anfechtbarkeit auf römische geschichtliche Grundlagen zurück und zeigt darauf hin, dass in der späteren Terminologie die zivilrechtlich ungültigen Rechtsgeschäfte als nichtig qualifiziert werden, während die Geschäfte, von denen die Möglichkeit der Geltendmachung in der *iusdictio* des Prätors entzogen wurde, die Qualifikation der Anfechtbarkeit erhalten. In Verbindung mit dem Irrtum weist er darauf hin, dass der Geschäftsirrtum die Nichtigkeit des Geschäfts herbeiführen möge, obwohl die Nichtigkeit nicht im Irrtum besteht, sondern im Mangel am Geschäftswillen (vgl. *Windscheid*). Der Geschäftsirrtum ist wesentlich, wenn er die Nichtigkeit des Geschäfts hervorruft.<sup>183</sup> Der wesentliche Irrtum soll a) entschuldbar, b) dinglicher Natur, c) des Geschäfts bezüglicher und d) bedeutend sein. Wesentlich sei der Irrtum natürlich nur wenn es sich auf die Natur des Rechtsgeschäfts, auf die Identität der Parteien oder das Objekt des Geschäfts bezieht.<sup>184</sup>

*Dernburg* ist der Meinung betreffs des Rechtsgeschäftsvertretung, dass hier der Vertretene und der Vertreter gleicherweise handeln, aber das Mass ihrer Handlung davon abhängt ob der Vertreter vom Vertretenen ein Vollmacht bekam oder nicht. Er verteilt auch die Vollmacht in General- und Spezialvollmächte.<sup>185</sup> Diese Anschauung, die der fiktiven Zessionstheorie von *Puchta* gegenüber die Rolle des Vertreters mehr betont, bedeutet eine neue Farbe in der Pandektistik und ihre Wirkung lässt sich auch später fühlen.

6. Hinsichtlich der von *Savigny* bearbeiteten und von *Puchta* modifizierten Besitzlehre kann festgestellt werden, dass obwohl von der dogmatischen Richtung im Grunde genommen *Savignys* Besitzlehre angenommen wird, gegen deren Richtigkeit in einigen Einzelheiten dennoch gewisse Bedenken bestehen. Es wurde schon von *Arndts* darauf hingewiesen, dass „*animus domini*“ ein in den Quellen nicht befindlicher Fachausdruck sei. In der Paraphrase von *Theophilus* komme nämlich der griechische Ausdruck „*psyche despodzontos*“ vor, dieser aber sei mit dem Ausdruck „*animus dominantis*“ zu übersetzen, was aber keinen „Eigentümerswillen“ (*animus domini*) bedeute. Er erweckt also Zweifel schon in Hinsicht des Grundsatzes von *Savigny*. Aber auch nimmt er in Fällen des Pfandgläubigers, des Sequesters und des Präkaristen den Begriff des abge-

<sup>182</sup> *Windscheid*: Lehrbuch<sup>4</sup> I. 217, Fussnote 2. — *Jörgensens* (Vertrag und Recht, 152) Meinung nach stehe *Windscheid* hinsichtlich der Beurteilung des Irrtums der steifen Meinung von *Grotius* näher als der von *Savigny* (vgl. Teil II. Note 88).

<sup>183</sup> *Dernburg*: Pandekten I. 275. Hier weist *Dernburg* darauf hin, dass nach *Savigny* der Irrtum wirklich oder nicht-wirklich sein möge (System III. 264., 444); aber diese Unterscheidung sei nicht zweckmässig, denn auch der Geschäftsirrtum könne wirklich und wesentlich sein.

<sup>184</sup> *Dernburg*: Pandekten I. 231—232.

<sup>185</sup> *Dernburg*: Pandekten I. 271—274.

leiteten Besitzes an.<sup>186</sup> *Windscheid* nahm *Savignys* Lehre auch trotz den *Arndts*'-schen Bedenken hinsichtlich des „abgeleiteten Besitzes“ an, aber er nimmt wie früher auch *Puchta* getan hatte — den Standpunkt ein, dass der rechtspolitische Grund des Besitzschutzes nicht die Notwendigkeit der Vergeltung der Besitzverletzung als eines Delikts sei, sondern der Umstand, dass der Wille eines Nicht-Besitzers sich in gewissen Beziehungen selbst dem Willen des Besitzers gegenüber durchsetze.<sup>187</sup> Er sieht aber den Besitz ebenso, wie *Savigny*, als ein *factum* und nicht als ein Recht an.<sup>188</sup> Unter den Anhänger der dogmatischen Richtung ist *Dernburg*, der mit dem Wesen der Besitzlehre vom *Savigny* der determinierenden Rolle des *animus domini* in Konflikt gerät und feststellt, dass die *causa* des Besitzens in der Frage des Besitzes oder der Detention determinierend sei. Trotz alledem vermag er sich von der von *Savigny* betönten Bedeutung des Willens nicht loszumachen.<sup>189</sup> Zur selben Zeit stellt er fest, dass der sog. rechtliche Besitz und der Eigentumsbesitz keine identische Begriffe seien, dass der „abgeleitete Besitz“ eine erfundene Kategorie sei, und zwar weil den Quellen nach der *animus domini* nicht als ein entscheidendes Kriterium hinsichtlich des rechtlichen Besitzes und des Gewahrsams qualifiziert werde.<sup>190</sup>

7. Während die frühe Pandektistik im Rahmen der Sachenrechte das Eigentumsrecht, das grundlegende, zentrale, höchste dingliche Recht den beschränkten dinglichen Rechten (Dienstbarkeit, Erbpacht, Überbaurecht und Pfandrecht) nicht scharf gegenüberstellte, hat die hervorragende Gestalt der dogmatischen Richtung, *Windscheid* diese Anschauung des Eigentums erschaffen. Er weist darauf hin, dass die beschränkten dinglichen Rechte keine aus dem Eigentum ausgeschiedenen und damit quasi ein selbständiges Dasein erhaltenen Berechtigungen, keine selbständigen dinglichen Rechte seien. Seiner Ansicht nach — der später auch seine Anhänger folgten — bedeuten die beschränkten dinglichen Rechte keine aus dem Eigentum ausscheidenden, selbständigen Teilchen, sondern auf dem Eigentum aussenher lastende, die Übung einiger im Eigentum enthaltenen Befugnisse verhindernde Berechtigungen, deren Untergang (z. B. die Vereinigung des dienenden Grundstücks mit dem herrschenden Grundstück in einer einzigen Hand) nicht die Zunahme des Rechtes des Eigentümers bedeute, sondern nur dass das auf seinem Eigentum lastende Recht (z. B. die Dienstbarkeit des Fussessteiges) aufgehoben und damit die Belastung seines Eigentumsrecht in dieser Richtung liquidiert wurde. Mit dieser Konzeption erschuf *Windscheid* im wesentlichen die Grundlage der Lehre über die „Elastizität des Eigentumsrechts“.<sup>191</sup>

<sup>186</sup> *Arndts* a. a. O. 175—176. Fussnote 1.

<sup>187</sup> *Windscheid*: Lehrbuch<sup>4</sup> I. 480—481.

<sup>188</sup> *Windscheid*: Lehrbuch<sup>4</sup> I. 437.

<sup>189</sup> *Dernburg*: Pandekten I. 406.

<sup>190</sup> *Dernburg*: Pandekten I. 393—394.

<sup>191</sup> *Puchta* (Pandekten,<sup>9</sup> 264 ff) behandelt zuerst die *superficies* und *emphyteusis*, dann die Dienstbarkeiten und zum Schluss das Pfandrecht als selbständige dingliche Rechte, die sich aus dem Eigentumsrecht verselbständigten. *Windscheid* weist darauf hin (Lehrbuch<sup>4</sup> I. 633), dass „die Dienstbarkeiten auf dem Principe beruhen, dass das Eigentumsrecht ihnen gegenüber immer die Hauptsache ist, sie dem Eigentumsrechte untergeordnet blieben“. Er kritisiert scharf die Auffassung, gemäss welcher die Dienstbarkeiten „Eigentumsbestandtheile“, „Eigentumselemente“ seien, die sich daraus verselbständigten. „So wenig — sagt er (Lehrbuch<sup>4</sup> I. 634. Note 3) — wie die Dienstbarkeiten nach ihrer Begründung Eigentumsbestandtheile sind, so wenig sind sie aus Eigentumsbestandtheilen gebildet“. Ausserdem verwirft er

8. Die Haftungslehre wurde von der frühen Pandektistik nicht so bearbeitet als von der späteren Wissenschaft des heutigen römischen Rechts. Sie begnügen sich mit der Feststellung, dass im frühen Abschnitt der Entwicklung des römischen Rechts die objektive Verantwortung die herrschende war, dann die subjektive Verantwortung sich mehr und mehr entwickelte und im justinianischen Recht schon diese Verantwortung herrsche. Demgemäss standen auch sie selber, der individuellen liberalkapitalistischen Anschauung völlig entsprechend, „unter dem Zauber der Alleinherrschaft der subjektiven Verantwortung“.<sup>192</sup> Dies hat selbst zwei Ursachen, und zwar einerseits, dass das justinianische römische Recht, das zur Grundlage der Pandektistik dient, bildete eine dem Wesen nach reine Schuldhaftungskonzeption, andererseits dass der individuellen Willensanschauung des Liberalkapitalismus notwendigerweise dieser Konzeption entsprach.

Die eingehende Formulierung dieses subjektiven Verantwortungssystems erscheint im wesentlichen erst bei *Windscheid*. Seiner Ansicht nach könne sich nur die Frage vom Gesichtspunkt der Haftung aus erheben, ob der Schuldner im Falle der Unmöglichkeit der Erfüllung nur für seine absichtliche Haltung verantwortlich gemacht werden könne oder auch für seine Fahrlässigkeit. Reine Schuldhaftung! Er weist darauf hin, dass a) für seine absichtliche Haltung der Schuldner jeder Forderung notwendigerweise und unbedingt hafte; b) ebenso hafte, wenn auf ihm eine grobe Fahrlässigkeit (*culpa lata*) lastet; c) der Schuldner hafte auch für die gewöhnliche Nachlässigkeit, d. h. für die Vernachlässigung der Sorgfalt eines ordentlichen Menschen, ja sogar streife seine Haltung die Grenzen der Absicht, wenn er in seiner eigenen Geschäftsführung im allgemeinen eine grössere Sorgfalt walten lässt. Die Beweislast belastet übrigens den Schuldner, der sich auf die Unmöglichkeit der Leistung beruft. Der Richter soll entscheiden, ob der Schuldner für eine Art der Schuld hafte, die zu seiner Verurteilung erforderlich ist.<sup>193</sup>

9. Zuletzt wurde die *Puchtasche*, auf die vermögensrechtliche Unsterblichkeit des Individuums gründete Erbrechtstheorie, als eine Übertreibung der individuellen Anschauung des aufkommenden Bürgertums, schon selbst bei den das Lebenswerk von *Savigny* und *Puchta* weiterführenden Dogmatikern stark zweifelhaft. *Arndts* ist zwar noch ein Anhänger der *Puchtaschen* Kon-

---

ausdrücklich die Qualifizierung der Dienstbarkeit als eine „Eigentumsbeschränkung“. „Sie ist einfach ein Recht des Nichteigentümer“ (Lehrbuch<sup>4</sup> *ibidem*). Vgl. auch *Nizsalovszky*: Korlátolt dologi jogok (Beschränkte dingliche Rechte). *Szladits* — Magánjog (Privatrecht) V. Dologi jog (Sachenrecht). Budapest, 1942. 322.

<sup>192</sup> *Mádl* betont, dass: „im zweiten und dritten Drittel des vorigen Jahrhunderts... standen die Romanisten und Zivilisten einerseits unter dem Zauber der Alleinherrschaft der subjektiven Verantwortung und verteidigten diese als eine Reliquie... andererseits waren aber sie sich dessen klar bewusst, dass das römische Recht in der früheren Periode seiner Entwicklung aufgrund der sog. objektiven Verantwortung stand“ (Az objektív felelősség történetéhez“ [Zur Geschichte der objektiven Verantwortlichkeit]. In: Az Állam- és Jogtudományi Intézet Ért. 2 [1952] 103).

<sup>193</sup> *Windscheid*: Lehrbuch<sup>4</sup> II. Düsseldorf, 1875. 58—61. 1. „Wegen Arglist haftet der Schuldner — sagt er (Lehrbuch<sup>4</sup> II. 61) — bei allen Forderungsrechten. Der Gegenthail kann nicht einmal ausgemacht werden. 2. Ebenso haftet der Schuldner bei allen Forderungsrechten wegen grober Nachlässigkeit... dass sie in die Arglist überschlägt. 3. Auch die gewöhnliche Nachlässigkeit, d. h. ein Benehmen, welches unterhalb des Masses der Sorgfalt bleibt, die ein ordentlicher Mann aufzuwenden pflegt, schlägt in die Arglist dann über, wenn der Schuldner in eigenen Angelegenheiten sorgfältiger zu sein pflegt.“

zeption, als er darauf hinweist, dass der Nachlass die vermögensrechtliche Persönlichkeit des Verstorbenen aufnehme, aber schon zu Anfang der fünfziger Jahre hatte der junge *Windscheid* schwere Bedenken in der Frage, ob diese Theorie sich von der Realität nicht allzusehr losgetrennt habe. Diese Zweifel *Windscheids* haben die von *Puchtas* Autoritätskult stark beeinflusste juristische öffentliche Meinung schlechterdings schockiert. So ist dieser, als ein realer Verwahrer der *Savigny*—*Puchtas*chen Pandektistik verzeichneter junger Privatdozent mit diesen Bedenken in den Mittelpunkt schwerer Angriffe. Aber *Brinz*, der schon am Ende der fünfziger Jahre *Windscheids* Partei ergriff, verwirft die Lehre dieser „juristischen Seelenwanderung“, was mit Rücksicht auf *Brinz*ens grosse Autorität eine ernste Resonanz findet. Dann formuliert *Windscheid* in der Mitte der sechziger Jahre schon die allgemein gewordene Kritik von *Puchtas* Theorie, als er auf das Folgende hinweist: „Die vermögensrechtliche Persönlichkeit des Erblassers als fortlebend denken, heisst: den Erblasser in vermögensrechtlicher Beziehung als fortlebend denken und warum soll er als fortlebend gedacht werden, da er doch in Wirklichkeit gestorben ist?“<sup>194</sup>

## V.

1. Die Entfaltung und Blüte der hauptsächlich durch *Arndts Windscheid*, *Brinz*, *Dernburg* gediegenen dogmatischen Richtung der Pandektistik<sup>195</sup> fallen auf die Zeit des Beginns (nach der 1848-er Revolution) und der (dem Jahr 1871 folgenden Periode), der Blüte des deutschen Monopolkapitalismus. In dieser Ära tritt das Individuum, die Person des einzelnen Bürgers mehr und mehr in den Hintergrund den Anforderungen der Verkehrssicherheit entgegen und ausserdem erscheint der zur politischen Einheit von Deutschland führende Weg nicht mehr so, wie eine progressive Richtung, sondern als ein Produkt des Imperialismus. All dies widerspiegelt sich scharf in den Charakteristika der dogmatischen Richtung, die von den sich dem Liberalkapitalismus anpassenden, jenem dienenden Charakteristika der sich entfaltenden Periode der Pandektistik in vielen Beziehungen abweichen.

Diese Eigentümlichkeiten zeigen sich in zwei Beziehungen:

a) in der stufenweisen Liquidierung der Kodifikationsfeindlichkeit, dann in deren ausdrücklicher Forderung und b) in der Objektivierung der Pandektenwissenschaft bis zu einem gewissen Grad — was natürlich bei weitem nicht bedeutet, dass die erwähnten hervorragenden Vertreter der dogmatischen Richtung von den Grundlagen der Pandektistik von *Savigny* und *Puchta* völlig abgewichen wären.

<sup>194</sup> *Arndts* formuliert seinen Standpunkt in dieser Hinsicht noch im Geiste von *Puchta* (Pandekten<sup>2</sup> 666). — *Windscheid* spricht zu Anfang der fünfziger Jahre schon davon, dass diese Erbrechtstheorie geeignet sei, den realen Halt zu verlieren. Zusammen mit dem Erblasser stirbt auch dessen Persönlichkeit — sagt er (Kritische Übersicht der deutschen Rechtswissenschaft und Gesetzgebung. München I. [1853] 182 ff). Dann betont *Brinz* die Unhaltbarkeit der „Seelenwanderungstheorie“ (Pandekten<sup>2</sup> I. S. 243. Note 20. und S. 444). Zum Schluss entscheidet *Windscheid* die Frage, wie im Text (Lehrbuch<sup>4</sup> III. 4. Note 7).

<sup>195</sup> Man geht natürlich nicht wortlos vorüber auch am Lebenswerk der zwei grossen Pfleger der Pandektenwissenschaft, *E. I. Bekker* (1827—1887) und *Regelsberger* (1827—1916), der letzten hervorragenden Gestalten dieser Richtung.

2. Die Idee der Kodifikation war schon von *Arndts* nicht fremd. *Windscheid* unterstützt diese selbst ideologisch damit, dass das Primat des Gewohnheitsrechts durch die sich entwickelnde Gesetzgebung notwendigerweise eingestellt werde, während *Dernburg* mit der Anforderung der Kodifizierung die organische Rechtsentstehungstheorie des *Savigny* schon völlig verwirft, mit der Betonung der Möglichkeit des durch den Eroberer auf das unterjochte Volk oktroyierten Rechts. Diese völlige Wendung in der Frage der Notwendigkeit der Kodifizierung entspricht einerseits den Ansprüchen der den Zwecken des Imperialismus dienenden deutschen Einheit, des Bismarckischen Reiches, andererseits denen der vom Monopolkapitalismus erfordernden Verkehrssicherheit und erschafft die rechtstheoretische Fundierung für das Zustandekommen des bürgerlichen Gesetzbuchs des einheitlichen deutschen Reiches. Und dass eben die dogmatische Richtung der Pandektistik darin eine grosse Rolle spielte, wird durch *Windscheids* Einladung in das erste Kodifikationskomitee des deutschen bürgerlichen Gesetzbuches und auch dadurch gezeigt, dass die Rechts einheit in Deutschland schon vor dem Inkrafttreten des BGB durch die dogmatische Richtung erschaffen wurde.

3. Ein gewisser, sich objektivierender Charakter der durch die Pandektistik herbeigeführten oder von den früheren Wurzeln wachsen gelassenen Kategorien manifestiert sich zunächst einmal im Überbau des allgemeinen Teiles des Pandektensystems. Während bei *Savigny* der Ausgangspunkt das Rechtsverhältnis, als ein zwischen Person und Person bestehendes Verhältnis, also eine subjektive Konzeption ist, geht schon *Puchta* von der Rechtsregel aus und dasselbe wird von *Arndts*, sowie von den anderen Vertretern der dogmatischen Richtung (*Windscheid*, *Dernburg*) getan.

Bei der Analyse der Doppelheit des subjektiven Rechts und des objektiven Rechts ist sowohl bei *Windscheid* als auch bei *Dernburg* das objektive Recht der Ausgangspunkt und dies zeigt schon in gewissem Grade die auf das Primat des objektiven Rechts hinweisende Anschauung im Verhältnis des subjektiven Rechts, was also ebenfalls einen Objektivierungsvorgang widerspiegelt. Und während *Arndts* und *Windscheid* noch eine Willensherrschaft, Willensmacht im subjektiven Recht sehen, fasst *Dernburg* das als eine „Berechtigung“ auf — was auf eine gewisse Objektivierung des Begriffs des subjektiven Rechts hinweisen scheint.

Während das Rechtsverhältnis sowohl von *Savigny* als auch von *Puchta* als ein interpersonales Rechtsverhältnis angesehen, also ausschliesslich subjektiv angeschaut wird, sieht *Windscheid*, diese Ansicht verwerfend, im Rechtsverhältnis nur in gewissen Fällen ein Verhältnis zwischen Person und Person und denkt in anderen Fällen, z. B. beim Eigentum ein Verhältnis zwischen Person und Sache entdecken. *Dernburg* aber sieht ganz ausgedrückt ein Verhältnis zwischen Person und Sache in einem solchen Fall. Beim Problem des Wesens der juristischen Person wollen sozusagen alle die erwähnten Vertreter der dogmatischen Richtung die Frage des „speziellen Rechtssubjekts“ lösen. Entweder mit Hilfe der Theorie der juristischen Fiktion, wonach obwohl in der Wirklichkeit die juristische Person als solche nicht existiere, dennoch der Fiktion der natürlichen Person zufolge existierend werde, oder stellen sie noch weiter gehend mit der Formulierung der Realitäts-Theorie fest, dass die juristische Person nicht einmal eine fiktive, sondern eine eingebildete Person sei und als solche doch existiere (da die fiktive und die eingebildete Personen keine identischen Begriffe sind). Demgegenüber sei die juristische Person, *Brinzens*

Erachtens, keineswegs eine Person, sondern ein Zweckvermögen. Das Zweckvermögen habe aber kein Subjekt, nur ein Objekt. Es handelt sich also hier um eine Gruppe subjektlosen Rechte.

Bei der Festsetzung der Konstruktion des Rechtsgeschäfts steht die ganze dogmatische Theorie aufgrund des „Willenstheorie“. Bei *Dernburg* bekommt aber auch schon die sog. Erklärungstheorie bis zu einem gewissen Ausmass eine Rolle, als er als die zweite der vier Voraussetzungen des Rechtsgeschäfts die Bedeutung der auf entsprechende Weise ausgeführten Willenserklärung betont.

Während hinsichtlich der Besitzlehre die dogmatische Richtung die determinierende Rolle von *Savignys* „*animus domini*“ entweder ohne irgendein Bedenken oder mit gewissen Bedenken im allgemeinen annimmt, ja sogar ihn weiter subjektiviert, mit der Betonung, dass die rechtspolitische Ursache des Besitzschutzes die Verletzung des Willens des Besitzers sei, stellt *Dernburg* — wenn er auch von der *Savignyschen* Konzeption des Eigentümerswillens nicht völlig frei werden kann — fest, dass die Grenze zwischen Besitz und Gewahrsam durch die *causa*, d. h. letzten Endes durch diejenige Rechtsregel entschieden werde, die die *causa* statuiert. Damit wird er der Anhänger einer objektiven — obwohl in mehreren Beziehungen inkonsequenten — Besitztheorie. Die Haftungslehre der Richtung lebt im Zauber der subjektiven Verantwortung und betrachtet die beschränkten dinglichen Rechte als auf dem Eigentum lastende und nicht selbständige Rechte.

Zum Schluss wird die metaphysische erbrechtliche Konzeption der älteren Pandektistik eben von den wahren Hütern des *Savigny—Puchtaschen* Richtung, den Dogmatikern verworfen, als sie die Lehre „Fortsetzung der Willenspotenz des Erblässers“ liquidieren.<sup>196</sup>

4. Die wissenschaftliche Methode der dogmatischen Richtung ist die von *Puchta* begründete und teilweise auch von *Savigny* angewendete Begriffsjurisprudenz, die die Rechtsnormen ausschliesslich vom System der Rechtswissenschaft, von den Begriffen und Lehrsätzen abgeleitet hat, ohne Rücksicht auf die gesellschaftlichen, religiösen und anderen Umstände.<sup>197</sup> Im Spiegel der Begriffsjurisprudenz sei das Rechtssystem solch ein geschlossenes System der Rechtsregeln und der aus denen aufgebauten Institute, das von der gesellschaftlichen Wirklichkeit und den durch die Institute und Rechtsregeln geordneten Lebensverhältnissen unabhängig ist. Es ist zwar nicht zweifelhaft, dass das Axiom der „geschlossenen logischen Einheit“ des Rechtssystems bei *Windscheid* und *Dernburg* bis zu einem gewissen Grade nachgelassen hat, aber auch sie stehen dem Wesen nach auf diesem prinzipiellen Grund. Auf diese Weise ist die Begriffsjurisprudenz, die einerseits mit der präzisen Definition der Begriffe, mit ihrer strengen Formallogik in der Rechtswissenschaft mit dem verworrenen Material des Usus modernus verglichen eine Ordnung geschaffen hatte, andererseits sich vom Boden der Wirklichkeit gewissermassen lostrennte, eine lange Zeit lang die Quelle sozusagen aller gegen die Pandektistik gerichteten und zweifellos begründeten Angriffe geworden.

Aus den Obigen gibt sich die höchste Unvollkommenheit der dogmatischen

<sup>196</sup> *Gusztáv Szász-Schwarz*: Új irányok a magánjogban (Neue Richtungen im Privatrecht). Budapest, 1911. 58.

<sup>197</sup> „Ethische, politische oder volkswirtschaftliche Erwägungen sind nicht Sache der Juristen, als Solchen“ — sagt *Windscheid* in 1884 (Die Aufgaben der Rechtswissenschaft. Gesammelte Reden und Abhandlungen. 1904. 1).

Richtung der Pandektistik und zwar; dass sei, obwohl sie mit der Erschaffung der Kodifikation und mit gewisser Objektivierung ihrer sich dem Individualismus des Liberalkapitalismus anpassenden und damit notwendigerweise den individuellen Willen in den Mittelpunkt legenden Kategorien gewissen Anforderungen des Imperialismus (der deutschen Rechtseinheit, der Verkehrssicherheit) Genüge leisten wollte, ausser acht liess, dass sich in Deutschland im Monopolkapitalismus schon eine starke Arbeiterklasse entwickelt hatte, deren soziale Probleme mit der Regelung mindestens so stark hätten berührt werden sollen, wie es in anderen monopolkapitalistischen Gesellschaften geschach.<sup>198</sup>

Diese Anklage den Vertretern der dogmatischen Richtung gegenüber ist dennoch kleinerer Bedeutung, denn ihre Rechtswissenschaft entstand auf dem Boden des Liberalkapitalismus und das Industrieproletariat ist in diesem Zeitalter nur noch in der Entwicklung begriffen gewesen. Es handelt sich daher höchstens darum, dass die Dogmatiker das Wort der Zeiten in dieser Beziehung nicht verstanden haben. Deshalb blieb ihre Pandektistik sozusagen steril von den sozialen Beziehungen.<sup>199</sup> Viel schwerer ist diese Anschuldigung den Kodifikatoren des BGB entgegen und dies fällt teilweise auf die dogmatischen Pandektisten, in erster Reihe den im ersten Kodifikationskomitee teilnehmenden *Windscheid* zurück, denn die i. J. 1881 begonnenen Vorbereitungsarbeiten der Kodifikation sind schon auf die Zeit des Monopolkapitalismus gefallen, als schon ein immer stärker werdendes Industrieproletariat vorhanden und der Sozialismus schon eine bedeutende Kraft war.<sup>200</sup> Das BGB scheint aber von dieser Tatsache keine Kenntnis zu nehmen, es ist deshalb notwendigerweise retrograden Charakters.

## B) Die interessenforschende Richtung der Pandektistik. *Jhering*

### I.

1. Die scharfe Kritik der dogmatischen Schule der Pandektistik, als der einzigen pandektistischen Richtung der fünfziger-sechziger Jahre, sowie die Ausbildung der neuen pandektistischen Richtung sind mit der Person von *Rudolf Jhering* (1818—1892) verbunden. *Jhering* konnte zwar die Alleinherrschaft der dogmatischen Richtung nicht umstürzen, das BGB ernährte sich ja dem Wesen nach davon, *Jherings* Beziehung zur Pandektistik ist aber grundlegend etwas anderes, anpassungsfähiger den Erfordernissen des Zeitalters und in mehreren Beziehungen fortschrittlich gewesen und seine Wirkung ausserhalb der Grenzen Deutschlands war stellenweise vielleicht noch bedeutender als die der dogmatischen Richtung, so dass die Namen von *Savigny* und *Jhering* in der Literatur von mehreren fremden Ländern als beinahe gleichwertig erscheinen.

2. *Jherings* erste Werke wurden im Geiste der älteren, durch *Savigny* und *Puchta* gediegenen historischen Schule, in den vierziger Jahren geschrieben. Sein erstes Werk war seine Doktorarbeit, unter dem Titel „De hereditate

<sup>198</sup> *Koschaker* a. a. O. 285.

<sup>199</sup> *Koschaker* a. a. O. 285.

<sup>200</sup> Es ist *A. Menger*, der die Kodifikatoren auf diesen Umstand gründlich aufmerksam macht (Das bürgerliche Gesetzbuch und die besitzlosen Volksklassen. 1890)



possidente" (1842); das Zweite war seine drei Studien enthaltenden „Abhandlungen aus dem römischen Recht" (1844).<sup>201</sup> In all diesen Werken hält sich *Jhering* streng an die von der *Savignyschen* Schule erforderten Quellenkritik, was auch daraus hervorgeht, dass *Puchta* mit den Aussprüchen dieser Werke von *Jhering* völlig einverstanden war.<sup>202</sup> Es erscheint aber bei *Jhering* schon in diesen Abhandlungen, der Geist des Zweifels darüber, ob die *Savignysche* historische Schule „alleinseligmachend" wäre.<sup>203</sup>

In den Jahren 1852—1865 erscheint in Leipzig sein erstes gewaltiges Werk: „Der Geist des römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung", dessen erste Bände die Richtung der alten historischen Schule bis zu einem gewissen Grade noch als Ideal ansehen und mit einer naturhistorischen Methode geschrieben wurden.<sup>204</sup> Sehr bedeutend ist aber dieses Werk von dem Standpunkt aus, dass *Jhering* erst hier den neuartigen Begriff des subjektiven Rechts und die Theorie der juristischen Person erschafft.<sup>205</sup>

Zwischen 1860 und 1866 erscheint sein Studienband „Vertrauliche Briefe über die heutige Jurisprudenz", in dem er gegen die früher, auch von ihm selber gefolgten „Konstruktionsjurisprudenz", d. h. die *Savigny—Puchtasche* Rechtswissenschaft zuerst entschlossen auftritt.<sup>206</sup>

In 1869 wird sein Werk „Über den Grund des Besitzschutzes" publiziert, in dem erst ein Angriff gegen die Existenzberechtigung und determinierende Rolle von *Savignys* „*animus domini*" stattfindet.<sup>207</sup>

In 1871 publiziert er eine neuere bedeutende Abhandlung mit dem Titel „Passive Wirkungen der Rechte. Ein Beitrag zur Theorie der Rechte", in der er für die Weiterentwicklung seiner Theorie über die juristische Person in seinem „Geist" in die Richtung der Zweckvermögenstheorie Schritte unternimmt und damit zu *Brinz* näher kommt.<sup>208</sup>

In 1872 erscheint seine Abhandlung „Der Kampf ums Rech", wo er feststellt, dass das Recht ein Mittel sei um Macht und Interesse durchzusetzen.

<sup>201</sup> Die erste Abhandlung beschäftigt sich mit dem Prinzip „*cuius est periculum, eius et commodum esse debet*", der Titel der Zweiten ist: „Die Consolidation der bonae fidei und der jura in re aliena durch die Analogie des Eigentums", während die Dritte die Frage der *hereditas jacens* behandelt (*H. Lange*: Die Wandlungen *Jherings* in seiner Auffassung vom Recht. Berlin—Grunewald, 1927. 8—14).

<sup>202</sup> *Lange* a. a. O., 14. — In Hinsicht des Ausgangs von *Jhering* von der historischen Schule aus vgl.: *M. Rümelin*: Rudolf von *Jhering*. Rede gehalten bei der akademischen Preisverteilung am 6. November 1922. Tübingen, 1922.

<sup>203</sup> *Lange* a. a. O. 9. — Ebenso erschienen in den vierziger Jahren (1847) seine Abhandlungen „Zivilrechtsfälle ohne Entscheidungen" und „Über bedingte Traditionen" (*Lange* a. a. O. 8—9). Über *Jherings* Verhältnis zur Germanistik wird eine anschauliche Auskunft vom *M. G. Losano* gegeben (*Carteggio Jhering—Gerber* [1849—1872]. Università degli Studi di Milano. Facoltà di Giurisprudenza. VIII. Milano, 1977).

<sup>204</sup> Vgl. *H. J. Hommes*: Rudolf von *Jherings* naturhistorische Methode. *Jherings* Erbe. Göttingen, 1970. 104. Seiner Meinung nach spreche *Jhering* im „Geist" noch darüber, dass die „juristische Konstruktion" die Ordnung des Materials sei aufgrund der „naturhistorischen Methode". Dass die ersten Teile des „Geist" sich noch an *Savigny* angeknüpft haben, wurde neuestens von *M. G. Losano* erörtert (Dichtung und Wahrheit in *Jherings* Konstruktionslehre. *Jherings* Erbe. Göttingen, 1970. 144 ff).

<sup>205</sup> *Jherings*: Geist.<sup>4</sup> Teil III. Abt. I. Leipzig, 1888. 339., 356.

<sup>206</sup> *Jhering*: Scherz und Ernst in der Jurisprudenz.<sup>11</sup> 1912. 4—117.

<sup>207</sup> Es erschien in seiner ersten Version unter dem Titel: „Beiträge zur Lehre vom Besitz" im Jahrbuch für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts IX 1 (Jena) in 1868.

<sup>208</sup> Jahrbuch für die Dogmatik, 10 (1871) 387—586.

Das Motto seines zwischen 1877—1884 publizierten zweibändigen Werkes „Der Zweck im Recht“ ist: „Der Zweck ist der Schöpfer des ganzen Rechts“. Ausserdem macht er in demselben Werk die Rechtswissenschaft auf die Gesichtspunkte der im Monopolkapitalismus so wichtigen „Verkehrssicherheit“ aufmerksam,<sup>209</sup> was in der *Jheringschen* Pandektistik einer der determinierenden Faktoren der sich der willenszentrischen Anschauung der dogmatischen Richtung gegenüber in der *Jheringschen* Pandektistik durchsetzenden Objektivierung ist.

Es erscheinen in 1880 *Jherings* ausserordentlich geistreiche, satirische Abhandlungen in Wien, unter dem Titel „Plaudereien eines Romanisten“;<sup>210</sup> in einer dieser Abhandlungen, dem „Reich und Arm im römischen Zivilprozess“ weist er darauf hin, wie vielseitig das Recht in Rom den Reichen dem Armen gegenüber verteidige und wie beinahe hoffnungslos die Lage des Letzteren im Zivilprozess gemacht habe.<sup>211</sup> Dieser Artikel ist ein unmissverständliches Zeichen dafür, dass *Jhering* die gesellschaftlichen Ungerechtigkeiten seines eigenen Zeitalters gewahrt, wenn auch in römischen Rahmen dargestellt hat.

Seine Abhandlung „Im Begriffshimmel“ wurde in 1884, in der Studiensammlung „Scherz und Ernst in der Jurisprudenz“ (Leipzig, 1884) publiziert. Die Abhandlung ist eine Satire der *Puchtaschen* Begriffsjurisprudenz und zugleich ein schonungsloser Angriff gegen die in der dogmatischen Richtung herrschende begriffanalysierende Methode.<sup>212</sup>

Zum Schluss ist sein letztes grosses Werk, in dem er *Savignys* Besitzlehre im wesentlichen umstürzt, sein in 1889 erschienenenes „Der Bestizwille“ in dem er seine auf *Savignys* Besitzlehre in seiner Abhandlung „Über den Grund des Besitzschutzes“ (Jena, 1869) nur tangential gemachte, aber in der Rechtswissenschaft für einen Markstein angesehene einige, des *animus domini* bezügliche Feststellungen in breiten Rahmen erörtert.<sup>213</sup>

## II.

1. *Jherings* allgemeine Rechtsentstehungstheorie weicht von der der *Savignyaner*, sowohl der der frühen als auch der der dogmatischen Richtungen in seinen Gründen ab. Bei seinem Ausgang verwirft er die Ansicht, die das Gewohnheitsrecht und das Gesetz im Grunde genommen auf ein identisches Niveau stellt, und das Primat entweder des Vorigen oder des Letzteren verkündet. Die „Gewohnheit“ könne nicht, seiner Ansicht nach, mit dem Wort „Recht“ verbunden, Gewohnheitsrecht genannt werden, ja sogar ist es am richtigsten das nicht einmal Recht zu nennen.<sup>214</sup> weil das nur eine Phase der Rechtserzeugung sei, in der das Recht nur seinem „Wesen“ nach und nicht in seinem formellen Wirklichkeit erscheine.<sup>215</sup> Der schwerste Fehler der Gewohnheit sei die Unbestimmtheit,<sup>216</sup> und diese führe zur Rechtsunsicherheit. Die im

<sup>209</sup> *Jhering*: Der Zweck im Recht I. Leipzig, 1877. 237. Vgl. mit der neuesten Bewertung des Werkes: *G. E. Langemeijer*: *Jherings* „Zweck im Recht“ im Lichte der seitherigen Wertlehren. *Jherings* Erbe. Göttingen, 1970. 127—134.

<sup>210</sup> Wiener Juristische Blätter XI (1880).

<sup>211</sup> *Jhering*: Scherz und Ernst in der Jurisprudenz.<sup>11</sup> Leipzig, 1912. 175 ff.

<sup>212</sup> *Jhering*: Scherz und Ernst.<sup>11</sup> Im juristischen Begriffshimmel, 245 ff.

<sup>213</sup> *Jhering*: Der Bestizwille. Jena, 1889.

<sup>214</sup> *Jhering*: Geist. II. 1880. 32.

<sup>215</sup> *W. Wilhelm*: *Jherings* Lehre vom abstrakten Privatrecht. Acta Jur. et Pol. Univ. Szeged, XVII (1970) 154—155.

Recht und in der Moral manifestierte Identität solle eher Sitte genannt und dem Begriff des Rechts gegenübergestellt werden.<sup>217</sup> „In demselben Masse — schreibt *Jhering* — in dem nun ein Volk das Bedürfnis nach Gerechtigkeit d. h. nach Gleichmässigkeit empfindet, wird es den Trieb in sich fühlen, sich von dem Zufall der bloss individuellen Gerechtigkeit unabhängig zu machen, die Gerechtigkeit immer mehr aus der Sphäre subjektiver Eingebung in das Recht selbst ... zu verlegen. Das Mittel dazu ist das Gesetz“ (Geist.<sup>4</sup> II. 1. 35). — „Nur diejenigen von der Gesellschaft aufgestellten Normen verdienen den Namen Recht, welche den Zwang... den Staatszwang hinter sich haben, womit implicite gesagt ist, dass nur die vom Staat mit dieser Wirkung versehenen Normen Rechtsnormen sind, oder dass der Staat die alleinige Quelle des Rechts ist.“<sup>218</sup>

Es erscheinen aus dieser Beweisführung von *Jhering* zwei Dinge klar: einerseits dass er mit der „Volksgeisttheorie“ in Konflikt geraten ist, andererseits dass seine Bestrebung auf die Objektivität gerichtet war, die das unsichere und so den Erfordernissen der Verkehrssicherheit immer weniger entsprechende Gewohnheitsrecht verwirft, bezweifelnd ob es Recht wäre und nur das Gesetz für eine entsprechende Rechtserzeugungsform hält. Diesem entspricht auch seine Feststellung, dass Deutschland für ein bürgerliches Gesetzbuch schon lange reif wurde.<sup>219</sup>

Es war *Jhering*, der die Bedeutung der Verkehrssicherheit in der Pandektistik erst formulierte und damit eine Begründung für den Objektivierungsvorgang gab, der die von der individuellen, willenszentrischen Anschauung der frühen Pandektistik in die Richtung der Ausschaltung des Individuums vom Recht zeigende Objektivierungsrichtung zeigt. „Während die Staaten sich bekämpften, suchte er (d. h. der Verkehr) die Wege die von einem Volke zum anderen führten und brachte die Völker näher.“<sup>220</sup> Der Verkehr sei — sagt er ebenda — „ein Pfadbrecher in der Wildniss, der Herold des Friedens, der Fackelträger der Cultur“. Dieser Verkehr lasse aber sich mit den lockeren, ungenauen, machmal nicht einmal erkennbaren Normen des Gewohnheitsrechts nicht ordnen. Die Sicherheit des Verkehrs erfordere die geschriebene Rechtsregel, die unmissverständlich sei und keinen Zweifel nach sich lasse.

2. *Jhering* ist der erste unter den Pandektisten, der das Recht meritorisch mit der gesellschaftlichen Wirklichkeit verbindet und das Wesen des Rechts auf einer neuen philosophischen Grundlage zu definieren sucht. Er verwirft die Rolle des Volksgeistes als eines grundlegenden rechtserzeugenden Faktors und weist darauf hin, dass wenn das Recht aus der gesellschaftlichen Wirklichkeit stammt, damit in Kausalnexus steht, werde sein Zustandekommen unbedingt durch menschliche Zwecke bestimmt, sein Dasein durch den Zweck mo-

<sup>216</sup> „Wer selbst aus eigener Erfahrung Versuche des Beweises eines speziellen Gewohnheitsrechtes kennt, wird mir einräumen, dass dabei überall das zu Tage kommt, was ich als Wesen der Sitte bezeichnet habe: die Unbestimmtheit ... Unbestimmtheit ist das unvertilgbare Muttermal der meisten concreten Gewohnheitsrechte“ (Geist.<sup>4</sup> II. 1. 33—34).

<sup>217</sup> Dieser Zustand der Flüssigkeit in dem es sich befindet, ist der Zustand seiner höchsten Unselbständigkeit und es wäre vielleicht am richtigsten es als Zustand der Identität des Rechts und der Moral unter dem Namen der Sitte dem Recht gegenüber zustellen“ (Geist.<sup>4</sup> II. 1. 33).

<sup>218</sup> *Jhering*: Der Zweck im Recht I. Leipzig, 1887. 319.

<sup>219</sup> *Jhering* ist es, der darauf hinweist, dass ohne Savignys „Beruf“ Deutschland schon ein bürgerliches Gesetzbuch hätte. (Scherz und Ernst,<sup>11</sup> 254).

<sup>220</sup> *Jhering*: Der Zweck, I. 237.

tiviert. So erreicht er das schon angeführte Motto, dass „der Zweck... der Schöpfer des ganzen Rechts“ und jede Rechtsregel das vorläufige Ergebnis des ständigen Kampfes der einander gegenüberstehenden Interessen sei.<sup>221</sup> Er ist von der rechtserzeugenden Kraft auch an die Funktion des Rechts gelangt, die seines Erachtens darin bestehe, dass das Recht ein Mittel zur Durchsetzung der Macht und des Interesses sei, da das Recht selber eine Macht, der „Inbegriff der in einem Staate geltenden Zwangsnormen“<sup>222</sup> sei. Und diese Gedanken, dass nämlich das Recht eine Macht und ein Mittel zur Gültigmachung der Interessen sei, führen Jhering bis den Klassenwurzeln des Rechts, wenn auch nicht sofort unmittelbar in der Beziehung seiner eigenen Gesellschaft, sondern in der der Römischen, was überhaupt nicht bedeutet, dass er diese Klassenwurzeln auch in seiner eigenen Gesellschaft nicht erkannt hätte. Bezüglich des alten römischen Rechts zeigt er darauf hin wenn es im Rahmen der *legis actio sacramento* eventuell nur eine kleine Summe asses von einigen geklagt wurde, sollte der Kläger mindestens 50 As als ein „Wettenbetrag“ (*summa sacramenti*) niederlegen, bei der z. B. 1000 As Forderung des reicheren Menschen hingegen nur verhältnismässig weniger: 500 As. Die sachfällige Partei hat den Wettenbetrag verloren, der für religiöse Zwecke angewendet wurde, während die obsiegende Partei diesen zurückbekommen hat, natürlich zusammen mit dem Betrag, den zu tragen die andere Partei verurteilt wurde. Unter solchen Umständen bedeutete die *legis actio sacramento* mit Rücksicht auf ihre Struktur ein wirkliches „ökonomisches Abschreckungsmittel“ gegen die Prozessführung bei einem armen Menschen, der selbst im Falle einer Klage für weniger als 50 As gleichwohl 50 As irgendwie unbedingt herbeizuschaffen und diesen Betrag am Beginn der Prozessführung mit Bargeld zu bezahlen hatte. Da er aber dazu oft keine Möglichkeit hatte, konnte er selbst den ihm gebührenden kleineren Betrag nicht klagbar machen.<sup>223</sup> Das römische Recht machte formell keinen Unterschied zwischen arm und reich, da vor dem Gesetz jeder gleich war. „Eine schöne Gleichheit!“ — sagt Jhering — die Rechtsinstitution der *summa sacramenti* „haben doch die reichen Leute erfunden“.<sup>224</sup> Diese Verkehrtheiten wurden aber — wie erwähnt — von Jhering auch in seiner eigenen Gesellschaft wahrgenommen. Er weist nämlich darauf hin, dass der Lohn des Lohnarbeiters das Ergebnis der Vereinbarung zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer sei. Jeder der beider sei dabei natürlich auf den eigenen Vorteil bedacht, aber derjenige von ihnen (nämlich der Arbeiter), der in einer ungünstigeren Lage ist, gerate in eine wahre Zwangslage und habe „keine andere Wahl als die Annahme der von Gegenpartner diktierten Bedingungen“. Das aber sei: „die unbarmherzige Ausnutzung der fremden Not“ und „die bittere

<sup>221</sup> Das Motto des „Zweck“ ist: „Der Zweck ist der Schöpfer des ganzen Rechts“. Ch. Helfer: Jherings Gesellschaftsanalyse im Urteil der heutigen Sozialwissenschaft. Jherings Erbe. Göttingen, 1970. 79.

<sup>222</sup> „Das Recht ist ein Machtbegriff“ (Jhering: Der Kampf ums Recht. Wien, 1872. 11). — „Recht ist der Inbegriff der in einem Staate geltenden Zwangsnormen“ (Der Zweck, I. 318) — Wieacker: Privatrechtsg.<sup>2</sup> 451.

<sup>223</sup> Jhering: Scherz und Ernst.<sup>11</sup> 185—186.

<sup>224</sup> „Ob du reich oder arm bist, macht — sagt Jhering (Scherz und Ernst.<sup>11</sup> 188—189) — keinen Unterschied... vor dem Gesetz ist jeder gleich. Eine schöne Gleichheit! Was für den Reichen eine Kleinigkeit, bildet für den Armen ein unübersteigliches Hindernis, es ist die Gleichheit, welche dem schwachen Kinde dieselbe Last zu tragen auferlegt, wie dem starken Manne, — den Sakramentsatz von 500 As haben die reichen Leute erfunden, um uns armen Teufeln das Prozessieren nahezu unmöglich zu machen“.

Frucht des ... Egoismus". Da seiner Ansicht nach die Grundlage des ganzen Verkehrs, des ganzen wirtschaftlichen Lebens die individuelle Selbstsucht sei, die sich von drei Thesen aus gebe: „ich bin für mich, die Welt ist für mich und auch du bist für mich“.<sup>225</sup>

3. Der auf der Begriffsjurisprudenz der *Puchtaschen* Schule erzogene *Jhering* wendet sich nach dem Ende der fünfziger Jahre mit ätzendem Hohn gegen die „Begriffs- und Konstruktionsjurisprudenz“, die sich auf die geschlossene logische Einheit stützend, die Teilbegriffe aus dem Rechtsbegriff als einem Axiom abgeleitet hatte, sich der gesellschaftlichen Wirklichkeit gegenüber schroff abschliessend. Im einem in 1861 geschriebenen Brief<sup>226</sup> weist er darauf hin, dass die jüngere deutsche Juristengeneration, die „Hoffnung Deutschlands“, nichts anderes tue als „konstruieren“.<sup>227</sup> Und was bedeutet diese Konstruierung? Früher habe die Rechtswissenschaft darüber nichts gewusst — sagt *Jhering* — heute aber kam es in Mode; ebenso wie eine Dame ohne Krinoline kaum zu erscheinen wage, möge ein moderner Zivilist die Konstruktion nicht entbehren. Erst sei die „grobe Arbeit“ auszuführen, das sei die Interpretation der Rechtsregel, dann gerate dieses Material in die Hände „der Künstler des Zivilrechts“, die ihm eine „künstlerische Form“ geben. Damit werde „der zivilrechtliche Homunculus“, d. h. der Begriff produktiv, verheirate sich mit den ihm Ähnlichen und erzeuge Kinder.<sup>228</sup>

Dann in seiner Spottschrift „Im juristischen Begriffshimmel“ enthüllt *Jhering* vollständig, wie losgerissen die Begriffsjurisprudenz vom Leben, der sozialen Wirklichkeit sei. Er gibt eben die *Puchtasche* Begriffspyramide dem Spott preis und, mit den lebenssterilen Vorstellungen *Puchtas* vergleichend auch die Werke von anderen, ebenfalls der Methode der Begriffsjurisprudenz folgenden Pandektisten. Er weist darauf hin, dass im juristischen Begriffshimmel eigentlich nur *Puchta* völlig berechtigt stattfinde. *Arnolds*, dessen Pandektenkompendium bloss eine Überarbeitung von *Puchtas* Pandekten war, hat nämlich gegen diese Rechtswissenschaft viel vorstossen,<sup>229</sup> insoweit er zu Lasten der reinen Theorie den Bedürfnissen des praktischen Lebens zahlreiche Konzessionen machte. Selbst *Savigny* konnte ziemlich schwer dahin hineingelangen. Er kam nämlich nur mit Rücksicht auf seine zwei Verdienste in diese Himmelsreich und zwar einerseits, weil er in seinem über den Besitz geschriebenen Werk das Wesen eines Rechtsinstituts ohne Rücksicht auf seine reale praktische Bedeutung erörterte, andererseits weil ohne seine „Beruf“ betitelte Schrift Deutschland schon ein Bürgerliches Gesetzbuch hätte.<sup>230</sup>

<sup>225</sup> „Die Feststellung des Lohnes im einzelnen Fall ist Sache der individuellen Vereinbarung — sagt *Jhering* (Der Zweck, I. 141 und vgl. 72—73) — d. h. des beiderseitigen Egoismus. Jeder von beiden Theilen ist dabei nur auf den eigenen Vortheil bedacht, jeder bemüht, die Ungunst der Lage des andern auszubeuten. Diese Ungunst kann sich zu einer wahren Zwangslage steigern, wenn mit dem höchsten Grade des Bedürfnisses auf der ellen Seite zusammentrifft. Hier bleibt keine andere Wahl als die Annahme der vom Gegenpartner dictierten Bedingungen ... Das also: die unbarmherzige Ausnutzung der fremden Noth ... das also ist die bittere Frucht des ... Egoismus“. In Hinsicht der Anschauung *Jherings* betreffs des Arbeitslohns vgl. *D. Pasini*: La sociologia interna di *Jhering*. *Jherings* Erbe. Göttingen, 1970. 183.

<sup>226</sup> Preussische Gerichtszeitung III. Nr. 41. den 16 Juni 1861. Vgl.: *Jhering*: Scherz und Ernst.<sup>41</sup> 3 ff.

<sup>227</sup> *Jhering*: Scherz und Ernst.<sup>41</sup> 6—7.

<sup>228</sup> *Jhering*: Scherz und Ernst.<sup>41</sup> 7.

<sup>229</sup> *Jhering*: Im juristischen Begriffshimmel. Scherz und Ernst.<sup>41</sup> 247 ff.

<sup>230</sup> *Jhering*: Scherz und Ernst.<sup>41</sup> 254.

*Jhering* hat die rechtswissenschaftliche Methode der frühen Pandektistik und der dogmatischen Richtung mit seiner kritischteleologischen Methode ersetzt, mit der Untersuchung des die Rechtsregel determinierenden Zwecks und der hinter diesem stehenden Interessen. Damit ist diese Methode der Ausgangspunkt der Ausbildung der soziologischen Methode geworden.<sup>231</sup>

### III.

1. *Jherings* Privatrechtstheorie widerspiegelt das Profil des Pandektisten des 19. Jahrhunderts auf interessante Weise, der als einer der Schüler der historischen Schule beginnend, sich darüber klar ist, dass das römische Recht ein historisches Recht ist und das nie ausser acht lässt. Aber — und eben das ist das Charakteristische in seiner Richtung — in diesem historischen Recht sucht er immer das „Recht“, in diesem grossen Produkt der Menschheit das Allgemeine, das Dauerhafte.<sup>232</sup>

2. In der *Jherings*chen Privatrechtstheorie wird sozusagen die bedeutendste Rolle von der Lehre über das subjektive Recht gespielt. *Jhering* bricht mit der „Willensherrschaft, Willensmacht“ — Konzeption der dogmatischen Richtung und weist darauf hin, dass „der Wille... nicht der Zweck und die bewegende Kraft des Rechtes“ sei (nämlich der des subjektiven Rechtes).<sup>233</sup> Das subjektive Recht sei dem Wesen nach nichts anderes als das rechtlich geschützte Interesse. Daraus folge aber, dass es zwei Bestandteile habe: einen „substanziellen“ — und darin bestehe der „praktische Zweck“ des subjektiven Rechts und zwar das durch dieses gesicherte Interesse, der Nutzen, der Vorteil, der Gewinn, — und einen „formellen“ Bestandteil, d. h. den Rechtsschutz, die Klage, die als ein Mittel dem vorigen Bestandteile, dem Interesse diene. Das Wesen des subjektiven Rechts sei also nicht die Willensherrschaft, Willensmacht, denn die subjektiven Rechte seien „rechtlich geschützte Interessen“.<sup>234</sup>

3. *Jhering* untersucht den Begriff des Rechtsverhältnisses in der Dynamik der römischen Rechtsgeschichte und stellt fest, dass das Wesen des Rechtsverhältnisses im alten römischen Recht allenfalls in der „Herrschaft“, „Macht“ bestehe und es folge daraus, dass es von den zwischen den Rechtsverhältnissen befindlichen Unterschieden abhängt.<sup>235</sup>

4. Die *Jherings*che Theorie über die juristischen Personen weicht in ihren Gründen von den Realitäts-, bzw. Zweckvermögenstheorien der dogmatischen Richtung und den Fiktionstheorien der frühen Pandektistik ab, obwohl *Jhering* in einigen Beziehungen später der *Brinz*schen Zweckvermögenstheorie näher zu kommen scheint. Er stellt von den juristischen Personen, sowohl von den Körperschaften als auch den Stiftungen fest, dass nachdem die juristischen Personen weder Interessen noch Zwecke haben, sie auch keine Rechte haben können. Wo aber die juristische Person dem Schein nach dennoch Rechte habe,

<sup>231</sup> *Nizsalovszky*: Az érdekkutató jogtudomány a magánjogban (Die Interessen-jurisprudenz im Privatrecht). Debrecen, 1933.

<sup>232</sup> „Mein Augenmerk — sagt *Jhering* (Geist.<sup>4</sup> I. IX) — ist nicht das römische, sondern das Recht, erforscht und veranschaulicht am römischen“. Vgl. *W. Wilhelm*: Das Recht im römischen Recht. *Jherings* Erbe. Göttingen, 1970. 288 ff.

<sup>233</sup> *Jhering*: Geist.<sup>4</sup> III. 1. 399.

<sup>234</sup> *Jhering*: Geist.<sup>4</sup> III. 1. 399. — Über seine Theorie des subjektiven Rechts vgl.: *M. Villey*: Le droit subjectif chez *Jhering*. *Jherings* Erbe. Göttingen, 1970. 217—227.

<sup>235</sup> *Jhering*: Geist.<sup>4</sup> II. 1. (1880) 140.

dort in der Wirklichkeit stehe hinter dem Scheinsubjekt (Aftersubjekt) das wahre Subjekt, der Mensch, der ein wirklicher „Destinatär“ der juristischen Person sei. Solche sind die Mitglieder der Korporationen und bei den Stiftungen die Armen, Kranken, Witwen, Waisen, Kunstfreunde, usw.<sup>236</sup> Auf diese Weise leugnet also *Jhering* im Grunde genommen die wirkliche Existenz der juristischen Person, die — seiner Meinung nach — keine Rechte haben könne. Aber hinter der juristischen Person dort stehen immerhin die wirklichen Subjekte, die die Rechte, die dem Schein nach der juristischen Person gebühren, genießen.

Die Zweckvermögenstheorie von *Brinz* scheint aber unter den Umständen seines Zeitalters von solcher Bedeutung gewesen zu sein, dass auch der sozusagen in jeder Hinsicht originelle *Jhering* unter ihre Wirkung geriet, insoweit er später anerkennt, dass es in gewissen Situationen möglich sei, dass die mit den juristischen Personen verbundenen subjektiven Rechte, deren Subjekte die Destinatäre, d. h. die Mitglieder der Körperschaft, die Pflinglinge der Stiftung, usw. sind, vorübergehend auch ohne ein solches Rechtssubjekt bestehen könne. In dieser Beziehung spricht er von einem „subjektlosen Zwischenzustand“,<sup>237</sup> vom „Zustand des civilistischen Wartens“,<sup>238</sup> usw. Er gründet seine Konzeption wiederholt auf seinen zuerst im „Geist“, dann später in „Der Zweck im Recht“ erörterten Standpunkt, nämlich darauf, dass das Wesen des subjektiven Rechts der Zweck im Recht sei und dass deshalb keine zentrale Funktion des Rechts sei, den Interessen des im gegebenen Zeitpunkt auftretenden Rechtssubjekts, sondern im allgemeinen den der Rechtssubjekte zu dienen. Gibt es also momentan kein solches Rechtssubjekt, so auch werde das Bestehen des subjektiven Rechts durch den Zweck vorübergehend gesichert, solange kein neues Subjekt auftritt.<sup>239</sup> Auf diese Weise gibt *Jhering* eine Erklärung vom Dasein der ruhenden Erbschaft, sowie der momentan ohne Mitglieder gebliebenen, aber über ein Vermögen „verfügenden“ Körperschaft.<sup>240</sup> Diese Weiterentwicklung der im „Geist“ erörterten Theorie der juristischen Person bedeutet eine kräftige Annäherung der Konzeption der „subjektlosen Rechte“, die — wie erwähnt — den Kern von *Brinzens* Zweckvermögenstheorie bildet.<sup>241</sup>

5. Was die Frage der in der Rechtsgeschäftslehre der dogmatischen Richtung herrschenden — und nur von *Dernburg* teilweise durchbrochenen — „Willenstheorie“ betrifft, stellt sich *Jhering* auch hier kräftig auf die prinzipielle Grundlage des Objektivismus. Er weist darauf hin, dass im Vertrag nicht die Rolle des Willens zu betonen sei — obwohl er nicht leugnet, dass der Vertrag die Willenseinigung zweier Personen bedeute — sondern dass der

<sup>236</sup> „Niemand wird darüber in Zweifel sein — sagt *Jhering* (Geist,<sup>4</sup> III. 1. 356—359) — dass ... die einzelnen Mitglieder die wahren Destinatäre der juristischen Person sind ... Die juristische Person als solche ist völlig genussunfähig ... sie hat keine Interessen und Zwecke, kann also keine Rechte haben ... Wo der Schein einer solchen Abnormität vorliegt, ist dies eben blosser Schein, hinter dem Aftersubjekt steckt das Wahre ... Nein! Nicht die juristische Person als solche, sondern die einzelnen Mitglieder sind die wahren Rechtssubjekte ... Die Armen, Kranken, Wittwen, Waisen, Kunstfreunde sind die Destinatäre der entsprechenden Stiftungen. Aber sind sie auch Subjekte derselben“.

<sup>237</sup> *Jhering*: Passive Wirkungen der Rechte. Jahrbuch für die Dogmatik. 10 (1871) 417.

<sup>238</sup> *Jhering*, ibidem. 418.

<sup>239</sup> *Jhering*, ibidem. 406—415. „Fortdauer des Rechtszwecks bei Wegfall des Rechtssubjekts“ (ibid. 436).

<sup>240—241</sup> Vgl. ibid. Teil II. Tote 171.

Vertrag „die Form des Tauschverkehrs“ sei.<sup>242</sup> Der im Vertrag erscheinende Wille werde durch den Zweck, sowie auch dadurch bestimmt, dass diese Willen in einem Punkt übereinkommen (*convenire*).<sup>243</sup> Die Koinzidenz der Interessen könne mit Hilfe des Vertrags festgestellt werden, aber keineswegs als ein Ergebnis irgendeines theoretischen Phänomens, als einer Spekulation, sondern wie als praktischer Zweck einer Zusammenwirkung.<sup>244</sup> Mit dieser Objektivierung des Begriffs des Vertrages, die als das Bestimmende eines individuellen, subjektiven Willens den Zweck, das Interesse, also ein objektives Moment bezeichnet, macht *Jhering* den rechtsgeschäftlichen Willen die Funktion des objektiven Zwecks und tut damit einen gewaltigen Schritt in der Richtung der „Erklärungstheorie“. Dies ist so desto mehr, weil er den Dienst der Verkehrssicherheit als vor allen Dingen wichtig ansieht, womit aber die „Erklärungstheorie“ in Einklang stehe.

6. Die in *Jherings* Werken auseinandergesetzte „römische Besitzlehre“ ist eine der Lehren von grösster Bedeutung und ist von entscheidender Wichtigkeit auch in ihren Wirkungen sowohl von Gesichtspunkt der Wissenschaft der Zivilistik als auch der Kodifikationen, Kodifizierungsbestrebungen aus. Sie bedeutete eine Änderung der traditionellen *Savignyschen* Besitzlehre gegenüber.

a) Die Grenzlinie zwischen Besitz und Gewahrsam werde *Jherings* Meinung nach nicht von dem *Savignyschen animus domini*, dem Eigentümerswillen, bzw. von dessen in der *savignyanischen* Literatur vorkommenden Varianten (*animus rem sibi habendi*, *animus dominantis*, usw.) gezogen, sondern durch die Rechtsregel, näher gesehen durch die von der Rechtsregel bestimmte *causa possessionis*,<sup>245</sup> gegenüber der der subjektive Wille hilflos ist,<sup>246</sup> da „*neminem sibi causam possessionis posse mutare*“ (D. 41. 2. 19. 1. Marcellus)<sup>247</sup>

b) Der Besitz bedeute nicht nur einen gewissen tatsächlichen Zustand mit gewissen Rechtswirkungen wie es durch die *Savignysche* Lehre behauptet wurde. Die Rechte seien im wesentlichen rechtlich geschützte Interessen und auch der Besitz sei nichts anderes, als ein rechtlich geschütztes Interesse. Dass der Besitz von den römischen Juristen einmal für tatsachenartig ein anderes Mal für rechtsartig qualifiziert wird, sei kein Widerspruch, da die Tatsache, das Faktische die Grundlage des Besitzrechts sei.<sup>248</sup> Die Besitzübertragung zwischen den Parteien ziehe sich zweiseitig, mit Übereinstimmung voll und die

<sup>242</sup> „Die Form des Tauschverkehrs ist der Vertrag — sagt *Jhering* (Zweck I. 77). — Der Jurist definiert den Vertrag als die Willenseinigung (*consensus*) zweier Personen. Vom juristischen Standpunkt aus vollkommen richtig: denn das verbindende Moment des Vertrages liegt im Willen. Aber für uns, die wir bei dieser ganzen Untersuchung nicht den Willen als solchen, sondern das bestimmende Moment desselben: den Zweck im Augen haben, nimmt die Sache eine andere und, wie ich glaube, instruktives Gestalt an“.

<sup>243</sup> *Jhering*: Zweck, I. 77.

<sup>244</sup> *Jhering*: Zweck, I. 77—78.

<sup>245</sup> *Jhering*: Über den Grund des Besitzesschutzes. Jena, 1869. 39. — *Jhering*: „Was heisst *causa possessionis*? Nicht bloss der Rechtsgrund des Besitzes ... sondern die rechtlich relevante Art seiner Entstehung, sodass auch die unrechtmässige Begründung des Besitzes“ (Besitzwille, 359).

<sup>246</sup> „Der Gedanke lautet: Machtlosigkeit des subjektiven Willens gegenüber der objektiven Rechtsregel“ (*Jhering*: Besitzwille, 358).

<sup>247</sup> *Jhering*: Besitzwille. 357. — D. 41. 2. 19. 1. Marcellus. — „Rechte sind rechtlich geschützte Interessen“ (*Jhering*: Geist.<sup>4</sup> III. 1. 339).

<sup>248</sup> „Der Besitz ist ein rechtlich geschütztes Interesse“ (Geist.<sup>4</sup> III. 1. 365). — „Das Faktum des Innehabens ist die Grundlage für das Recht des Besitzes“ (Geist.<sup>4</sup> III. 1. 365., Note 482). — Es wird auf die Rechtlichkeit des Besitzes hingewiesen,



Tat der durch den Besitzerwerben ausgeführten *apprehensio* sei nur dazu berufen um diese Übereinstimmung zu konstatieren.<sup>249</sup>

c) Die rechtspolitische Ursache des Besitzesschutzes sei meistens die Vervollständigung des Schutzes des hinter ihm stehenden Eigentums, was natürlich — selbst wenn hinter dem Besitz im gegebenen Fall kein Eigentum steht — auch dem Nichteigentümer zu Gute kommen möge. Der Besitz sei nämlich die Sichtbarkeit des Eigentums und dementsprechend werde der Besitzesschutz und damit zusammen auch der Begriff des Besitzes durch das Eigentümerinteresse bestimmt.<sup>250</sup>

Nach der Widerlegung die drei grundlegende Thesen von *Savigny*, gibt *Jhering* seine eigene Besitz-Gewahrsam Konzeption, als die „Besitzkonzeption der Römer“ in den Folgenden:

die faktische Macht über das Ding könne Besitz und Gewahrsam (Detention) sein und die Detention absolut und relativ. Die absolute Detention habe seines Erachtens einen grundlegenden Fall, die über die *res extra commercium* bestehende faktische Macht, die in keiner Beziehung als ein Besitz angesehen werden könne. Die relative Detention könne zweierlei sein und zwar die sogenannte prokuratorische Detention, wie z. B. die des Handelsangestellten, des Gepäckträgers und selbstnützige Detention, wie die des Pächters, Mieters, Nutzniessers, Leihers, usw.<sup>251</sup>

Eine natürliche Folge der Besitzkonzeption von *Jhering* ist eine solche Auflösung des Pandektensystems, wonach der Besitz weder im Rahmen des allgemeinen Teils noch in dem des Sachenrechts als ein besonderer Abschnitt zu behandeln sei. Es solle nach jedem Rechtsinstitut der damit verbundene Besitz, bzw. Besitzesschutz erörtert werden.

7. Die dogmatische Richtung — wie erwähnt — lebte einheitlich im „Zauber“ der subjektiven Haftung, natürlich im dessen Bewusstsein, dass das primitive römische Haftungssystem auf einer objektiven Grundlage beruhte. Das subjektive Haftungssystem als Ideal war also von *Jhering* nicht fremd als *culpa in contrahendo*. Darunter versteht *Jhering* „die Schuld des Antragsstellers“ betreffs der Vertragsschließung entweder daran, dass diese sein Angebot schuldhaft zurückzieht oder infolge von seinem Tod oder der falschen Einhändigung der Post. Den negativen Schaden, der der anderen Partei, die dem gültigen Zustandekommen des Vertrags vertraut hatte, zugefügt wurde, führt er auf die *culpa in contrahendo* des Antragsstellers zurück, proklamierend damit dessen Schuldhafung. Die *Jheringsche* Formulierung der *culpa in contrahendo* beruht also auch auf einer scheinbar subjektiven Grundlage. Dieses Ideal ist aber nicht mehr absolut, da seine eigene Schuldkonzeption *Jhering* selber nicht etwas absoluten Wertes und unveränderlich hält. Ja sogar setzt er die Möglichkeit voraus, dass sie einmal durch eine objektive Konstruktion er-

in: D. 43. 8. 3. 38: „*et iure possessionis fruitur*“; — D. 41. 2. 44. pr.: „*Ius possessionis non videri peremptum*“ (Geist. III. 1. 365., Note 482).

<sup>249</sup> *Jhering*: Besitzesschutz. 201.

<sup>250</sup> „Der Schutz des Besitzes — sagt *Jhering* (Besitzesschutz. 45) — als Tatsächlichkeit des Eigentums ist eine notwendige Vervollständigung und Ergänzung des Eigentumsschutzes, eine dem Eigentümer zgedachte Beweiserleichterung, die aber notwendigerweise auch dem Nichteigentümer zu Gute kommt“. — „Besitz ist — sagt er des weiteren — Tatsächlichkeit, Sichtbarkeit des Eigentums“ (Besitzesschutz, 144) — „Das Eigentumsinteresse also bestimmt den Besitzesschutz und damit den Besitzbegriff“ (Besitzesschutz, 185).

<sup>251</sup> *Jhering*: Besitzwille, 2—4., 206—206.

setzt oder korrigiert wird. *Jhering*, beeinflusst von der dogmatischen Pandektistik seines eigenen Zeitalters, sucht die problematischen Fragen des Privatrechts nur von der Gegenwart ausgehend zu beantworten. Betreffs der Zukunft hat er nur Vorgefühle, ohne prophezeien zu wollen.<sup>252</sup> In der Frage der Haftung kann also selbst *Jhering*, der Begründer der Richtung, aus dem Zauber des die herrschende Richtung der Pandektistik bedeutenden subjektiven Haftungssystems nicht ausbrechen. Soviel ist aber zweifellos, dass dieses Haftungssystem für ihn schon ein Problem bedeutet. Er ahnt schon die Richtung der zukünftigen Entwicklung voraus, die gegen die Konstruktion höheren Niveaus der objektiven Haftung zu zeigen scheint, weil diese ist, die der objektivierenden Anschauung des beginnenden Monopolkapitalismus schon entspricht.

Eine neue Farbe erscheint in der Haftungslehre der von ihm weiterentwickelten Pandektistik durch die Auseinandersetzung der *culpa in eligendo*, des Masses der Fahrlässigkeit bei der Auswahl des Mandatars. Wenn nämlich jemand einen Anderen für die Ausführung einer Tätigkeit auswählt, so haftet er nur für die in der Auswahl der betroffenen Person begangene Fahrlässigkeit, wer dagegen die Leistung selber zu beschaffen hat und sie durch einen Anderen vornehmen lässt, haftet für dessen Nachlässigkeit schlechthin.<sup>253</sup>

8. Das Interessante im Ganzen ist endlich, dass derjenige *Jhering*, der nach dem sich in den fünfziger Jahren abspielenden Anschauungswechsel über sozusagen jede Kozeption der älteren Pandektistik (die Rechtsentstehungstheorie, die Konstruktionbildung, die Lehre des subjektiven Rechts, die Rechtsgeschäftslehre, die Besitzlehre, usw.) eine vernichtende Kritik übte, blieb eben auf dem Gebiet des Erbrechts auch weiterhin ein Anhänger — wenn auch in einer einigermassen modifizierten Form — der *Puchtaschen* Erbrechtsanschauung hinsichtlich des „Weiterlebens der vermögensrechtlichen Persönlichkeit“.

Er hat zwar die Ansicht nicht angenommen, dass die vermögensrechtliche Persönlichkeit des Erblassers im Erben weiterlebe (*Puchta*, *Arndts*, usw.) aber er hat den Standpunkt eingenommen, und dies war nicht viel zu weit von den der Vorigen, dass die Konzeption des Weiterlebens der vermögensrechtlichen Persönlichkeit des Erblassers nur eine einzige Funktion zu erfüllen berufen sei und zwar das Nachlassvermögen auf die Erben zu übertragen. Nach der Erfüllung dieser Aufgabe, könne diese Konzeption schon auch weggelassen werden.<sup>254</sup>

Die Änderung trat bei *Jhering* in dieser Beziehung erst in 1871 ein, als er seine mit der *Puchtaschen* Theorie verbundene Ansicht über das Wesen der Beerbung unter Revision zog und die Lehre des „Übergangs der Persönlichkeit“ verwarf.<sup>255</sup>

<sup>252</sup> *Mádl* a. a. O. 103. — „Mein Augenmerk — sagt *Jhering* (Entwicklungsgeschichte des römischen Rechts, 1894. 6) — in diesem Werk ist auf das *propter hoc* gerichtet, dass *post hoc* interessiert mich nur so weit, als es für das *propter hoc* in Betracht kommt“.

<sup>253</sup> „Wer bloss einen Andern — sagt *Jhering* (Das Schuldmoment in römischen Privatrecht. Eine Festschrift von R. *Jhering*. Giessen, 1867. 47) — für irgend eine Verrichtung auszusuchen hat, haftet consequenterweise lediglich für die dabei begonnene Nachlässigkeit (*culpa in eligendo*), wer dagegen die Leistung selber zu beschaffen hat und sie durch einen Andern vornehmen lässt, haftet für dessen *culpa* schlechthin“. Vgl. ausführlich: *Jherings* Jahrbücher IV. 84—85.

<sup>254</sup> *Windscheid*: Lehrbuch,<sup>4</sup> III. 4., Note 6.

<sup>255</sup> *Jhering*, Jahrbuch für die Dogmatik, 10 (1871) 408 ff.

#### IV.

1. *Jhering* war — wie es aus den Obigen hervorgeht — ein hervorragender, dem Wesen nach auf seinem eigenen Weg gehender Pandektist der zweiten Hälfte des 19. Jahrhunderts, der zwei, in den Obigen schon besprochene Eigenheiten des Zeitalters des Monopolkapitalismus erkannt hat:

a) dass nämlich Deutschland ein einheitliches bürgerliches Gesetzbuch brauche, um die vom Monopolkapitalismus erforderte und den wirtschaftlichen Interessen der herrschenden Klasse dienende Verkehrssicherheit zu erschaffen; zur selben Zeit musste er aber sehen und hat in vielen Beziehungen auch gesehen,

b) dass die Idee des Sozialismus mehr und mehr eine gewaltige Kraft werde und dass die Existenz des Proletariats nicht ausser acht gelassen werden könne, dass wir uns nicht in einen Elfenbeinturm einschliessen dürfen und auch das notwendig sei, dass die Gesetzgebung auch die sozialen Verhältnisse in Betracht nehme. Damit wollen wir natürlich bei weitem nicht sagen, dass *Jhering* seine Klassenschranken in irgendwelcher Richtung übertreten hätte. Er hat aber die wirtschaftlich-gesellschaftliche Wirklichkeit in mehreren Beziehungen mit scharfen Augen wahrgenommen, zur Kenntnis genommen und bemühte sich, die Konsequenzen innerhalb seiner Klassenschranken daraus zu ziehen.

2. Zunächst einmal hat er eine allgemeine Rechtstheorie geschaffen, die der Realisierung der Kodifikation und damit der für die herrschende Klasse des Monopolkapitalismus so wichtigen Verkehrssicherheit diene (obwohl er nur bis zur Theorie der Rechtsentstehung gelangte, ohne zu versuchen auch die Theorie der Rechtsanwendung zu erschaffen). Nach Liquidierung der Überreste der Volksgeisttheorie und die von den Dogmatikern scheu verkündeten Auffassungen über das Primat des Gesetzesrechts dem Gewohnheitsrecht gegenüber, wies er gerade darauf hin, dass die Gewohnheit sich überlebe, ja sie nicht einmal „Recht“ genannt zu werden verdiene. Sie sei ja in keiner Beziehung imstande den Bedürfnissen des gegebenen Zeitalters zu dienen (wenn wir darunter natürlich die Bedürfnisse der herrschenden Klasse verstehen). Es sei nur das Gesetz, das Sicherheit gebe, vor der Rechtsunsicherheit schütze. Deutschland brauche deshalb ein bürgerliches Gesetzbuch!

Seine Stellungnahme in der Frage des Wesens des Rechts ist auch durchaus neu den Stellungnahmen der früheren Pandektistik und der dogmatischen Richtung gegenüber. Während hier „der Volksgeist, der Volkswille“ (und bei *Puchta* letzten Endes die „göttliche Verfügung“) die Grundlage des Rechts ist, leitet *Jhering* auf eine völlig objektive Weise seine Stammung ab. Das Recht werde vom Zweck determiniert und es sei das Mittel die Macht und das Interesse durchzusetzen. Die Rechtsregeln seien die Ausdrücke des Kampfes der Interessen und hinter ihnen stehe die staatliche Gewaltorganisation. Und hier schaut *Jhering* zuerst in die Tiefe, wo die Wurzeln des Rechts zu suchen sind; nimmt, wenn auch noch blass, wahr, dass das Recht den Klasseninteressen diene. Er enthüllt dies in der Beziehung des römischen Rechts ohne irgendeine Umschweife, als er darauf hinweist, dass im alten römischen Prozess „die Gleichheit der Parteien“ nur formell war, denn die Konzeption des alten römischen vermögensrechtlichen Prozesses diene nur den Interessen der Reichen und diese Konzeption war „die Erfindung der Reichen“. Und darauf, dass zu dieser Erkenntnis er durch die grundlegenden Klassengegensätze seines eigenen

Zeitalters geführt wurde, durch den Gegensatz zwischen den Monopolen und dem industriellen Proletariat, scheint von denjenigen — wenn auch zweifellos nicht ganz eindeutig formulierten — Kapiteln des „Der Zweck im Recht“, in den er darauf hinweist, dass der dem Lohnarbeiter gezahlte Lohn nicht notwendigerweise ein Äquivalent der von ihm geleisteten Arbeit sei und dass das Mass des Lohnes des Arbeiters von dem wirtschaftlich stärkeren Arbeitgeber, die bedrängte Lage des Arbeiters ausnützend, egoistisch diktiert werde.

Er stellt die wissenschaftliche Methode der frühen Periode und der dogmatischen Richtung der Pandektistik, die Begriffsjurisprudenz, mit ätzendem Hohn an den Pranger, als eine Methode, der zu verdanken sei, dass die Pandektistik nicht in Lebensnähe gelangte, von den brennenden gesellschaftlichen Wirklichkeiten nicht Kenntnis nehmen konnte und die Realität entbehrte.<sup>256</sup> Er ersetzt die begriffsanalysierende Methode mit seiner kritisch-teleologischen Methode, die nach dem das Bestehen der Rechtsregel determinierenden Zweck, bzw. dem Interesse sucht, in dessen Dienst die Rechtsregel steht.

3. Der — schon erwähnte — Ausgangspunkt seiner Privatrechtstheorie dass im historischen römischen Recht das „Recht“ zu suchen sei, dass aus diesem Kulturschatz der Menschheit, der mit geschichtlichen Traditionen belastet ist, das Dauerhafte, das Gemeinsame ausgehoben werden solle, erwies sich als die vorzüglichste Formel um von diesen historischen Schöpfungen diejenigen Formen herauszuheben, die die herrschende Klasse seines Zeitalters brauchte.

Hinsichtlich der Teilprobleme seiner Privatrechtstheorie entfaltet *Jhering* den bisherigen subjektiven willenszentrischen, den Begriff des Willens beinahe mystifizierenden Tendenzen der Pandektistik gegenüber in allen Beziehungen eine objektivierende Tätigkeit. Diese entspricht nämlich der Verkehrssicherheit, die die herrschende Klasse des Monopolkapitalismus erfordert. Im Dienst von diesem lehnt er die das subjektive Recht als eine „Willensmacht“, „Willensherrschaft“ auffassenden bisherigen pandektistischen Ansichten ab und weist darauf hin, dass der Wille weder der Zweck noch die Bewegungskraft der Rechte sei. Das subjektive Recht sei nichts anderes als ein „rechtlich geschütztes Interesse“, das Rechtsverhältnis sei immer eine Machtverhältnis und seine Varianten seien durch die Qualität der gegebenen Macht bestimmt.

Auch in seiner Theorie über die juristische Person sucht er auf dem Boden der Realität zu stehen damit, dass die juristische Person ein scheinbares Subjekt sei für diejenige, die Destinatäre der Rechte sind. Zur selben Zeit wird er durch den in der Theorie erscheinenden allgemeinen Objektivierungsvorgang selbst bis zur Konzeption der subjektlosen Rechte mitgebracht.

In seiner Rechtsgeschäftslehre verwirft er die Willenstheorie der vorherigen Pandektistik und tut einen gewaltigen Schritt in der Richtung der Erklärungstheorie, die die Verkehrssicherheit zu dienen wünscht.

Sehr bedeutend ist seine Besitzlehre, deren grösste Stärke ist, dass von den Quellen des römischen Rechts als einer Realität ausgeht und nicht von einer vorgestellten, auf einem einzelnen Prinzip beruhenden Anschauung, wie die anderen — im wesentlichen auf *Savignys* Theorie gegründeten — pandek-

<sup>256</sup> So viel recht auch *Jhering* in der Geisselung der Lostrennung der Begriffsjurisprudenz vom Leben habe, ist es natürlich nicht zu vergessen, dass „die Rechtswissenschaft bis zu einem gewissen Grade immer Begriffsjurisprudenz sein wird, denn letzten Endes ist keine Wissenschaft etwas Anderes als der Inbegriff von Begriffen“ — sagt *Szászy-Schwarz* (*Új irányok — Neue Richtungen*, 155).

tistischen Besitzlehren. So gelangt er zu der Überlegung, dass die Römer eigentlich keine „wirkliche Besitzlehre“ ausgebildet hatten. Vom Besitzschutz als dem formellen Element des subjektiven Rechts ausgehend, ist wirklich er der am nächsten der „Besitzkonzeption“ der Römer gelangt hat. Die Römer haben ein solches Rechtsinstitut als „Besitz“ nicht bearbeitet. Sie gaben im Dienste der obigen Zwecke nur einigen Leuten Besitzschutz, anderen nicht und damit machten den Besitz zum Bestandteil von verschiedenen Rechtsinstituten. *Jherings* Auffassung über den Besitz diente natürlich, der *Savignyschen* Besitzlehre gegenüber, die vom Monopolkapitalismus erforderte Verkehrssicherheit als sie die Absteckung der Grenzen zwischen Besitz und Detention der geschriebenen Rechtsregel überliess und den rechtspolitischen Zweck des Besitzschutzes in der Verteidigung des Scheins des Eigentums bezeichnete.

4. *Jhering* hat also — wie oben erwähnt — teils den Interessen der herrschenden Klasse seines eigenen Zeitalters: der „Herrscherklasse“ des Monopolkapitalismus gedient, als er die im Liberalkapitalismus entstandene, den Interessen des aufkommenden Bürgertums dienende aber im Zeitalter des Monopolkapitalismus nicht mehr zeitgemässe, von der gesellschaftlichen Wirklichkeit losgerissene willenszentrische, idealistische Anschauung verwarf und sie mit seiner den Verhältnissen des Monopolkapitalismus entsprechenden, der Verkehrssicherheit dienenden, nach dem Interesse forschenden Anschauung ersetzte;<sup>257</sup> zur selben Zeit aber vor anderen Beziehungen der gesellschaftlichen Wirklichkeit des Zeitalters nicht ausweichend, ist er auch bis zu den gesellschaftlichen Wurzeln des Rechts, den Klassenwurzeln gelangt und damit, ohne mit *Marx* in Verbindung gewesen zu sein, ist er in der Klarlegung des Daseins des Rechts in dieser Richtung auf einem ähnlichen Weg fortgeschritten wie

<sup>257</sup> *W. Sellnow* (Gesellschaft — Staat — Recht, Staat und Recht. Berlin, 1963. 228—250) charakterisiert *Jhering* als den Erläuterer des Wesens der bürgerlichen Gesellschaft des 19. Jahrhunderts, der die Aktivität dieser Gesellschaft auf den „Egoismus“ der einzelnen Personen zurückführt.

<sup>258</sup> „Noch ganz im bürgerlichen Raum — sagt *Wieacker* (Rudolph von *Jhering* 1818—1892. Sonderdruck aus „Die grossen Deutschen“. Ullstein—Berlin. 1957. V. 340) — und als Fachmann der Überlieferungen und Gewohnheiten seines Faches treu, der gar ihnen präludivert; auch er ist ... vom Stamme der Zermalmer der letzten metaphysischen Systeme des objektiven Idealismus“ — „*Jhering* hat, soviel ersichtlich — sagt *Th. Viehweg* (Rechtsdogmatik und Rechtsethik bei *Jhering*. *Jherings* Erbe. Göttingen, 1970. 211) — seinen heute so berühmten Zeitgenossen *Karl Marx* nie erwähnt. Gleichwohl teilte er mit ihm zentrale gesellschaftswissenschaftliche Ansichten, zum Beispiel die, dass das Recht die Lebensbedingungen einer bestimmten Gesellschaft zu sichern habe ... die Rechtssetzung das Ergebnis sozialer Interessenkämpfe sei ...“ „Würde ich in der Geschichte des juristischen Denkens zurückgehend forschen — sagt *Világhy* (Az utolsó magyar esetjogász halálára [Zum Tode des letzten ungarischen Kasuisten] in: „*Jogtudományi Közlöny* 29 [1974] 732) — wo die Wurzeln diese Denkungsart seien, so finde ich irgendwo *Jhering* und seine Schule, die den Kampf der Interessen in den das Leben der Gesellschaft, die Bewegung des Rechts determinierenden Faktoren als Ersten entdeckt hatten. Diese grundlegende Entdeckung vom Ende des 19. Jahrhunderts ist in einer unmittelbaren Verwandtschaft mit den marxischen Gedanken. Das Wesen des Unterschieds ist darin, dass *Marx* tiefer gegraben hat und in den noch immer abstrakten Interessenkämpfen auch die Bewegungskraft entdeckte, die auch den Interessenkampf bestimmt: den Kampf der Gesellschaftsklassen“. — Es darf allerdings nicht vergessen werden, dass *Jherings* Rechtstheorie unbedingt sein monopolkapitalistisches Zeitalter und die in gewissen Phasen dieses Zeitalters herrschenden Interessen zum Ausdruck bringe — wie darauf *Ketschekjan* hinweist (*S. F. Ketschekjan—G. I. Fedkin*: Istorija politicheskich utschennij. Moskau, 1960. 676).

*Marx* aber seiner Klassenschranken zufolge konnte er natürlich nicht bis zur Erkenntnis der ganzen Wahrheit gelangen.<sup>258</sup> Sein ganzes Lebenswerk weist allerdings in vielen Beziehungen darauf hin, dass er das Wesen der sozialen Probleme in mehreren Verhältnissen wahrgenommen hat.

5. Es mag nach diesen dahingestellt bleiben, auf welche philosophischen und rechtstheoretischen Ansichten die Wurzeln der Rechtsanschauung und Privatrechtstheorie von *Jhering* unter den diese Anschauung determinierenden gesellschaftlich-wirtschaftlichen Umständen zurückzuführen seien.

a) Zunächst einmal sei vielleicht *Hegels* Philosophie, namentlich seine Rechtsphilosophie zu erwähnen, die auf *Jhering* zweifellos eine Wirkung ausgeübt haben soll. *Hegels* rechtsphilosophische Ansichten beschäftigen sich entscheidend mit der Frage des Eigentums und mit der damit verbundenen Warenproduktion. *Hegel* weist hier auf die Umrisse der Klassengesellschaft, insoweit er die bürgerliche Gesellschaft auf Reiche und Arme verteilt. *Jhering* selber bewertet die *Hegelsche* Rechtsphilosophie so, dass sie für die „neuere positive Rechtswissenschaft“ eine entscheidende Bedeutung hatte.<sup>259</sup> Die identische Quelle, die *Marx* ebenso studierte, wie *Jhering*, gibt eine Erklärung darüber ab, dass sich in *Jherings* Privatrechtsanschauung der marxistischen Philosophie ähnliche Charakterzüge enthüllen lassen, obwohl *Jhering* in diesen Fragen bis zu solchen Tiefen, wie sein grosser Zeitgenosse bei weitem nicht zu gelangen vermochte.

b) Es war *J. Benthams* Utilitarismus von den englischen philosophischen Richtungen, der auf *Jherings* theoretische Konzeptionen auch eine bedeutende Wirkung ausübte. Der Zweck im Recht sei *Benthams* Ansicht nach die „Verwirklichung der Nützlichkeit“. Er ist ein Anhänger des völlig freien Wettbewerbs aber zur selben Zeit hält er notwendig den staatlichen Eingriff mit Hilfe von Rechtsregeln und eben deshalb versucht die Grenzen der staatlichen Einmischung zu bestimmen. *Benthams* Utilitarismus widerspiegelt sich hauptsächlich in *Jherings* Zwecktheorie und in der zentralen Rolle des Nutzens und Interesses.<sup>260</sup>

c) Der Weiterentwickler der positivistischen rechtsphilosophischen Anschauung von *Bentham* war sein Freund und Schüler, *J. Austin* der im Laufe einer weiteren Analyse des von *Bentham* erörterten Utilitarismus alle die Folgerungen abzog, die in der Rechtserzeugung richtunggebend sein sollen. Im Grunde genommen unterscheidet er zwei Regelgruppen: eine dieser Gruppen stamme von der Obrigkeit und dies ist das eigentliche positive Recht (positives Gesetz); die andere Gruppe der gesellschaftlichen Normen gehöre hingegen

<sup>259</sup> *K. Olivecrona*: *Jherings Rechtspositivismus im Lichte der heutigen Wissenschaft. Jherings Erbe*. Göttingen, 1970. 174—175). — *Jherings* Ansicht über die formelle Gleichheit vor Gesetz ist unbedingt *Hegelschen* Ursprungs. *Hegel* hatte ja darauf hingewiesen, dass die Menschen nur hinsichtlich ihrer Person, der Quelle ihres Besitzes gleich seien (*G. W. Hegel*: *Grundlinien der Philosophie des Rechts*. Leipzig, 1911. 54). *Hegel* machte übrigens auch darauf aufmerksam, dass die Industrialisierung der Gesellschaft die sozialen Veränderungen unvermeidbar nach sich ziehe und diese Feststellung konnte sicherlich auch *Jherings* Aufmerksamkeit nicht vermeiden. Vgl. *Viehweg*, *Jherings Erbe*, 212. *Gy. Antalffy—Papp*: *A politikai és jogi tanok története*. (Geschichte der politischen und rechtlichen Lehren). Budapest, 1974. 174—175.)

<sup>260</sup> *Wieacker*: *Privatrechtsg.*<sup>2</sup> 252. — *Viehweg*, *Jherings Erbe*, 212. — *Horváth*: *Angol jogelmélet*. (Englische Rechtstheorie). Budapest, 1943. 249 ff, 366 ff, 417 ff.

auf das Gebiet der Moral (Ehre, Mode, usw.).<sup>261</sup> *Jherings* Meinung über das Gesetz als die einzelne wirkliche Rechtsquelle ist hauptsächlich auf *Austin* zurückzuführen.

d) Von den französischen Rechtsphilosophen *A. Comtes* positivistische Philosophie als die gerade Reaktion der deutschen spekulativen philosophischen Richtung war für *Jherings* ganze Rechtsanschauung von grundlegender Bedeutung, sowohl hinsichtlich seiner Rechtentstehungstheorie als auch seiner Privatrechtstheorien (vgl. z. B. mit seiner Besitzlehre).<sup>262</sup>

e) Den Titel und das Thema seines „Geist“ hat *Jhering* aus *G. Hufelands* Werk: Über die Eigentümlichkeiten des römischen Rechts (Giessen, 1815—1816) genommen.<sup>263</sup>

f) Der Grundgedanke seines Werks „Der Kampf ums Recht“ stammt wahrscheinlich aus *Darwins* Werk: *Struggle for life*.<sup>264</sup>

g) Der „Verkehr“, sowie der „Egoismus“ als das Rechtssystem determinierende Faktoren spielen eine gewisse Rolle schon in *M. Stirners* Werk: *Der Einzige und sein Eigentum* (Leipzig, 1845). Es ist wahrscheinlich, dass unter anderen auch dieses Werk eine Wirkung auf *Jhering* bei der Erschaffung seines „Zweck“ ausübte.<sup>265</sup>

Man darf aber nicht ausser acht lassen, dass von *Jherings* Gesinnungswechsel in den fünfziger Jahren, d. h. bevor er mit seiner vernichtenden Kritik einen harten Schlag auf die Begriffs-, bzw. Konstruktionsjurisprudenz versetzte, seine Konzeptionen, ja sogar der ganze Überbau des ersten Teiles des „Geist“ durch die Anschauung der erwähnten Pandektisten determiniert war.<sup>266</sup>

6. *Jherings* Lebenswerk ist daher die typische Widerspiegelung eines im Zeitalter des Liberalkapitalismus beginnenden und im Zeitalter des Monopolkapitalismus endenden Rechtsgelehrtenlebenslaufs, den ein die gesellschaftlichen Realitäten seines Zeitalters zu erkennen fähiger Gelehrter von scharfen Augen und kritischem Geist durchlaufen hat.

*Jhering*, der sich bis zu den fünfziger Jahren des 19. Jahrhunderts auf dem Gebiet der Rechtswissenschaft dem ideologischen Kampfe des aufkommenden Bürgertums anschloss, erkannte vom Ende der fünfziger Jahren ab klar, dass der Kampf des aufkommenden Bürgertums durch die Apologie der Ideologie des die Herrschaft erlangten Bürgertums ersetzt werden sollte. So ist seine Rechtsanschauung letzten Endes der Ausdrücker der Interessen des im Monopolkapitalismus zur Herrschaft gelangten Bürgertums.

Zur selben Zeit aber geht er nicht blind neben den sich mehr und mehr verschlimmernden gesellschaftlichen Widersprüchen seines Zeitalters, und

<sup>261</sup> *Olivecrona*, *Jherings* Erbe, 170. — *Ch. Helfer* (*Jherings* Gesellschaftsanalyse im Urteil der heutigen Sozialwissenschaft. *Jherings* Erbe. 85) weist darauf hin, dass in *Jherings* Bibliothekskatalog *Austins* Werk: *Lectures on Jurisprudence*,<sup>4</sup> (1873) zu finden war. *Barna Horváth* a. a. O. 256 ff. and 400 ff. Im sozialistischen vgl. *M. Maneli*: *Historia doktryny politycznoprawnic XIX. wieku* II. Warszawa, 1966. 90 ff. und *Antalffy—Papp* a. a. O., 161—2.

<sup>262</sup> *Wieacker*: *Privatrechtsgeschichte*,<sup>2</sup> 452. — Im sozialistischen Schrifttum *Maneli*, a. a. O. II. 90 ff.

<sup>263</sup> *Helfer*, *Jherings* Erbe, 85.

<sup>264</sup> *Wieacker*: *Privatrechtsg.*<sup>2</sup> 452. — *Vieweg*, *Jherings* Erbe, 213. — *Szászy-Schwarz*: *Jhering Rudolf és műve*. (Rudolph *Jhering* und sein Werk). Új irányok a magánjogban (Neue Richtungen im Privatrecht). Budapest, 1911. 355—356.

<sup>265</sup> *Helfer*, *Jherings* Erbe, 85.

<sup>266</sup> *H. J. Hommes*: *Rudolf von Jherings naturhistorische Methode*. — *Jherings* Erbe. 101.

nachdem er einen geeigneten sozialen Sinn hat, drückt er bei mehreren Angelegenheiten den marxistischen Ideen annähernd in seinen rechtsphilosophischen Konstruktionen die gesellschaftliche Wirklichkeit seines Zeitalters aus.

Das Gesicht *Jherings* ganzen Lebeswerks wurde durch diese drei Momente bestimmt: a) der Beginn der Bahn im Zeitalter des Liberalkapitalismus, b) die auf die Blütezeit des Monopolkapitalismus fallende Laufbahn und deren Beendigung, c) die Erkennung der sozialen Probleme der gesellschaftlichen Gespanntheit und Widersprüche bis zu einem gewissen Ausmass. Und diese motivieren den Umstand, dass zwar die individualistischen Ideen des Liberalkapitalismus für ihn nicht fremd sind, die Interessen des Monopolkapitalismus ihn determinieren. Dieselbe Duplizität, die bei *Savigny* in einer anderen Beziehung besteht! Es wird durch diese Duplizität motiviert, dass in seiner Tätigkeit das „individuelle Interesse“ und das „Gemeininteresse“ gleicherweise ausgedrückt werden, zwar das Letztere mit einem immer grösseren Gewicht, da *Jhering* die Funktion des Rechts in der Sicherung der Lebensbedingungen der Gesellschaft sieht.<sup>267</sup> Und der dritte Faktor bestimmt die Ansicht, wonach zwar der Egoismus der Regulator des Lebens der Gesellschaft und der das Recht bestimmenden Zwecke, Interessen ist, diese individuelle Erscheinung aus dem Privatrecht früher oder später verschwinden und dessen sozialer Charakter immer mehr hervortreten soll.

7. *Jherings* — im Vergleich zu seinem Zeitalter grossartig nach vorn weisendes — Lebenswerk ist „*caput et finis*“ geblieben, als ein genialer Torso der von ihm gegründeten Richtung. Die sog. Interessenjurisprudenz, die sich auf sein Lebenswerk stützend entsand, ist als ein Produkt der Tübinger Schule (*M. Rümelin, H. Stoll*) der deutschen Privatrechtswissenschaft zu behandeln, es breitet sich aber schon über die Pandektistik hinaus.<sup>268</sup>

#### 4. Untergang der Pandektistik

##### I.

1. Der Untergang der Pandektistik begann mit der Erschaffung der deutschen Einheit in 1871 und dem Übertritt des Kapitalismus in die Phase des Monopolkapitalismus.<sup>269</sup>

Die Erschaffung der deutschen Einheit hat die Pandektistik wurzellos gemacht, denn diese verlor ihre höchste Berufung: dem Partikularismus gegenüber, durch die Rechtseinheit, der deutschen Einheit zu dienen. Und der Übertritt der kapitalistischen Gesellschaft in die monopolkapitalistische Phase machte diese Rechtswissenschaft unzeitgemäss, denn diese war das leibliche

<sup>267</sup> „Erst mit *Jherings* teleologischer Rechtsmethode — sagt *S. Jörgensen* (Entwicklung und Methode des Privatrechts. Vertrag und Recht. Kopenhagen, 1968. 74) — durch die der Gemeinnutz in die Rechtswissenschaft eingeführt wird, hielt der moderne Realismus in die Rechtswissenschaft seinen Einzug.“ — „Als den objektiven Zweck des Rechts sah er die Sicherung der Lebensbedingungen der Gesellschaft an“ — sagt *K. Larenz* (Rudolf von *Jhering* und die heutige Lage der deutschen Rechtswissenschaft. *Jherings* Erbe. Göttingen, 1970. 137).

<sup>268</sup> *Szladits*: Jogszabálytan. Szladits—Magánjog I. (Lehre der Rechtsregeln. Szladits—Privatrecht). Budapest, 1941. 163.

<sup>269</sup> *Eörsi*: Összehásonlító polgári jog (Vergleichendes bürgerliches Recht). Budapest, 1975. 152.



Kind des Liberalkapitalismus und so entsprach die Hauptrichtung der Pandektistik, die dogmatische Richtung dem Monopolkapitalismus nicht mehr, weil sie auf dem Gebiet der Rechtsentstehungstheorie die Grundsätze der historischen Rechtsschule hätte völlig aufgeben müssen. Ausserdem ist die dogmatische Richtung auch an den sozialen Fragen des Zeitalters blind verübergegangen, was am Ende des 19. Jahrhunderts schon ein Anachronismus war. Aus diesen Unzeitgemässheiten stammten *Jherings* Angriffe, obwohl auch er als ein Sohn des Liberalkapitalismus, der auf dem Boden des Monopolkapitalismus gross wurde, in der Pandektistik zwischen den Fragen des „individuellen“ und des „Gemeininteresses“ hin und her treibt.

2. Die Erschaffung der deutschen Einheit und die Entwicklung des Monopolkapitalismus hat der Diskussion, ob Deutschland ein bürgerliches Gesetzbuch brauche, notwendigerweise ein Ende gemacht und damit ist auch die Frage der Daseinsberechtigung der lebenden deutschen Privatrechtswissenschaft in Frage gestellt worden. Die berufenen Faktoren des Bismarckreiches — mit der Ausnahme der Konservativen — haben für die Erschaffung des einheitlichen Reichsgesetzbuches Stellung genommen, denn dies dokumentierte die politische Einheit auch nach aussen und ausserdem diente auch der Verkehrssicherheit als der Anforderung des Monopolkapitalismus.<sup>270</sup> In 1873 wurde die Kodifikation des ganzen deutschen Privatrechts an die Zuständigkeit der Reichsgesetzgebung gewiesen.<sup>271</sup>

Aufgrund des Reichsgesetzes vom 20. Dezember 1873 wurde eine sog. Vorkommission mit der Schaffung eines begutachtenden Entwurfs beauftragt. Aufgrund ihres Antrags wurde in 1881 einem Komitee mit elf Mitgliedern (Erstes Komitee) der Auftrag erteilt, den Entwurf eines Kodexes zu verfertigen und zwar damit, dass sie Deutschlands gültiges Privatrecht vom Gesichtspunkt der Zweckmässigkeit der inneren Wirklichkeit und Folgerichtigkeit aus zu untersuchen. Es ist mit diesem Ausdruck angedeutet worden, dass der rechtswissenschaftliche Positivismus, der logische und systematische Aufbau der Pandektistik bei der Vorbereitung des Entwurfs ein bestimmender Faktor sein sollten. Durch das *Windscheids*, eines der Mitglieder des Komitees, „Lehrbuch des Pandektenrechts“ mag die Pandektistik auf den ersten Entwurf auch eine entscheidende Wirkung ausgeübt haben. Der pandektistische Doktrinarismus des Entwurfs, seine Lostrennung vom Leben war aber unzähligen Angriffen ausgesetzt, so wurde es notwendig, auch ein Zweites Komitee zu entsenden (1890), um den Entwurf umzuarbeiten. Unter den nicht-ständigen Mitgliedern des Komitees war *R. Sohm*, der namhafte Romanist.<sup>272</sup> Der Zweite Entwurf wurde in 1895 publiziert, aber weder dieser, noch der mit der unwesentlichen Modifizierung von diesem zustandegebrachte Dritte Entwurf (1896) vom Ersten Entwurf grundlegend abwich,<sup>273</sup> die dogmatische Richtung war also durch *Windscheids* Lebenswerk mit einer entscheidenden Wirkung auf das inkraftzu-

<sup>270</sup> *Eörsi* a. a. O. 152 und *Wieacker*: Privatrechtsgeschichte.<sup>2</sup> 468.

<sup>271</sup> *Wieacker*: Privatrechts.<sup>2</sup> 469.

<sup>272</sup> *Wieacker*: Privatrechts.<sup>2</sup> 469—471. — *Windscheid* konnte, seinem in 1892 eingetretenen Tode zufolge, in der Arbeit dieses Komitees nicht mehr teilnehmen.

<sup>273</sup> *Wieacker*: Privatrechtsg.<sup>2</sup> 471. Damit wollen wir natürlich nicht behaupten, dass im Dritten Entwurf von den pandektistischen Konzeptionen in jeder wesentlichen Frage *Windscheids* Ansichten richtunggebend blieben. Während z. B. der Erste Entwurf der Grundlage auf der von *Windscheid* übernommenen *Savignyschen* Besitzlehre beruhte, näherte sich der Zweite Entwurf der Besitzlehre von *Jhering*.

setzende BGB, dessen „subjektive Tragoedie“ ist,<sup>274</sup> dass seine Erzeuger nicht vor Augen hatten, dass die dogmatische Richtung anachronistisch wurde.

Das Inkrafttreten des Bürgerlichen Gesetzbuchs am 1. Januar 1900 schuf dann — mindestens formell — die Existenzberechtigung der Pandektistik als Wissenschaft ab, was natürlich nicht bedeutet hat, dass die deutsche Privatrechtswissenschaft von den pandektistischen Konzeptionen von nun an völlig frei wurde, weil das BGB — wenn auch es kein in Paragraphen zusammengefasstes Pandektenbuch war, als das sächsische ZGB<sup>275</sup> — dennoch auf pandektistischen Grundlagen beruhte.<sup>276</sup> Das ist hingegen zweifellos, dass die dogmatische Entwicklung in den Folgenden schon von den Sätzen des bürgerlichen Gesetzbuchs ausgehen sollte, dies wurde ja schon das Reichsrecht.<sup>277</sup> *L. Mitteis* war der einzige deutsche Rechtsgelehrte, der in Leipzig unter dem Titel „Pandekten, als Einführung in das bürgerliche Gesetzbuch“ noch ungefähr zwei Jahrzehnte lang Vorlesungen gehalten hat. Da aber die weitergebildete Dogmatik des Bürgerlichen Gesetzbuchs sich von der Pandektistik mehr und mehr entfernte, als von einem verstorbenen Baum, der keine Schosse mehr brachte, wurde dieses Kolleg aus dem Universitätslehrplan kurz nach dem ersten Weltkrieg ausgelassen, was der dann schon schwerkranke Professor — wie *Koschaker* schreibt — voller Bitternis zu Kenntnis genommen hat.<sup>278</sup>

## II.

Die Obigen zusammenfassend:

Die Pandektistik war die von dem romanistischen Zweig der historischen Rechtsschule des deutschen Privatrechts im 19. Jahrhundert erschaffene, aus dem Liberalkapitalismus stammende, den Interessen des aufkommenden Bürgertums dienende, auf der Quellenkritik des justinianischen Rechts beruhende, aber in ihren Wurzeln auf die Lehren der Kommentatoren, des *Usus modernus* und der deutschen naturrechtlichen Schule, sowie auf *Kants* idealistische Philosophie zurückgehende und die Methode der Begriffsjurisprudenz anwendende Privatrechtswissenschaft, die die mit der Rechtsentstehungstheorie der historischen Rechtsschule in Einklang stehende Privatrechtstheorie ausgestaltete.

Die ebenfalls durch den germanistischen Zweig der historischen Rechtsschule erschaffene deutsche Privatrechtswissenschaft, als die unentwickelte Schwester der Pandektistik, lebte eine Weile neben der Letzteren, das Pandek-

<sup>274</sup> „Die Vorbereitung des bürgerlichen Gesetzbuches — sagt *Eörsi* (a. a. O. 152) — fiel in grossem Masse den hochberühmten, sehr angesehenen Pandektisten, in erster Linie *Windscheid* zu. Diese aber waren mit einer aus so wertvollen Antiquitäten bestehenden gewaltigen Erbschaft belastet, dass sie sich davon in dem von den neuen Zeiten erforderten Masse nicht losmachen konnten. Dieses war das subjektive Element, das darin mitwirkte, dass das „Gesetzbuch des XX. Jahrhunderts“ — ebenso wie hundert Jahre früher das ALR — die Krönung und Zusammenfassung des Rechts des vorigen Jahrhunderts geworden ist, in einer Periode, als schon tatsächlich die Winde des frühen XX. Jahrhunderts bliesen und übrigens auch nicht ganz wirkungslos auf das pandektistische Gewebe des bürgerlichen Gesetzbuchs waren.“

<sup>275</sup> *Koschaker*, a. a. O. 258.

<sup>276</sup> „Im BGB — sagt *Koschaker* (a. a. O. 293.) — war die Begriffswelt der Pandektistik „Gesetz geworden“.

<sup>277</sup> *Koschaker* a. a. O. 293.

<sup>278</sup> *Koschaker* a. a. O. 294.

tensystem, die Kategorien. Methoden des römischen Rechts benützend. Diese Richtungen sind erst in der Mitte des Jahrhunderts miteinander in Konflikt geraten. Die Germanisten haben nämlich davon ab die Erschaffung des deutschen nationalen Rechts, des einheitlichen deutschen bürgerlichen Gesetzbuchs erfordert, der auf römischen Grundlagen beruhenden und die Kodifikation ebenfalls im Interesse der deutschen Einheit zu unterlassen wünschenden Pandektistik gegenüber.

Die Wertbezeichner der Entfaltungsperiode der Pandektistik (1803—1853) sind *Savigny* und sein Schüler, *Puchta*. Ihre Rechtsentstehungstheorie, sich auf das Charakteristische im antiken römischen Recht stützend, betonte das Primat des Gewohnheitsrechts und diente der Hemmung der Kodifikation, während ihre Privatrechtstheorie die Ergebnisse des justinianischen Rechts und des Weiterlebens dieses Rechtes verwertend, die Erschaffer des Pandektensystems, des subjektiven Rechts, des Rechtsverhältnisses, der juristischen Person, der Rechtsgeschäftslehre, der Besitz — und Haftungslehre und der Lehre der Personifikation der Beerbung geworden ist. Nachdem ihre privatrechtstheoretischen sowie ihre allgemeinen rechtsentstehungstheoretischen Konzeptionen dem Ausbau des Mobiliarprivateigentums und dem Ausbau der Vertragsfreiheit dienten, haben sie das feudale Eigentumsrecht und so die Interessen der feudalen Schichten nicht berührt. Mit ihrer individuell-willenszentrischen Anschauung hingegen haben sie den Anforderungen des aufkommenden Bürgertums weitgehend gedient.

Den in der Mitte des 19. Jahrhunderts stattgefundenen gesellschaftlich-wirtschaftlichen Änderungen zufolge ist die Germanistik mit der Pandektistik in Konflikt geraten und von der Pandektistik — nachdem sie ausschliesslich die Dogmatik des deutsch-römischen Privatrechts werden wollte — hat sich die römische Rechtsgeschichte abgetrennt und ist grundlegend mit *Mommsens* Auftreten eine selbständige Disziplin geworden. Aber auch innerhalb der Pandektistik begann eine gewisse Differenzierung. Es entwickelte sich, als die gerade Fortsetzung der frühen Pandektistik, die dogmatische Richtung. Diese führte, sich noch immer von der kantianischen Philosophie ernährend, selbst in der zum Monopolkapitalismus neigenden Gesellschaft, die allgemeine und Privatrechtstheorie der frühen Pandektistik, die Methode der von *Puchta* erschaffenen Konstruktionsjurisprudenz, die — schon als „Begriffsjurisprudenz“ genannt — das Rechtssystem als eine geschlossene logische Einheit behandelnd, die Teilbegriffe des Rechts vom Rechtsbegriff als Axiom ableitet. Diese Richtung, obwohl sie gezwungen war, der deutschen Reichseinheit und dem Monopolkapitalismus zu Lasten der Lehren der frühen Pandektistik gewisse Zugeständnisse zu machen (die Unterlassung des Primats des Gewohnheitsrechts, Anerkennung der Existenzberechtigung der Kodifikation, Ermässigung der willenszentrischen Anschauung), ist doch im Grunde genommen die Privatrechtswissenschaft des Liberalkapitalismus geblieben. Als solche, vermochte sie natürlich mit den Erfordernissen des Monopolkapitalismus nicht Schritt zu halten und wurde mehr und mehr überwunden. Es wird dennoch diese Richtung eine sozusagen „offizielle“ Richtung der Pandektistik sein.

Ihr gegenüber entwickelte sich die interessenforschende Richtung des an den Brüsten der historischen Rechtsschule, näher betrachtet der Puchtaschen Pandektistik aufgewachsenen *Jhering*. Dieser in seiner allgemeinen Rechtsentstehungstheorie bis zur Verwerfung der Rechtsquellenqualität der Gewohnheit gelangend, erforderte eine eindeutige Kodifikation für den vom Monopolkapi-

talismus verlangten Schutz der Verkehrssicherheit, und in seiner Privatrechtstheorie verwarf die individuelle willenszentrische Anschauung. Ausserdem, die positivistische Auffassung von *Comte*, *Bentham*, *Austin* als Grundlage annehmend, verwarf er die Konstruktionsjurisprudenz und ersetzte sie mit der kritischteleologischen Methode. Während die dogmatische Richtung beinahe an den Erscheinungen der sich in der zweiten Hälfte des 19. Jahrhunderts immer schärfer zeigenden sozialen Spannung vorbeigegangen war, erkannte *Jhering* — gewiss in der Kenntnis der Philosophie von *Hegel*, ohne mit *Marx* in Kontakt gelangt zu haben — dass die Rechtsgleichheit des Kapitalismus nur formell ist, dass der Reiche und der Arme vor dem Gesetz nicht gleich sein können und die Lohnbedingungen für den Arbeiter vom Arbeitgeber diktiert werden. Hinter dem Recht sieht er die staatliche Zwangsgewalt und in den Rechtsregeln die der provisorischen Aufhebung der Interessenkämpfe dienenden Mittel, die durch die menschlichen Zwecken determiniert sind. Wenn auch aber *Jhering* nicht die herrschende Richtung der Pandektistik vertreten hat, war er dennoch ein Pandektist, denn seine Theorie war eine aus der Textkritik des justinianischen römischen Rechts ausgehende, durch die historische Anschauung gerichtete deutsch-römische Privatrechtstheorie aus dem vorigen Jahrhundert, die die Interessen der Herrscherklasse des Monopolkapitalismus entsprechend ausdrückte, selbst wenn er an den gesellschaftlichen widersprüchen seines Zeitalters nicht wortlos vorüberging.

Mit dem Inslebentreten des einheitlichen deutschen bürgerlichen Gesetzbuchs am 1. Januar, 1900, hat die Pandektistik als die deutsch-römische Privatrechtswissenschaft des 19. Jahrhunderts ihre Daseinsberechtigung auch dann verloren, wenn das BGB dem Wesen nach ein sog. gesetztes Pandektenlehrbuch ist, das als ein Produkt der Pandektistik als Privatrechtswissenschaft angesehen werden kann. Bedauerlicherweise aber übte nicht die *Jheringsche* Pandektistik voll von fortschrittlichen Elementen eine entscheidende Wirkung auf die Erschaffung dieses Gesetzeswerks aus, sondern die mit der Zeit in gehörigen Weise nicht Schritt haltende dogmatische Richtung, von der — durch *Windscheids* Pandektenlehrbuch — das Gesicht des bürgerlichen Gesetzbuchs in vielen Beziehungen bestimmt wurde.

Eine solche pejorative Beurteilung der dogmatischen Richtung bedeutet natürlich nicht, dass die dadurch ausgebildeten — übrigens wissenschaftlich tiefen — Konzeptionen in Hinsicht der theoretischen Kategorien auf die Entwicklung des Zivilrechts keine Wirkung in vielen Richtungen, auch in der Beziehungen selbst in unseren Tagen ausgeübt hätten.<sup>279</sup>

<sup>279</sup> Die Vertreter der neuesten bürgerlichen Rechtstheorie betrachten die Grössten Gestalten der Pandektistik als die Begründer der heutigen bürgerlichen Rechtsphilosophie. So führt *E. Opocher* (*Lezioni di filosofia del diritto*. Padova, 1976.) die Lösung einzelner rechtlichen Grundprobleme auf prozessualen Weg auf das System von *Savigny* (98.), auf das Lehrbuch des Pandektenrecht von *Windscheid* (103) und auf dem „Zweck“ von *Jhering* (98) zurück. In der Frage der Relation der rechtlichen Realität und des Willens zu einander hält er die Tätigkeit von *Jhering* und *Windscheid* für grundlegend. Er schätzt übrigens die Leistungen der Romanistik in der Entwicklung der Rechtsphilosophie sehr hoch (VIII. Kapitel.).

## INHALT

|  |    |
|--|----|
| Einleitung .....   | 3  |
| I. Begriff der Pandektistik .....  | 5  |
| 1. Problem des Pandektenrechts im allgemeinen .....  | 5  |
| 2. Glossatoren, Kommentatoren und die deutsche Rezeption .....                             | 5  |
| 3. Das deutsche Pandektenrecht .....   | 15 |
| 4. Begriffliche Kriterien der Pandektistik .....   | 18 |
| II. Geschichte der Pandektistik .....  | 26 |
| 1. Die gesellschaftlichen und politisch-ideologischen Wurzeln der Pandektistik .....       | 26 |
| 2. Entfaltung der Pandektistik. Savigny und Puchta .....                                   | 32 |
| 3. Differenzierung der Pandektistik. Dogmatische Richtung und Interessenjurisprudenz ..... | 58 |
| A) Die dogmatische Richtung der Pandektistik. Arndts, Brinz, Windscheid, Dernburg .....    | 60 |
| B) Die interessenforschende Richtung der Pandektistik. Jhering .....                       | 78 |
| 4. Untergang der Pandektistik .....  | 94 |

---

Felelős kiadó: dr. Veres József  
81-4442 — Szegedi Nyomda — Felelős vezető: Dobó József igazgató  
Készült: linószedéssel, íves magasnyomással, 8,75 A5 ív terjedelemben,  
az MSZ 5501—59 és 5602—55 szabvány szerint.  
Példányszám: 525

**A SZEGEDI JÓZSEF ATTILA TUDOMÁNYEGYETEM  
ÁLLAM- ÉS JOGTUDOMÁNYI KARÁNAK E SOROZATBAN  
ÚJABBAN MEGJELENT KIADVÁNYAI**

**Tomus XXIV.**

Fasc. 1. György Antalffy: *Introduction à l'Histoire des Doctrines Politico-Juridiques (Esquisse de cours magistraux à l'Université)*. (Szeged, 1977) 60 l.

Fasc. 2. Both Ödön: *A stuprum violentum a kései feudális magyar büntetőjogban (1790—1848)*. (Szeged, 1977) 36 l.

Fasc. 3. Ruzsoly József: *A kisajátítás törvényi szabályozásának története Magyarországon (1836—1881)*. (Szeged, 1977) 40 l.

Fasc. 4. Szentpéteri István: *A szervezés modern kori fejlődése, professzionalizációja és tudománnyá válásának folyamata*. (Szeged, 1977) 55 l.

**Tomus XXV.**

Fasc. 1. Bodnár László: *A nemzetközi jog és az államon belüli jog viszonya — egyes államok alkotmányai alapján*. (Szeged, 1978) 32 l.

Fasc. 2. Robert A. Horváth: *Essays in the History of Political Arithmetics and Smithianism*. (Szeged, 1978) 80 l.

Fasc. 3. Nagy Ferenc: *Attekintés az egyes európai államok szociálterápiai jellegű intézményeiről*. (Szeged, 1978) 28 l.

Fasc. 4. Nagy Károly: *Az egyének és jogi személyek sérelmére elkövetett nemzetközi jogsértések*. (Szeged, 1978) 68 l.

Fasc. 5. ИГНАЦ ПАПИ: *Ленин о государстве, об отношении Государственных органов и общественных организаций*. (Szeged, 1978) стр. 45.

Fasc. 6. П. ВАШТАГ: *Важнейшие свойства формы государственной организации в Венгрии в первые годы после освобождения*. (Szeged, 1978) стр. 16.

**Tomus XXVI.**

Fasc. 1. Czuczor Ottó: *Öregségnyugdíj-rendszerek az európai szocialista országokban (Az alapellátások típusai)*. (Szeged, 1979) 18 l.

Fasc. 2. Martonyi János: *A bírói ítéletek indokolása*. (Szeged, 1979) 28 l.

Fasc. 3. Molnár Imre: *A szerződés megszűnésének okai és a felmondási jog kérdése a locatio conductionál*. (Szeged, 1979) 16 l.

Fasc. 4. Károly Nagy: *Haftung für die mit einer erhöhten Gefahr verbundene Tätigkeit im Völkerrecht*. (Szeged, 1979) 72 l.

Fasc. 5. Papp Ignác: *Közigazgatás, társadalom, hatékonyság*. (Szeged, 1979) 54 l.

Fasc. 6. Elemér Pólay: *Privatrechtliche Denkweise der römischen Juristen*. (Szeged, 1979) 144 l.

Fasc. 7. Ruzsoly József: *A választási bíráskodás szabályozásának története a reformkortól az 1945. évi VIII. tc. megalkotásáig*. (Szeged, 1979) 112 l.

Fasc. 8. Úrmös Ferenc: *A szocialista bírósági igazgatás kialakulása és típusai*. (Szeged, 1979) 52 l.

**Tomus XXVII.**

*Emlékkönyv dr. Martonyi János egyetemi tanár oktatói működésének 40. és születésének 70. évfordulójára* (Szeged, 1980) 414 l.

Fasc. 1. György Antalffy: *Société, état, administration publique* (Szeged, 1980) 75 l.

Fasc. 2. József Balázs: *Vereinlichung der Kriminalstatistik in Ungarn* (Szeged, 1980) 11 l.

Fasc. 3. Berényi Sándor: *A bíráskodó államigazgatás* (Szeged, 1980) 12 l.

Fasc. 4. Both Ödön: *Szemere Bertalan belügyminiszter sajtórendelete és a vezetése alatt álló minisztérium sajtóügyi tevékenysége 1848-ban*. (Szeged, 1980) 31 l.

Fasc. 5. Hencz Aurél: *Törekvések a felsőfokú közigazgatási tisztviselőképzés szakszerűbbé tételére a két világháború között*. (Szeged, 1980) 17 l.

- Fasc. 6. Horváth Róbert: *A magyar hivatalos statisztika törvényes szabályozása a szocialista statisztika korszakában.* (Szeged, 1980) 18 l.
- Fasc. 7. Béla Kemenes: *Legal and administrative means of consumer protection system.* (Szeged, 1980) 18 l.
- Fasc. 8. Meznerics Iván: *A pénzügyi jog tárgya és viszonya az államigazgatási joghoz.* (Szeged, 1980) 16 l.
- Fasc. 9. Molnár Imre: *Allami beavatkozási kísérletek a haszonbérlet körében a klasszikus római jogban.* (Szeged, 1980) 16 l.
- Fasc. 10. Nagy Ferenc: *A büntetéssel fenyegetett cselekményt elkövető gyermekek helyzete és a velük szemben alkalmazható eszközök Magyarországon.* (Szeged, 1980) 16 l.
- Fasc. 11. Nagy Károly: *Néhány megjegyzés a szankció jellemzőiről a nemzetközi jogban.* (Szeged, 1980) 18 l.
- Fasc. 12. László Nagy: *Grundlegende Fragen des Arbeitsverhältnisses der Angestellten in der sozialistischen Staatsverwaltung.* (Szeged, 1980) 17 l.
- Fasc. 13. Papp Ignác: *A közigazgatási szakember jellemzőiről.* (Szeged, 1980) 18 l.
- Fasc. 14. Pólay Elemér: *A római polgárokat terhelő közszolgáltatások rendje Arcadius Charisiusnak, a dígeszták posztklasszikus jogászának művében.* (Szeged, 1980) 12 l.
- Fasc. 15. Ruzsoly József: *Választói összeírás és választási bíraskodás Magyarországon 1848—1875.* (Szeged, 1980) 29 l.
- Fasc. 16. Számel Lajos: *A hatósági jogalkalmazás bizonyítási rendszerének továbbfejlesztése.* (Szeged, 1980) 13 l.
- Fasc. 17. Szentpéteri István: *Az irányítás (vezetés) és a felügyelet elhatárolásának problémái, különös tekintettel az oktatásügyi igazgatásra.* (Szeged, 1980) 20 l.
- Fasc. 18. Szűcs István: *A közigazgatási bíraskodás témájának magyar kutatója.* (Szeged, 1980) 16 l.
- Fasc. 19. Ürmös Ferenc: *A belső igazgatás szerepének felismerése az európai szocialista országok bírósági igazgatásában.* (Szeged, 1980) 15 l.
- Fasc. 20. Martonyi János *Tudományos munkáinak jegyzéke.* (Szeged, 1980) 10 l.

#### Tomus XXVIII.

- Fasc. 1. Bodnár M. László: *A végszükség a büntetőjogban.* (Szeged, 1981) 41 l.
- Fasc. 2. Kemenes Béla: *Polgári jogunk fejlődése a Magyar Népköztársaságban.* (Szeged, 1981) 31 l.
- Fasc. 3. Nagy Ferenc: *Az új Büntető Törvénykönyv szankciórendszerének egyes kérdései.* (Szeged, 1981) 36 l.
- Fasc. 4. Révész Béla: *A döntés fogalmi meghatározásának néhány problémája.* (Szeged, 1981) 28 l.
- Fasc. 5. Tóth Árpád: *A kivételes állapot intézménye néhány burzsoá állam jogrendszerében kialakulásától az első világháború végéig.* (Szeged, 1981) 54 l.
- Fasc. 6. Ürmös Ferenc: *A belső igazgatás és az igazságszolgáltatási szervezeti rendszer reformjának néhány kérdése a polgári államokban.* (Szeged, 1981) 34 l.
- Fasc. 7. Róbert A. Horváth: *Le Développement de l'École de Statistique Descriptive Allemande (Une synthèse de l'histoire scientifique en statistique).* (Szeged, 1981) 70 l.
- Fasc. 8. László Nagy: *Situation and role of Trade Unions and workers and employees within the enterprise in the European COMECON countries.* (Szeged, 1981) 56 l.
- Fasc. 9. Ignác Papp: *Society, conditions of interests, public administration.* (Szeged, 1981) 64 l.
- Fasc. 10. Elemér Pólay: *Ursprung, Entwicklung und Untergang der Pandektistik.* (Szeged, 1981) 99 l.

