

HUKUK SOSYOLOJISI

DER RECHTSWISSENSCHAFTLICHE POSITIVISMUS - WISSENSCHAFTLICHE METHODE UND POLITISCHE ENTSCHEIDUNG

Prof. Dr. Gerhard DILCHER

I. Der rechtswissenschaftliche Positivismus des 19. Jahrhunderts ist ein umfassendes und von bedeutenden Gelehrten durchforschtes Gebiet.¹ Es kann in einer erneuten Diskussion der rechtswissenschaftlichen Methodenfrage daher nicht darum gehen, geistesgeschichtliche Einflüsse aufzuspüren, um danach Ein- und Zuordnungen vorzunehmen. Vielmehr soll versucht werden, an der Entwicklung des Privatrechts die inneren Bewegungsgesetze und Grundentscheidungen dieses Jahrhunderts zu ermitteln, in dessen Erbschaft das unsrige bis heute voll steht.²

Gerade das Privatrecht hatte für die grundlegende Umformung der Gesellschaft des 19. Jahrhunderts eine entscheidende Bedeutung. Wahrscheinlich ist dieser Einfluß sogar größer als der des Verfassungsrechts, bei dem allardings politische Spannungen und Umbrüche in eklatanterer Weise sichtbar werden. Die gesellschaftliche Re-

¹ Eindringlich Franz Wieacker, *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit*, Göttingen² 1967 (im folgenden zitiert PrivRG) mit umfangreicher Literatur; ders., *Das Sozialmodell der klassischen Privatrechtbücher und die Entwicklung der modernen Gesellschaft*, Karlsruhe 1953; ders., *Pandektenwissenschaft und industrielle Revolution*, in: *Juristen-Jahrbuch*, Bd. 9 (1968); ders., *Aufstieg, Blüte und Krisis der Kodifikationsidee* in: *Festschrift für Gustav Boehmer*, Bonn 1954.

² «Neunzehntes Jahrhundert» mit den Bänden «Philosophie und Rechtswissenschaft», Frankfurt/M. 1969, «Recht und Ethik», Frankfurt/M. 1970, und «Positivismus im 19. Jahrhundert», Frankfurt/M. 1971, alle hg. v. J. Blühdorn und J. Ritter.

volution des 19. Jahrhunderts ist, soweit überhaupt das Recht infrage steht, vor allem mit den Mitteln des Privarechts realisiert worden; sei es im Sinne einer Steuerung des gesellschaftlichen Wandels, sei es durch bewußt unterlassene Reglementierung in einem durch das Recht abgesicherten Bereich der Gesellschaft. Es soll hier darum gehen, den rechtswissenschaftlichen Positivismus als das innere Strukturprinzip des Privatrechts in dieser Zeit grundlegender gesellschaftlicher Umwandlung zu verstehen.³

Am Anfang dieses revolutionären Wandels steht in Deutschland eine altständisch geordnete, weitgehend agrarische Welt. Am Ende des 19. Jahrhunderts treffen wir auf eine nationale, stark industrialisierte Gesellschaft. Sie besteht (neben der nach wie vor zahlenmäßig starken Landbevölkerung und dem noch politisch und ökonomisch einflußreichen Adel) aus dem in sich sehr differenzierten Bürgertum und der Arbeiterschaft. Gewiß sind die gesellschaftlichen und politischen Probleme eines jeden europäischen Landes in dieser Epoche verschieden; dennoch kann die hier auf Deutschland beschränkte Betrachtung exemplarisch verstanden werden: lief doch der Weg der einzelnen europäischen Nationen, wenn auch mit eigenen Akzenten und zeitlichen Verschiebungen, parallel.

II. 1.

Der rechtswissenschaftliche Positivismus ist im pandektistischen Zweig der historischen Schule verwurzelt. Hierin stimmen die vielfältigen Bemühungen um sein Verständnis überein. Wir müssen also von Savigny ausgehen, «der eine Epoche der Rechtswissenschaft eingeleitet hat, in der wir uns noch befinden».⁴ Es geht hier jedoch nicht um eine verstehend-harmonisierende Werkinterpretation. Unser Anliegen ist die Frage nach der Beziehung des Werkes von Savigny zur gesellschaftlich-politischen Landschaft seiner Zeit. Das Werk Savignys soll in seiner Vielfalt, aber auch Widersprüchlichkeit akzeptiert werden. Dabei ist festzuhalten, daß Savigny von

³ In erster Linie auf den staatsrechtlichen Positivismus zielend: Walter Wilhelm, Zur juristischen Methodenlehre im 19. Jh., Die Herkunft der Methode Paul Labands aus der Privatrechtswissenschaft. Frankfurt/M. 1956; Peter v. Oertzen, Die Bedeutung C. F. von Gerbers für die deutsche Staatsrechtslehre, in: Staatsverfassung und Kirchenordnung. Festgabe für Rudolf Smend, Tübingen 1962, S. 183-209.

⁴ So Karl Larenz, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 2. Aufl. Berlin 1969, S. 8.

seinen Zeitgenossen bis heute politisch außerordentlich unterschiedlich eingeordnet wird: das Spektrum reicht von dem des Jakobintertums verdächtigen Romantiker über den Liberalen bis zum Konservativen, ja zum Angehörigen der preußischen Reaktion. Gerade dieses steht zur Diskussion: die Wirkung seines Werkes im geschichtlichen Prozeß - jedoch nicht verstanden als Savignys subjektiv-politische Einstellung, sondern bezogen auf seinen objektiven Standort in der Historie.

Die Einordnung als Romantiker hat ihm seine Schrift des Jahres 1814 «Vom Beruf unserer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft» eingetragen. Hierin leitet Savigny das Recht - unter Hervorhebung seines organischen Charakters - als Gewohnheitsrecht aus dem Volksgeist her. Dieser äußerliche, national-freiheitliche Ton war in den Jahren der völkischen Erhebung ein zweifellos zugkräftiges Bild. Savigny verstand hierunter jedoch ein andersartiges Programm: das Recht sollte nicht der Gesetzgebung, das heißt dem Staate - einem absolutistisch-obrigkeitlichen oder einem in Ansätzen demokratischen, was 1814 noch nicht endgültig entschieden war - sondern dem «rechtswissenschaftlich» ausgebildeten Juristen anvertraut werden. Hierin aber lag Savignys justizpolitische Entscheidung; denn die Sorge um das Recht war damit - im Hinblick auf die geistig-politisch-soziale Perspektive in den kommenden Jahrzehnten dem von der Universität im Humboldtischen Sinne geprägten Bildungsbürgertum⁵ übertragen. Savignys justizpolitische Entscheidung war damit sicher nicht national-demokratisch wie diejenige seines Gegners Thibaut. Sie war andererseits aber auch nicht obrigkeits-staatlich-restaurativ. Savigny hatte damit, mit vielleicht mehr Vorausblick auf das politisch Mögliche als Thibaut, dem Bürgertum einen Weg eröffnet, über den (beschränkten) Freiheitsraum der Universität, den es sich im staatlichen Bereich erobert hatte, ein seinen Interessen gerecht werdendes Privatrecht zu formulieren.

Die Entscheidung für eine Pandektenwissenschaft im Sinne der historischen Schule stärkte, isolierte aber auch das Privatrecht innerhalb der Juristenausbildung. Damit blieb die Nutzung des Freiheitsraums auf die Ausformung des Privatrechts beschränkt. Noch bis zum Ende des 18. Jahrhunderts war der Jurist recht gleichmäßig als Fachmann für Staatsdienst, für Verwaltung und

⁵ Dazu zuletzt H. Schelsky, *Einsamkeit und Freiheit, Idee und Gestalt der deutschen Universität und ihrer Reformen*. Reinbek bei Hamburg, 1963.

für Sachentscheidung im Privatrecht und Strafrecht ausgebildet worden. Gerade die Göttinger Schule des 18. Jahrhunderts hatte neue Wege der Ausbildung eines auch praktisch geschulten Verwaltungsjuristen beschritten (Pütter, Johann Jakob Moser). Innerhalb der historischen Schule dagegen blieb das Staatsrecht nun in der Restauration eine politisch heikle Materie - einer weitgehend historisierend - mittelalterlichen Behandlung durch die Germanisten oder aber einer weitgehend restaurativen Staatsphilosophie (Stahl) überlassen. Sieht man einen Wesenszug eines jeden Positivismus in einer Isolierung von Problembereichen mit der Möglichkeit ihrer genaueren Durchforschung, so liegt hier eine positivistische Grundentscheidung in Savignys Programm. Sie ermöglichte in der Tat die intensive Ausgestaltung des Privatrechtes in den kommenden Jahrzehnten, unabhängig vom politischen delikatsten Staat und Verfassungs-, aber auch Strafrecht. Das nicht eindeutige, sondern eher ambivalente Verhältnis Savignys zum Vernunftrecht des Aufklärungsjahrhunderts ist in der neueren Forschung immer deutlicher geworden.⁶ Im «Beruf» findet er scharfe Worte der Distanzierung und Ablehnung.⁷ Weniger hervorgehoben wird, daß die frühe Marburger Methodenlehre noch weitgehend in der Tradition des 18. Jahrhunderts steht. Sie geht nämlich zum einen vom Gesetz und nicht vom Gewohnheitsrecht und Wissenschaft - als Rechtsquelle aus und konzipiert zum anderen die Jurisprudenz als «Gesetzgebungswissenschaft».⁸ In diesem Begriff liegt aber - hier darf ich auf eine frühere Studie verweisen⁹ - ein umfassendes europäisches Programm einer aufgeklärten Rechtswissenschaft, die von Montesquieu über Filangieri und Bentham bis hin zu einer Reihe von deutschen Juristen vertreten wird. Dieses Verständnis von Rechtswissenschaft will eine künftige Gesetzgebung in ihre Überlegungen einbeziehen. Sie reflektiert sich selbst in ihren Voraussetzungen, ihrer Methode und den Wirkungen der Rechtsanwendung. Savignys spätere Abwendung von der Rechtswissenschaft des Aufklärungs-

⁶ Vgl. Wieacker, PrivRG, S. 372; Giuliano Marini, Savigny e il metodo della scienza giuridica, Mailand 1966.

⁷ F. C. Savigny, Vom Beruf unserer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft, Heidelberg 1814, S. 4 u. 48 (vgl. Ausgabe von Jacques Stern, Thibaut und Savigny, Darmstadt 1959 und die ergänzte Neuauflage hg. v. H. Hattenhauer, München 1973).

⁸ F. C. Savigny, Juristische Methodenlehre, nach der Ausarbeitung des Jakob Grimm hg. v. Gerhard Wesenberg, Stuttgart 1951, S. 13 u. 14.

⁹ G. Dilcher, Gesetzgebungswissenschaft und Naturrecht, Juristenzeitung 1969, S. 1 ff.

zeitalters vollzieht sich deutlich: er läßt den Begriff der Gesetzgebungswissenschaft nach der Marburger Methodenlehre fallen und geht bei der Rechtsbegründung nicht mehr vom Staate, sondern vom Volk und der Wissenschaft aus. Hierbei führt Savigny ein anderes, bereits in der Marburger Methodenlehre breit entfaltetes Grundthema des 18. Jahrhunderts fort, nämlich das des Verhältnisses von historischen und Philosophischen Elementen in der Rechtswissenschaft. Hierauf wird Zurückzukommen sein.

Bei der Gestaltung des Privatrechts zu einem «System des heutigen römischen Rechts» fühlt sich Savigny keineswegs an die überlieferten Rechtsquellen gefesselt. Er bedient sich zusätzlich naturrechtlicher Systemansätze, auf die er den Formalismus Kants, das heißt eine formale Freiheitsethik, einwirken läßt. Für das Recht bedeutet diese Methode eine Orientierung an den Kategorien der Person und ihrer rechtsgeschäftlichen Willensmacht, der sogenannten Privatautonomie.¹⁰

So schafft Savigny die Rechtswirklichkeit des 19. Jahrhunderts, indem er auf die naturrechtlich-theoretische Diskussion fortschrittlicher Juristen des 17. und 18. Jahrhunderts aufbaut. Savigny legt die Basis für ein am bürgerlichen Individuum ausgerichtetes Verkehrsrecht und sprengt damit den von ihm geschaffenen Rahmen einer isolierten pandektistischen Privatrechtswissenschaft durch tragende Wertentscheidungen. Mit diesem gestalterischen Eingriff in die Rechtswissenschaft bewirkt Savigny zweierlei: er zerreißt die Einbindung des Privatrechts in die aristotelischen Kategorien, Ethik, Ökonomik und Politik,¹¹ und er löst Zusammenhänge eines mehr sozialgebundenen, älteren topischen, an der Natur der Sache orientierten Rechtsdenkens.¹²

Es sei versucht, Savigny von der Rechtsmethodik her zu erfassen. Den Ausgangspunkt liefert Savignys Verständnis des Rechtsinstituts, wie er es vor allem in einem «System des heutigen rö-

¹⁰ Vgl. H. Kiefner, Der Einfluß Kants auf Theorie und Praxis des Zivilrechts im 19. Jh., in: Philosophie und Rechtswissenschaft (wie Anm. 2), S. 4.

¹¹ Vgl. dazu O. Brunner, Das ganze Haus und die alteuropäische Ökonomik, in: ders. Neue Wege der Verfassungs- und Sozialgeschichte², Göttingen 1968. Auch: O. Brunner, Adeliges Landleben und europäischer Geist, Salzburg 1949.

¹² Grundlegend Th. Vieweg, Topik und Jurisprudenz. Ein Beitrag zur rechtswissenschaftlichen Grundlagenforschung, München³, 1965.

mischen Rechts», einem Spätwerk,¹³ entwickelt wurde. Das Rechtsinstitut ist ihm bekanntlich ein organisches Ganzes typischer menschlicher Beziehungen, ein Lebensverhältnis, dem die technischen Rechtsregeln, die einzelnen Rechtssätze untergeordnet sind. Dieses von Savigny allerdings nicht klar explizierte Verständnis des Rechtsinstituts können wir zum einen vielzitierten Satz der Programmschrift in Beziehung setzen: Das Recht habe kein Dasein für sich selbst, es sei nur das Leben der Menschen von einer besonderen Seite aus betrachtet.¹⁴ Hierin liegt ein unübersehbarer Gegensatz zu dem bei Savigny ebenfalls vorhandenen Ansatz des rechtswissenschaftlichen Formalismus, der dann zur Begriffsjurisprudenz führte; denn hier wird die von Savigny begründete Autonomie der Privatrechtswissenschaft in Gegenstand und Methode geleugnet. Recht wird nicht als begriffsorientierte Dogmenwissenschaft, sondern als Sozialwissenschaft verstanden. Zur Ausbildung und Auslegung eines Rechtssatzes bedürfe es einer Erforschung der sozialen Realität, etwa der Familie oder des Eigentumsverhältnisses. Hier sind sowohl das oben erwähnte Konzept einer Gesetzgebungswissenschaft wie auch echte Gedanken der Romantik von der Lebenstotalität aufgenommen. Vor allem aber ist, so möchte ich dies verstehen, die Fortführung des von Savigny aus dem 18. Jahrhundert übernommenen Dualismus von historischen und von philosophischen Elementen in der Rechtswissenschaft enthalten, wenn man nämlich historisch als empirisch, das heißt als positiv im Sinne sozialer Realität, versteht, philosophisch dagegen als systematisch im Sinne von Sollenssätzen, das heißt im Sinne einer nach Grundsätzen ausgerichteten Normenwissenschaft. Das scheint mir in diesem Begriffspaar sowohl für das Vernunftrecht wie für Savigny angelegt zu sein.

Verfolgen wir einen Augenblick den ganzen vom Positivismus später verengten Ansatz der Rechtslehre Savignys, vor allem in seinem Werk «Vom Beruf»: damit wäre bei Savigny angelegt, wenn auch sicher nicht von ihm ausgeführt, das doppelte Verständnis der Rechtswissenschaft sowohl als Sozialwissenschaft wie als Normenwissenschaft. In Teilen des Werkes Savignys ist der ver-

¹³ Vgl. dazu K. Larenz, Methodenlehre (wie Anm. 6), S. 12 ff.; H. Coing, Grundzüge der Rechtsphilosophie, Berlin², 1969, S. 42; F. Wieacker, PrivRG, S. 398; W. Wilhelm (wie Anm. 3), S. 47, 51 ff.; ders. Savigny überpositive Systematik, in: Philosophie und Rechtswissenschaft (wie Anm. 2), S. 126 ff.

¹⁴ Vom Beruf unserer Zeit (wie Anm. 7), S. 30.

nunftrechtliche Gedanke einer Gesetzgebungswissenschaft mit einer empirisch-sozialwissenschaftlichen wie einer philosophisch-normologischen Komponente enthalten. Das macht den Reichtum und die Widersprüchlichkeit seines Werkes aus. Es legt aber auch eine gewisse Dialektik in seinen Ansatz und widerstrebt positivistischer Eingleisigkeit.

Es ist nun nach den Gründen zu fragen, warum nur der eine, freilich schon bei Savigny überwiegende Teil historisch zum rechtswissenschaftlichen Positivismus und Begriffsjurisprudenz weitergeführt worden ist. Hierzu bedarf es eines Rückblicks auf das überwiegend kritisch gezeichnete Bild des rechtswissenschaftlichen Positivismus. Seine methodische Richtung führt von Puchta über den führt worden ist. Hierzu bedarf es eines Rückblicks auf das überlich bemerkt, dass mit Windscheid zwar die Schaffung einer Kodifikation, des bürgerlichen Gesetzbuches, berührt wird, daß das methodische Problem eines Gesetzespositivismus aber außerhalb unserer Betrachtung bleibt.

2. Der rechtswissenschaftliche Positivismus stößt die vom Naturrecht hergestellte, bei Savigny noch grundsätzlich vorhandene methodische Offenheit zur außerjuristischen Materie ab und vollendet die Autonomie- oder Selbstgenügsamkeit einer rein begrifflich-juristischen Methode. Die Reflektion auf einen Lebenssachverhalt findet - es ist zu betonen in der Theorie - nicht mehr statt. Jeder auftauchende Rechtsfall kann von der Rechtswissenschaft aus ihrem Begriffsvorrat, ohne weitere wertende Überlegungen, gelöst werden.

Bei der Ausprägung der Methode des rechtswissenschaftlichen Positivismus findet ein Rückgriff auf die Naturwissenschaften statt. Das wird besonders deutlich bei Puchta und Jhering, tritt aber auch bei Windscheid in Erscheinung. Puchta sieht die Rechtssätze in einem derartig engen, systematischen Zusammenhang, daß er von einer Genealogie der Begriffe spricht. Eine Fortführung und Differenzierung der reinen Deduktion macht das wissenschaftliche Denken des Juristen produktiv, das heißt es wird zu einer eigenen Rechtsquelle. Im Grunde handelt es sich hierbei um eine Weiterbildung des vernunftrechtlichen Systemdenkens *more geometrico*. Bei Jhering wird erkennbar, wie hier die Mathematik als Leitwissenschaft des 18. Jahrhunderts durch das methodische Vorbild der Naturwissenschaften abgelöst ist: er vergleicht dieses System juristischer Begriffe mit dem zoologischen System. So, wie kein neues

Tier entdeckt werden wird, das nicht in das Lineé'sche System einzugliedern sei, so gebe es keinen neuen Rechtsfall, für den die begrifflich arbeitende Jurisprudenz nicht eine Lösung aus dem entwickelten System deduzieren könne.¹⁵ Jhering setzt naturwissenschaftliche und juristische Entdeckungen ausdrücklich parallel. Indem er der rein begrifflich arbeitenden Jurisprudenz den höheren Aggregatzustand zuschreibt gegenüber einer niederen, die nach dem «Warum?» der Rechtssätze fragt, zieht er wiederum einen Vergleich aus den Naturwissenschaften, diesmal der Physik, heran.¹⁶ Der Vergleich ist in seiner Zielrichtung eindeutig: es soll das Sozialprestige des fortschrittlichen und Fortschritt garantierenden Naturwissenschaftlers auf den Juristen übertragen werden, gleichzeitig aber die Jurisprudenz vor jedem verunsichernden Kontakt mit außerjuristischen Bereichen abgeschirmt werden. Von hier war es kein weiter Weg zu der berühmten Formulierung Windscheids. «ethische, politische oder wirtschaftliche Erwägungen sind nicht Sache des Juristen als solchen» ist nur die letzte Folgerung aus dieser Methode. Wenn man hier von gerechten Entscheidungen erwartete, und es ist zu betonen, das taten die Juristen dieser Zeit, so konnte das nur so begründet werden, daß den Rechtsbegriffen unmittelbare Realität und damit Gerechtigkeitscharakter innewohne: richtig deduzierte Begriffe waren gleich richtiges Recht. Eine in der Tat seltsame Neuauflage des Begriffsrealismus des mittelalterlichen Universalienstreites!

Die Charakteristika dieses rechtswissenschaftlichen Positivismus zeigen sich noch schärfer im Vergleich mit dem gleichzeitigen sozialwissenschaftlich-philosophischen Positivismus, der wiederum seinerseits nicht ohne Bezug zur naturwissenschaftlich-positivistischen Methode gewesen ist.

III. 1.

Auf den ersten Blick erscheint die Entwicklung eines rechtswissenschaftlichen Positivismus als Parallele zu einer allgemeinen positivistischen Zeit- und Wissenschaftsbestimmung. Sie drückt sich am deutlichsten im philosophisch-soziologischen Positivismus eines Auguste Comte aus. Eine eindringendere Betrachtung erweist aber grundlegende Unterschiede dieser Positivismen. Der im 18. Jahrhun-

¹⁵ Jhering, Unsere Aufgabe, in: Jherings Jahrbücher I (1857), S. 16; vgl. auch W. Wilhelm (wie Anm. 3), S. 114.

¹⁶ So Jhering, Geist des römischen Rechts, 1. Teil, Basel⁹ 1953, S. 48 f.

dert gründende philosophische Positivismus des 19. Jahrhunderts sah das Positive, auf das jede Wissenschaft aufbauen müsse, in Tatsachen der Außenwelt, in sinnlich wahrgenommenen, beobachteten Phänomenen. Die Überwindung der Zeitalter der Theologie und des darauf folgenden der Metaphysik zum Zeitalter der positiven Wissenschaft beruht nach Comte gerade auf dieser exakten methodischen Grundlage. Durch die genaue Beobachtung der Phänomene komme man zur Erforschung von Gesetzen, das heißt von konstanten Beziehungen. Comte bewirkt damit die theoretische Begründung einer Soziologie. Er ist bestrebt, Gesetze der gesellschaftlichen Entwicklung zu erkennen und diese dadurch zu beherrschen. Der Einfluß der Naturwissenschaften ist sowohl hinsichtlich ihrer experimentellen Methode wie auch ihres Gesetzesbegriffes deutlich. So wie die Naturwissenschaften gleichzeitig mit ihrer Methode in vorher nie gekanntem Maße Naturbeherrschung und damit Fortschritt ermöglichten, so sollte die Comte'sche Soziologie Beherrschung der sozialen Gesetze zum Zwecke der gesellschaftlichen Planung im Dienste des sozialen Fortschritts ermöglichen.

Im Formellen lassen sich Übereinstimmungen zwischen philosophisch-sozialwissenschaftlichem und rechtswissenschaftlichem Positivismus finden: beide suchen «Gesetze» zu erkennen durch Herstellung von Wirkungsbeziehungen zwischen vorgefundenen «positiven» Elementen. Beide schließen zum Zwecke der klaren Erfassung eine dahinterstehende Metaphysik, aber auch Verknüpfungen mit anderen Wissensbereichen, aus. Der Logik kommt in beiden Wissenschaftsrichtungen in der Methodik ein dominierender Platz zu. Geht man jedoch über das Formale hinaus, so zeigt sich die Verschiedenheit des Ansatzpunktes: während der allgemeine Positivismus das positive Material in sozialen Fakten sucht, kapselt der rechtswissenschaftliche Positivismus sich gerade in einer in der älteren Jurisprudenz nicht gekannten Weise von der sozialen Faktenwelt ab und sucht seine positive Grundlage allein in möglichst lupenrein-juristischen Begriffen. Die Begriffswelt des Juristen setzt sich an die Stelle der Sozialwelt. Diese wird bewußt ausgeblendet. Die soziale Entwicklung wird nicht durch Erkenntnis der Realität gesteuert, sondern nur in dem vorgegebenen abstrakt-formalen Rahmen der juristischen Begriffe erfaßt. Deshalb ist die Bezeichnung «rechtswissenschaftlicher Formalismus» sicher treffender, denn der eigentliche Positivismus etwa eines Comte erreicht die deutsche Rechtswissenschaft erst im Interessen- und Zweckdenken des späteren Jhering. Seine volle Ausbildung erreicht er erst in der Rechts-

soziologie eines Eugen Ehrlich und der Rechtstatsachenforschung eines Arthur Nußbaum. Der sogenannte rechtswissenschaftliche Positivismus spielt also nur das methodische Spiel des allgemeinen Positivismus mit. Inhaltlich hält er an der formalen Freiheitsethik Kants fest. Sie war in einer Gesellschaft von Kleinwarenproduzenten mit Eigentum an den Produktionsmitteln konzipiert.¹⁷ Durch eine stürmische Entwicklung von Wirtschaft und Gesellschaft war sie jedoch in ihrer Leistungsfähigkeit überfordert, denn im Rahmen von Kapitalakumulation und Konzentrationsbewegungen war eine neue Sozialschichtung hervorgebracht worden, die mit dem Begriff der Klassengesellschaft in einem wesentlichen Aspekt erfaßt wird.¹⁸ In dieser Gesellschaft konnte das ursprüngliche humane Ziel der liberalen Theorie nur unter Hinzunahme korrigierender Ansätze erreicht werden, solche aber waren durch die gezeichnete Haltung theoretisch nicht erfaßbar.

Indem die Rechtswissenschaft die Rechtsbegriffe wie Tatsachen behandelte, verdrängte sie das Bewußtsein davon, daß sie Gestaltungs- und nicht Faktenwissenschaft ist, daß sie es mit Wertungen und nicht allein mit Befunden zu tun hat. Ich sage: verdrängte sie, denn in der vom Vernunftrecht begründeten, von Savigny noch aufgenommenen Unterscheidung in historische und philosophische Elemente der Rechtswissenschaft war das Bewußtsein einer Wissenschaft enthalten, die es sowohl mit einer - gewordenen - Gesellschaft wie mit der wertenden Gestaltung dieser Gesellschaft zu tun hat.

2.

Man könnte es nun auf immanente Bewegungsgesetze der rechtswissenschaftlichen Methodik zurückführen, daß Entwicklungen der Sozialwissenschaften erst später und auch Hegel'sche philosophische Methodik die Rechtswissenschaft kaum berührt haben. Es wurde aber durchaus um Alternativen zu diesem scheinbar unausweichlichen Weg von Savigny über Puchta zu Windscheid gerungen. Hier dringt die innere Problematik der Zeit durch. Man wird diese Entwicklung also nicht einfach in Anwendung eines liberal-darwinisti-

¹⁷ Züge einer Apologie einer Klassengesellschaft schon bei John Locke, dazu W. Röhrich, Sozialvertrag und bürgerliche Emanzipation von Hobbes bis Hegel (Erträge der Forschung 13), Darmstadt 1972.

¹⁸ Vgl. J. Habermas, Strukturwandel der Öffentlichkeit, Neuwied/Berlin⁴, 1969, bes. S. 91 ff. (99), S. 242 f. (§ 11 u. § 23).

schen Modells als einen Sieg der «stärkeren Geister» im Kampf der Ideen innerhalb der Rechtswissenschaft verstehen dürfen.

Nur ganz kurz nennen wir hier die noch im 18. Jahrhundert fußenden Rationalisten des frühen 19. Jahrhunderts, etwa Thibaut und Feuerbach. Ihre Stunde war wohl eher politisch als geistig überholt.

Um eine Alternative kämpfte aber auch der andere Zweig der historischen Schule, die Germanisten - oder wenigstens der größere Teil von ihnen. Hier ist es notwendig, die oft seltsam anmutende Sprache des 19. Jahrhunderts in ihren historisierenden Wendungen in unser Verständnis zu übersetzen. Tut man des, so ging es nicht darum, die Kömpfe der Völkerwanderungszeit zwischen Römern und Germanen in der Form hier römisch Recht - dort germanisch Recht wieder aufzunehmen, sondern um die politische Frage «Volksrecht oder Juristenrecht». Entsprechend formuliert der Germanist Beseler ja auch gegen Puchtas Gewohnheitsrecht, daß eben Juristenrecht war. Es ging also darum, ob man dem begrifflich - positivistischen, auf individuelle Verkehrsinteressen ausgerichteten, von einer Funktionselite von Juristen getragenen Recht ein anderes gegenüberstellen könnte. Es sollte - wie das mittelalterliche deutsche Recht - Recht und Gesellschaft nicht trennen, sondern die Gesellschaft abmalen, in der sich das Recht unter Mitwirkung der gesellschaftlichen Stände, Schichten oder Klassen entwickelt und verändert. Ähnlich hatte sich das Recht im Mittelalter unter genossenschaftlicher Beteiligung der kleinen Lehnritter, der dörflichen Gemeinde und der städtischen Bürger geformt. Es ging also letztlich um die Teilhabe des Bürgers am Recht.

Dieses Denkmodell der Germanisten war nicht nur historische Deutung, sondern politisches Programm. Dies zeigen die Forderungen der Germanistenversammlungen 1846 bis 1848, die einem «deutschen Landtag»,¹⁹ also einem Parlament, verglichen wurden. Sie verlangten einmal die Mitwirkung von Laien im Gericht, zum anderen parlamentarisch-demokratische Verabschiedung eines Nationalgesetzbuches. Noch Otto von Gierke stellt in seiner großen Würdigung der germanistischen Bewegung diese Ziele in deutlicher Wei-

¹⁹ «Geistiger Landtag des deutschen Volkes», so O. Gierke, Die historische Rechtsschule und die Germanisten, Berlin 1903, S. 21, im Anschluß an H. v. Treitschke, Deutsche Geschichte V, S. 686.

se in den Vordergrund.²⁰ Dennoch konnte die germanistische Wissenschaft nur unverhältnismäßig geringen Einfluß auf die Privatrechtsentwicklung nehmen. Gelang es ihr dennoch, so beugte sie sich gerade der abstrakt-begrifflichen positivistischen Methode der Pandektenwissenschaft, wie etwa Gerber, der aus deutschrechtlichen Materien ein der Pandektenwissenschaft gleiches Begriffssystem durch Abheben von der zugrundeliegenden Realität schuf.²¹ Wenn ihm vorgeworfen wurde, er habe «die deutsche Seele im deutschen Recht getötet»,²² so war das nicht nur nationale Romantik, sondern die Erkenntnis, daß seine Methode die dem mittelalterlichen Recht eigene Sozialverbundenheit eliminierte und damit die methodisch-politische Alternativhaltung aufgab. Um auf ihre Gegenwart voll wirken zu können, mussten sich die Germanisten offenbar entweder im Juristischen der positivistisch-begrifflichen Methodik beugen oder aber in den Bereich des Politischen wechseln, wie es viele in der 1848er Bewegung, im Parlament der Paulskirche, taten.

IV. Wir haben Strömungen in der Wissenschaft des 19. Jahrhunderts beobachtet; es soll nun noch einmal die Frage aufgeworfen werden, warum unter den vielfältigen Ansätzen jene methodische Linie Savigny - Puchta - Gerber - Jhering - Windscheid in so beinahe ausschließlicher Weise zum Tragen gekommen ist.

1.

Auch hier ist wieder bei Savigny einzusetzen; und dieses im Sinne der Überschrift des einschlägigen Kapitels²³ einer neueren rechtshistorischen Darstellung. Eindrücklich lautet sie: «Savigny und keine Alternative». Betrachtet man Savignys Frühwerk von der Marburger Methodenlehre bis zum «Beruf unserer Zeit» aufmerksam, so findet sich darin eine große Sensibilität für die politischen Weichenstellungen jener Jahre 1800 bis 1815. Sie waren in vielem die politischen Weichenstellungen des Jahrhunderts. Auch Savignys Beziehung zur Philosophie war stark durch sein Gefühl für Politik

²⁰ O. Gierke, a. a. O., S. 21 ff. Die Abwendung von Savignys Rechtsentstehungslehre und Wiederaufnahme Thibaut'scher Forderungen zeigt sich im Ruf nach dem «Schwert der Gesetzgebung», Gierke a. a. O., S. 23.

²¹ W. Wilhelm, Zur jur. Methodenlehre (wie Anm. 3), S. 88 ff., 91.

²² Gierke, a. a. O., S. 27. H. Brunner, Das anglonormannische Erbsystem, Leipzig 1869, S. 71 f.

²³ H. Hattenhauer, Zwischen Hierarchie und Demokratie, Karlsruhe 1971, S. 98.

vermittelt. Er war als Angehöriger der altständischen Oberschicht «durch Abkunft und soziale Stellung Politiker».²⁴ Das schimmert in seinem Werk in Stellen, die einer wachen Lektüre wert sind, immer wieder durch. So einmal in der Marburger Methodenlehre über Fichte:²⁵ «In diesen Fichte'schen Werken hat es sich gezeigt, wie notwendig bei einer philosophischen Bearbeitung der Jurisprudenz die Verbindung mit Politik ist. Es ist bei Fichte sichtbar, wie er sich selbst darüber keine eigentliche Rechenschaft gegeben hat, er hat sehr viele politische Darstellungen, ohne daß er sich selbst dessen bewußt gewesen zu sein scheint». Oder dann im Beruf: «Auch in den politischen Verhältnissen fordere manches die Hinwendung zur Geschichte»,²⁶ so wie ebendort, wo er hinweist auf die Bedeutung der freien Verfassung Englands für die Entwicklung des dortigen Privatrechts; sie könne in Deutschland nur durch einen freien Richterstand verwirklicht werden. Wir dürfen für Savigny wohl das in Anspruch nehmen, dessen Fehlen er bei Fichte bemängelt, nämlich eine gewisse Bewußtheit der politischen Implikationen des Rechts, mag es so ausdrücklich auch nicht gesagt sein.

In der Tat scheint mir im methodischen Ansatz wie im wissenschaftlichen Werk Savignys mit großem Spürsinn für die Situation seiner Zeit eine politisch-geistige Grundentscheidung des deutschen 19. Jahrhunderts vollzogen: die Auseinanderentwicklung und Polarisierung von Staat und Gesellschaft. Das Problem hat die jüngste verfassungs- wie sozialgeschichtliche Forschung Deutschlands maßgebend beschäftigt.²⁷ Indem die Gesellschaft, das heißt für diese Zeit vor allem das sich entfaltende Bürgertum, den Staat nicht durch demokratische Öffnung desselben für sich gewinnen konnte, fiel die alte Einheit der aristotelischen Kategorien *societas civilis* und *corpus politicum* in eine Polarität auseinander. Der Staat blieb der Monarchie und dem Adel zugeordnet, auch wenn in ihm, wie

²⁴ Wieacker, *PrivRg.*, S. 385.

²⁵ *Juristische Methodenlehre* (wie Anm. 8), S. 49. Erster Hinweis auf die Stelle bei H. Kantorowicz, *Savignys Marburger Methodenlehre*, ZRG Rom. Abt. 53 (1933), S. 469.

²⁶ *Vom Beruf* (wie Anm. 7), S. 114.

²⁷ Aus der breiten Literatur seien für drei wichtige Aspekte genannt: W. Conze, *Staat und Gesellschaft in der frührevolutionären Epoche Deutschlands*, jetzt in: *Die Entstehung des modernen souveränen Staates*, hg. v. H. H. Hofmann, Köln, 1967, S. 297 ff. H. Ehmke, *Staat und Gesellschaft als verfassungstheoretisches Problem*, in: *Staatsverfassung und Kirchenordnung*, Festgabe für Rudolf Smend, Tübingen 1962. J. Habermas, *Strukturwandel der Öffentlichkeit*, Neuwied u. Berlin, 1962.

in Preußen, eine fortschrittlich-aufgeklärte Beamtenschaft waltete. Der Staat konnte und wollte die gesellschaftliche Dynamik aber nicht mehr fesseln; die preußischen Reformgesetze der Stein-Hardenberg-Ära sind dafür deutlichster Ausdruck. Sie sagen es zum Teil auch in programmatischer Form in ihren Einleitungen.²⁸ Der bald darauf in der Ära Metternich wieder restaurativ-obrigkeitliche Staat gab damit zwar einerseits der gesellschaftlichen Entwicklung einen weitgehend vom staatlichen Eingriff und staatlicher Reglementierung abgeschirmten Freiraum, er war aber andererseits ängstlich darauf bedacht, diesen Freiraum nicht in politische Freiheit «ausarten» zu lassen. Der Staat war infolgedessen nicht mehr Abbild der Gesellschaft, sondern der äußere Rahmen von Politik und Macht; die Gesellschaft dagegen die inhaltliche Füllung von bürgerlicher Kultur und Wirtschaft. Diesem Auseinandertreten von Staat und Gesellschaft entsprach die Trennung von Staatsrecht und Privatrecht. Die Scheidung bahnt sich unter dem politischen Aspekt des Spätabsolutismus schon in der naturrechtlichen Kodifikationsphase an.²⁹ Das öffentliche Recht wurde angesehen als Willkür - das heißt politisch: dem Fürsten unterworfen; das Privatrecht dagegen bestimme, was unter Staatsbürgern Recht oder Unrecht sei unter dem ausschließlichen Gesichtspunkt der Gerechtigkeit. Sie wird absolut gesetzt und damit dem Zugriff des Staates entzogen.

2.

Genau diese Entscheidung für ein autonomes Privatrecht vollzieht aber Savigny in der Etablierung einer pandektistischen Privatrechtswissenschaft; ja er spricht der staatlichen Sphäre sogar den Charakter des eigentlich rechtlichen ab.³⁰ Durch die historisierende Ausrichtung entzieht er das Privatrecht dem Zugriff des Staa-

²⁸ So etwa der von den Gedanken Adam Smith' und der liberalen Wirtschaftstheorie zeugende Vorspruch zu dem Edikt über die Bauernbefreiung vom 9. Oktober 1807, E. R. Huber, Dokumente zur deutschen Verfassungsgeschichte, Bd. 1, Stuttgart 1961, Nr. 7, S. 38: «... und daß es eben sowohl den unerläßlichen Forderungen der Gerechtigkeit, als den Grundsätzen einer wohlgeordneten Staatswirtschaft gemäß sey, Alles zu entfernen, was den Einzelnen bisher hinderte, den Wohlstand zu erlangen, den er nach dem Maaß seiner Kräfte zu erreichen fähig war ...».

²⁹ Dieter Grimm, Zur politischen Funktion der Trennung von öffentlichem und privatem Recht in Deutschland, in: Studien zur europäischen Rechtsgeschichte, Helmut Coing zum 28. Februar 1972, hg. v. Walter Wilhelm, Frankfurt/M. 1972, S. 224 ff.

³⁰ Marburger Methodenlehre, a. a. O., (wie Anm. 8), S. 13.

tes und gibt es in die Hand des wissenschaftlich gebildeten Juristen, das heißt aber eines Vertreters der bürgerlichen Gesellschaft. Die überwiegende Ausrichtung auf das römische Recht ist die Entscheidung für ein abstraktes Verkehrsrecht; die methodische Durchformung vom Ausgangspunkt der Willensherrschaft des autonomen Individuums verstärkt diesen Zugpunkt. Es handelt sich hier um eine Wertentscheidung, die aber ideologisch zum Prinzip der juristischen Methode schlechthin umgewandelt und damit einer Wertungsdiskussion entzogen wird. Das ist bei Savigny in seiner Übernahme der formalen Freiheitsethik Kants angesetzt. Gerber drückt es dann in klassischer Form aus:³¹ «Indem hierdurch das deutsche Recht wieder an die unmittelbar wirksame und lebendige Kraft des menschlichen Willens anknüpft, das heißt juristisch konstruiert wird, tritt es in die Reihe der die Gegenwart beherrschenden Erscheinungen». Juristische Konstruktion und Privatautonomie, das heißt aber eine rechtliche Wertung, werden gleichgesetzt.

Savigny und die begriffspositivistische Richtung entscheiden sich also für die freigesetzte Gesellschaft im obrigkeitlichen Staat. Genau das war aber die deutsche und insbesondere die preußische Lösung. Ein süddeutscher Beobachter beschreibt Preußen um 1840 treffend so:³² «Was die neure Zeit politische Freiheit nennt, ist den Untertanen dieses Staates nicht gar reichlich zugemessen; dagegen genießen sie der bürgerlichen Selbständigkeit in höchstem Grade».

Die Willensethik als Grundlage des rechtswissenschaftlichen Formalismus verliert freilich angesichts der realen Veränderungen gerade in dieser freigesetzten Gesellschaft ihren ursprünglich sittlichen Hintergrund. Stattdessen ermöglicht sie in einem immer stärkeren Ausmaße die Durchsetzung des Stärksten im gesellschaftlichen struggle for life. Das vom Positivismus geprägte Privatrecht ist damit keineswegs unpraktikabel,³³ ohne Rücksicht auf tatsächliche Bedürfnisse, lebensfremd, wie ihm oft vorgeworfen wird - ganz im Gegenteil, es wird, wie Gerber sagt «eine die Gegenwart beherrschende Erscheinung». Es ermöglicht durch Regelung und Sanktion in ungewöhnlich effizienter Weise die durch keine Sozialethik gebremste Freisetzung der technisch-industriellen und kapitalistischen

³¹ C. F. v. Gerber, System des Deutschen Privatrechts, S. XIX, zitiert nach W. Wilhelm, Zur jur. Methodenlehre (wie Anm. 3), S. 102.

³² Zitiert bei W. Conze, Staat und Gesellschaft (wie Anm. 27), S. 306 f.

³³ Vgl. F. Wieacker, Pandektenwissenschaft und industrielle Revolution, Juristen-Jahrbuch 9, 1968/69, S. 1 ff.

Dynamik durch Einsatz des planenden menschlichen Willens. Es verbürgt Rechtssicherheit und stimuliert eine freie Ausgestaltung schuldrechtlicher Beziehungen. Die Entscheidung der Zeit für den rechtswissenschaftlichen Positivismus ist also eine Entscheidung für diese Dynamik, die in der Tat in diesem Jahrhundert die technischen, wirtschaftlichen und gesellschaftlichen Grundlagen unserer Zeit geschaffen hat.

3.

Mir scheinen in der zweiten Jahrhundert-hälfte drei beachtenswerte rechtstheoretische Positionen aufzutreten, die eine Überwindung der positivistischen Rechtswissenschaft anbahnen, selber aber noch vom Positivismus geprägt sind. Ich meine hier den späteren Rudolf von Jhering, Otto von Gierke und Karl Marx. Sie sollen als die Position der sozialwissenschaftlichen Analyse (Jhering), der Reform aus einer sozialetisch begründeten Gesellschaftsphilosophie (Gierke) und der politisch-sozialen Revolution (Marx) gekennzeichnet werden.

Mit dem späteren Jhering erreicht der soziologische Positivismus zum ersten Mal die Rechtswissenschaft. Sie wendet damit den Blick vom Bereich des nur Begrifflichen auch der - nicht bloß in dogmatischen Regeln abstrahierten - Welt der sozialen Konflikte zu. Jhering verbindet das Recht wieder mit seinen gesellschaftlichen Bedingungen: «Der Zweck ist der Schöpfer des Rechts. Das Recht muß sich im Kampfe der Interessen, in Darwins Kampf ums Dasein³⁴ durchsetzen». Das war ein befreiender Gedanke gegenüber der begrifflichen Abkapselung der Rechtswissenschaft vorher (und gleichzeitig). Jherings ironisch-sarkastisches Wüten gegen die einst von ihm selber vertretene Begriffsjurisprudenz läßt die befreiende Sprengwirkung des neuen Gedankens ebenso deutlich werden wie der gewaltige, auch internationale Widerhall seines Werkes. Jhering vermag jedoch eine Analyse der Zwecke und damit einen Maßstab für ihre Bewertung nicht zu geben. Hier hat ihm die Austrocknung der Pandektenwissenschaft kein methodisches, das müßte aber letztlich heißen gesellschaftstheoretisches, Rüstzeug an die Hand gegeben.

³⁴ Über die Verbindung Jherings zur Lehre Darwins jetzt F. Wieacker, Jhering und der «Darwinismus», in: Festschrift für Karl Larenz zum 70. Geburtstag, hg. v. G. Paulus, U. Diederichsen, C. - W. Canaris, 1973, S. 63 ff.

Gierke hingegen entwickelt in seiner Genossenschaftstheorie aus den alten Ansätzen der Germanisten, das heißt aus der Sozialethik des Mittelalters, der altständischen Gesellschaft und des älteren Naturrechts (Althusius) eine solche, letztlich auf einer Anthropologie fußende Gesellschaftslehre. Von hier aus führt er den Kampf gegen Labands staatsrechtlichen Positivismus, gegen die positivistisch-unsozialen Züge des Entwurfs zum Bürgerlichen Gesetzbuch, für ein soziales Privatrecht, gegen die Trennung von öffentlichem und Privatrecht und für eine neue Schicht des Sozialrechts. Gierke bleibt allerdings, so einflußreich er wird, die letzte Wirksamkeit versagt. Auch er ist von der Rechtswissenschaft seit Savigny geprägt: seine Sozialphilosophie entwickelt sich in der historisierenden Zuwendung an die Vergangenheit und nicht in der fontalen Begegnung mit der Realität der schon weit entwickelten Industriegesellschaft - kein Wunder nach fast einem Jahrhundert methodisch vergangenheitsorientierter Rechtswissenschaften; auch in seiner Begriffsbildung ist er weitgehend doktrinär-abstrakt (und damit letztlich begriffspositivistisch) und nicht realitätsbezogen. Die Zukunftsvision einer sowohl empirischen wie theoretischen Rechtswissenschaft, die das 18. Jahrhundert und teilweise noch Savigny unter den Begriffen «historisch» und «philosophisch» faßten, kann auch Gierke nur beschränkt einlösen. Doch öffnet er der Rechtswissenschaft, damit über Jhering hinausführend, den Blick auf soziale Probleme, die vorher aus einer rechtswissenschaftlichen Betrachtung positivistisch ausgeblendet waren.

Karl Marx schließlich verbindet in seiner Denunziation des Rechts als Instrument der Klassenherrschaft die Interessen- und Zweckanalyse, wie wir sie bei Jhrenig fanden,³⁵ mit einer Gesellschaftstheorie. Doch im Gegensatz zu Gierke ist bei Marx die Gesellschaftstheorie nicht historisierend, sondern voll auf die Gegenwart gerichtet. Sie versagt sich selbst aber die Auseinandersetzung mit der bestehenden Rechtsordnung, indem sie in ihrer Parteilichkeit den Klassenbegriff zum ausschließlichen Maßstab macht. Ich möchte diese Position von Marx begreifen als die historische Negation des rechtswissenschaftlichen Positivismus. Diese Negation hat der rechtswissenschaftliche Positivismus aus sich selbst hervorgebracht, indem er die Interessen des Bürgertums bis tief in die juristische Methode dem Privatrecht eingepflanzt hat und damit in die

³⁵ Welzel, Naturrecht und materiale Gerechtigkeit, S. 191; Wieacker, PrivRG, S. 453 Anm. 66.

ser Beziehung den Interessenausgleichenden Kompromißcharakter von Recht weitgehend auslöschte.³⁶ Damit mußte auch Marx dem rechtswissenschaftlichen Positivismus seinen Tribut zollen, indem er in der Utopie einer Auslösung von Staat und Recht in einer Zukunftsgesellschaft nur die Negation bot. Es fand sich damit bei ihm weder ein direkter Ansatz zu einer Rechtskritik im Interesse der Arbeiterklasse an den Rechtsordnungen bürgerlicher Gesellschaften (für diesen Ansatz mag hier in aller Kürze der Name Anton Mengers stehen), noch zu einer Rechtstheorie zum Gebrauch der Gesellschaftsplanung nach einer kommunistischen Revolution (hier herrschen stärkste Schwankungen und Gegenläufe nach der russischen Revolution.³⁷

V.

Der rechtswissenschaftliche Positivismus war damit mehr als eine juristische Methode, er war selber eine freilich nicht offen ausgewiesene Form der Gesellschaftsphilosophie; er war die einfluß- und folgenreichste Geschichtsphilosophie des deutschen 19. Jahrhunderts. Für seine unangefochtene Durchsetzung lassen sich im wesentlichen die folgenden zwei Gründe zusammenfassen: seine Übereinstimmung mit den gesellschaftlichen und wirtschaftlichen Gesetzmäßigkeiten der von den altständischen Schranken liberalisierten Gesellschaft und die besondere deutsche politische Situation, die gekennzeichnet ist durch das lange Fehlen einer nationalstaatlichen Form und damit einer nationalen Gesetzgebungsinstanz, durch die Restauration eines monarchisch-obrigkeitlichen Staates in der ersten Jahrhunderthälfte und im Mißlingen eines vollen Durchbruchs zu einem demokratischen Parlamentarismus in der zweiten Jahrhunderthälfte, dies vor dem Hintergrund des schon bedrohli-

³⁶ Wieacker, PrivRG, S. 442; W. Ebel, Quellen zur Geschichte des deutschen Arbeitsrechts, Göttingen, Berlin, Frankfurt/M. 1964, S. 20.

³⁷ Zu der notwendigen Differenzierung dieser Aussage vgl. N. Reich, Sozialismus und Zivilrecht, Frankfurt/M., 1972. - Zu dem oben angesprochenen Problem auch der Band: Marxistische und sozialistische Rechtstheorie, hg. v. N. Reich, Frankfurt/M., 1972, dort W. Paul, Das Programm marxistischer Rechtslehre - ein kritischer Rekonstruktionsversuch, bes. S. 202 ff.: Marxistische Rechtstheorie - Positivismus oder Kritik des Rechts? Wenn die von Paul gesehene Marxsche Intention einer marxistischen Rechtstheorie als kritische Gesellschaftstheorie bisher nicht entwickelt worden ist, so ist das historisch nicht zufällig, sondern doch zu einem großen Teil vom dem Marxschen Ansatz gedeckt.

chen Drängens der sozialen Frage, den Forderungen der Arbeiterklasse.

Die Tendenz zur Immunisierung, die dem Positivismus durch die Verkürzung der Argumentation auf dogmatische Figuren innewohnt, richtet sich also spätestens seit der Jahrhundertmitte nicht nur nach oben, gegen Krone, Adel und staatlichen Apparat, sondern auch gegen Einbeziehung sozialstaatlicher Gesichtspunkte in das Privatrecht. Ich erwähne nur die noch heute neuralgischen Punkte des Arbeitsvertrages und des Mietrechts, die schon von Gierke und Menger in das Zentrum ihrer Kritik an dem BGB-Entwurf gestellt wurden. Es ist aber nur unter diesem Aspekt richtig,³⁸ den rechtswissenschaftlichen Positivismus als konservativ zu kennzeichnen. Das ist er nur gemessen an sozialstaatlichen Postulaten. Man wird auch seinen Zug zu einem «modernen» Rechtsdenken erkennen müssen, indem er die im Recht noch vorhandenen Relikte einer altständischen, ja feudalistischen Sozialethik zerstörte.³⁹ Gerade in Preußen mit seinem junkerlichen Großgrundbesitz waren sie noch vorhanden. Hierfür ist an den Widerstand im deutschen Reichstag der 70er Jahre gegen die Ausdehnung der Kodifikation über Handels- und Obligationenrecht hinaus zu erinnern.

Trägt man an den rechtswissenschaftlichen Positivismus noch einmal die Fragestellung «Volksrecht - Juristenrecht» heran, so sind hier die vielleicht ernstesten Bedenken unter dem Gesichtspunkt der Entwicklung zu einer parlamentarischen Demokratie zu formulieren - denn auf diesen Weg hatte sich Deutschland im 19. Jahrhundert letztlich begeben. Gewiß hatte die Entwicklung gegen ein Volksrecht im Sinne der Germanisten und für die Juristen als unentbehrliche Funktionseleite angesichts hochkomplexer Strukturen entschieden. Aber die Methode des Positivismus schloß den Juristen von der übrigen Gesellschaft ab und entband ihn von dem Zwang, sich in seiner Rolle als Rechtsschöpfer durch Argumente vor dieser Gesellschaft zu legitimieren, ein Zug des juristischen Denkens, der weit in die Gegenwart hinein wirksam bleiben sollte.

Sehen wir nicht nur auf das Zustandekommen, sondern auf die Gestalt der Kodifikation: der rechtswissenschaftliche Positivismus

³⁸ So W. Wilhelm, Zur jur. Methodenlehre im 19. Jh. Die Herkunft der Methode Paul Labands aus der Privatrechtswissenschaft. Frankfurt/M. 1956, vor allem für den Positivismus im Staatsrecht, etwa S. 152 ff., 155.

³⁹ Zu einer solchen Bewertung kommt die Studie von P. v. Oertzen, Die Bedeutung v. Gerbers (wie Anm. 3), bes. S. 198.

des 19. Jahrhunderts prägte das zivilrechtliche Gesetzbuch für das 20. Jahrhundert, das BGB, in weitreichender und bedenklicher Weise. Er wurde, anders als ursprünglich im Aufklärungszeitalter mit diesem Begriff gemeint, zu einer «Gesetzgebungswissenschaft». Alte und neue juristische Topoi des Verkehrs- und Vertrauensschutzes, der Sozialbindung, des Schutzes des sozial Schwächeren, waren eliminiert zugunsten einer ungeschützten Privatautonomie. Sie mußten auf dem Wege zum Sozialstaat von Lehre und Rechtsprechung mühsam und auf methodisch nicht unbedenklichen Umwegen in das Privatrecht wieder hereingeholt werden.

Ich möchte nicht schließen ohne gesagt zu haben, daß ich mir der in den vorausgegangenen Ausführungen vorgenommenen Vereinfachungen durchaus bewußt bin. Diese sind in drei Richtungen besonders gewichtig: Eine Untersuchung, die die Ausgestaltung eines Rechtsgebietes von der Methodik angeht, müßte das Durchdringen der Methode bis zur einzelnen Rechtsfigur und Rechtsnorm, vor allem aber auch zur Rechtspraxis, überprüfen und würde hier sicher auch auf Brechungen und Gegentendenzen stoßen. Das ist eine wichtige Aufgabe für die Rechtsgeschichte des 19. Jahrhunderts. Zum zweiten darf, setzt man Rechtsgestaltung und Gesellschaftsentwicklung in Beziehung, letztere nicht nur in großen Integralformeln, sondern in ihrer faktischen Differenziertheit ins Spiel gebracht werden - eine Aufgabe intensiver fächerübergreifender historischer Forschung. Zum dritten ist gerade für die deutsche Entwicklung im Blick zu behalten, daß sich im 19. Jahrhundert nicht eine rein naturwüchsige liberale Entwicklung vollzogen hat, sondern in der Ausgestaltung der Industrie- und Arbeitswelt, damit von Gesellschaft und Recht, in wichtigen Teilbereichen der Staat sich eine einflußreiche Präsenz bewahrt hatte. Die Forschung wird durch diese Bereiche hindurchgehen müssen, ehe sie den rechtswissenschaftlichen Positivismus voll als einen Teil der Grundentscheidungen über den geschichtlichen Weg des 19. Jahrhunderts, damit dann wieder als Teil der positivistischen Grundhaltung dieser Epoche begreifen kann.