Privatrechtsgeschichte des 19. Jahrhunderts: § 6: Bürgerliches Gesetzbuch und weitere Privatrechtskodifikationen

LITERATUR: Kroeschell, Deutsche Rechtsgeschichte 3, S. 180 ff.; Meder, Rechtsgeschichte, S. 313 ff.; Rainer, Das Römische Recht in Europa, S. 376 ff.; Schlosser, Neuere Europäische Rechtsgeschichte, S. 279 ff., 344 ff.; Examinatorium Rechtsgeschichte: Artikel „Allgemeines Deutsches Handelsgesetzbuch von 1861 (S. 57 ff.), Artikel „Bürgerliches Gesetzbuch" (S. 61 ff.), Artikel „Freirecht" (S. 380 ff.)

I. Allgemeine Entwicklungen im Privatrecht

1. Vom Institutionen- zum Pandektensystem

2. Von der *actio* zum materiellen Anspruch

Bernhard Windscheid, Lehrbuch des Pandektenrechts, 1. Band (9. Aufl. 1906), 182:
Es ist ein Bedürfnis vorhanden, die Richtung des Rechtes auf Unterwerfung fremden Willens als solche, unabhängig, ob das Recht ein dingliches oder persönliches, ein absolutes oder relatives ist, zu bezeichnen. Dieses Bedürfnis befriedigt der Ausdruck Anspruch. Sowohl der deutsche Sprachgebrauch, wie die Analogie des römischen, erlauben es, diesen Ausdruck nicht bloß für das Ansprechen als Tatsache zu gebrauchen, sondern auch für das Ansprechen als rechtliche Zuständigkeit, also für das Recht zum Ansprechen, das Recht von einem anderen etwas zu verlangen.

3. Praxis und Rechtssprechung

Entscheidung des Reichsgerichts vom 17. März 1879 (RGZ 1, 251)
Sprachlich bedeutet Eisenbahn ganz allgemein eine Bahn von Eisen zwecks Bewegung von Gegenständen auf derselben. Verknüpft man diesen Wortlaut mit dem Gesetzeszweck, und erwägt man, daß die eigenartige Nützlichkeit und gleichzeitige Gefährlichkeit des metallischen Transportgrundes, in der (durch dessen Konsistenz, sowie durch dessen, das Hindernis der Reibung vermindernde Formation und Glätte gegebenen) Möglichkeit besteht, große Gewichtsmassen auf jenem Grunde fortzubewegen und eine verhältnismäßig bedeutende Geschwindigkeit der Transportbewegung zu erzeugen, so gelangt man im Geiste des Gesetzes zu keiner engeren Bestimmung jener sprachlichen Bedeutung des Wortes Eisenbahn, um den Begriff eines Eisenbahnunternehmens im Sinne des § 1 des Gesetzes zu gewinnen, als derjenigen: „Ein Unternehmen, gerichtet auf wiederholte Fortbewegung von Personen oder Sachen über nicht ganz unbedeutende Raumstrecken auf metallener Grundlage, welche durch ihre Konsistenz, Konstruktion und Glätte den Transport großer Gewichtmassen, bzw. die Erzielung einer verhältnismäßig bedeutenden Schnelligkeit der Transportbewegung zu ermöglichen bestimmt ist, und durch diese Eigenart in Verbindung mit den außerdem zur Erzeugung der Transportbewegung benutzten Naturkräften (Dampf, Electrizität, thierischer oder menschlicher Muskeltätigkeit, bei geneigter Ebene der Bahn auch schon der eigenen Schwere der Transportgefäße und deren Ladung, u. s. w.) bei dem Betriebe des Unternehmens auf derselben eine verhältnismäßig gewaltige (je nach den Umständen nur in bezweckter Weise nützliche, oder auch Menschenleben vernichtende und die menschliche Gesundheit verletzende) Wirkung zu erzeugen fähig ist."

II. Die Entstehung des Bürgerlichen Gesetzbuchs

1. Vorausgehende Gesetzgebungen

a) Kodifikationen in den Partikularstaaten (z. B. Sächsisches Bürgerliches Gesetzbuch von 1865)

b) Das Allgemeine Deutsche Handelsgesetzbuch von 1862

Entwurf eines allgemeinen Handelsgesetzbuches für Deutschland (1848/49)
Art. 12
Der Handelsfrau steht in Betreff ihrer Handelsgeschäfte nicht die Berufung auf die Rechtswohlthaten der Frauenspersonen zu, auch wenn sie bei der Betreibung ihres Handelsgewerbes nicht thätig ist.

Motive zu Art. 12
Dagegen schien es geeignet, den Satz aufzunehmen, daß der Handelsfrau in Betreff ihrer Handelsgeschäfte nicht die Berufung auf die Rechtswohlthaten der Frauenspersonen zustehe. Es ist insbesondere die Berufung auf das Senatus consultum Vellejanum, welche durch diesen Satz ausgeschlossen wird, wie sie denn auch schon durch manche Particullarrechte ausgeschlossen ist. Der Zusatz: 'auch wenn sie bei der Betreibung ihres Handelsgewerbes nicht thätig ist,' ist nothwendig, weil es eine Streitfrage ist, ob eine Handelsfrau, welche, ohne selber thätigen Theil zu nehmen, durch Andere das Gewerbe betreiben läßt, in aller Beziehung als Handelsfrau gelte.

2. Die Lex Miquel-Lasker und die Vorkommission

3. Die erste Kommission (1875-1889)

Aus: Otto von Gierke, Die soziale Aufgabe des Privatrechts, 1889
Wir brauchen aber auch ein Privatrecht, in welchem trotz aller Heilighaltung der unantastbaren Sphäre des Individuums der Gedanke der Gemeinschaft lebt und webt. Schroff ausgedrückt: in unserem öffentlichen Recht muß ein Hauch des naturrechtlichen Freiheitstraumes wehen und unser Privatrecht muß ein Tropfen sozialistischen Öles durchsickern [...] Was wir vom römischen Recht gelernt haben, wollen wir nicht verlernen, und dankbar wollen wir festhalten an der durch die wunderbare juristische Denkkunst der Römer gebildeten Form. Aber der Geist, der die Form beseelt, sei der Geist des Rechtes unserer Väter!

Otto von Gierke, Der Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuchs und das deutsche Recht, 2. Aufl., Leipzig 1889, S. 2 ff.
Wird dieser Entwurf nicht in diesem oder jenem wohlgelungenen Detail, sondern als Ganzes betrachtet, wird er auf Herz und Nieren geprüft und nach dem Geiste befragt, der in ihm lebt, so mag er manche lobenswerte Eigenschaft offenbaren. Nur ist er nicht deutsch, nur ist er nicht volkstümlich, nur ist er nicht schöpferisch – und der sittliche und sociale Beruf einer neuen Privatrechtsordnung scheint in seinen Horizont überhaupt nicht eingetreten zu sein! Was er uns bietet, das ist in seinem letzten Kern ein in Gesetzesparagraphen gegossenes Pandektenkompendium. Selbstverständlich mit umfassenden Konzessionen an das deutsche und moderne Recht, mit Weglassung vieler noch vegetierender römischer Institute und mit Aufnahme zahlreicher einheimischer Rechtsbildungen, ohne die nun einmal ein Recht der Gegenwart nicht denkbar ist. Aber das innere Gerüst des ganzen Baues vom Fundament bis zum Giebel entstammt der Gedankenwerkstätte einer vom germanischen Rechtsgeiste in der Tiefe unberührten romanistischen Doktrin, und fast wie ein fremdartiger Stoff nur ist das deutsche Recht ihm eingefügt, überall so behauen und beschnitten, wie es die reinen Linien des stilvollen Kunstbaues am wenigsten zu stören schien. Mit jedem seiner Sätze wendet dieses Gesetzbuch sich an den gelehrten Juristen, aber zum deutschen Volke spricht es nicht – nicht zu seinen Ohren, geschweige denn zu seinem Herzen. In kahle Abstraktionen löst es auf, was von urständigem und sinnfälligem

Rechte noch unter uns lebt; starrem Formalismus und dürrem Schematismus opfert es den Ideenreichtum und die organische Gestaltenfülle unserer vaterländischen Rechtsbildung. Und arm, unbeschreiblich arm erweist es sich an schöpferischen Gedanken. In der Hauptsache begnügt es sich mit einer Kodifikation des usus modernus pandectarum, den es durch einzelne Entlehnungen aus den neueren Gesetzbüchern, durch Wiedergabe von einigem schon vorhandenen Reichsrecht und durch Verallgemeinerung gewisser bisher nur in mehr oder minder übereinstimmenden Landesgesetzen durchgeführter Reformen ergänzt. Wo es aber ausnahmsweise Neues bringt, entbehrtes infolge seiner Grundrichtung von vornherein der gesunden und unverkümmerten Zeugungskraft. Nur aus Lebendigem geht Lebendiges hervor. Wahrhaft Lebendiges wird kein Gesetzgeber schaffen, der sich gegen den frischen Lebensquell alles Rechts verschließt. Der sich abkehrt von der Seele seines Volkes und den Pulsschlag seiner Zeit überhört, künstlich sich isolierend, weil er in seiner weltgeschichtlichen Aufgabe nur oder doch zunächst ein Problem juristischer Technik erblickt, das man am besten fern vom Lärm der Gasse in vornehmer Zurückgezogenheit löst! Der eine Neuordnung des Privatrechts unternimmt, ohne zu begreifen, daß er hiermit eine sociale That vollziehen, daß er ein gutes Stück der Verantwortung für die künftige Gestaltung der sittlichen und wirtschaftlichen Zustände auf sich laden soll – und dies in einem Zeitalter, in welchem den gesellschaftlichen Körper eine innere Bewegung durchbebt, deren Fortgang über Sein oder Nichtsein unserer Kultur entscheiden mag! Oder wäre dieser Vorwurf dem Entwurfe gegenüber unbegründet? Wohnt ihm dennoch etwa eine verborgene sociale Tendenz inne? Aber dann wäre dies die individualistische und einseitig kapitalistische Tendenz des reinsten Manchestertums, es wäre jene gemeinschaftsfeindliche, auf die Stärkung des Starken gegen den Schwachen zielende, in Wahrheit antisociale Richtung, mit der im übrigen unsere neue deutsche Gesetzgebung so entschieden gebrochen hat! Schwerlich liegt dem Entwurfe eine derartige Absicht zu Grunde. Vielmehr ist es der Mangel jeder den Bannkreis der Jurisprudenz überschreitenden Absicht, der unwillkürlich ein solches Ergebnis hervorgebracht hat und immer und überall hervorbringen muß, wenn der römische Rechtsgedanke über den germanischen triumphiert.

Anton Menger, Das Bürgerliche Recht und die besitzlosen Volksklassen, 4. Auflage, Tübingen 1908, S. V, 14, 15 ff.
Die Wissenschaft des bürgerlichen Rechts hat während des 19. Jahrhunderts im Rahmen der überlieferten Methoden grosse Fortschritte gemacht. Unsere Juristen haben nicht nur das Privatrechtssystem bis in seine geringfügigsten Einzelheiten ausgebildet, sondern sie haben auch seine geschichtlichen Grundlagen in unübersehbarer Fülle gesammelt und bearbeitet. Aber wie befinden sich die Völker bei diesem so hoch entwickelten Privatrecht? Wie befinden sich namentlich die besitzlosen Volksklassen, welche überall die ungeheuere Mehrheit bilden? Diese entscheidende Frage ist bisher noch von keinem Juristen gestellt worden. Die vorliegende Schrift hat die Aufgabe, jene Frage zwar nicht zu beantworten, wohl aber ihre Beantwortung anzuregen und vorzubereiten. […] Versifizierte Prosa ist keine Poesie, und ein in Paragraphen gebrachtes Lehrbuch des Zivilrechts ist noch kein bürgerliches Gesetzbuch. Die Aufgabe des Lehrbuchverfassers und des Gesetzgebers ist eben wesentlich verschieden. […] Niemals hat es einen Zeitpunkt gegeben, der für eine solche schöpferische Tätigkeit günstiger war als der gegenwärtige Augenblick. Seit Jahrtausenden hatten ausschliesslich die Herrschenden und Besitzenden das Privatrecht in ihrem Interesse ausgebildet und die besitzlosen Volksklassen hatten aus Furcht und Unwissenheit niemals ihre Rechte geltend gemacht. Der deutsche Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuches ist nun das erste umfassende Gesetzeswerk, welches zu einer Zeit (1874-1888) abgefasst wurde, wo die besitzlosen Volksklassen sich in Deutschland wie in andern Ländern zu einer gewaltigen Macht emporgeschwungen haben und wo diese Veränderung der Machtverhältnisse von der deutschen Reichsgesetzgebung selbst durch eine umfassende Sozialreform anerkannt worden ist. Jetzt war daher auch der Zeitpunkt gekommen, die bürgerlichen Gesetze – sei es auch unter Festhaltung aller wesentlichen Konsequenzen des Privateigentums - im Interesse der Armen zu revidieren und dadurch den übrigen Völkern der Welt ein nachahmungswürdiges Beispiel zu geben. Wie aber haben die Verfasser des Entwurfes ihre grosse Aufgabe gelöst? Vor allem waren die Redakteure darauf bedacht. . ., die überaus zahlreichen und aus den verschiedensten Zeitaltern stammenden Partikulargesetze über das bürgerliche Recht in allen deutschen Bundesstaaten zu sammeln und dann dieses massenhafte Material – ein wahres onus multorum camelorum – "zu sichten, Veraltetes auszuscheiden, das Lebens- und

Entwicklungsfähige herauszusuchen und zu neuem Leben und weiterer Entwickelung zu verbinden und zu einem organischen Ganzen zu verarbeiten." Dass das Resultat dieser sammelnden und sichtenden Tätigkeit nur ein in Paragraphen gebrachtes Lehrbuch des geltenden Rechtes mit Ausscheidung des offenbar Veralteten ist und dass der Entwurf ebensowohl im Jahre 1788 als ein Jahrhundert später hätte erscheinen können, wird bei der gewählten Arbeitsmethode niemand befremden. Ja man kann sich versichert halten, dass die Redakteure, hätten sie die Sklaverei und die Leibeigenschaft in Deutschland als geltendes Recht angetroffen, diese ehrwürdigen Rechtsinstitute in ihrem Entwurf sorgfältig konserviert haben würden. Sowie dem Inhalt des Entwurfs jede Originalität fehlt, so ist er auch in der Form vollständig vergriffen. Kein Teil der Gesetzgebung bedarf so sehr einer volkstümlichen, allgemein verständlichen Ausdrucksweise als das bürgerliche Recht; […] Nun besitzen wir aber eine juristische Literatur von ungeheurer Ausdehnung, in welcher die Differenzierung der Rechtsbegriffe und überhaupt die Zerfaserung des Rechtsstoffes so weit getrieben ist, dass man die deutsche Rechtswissenschaft treffend mit einem Messer verglichen hat, welches so dünn und scharf geschliffen ist, dass es nicht mehr schneidet. Die Verfasser des Entwurfes, welchen ohnedies kein besonderes Formtalent nachzurühmen ist, stehen nun ganz unter dem Einfluss dieser juristischen Scholastik und haben demgemäss ein Werk geliefert, dessen abstrakte und unpopuläre Ausdrucksweise kaum überboten werden kann. Rechnet man noch dazu, dass fast in jedem Abschnitt zahlreiche Verweisungen auf die in andern Hauptstücken vorgetragenen Rechtsregeln vorkommen, so dass man die Normen über ein bestimmtes Rechtsinstitut häufig in dem ganzen Gesetzbuch zusammensuchen muss, so kann man mit gutem Grunde behaupten, dass die grossen Volks massen, wenn der Entwurf Gesetz wird, in Beziehung auf die Rechtsanwendung ganz der Diskretion der Fachjuristen überliefert sein werden.

4. Die zweite Kommission (1890-1894)

5. Die Beratungen im Reichstag

III. Weitere Kodifikationen

1. Das japanische Zivilgesetzbuch von 1896/98

JBGB (Übersetzung)
Art. 4 (Geschäftsfähigkeit von Minderjährigen)
(1) Der Minderjährige bedarf zu einem Rechtsgeschäft, durch das er nicht lediglich Rechte erwirbt oder von Verbindlichkeiten befreit wird, der Einwilligung seines gesetzlichen Vertreters.
[…]
Art. 5 (Frei verfügbares Vermögen)
Der Minderjährige kann über Vermögen, das ihm von seinem gesetzlichen Vertreter für bestimmte Zwecke überlassen worden ist, im Rahmen dieser Zweckbestimmung frei verfügen; das gleiche gilt für Vermögen, über das sein gesetzlicher Vertreter ihm ohne Bestimmung eines Zwecks zu verfügen gestattet.

2. Schweiz

a) Zivilgesetzbuch (1907/1912)

b) Obligationenrecht (1881/1911)

Eugen Huber, Die Persönlichkeit, abgedruckt in: Zehn Vorträge über ausgewählte Gebiete des neuen Rechts, Bern 1911 (Als Manuskript vervielfältigt), S. 2 f.
Man kann wohl sagen, daß die Persönlichkeit sowohl Ausgangspunkt als Endziel des Rechtes ist. Nur muß man die Persönlichkeit nicht bloß auffassen als Einzelperson, sondern die Persönlichkeit auch in ihrer Gemeinschaft, die Persönlichkeit in der Gesamtperson, der Verbandsperson. In dieser Auffassung geht die Persönlichkeit durch alle Rechtsinstitute durch. Wir finden ihre besondere Stellung im Familienrecht, Erbrecht, Sachenrecht, Obligationenrecht. Wir können überall ihre eigentümliche Struktur, ihre leitende Bedeutung herausspüren, herausschälen; […] Die Persönlichkeit erscheint uns im Privatrecht nach zwei verschiedenen Bedeutungen konzipiert. Man

spricht von der Person als vom Rechtssubjekt, vom Subjekt im Rechtsverhältnis. Und es besteht eine Ansicht, wonach überhaupt in dieser Auffassung der Person als Rechtssubjekt sich die Lehre von der Person erschöpfe. Von diesem Standpunkt geht, systematisch wenigstens, beispielsweise das deutsche bürgerliche Gesetzbuch aus, in Anlehnung an das vorherrschende, gemeinrechtliche System. Es bildet daher nicht ein eigenes Personenrecht, sondern im allgemeinen Teil wird gehandelt von dem Subjekt im Rechtsverhältnis, der Person, so dann von dem Objekt, der Sache, und dann vom Rechtsgeschäft. Nun kann man aber neben dieser, ja insoweit durchaus richtigen Auffassung doch die Person noch in ganz anderem Sinne erfassen, nämlich als Rechtsgebilde. Die Person kommt nicht nur in Betracht als Subjekt im Rechtsverhältnis, sondern hat ihre eigene Ausgestaltung, wie sich das in der Personengemeinschaft und im Personenverband besonders deutlich zeigt. Und sobald man die Person in solcher Gestalt als Rechtsgebilde ins Auge faßt, muß man sich sagen, geht es nicht an, sie einfach als Subjekt im Rechtsverhältnis gesetzgeberisch zu behandeln, sondern dann muß man aus ihrer Lehre einen besonderen Abschnitt des materiellen Rechtes bilden.

IV. Der Richter als Rechtsschöpfer: Die Freirechtsschule

Gnaeus Flavius (Hermann Kantorowicz), Der Kampf um die Rechtswissenschaft, Heidelberg 1902, S. 5, 19 f., 41

In die Rechtswissenschaft ist eine neue Bewegung gekommen. Sie mahnt zur Selbsterkenntnis alle Juristen, welche wähnen, ihr Tun befände sich mit ihren Idealen im besten Einklang. Sie durchschaut und zerstört diesen Wahn; und unternimmt es nun, im Lichte neuer, minder bescheidener Ideale unser aller stets Tun, die Rechtsschöpfung, vor uns selbst zu rechtfertigen […] Worin besteht nun die neue Auffassung von der Rechtswissenschaft? Zunächst folgt aus dem Gesagten, daß das Verhältnis der Rechtswissenschaft zum Gesetz sich völlig verschieben muß. Ist das Gesetz in seiner Blöße enthüllt, so kann die Rechtswissenschaft sich nicht mehr begnügen mit der Rolle eines bloßen Sprachrohrs, einer in Selbstverleugnung sich erschöpfenden Handlangerin des Gesetzgebers: die Bedürfnisse des Rechtslebens verlangen eben, weil das Gesetz sie nicht befriedigen kann, daß andere Mächte, zunächst die Rechtswissenschaft, frei und schöpferisch ihr zur Seite treten. Mit der Wissenschaft als Rechtsquelle, diesem Begriff, mit dem die ältere historische Rechtsschule vielfach gespielt hat, muß endlich ernst gemacht werden. Die Wissenschaft hat die Definitionen sämtlicher Begriffe zu liefern – nicht durch „Konstruktion“, sondern durch Ausstattung mit jenen Merkmalen, welche freie Rechtssätze an die Hand geben. Sie hat die Lücken auszufüllen – nicht durch Verneinung der Ansprüche in allen Fällen, in denen das Gesetz sie nicht gewährt, sondern durch Bejahung in der Richtung, die freies Recht ihr weist. […]

Wir gehen also davon aus, daß die Rechtspflege in der Hauptsache Staatstätigkeit ist und bleiben muß. Wir fordern deshalb, daß der Richter, durch seinen Eid verpflichtet, den Fall so entscheidet, wie nach klarem Wortlaut des Gesetzes zu entscheiden ist. Von diesem darf und soll er absehen erstens, sobald das Gesetz ihm eine zweifellose Entscheidung nicht zu bieten scheint; zweitens, wenn es, seiner freien und gewissenhaften Überzeugung nach, nicht wahrscheinlich ist, daß die zur Zeit der Entscheidung bestehende Staatsgewalt die Entscheidung so getroffen haben würde, wie es das Gesetz verlangt. In beiden Fällen soll er die Entscheidung treffen, die seiner Überzeugung nach, die gegenwärtige Staatsgewalt, falls der einzelne Fall ihr vorgeschwebt hätte, getroffen haben würde. Vermag er sich eine solche Überzeugung nicht herzustellen, so soll er nach freiem Recht entscheiden. Endlich, in verzweifelt verwickelten oder nur quantitativ fraglichen Fällen, wie Schadensersatz für immateriellen Schaden, soll – und muß er – nach Willkür entscheiden. Stets aber soll den Parteien im Zivilprozeß freistehen, durch gemeinsamen Antrag den Richter von der Pflicht zur Beobachtung irgendwelcher staatlicher Rechtsnorm zu entbinden. Man wende nicht ein, daß jene richterliche Überzeugung unkontrollierbar ist und unsere Vorschläge somit dem richterlichen Belieben freie Hand lassen. Denn wenn wir uns nicht mehr auf den Eid des Richters, der eben ernste Überzeugung fordert, verlassen können, hört alles auf. Auch heute stellen wir es ja der freien, unkontrollierbaren Überzeugung des Richters anheim, was er, interpretierend, für geltendes Recht und was er, untersuchend, für Wahrheit erklärt. Gegen Exzesse der Subjektivität schützt genügend die ausgleichende Vielheit der Köpfe im Richterkollegium und der Instanzenzug.