

Von christlicher Wohltätigkeit zum eigennützigen Bourgeois

Geschichte eines Paradigmenwechsels am Vorabend des Bürgerlichen Gesetzbuchs

Christoph Sorge*

A. Das Bürgerliche Gesetzbuch, ein (zu) spätgeborenes Kind des Liberalismus?	188	I. Philanthropie als Statusausweis, oder: Auch aus Nächstenliebe lässt sich Kapital schlagen	207
I. Das Erwachen der Liberalismus-Kritiker im 19. Jahrhundert	190	II. Ablösung der Heilsbotschaft durch einklagbare Rechte auf Sozialleistungen	210
II. Eigennutz als unverfügbares Axiom – auch für die Kritiker des BGB?	192	D. Eigennutz als neues Paradigma in der Privatrechtswissenschaft des ausgehenden 19. Jahrhunderts	212
III. Wieackers „Verfallsthese“ zur Entstehung des BGB	193	I. Zum Beispiel das Schenkungsrecht des BGB	213
B. Gottlieb Planck (1824-1910), ein „Kleinbürger“ als Gesetzgeber?	196	II. Die Mindermeinung: Schenker ist nur, wer aus „freyer Gunst“ gibt	214
I. Wissenschaft und Praxis: Notnagel zur Lösung der sozialen Frage	196	III. Der Kompromiss: Motive des Schenkers als juristische Störfaktoren	215
II. Christliche Nächstenliebe vereinigt alle Widersprüche	199	E. Egoismus in der frühen Rechtssoziologie: Jherings „sozialer Hebel“ der Gesellschaft	216
III. „Seine letzte ethische Bestimmung erfüllt das Eigentum erst [...] durch Wohltätigkeit“	202	F. Ende der christlichen Rechtsethik – Abschied von der Ideologie?	220
C. Vom Komplement christlicher Nächstenliebe zu staatlicher Wohlfahrtspolitik	204		

Der Beitrag unternimmt eine Spurensuche zu der verspäteten Säkularisierung einer christlich fundierten Privatrechtsethik im 19. Jahrhundert. Während die Historische Rechtsschule die aufkommende soziale Frage eher verdrängte und noch auf christliche Barmherzigkeit der Besitzbürger hoffte, stand den Verfassern des Bürgerlichen Gesetzbuches bereits das Komplementärverhältnis zwischen privatrechtlichen Rechtspositionen und wohlfahrtsstaatlichen Ansprüchen deutlich vor Augen. Mit Ablösung der Heilsbotschaft durch einklagbare Sozialleistungen wandelte sich aber auch das Menschenbild in der Privatrechtswissenschaft. Nunmehr fungierte der homo oeconomicus als Realtypus der Rechtsperson in nahezu allen juristischen Untersuchungen. Im Ergebnis zeigt der Beitrag, dass einseitige Menschenbilder im Recht ihre Ursache häufig in einer unzulänglichen Reflexion auf die jeweiligen gesellschaftlichen Verhältnisse haben.

A. Das Bürgerliche Gesetzbuch, ein (zu) spätgeborenes Kind des Liberalismus?

Die Grammatik des Bürgerlichen Gesetzbuches bedient sich – jedenfalls überwiegend – einer wertneutralen Sprache, die weder technische Zweckrationalität noch sozialmoralischen Pathos offenbart. Während der Monarch des aufgeklärten Spät-

* Dr. Christoph Sorge, AkadR a.Z., ist Habilitand und wissenschaftlicher Mitarbeiter am Lehrstuhl für Zivilrecht und Rechtsgeschichte der Leibniz Universität Hannover.

absolutismus mit der Kodifikation nicht nur äußeres Verhalten der Bürger regeln, sondern darüber hinaus die Untertanen auch zur Glückseligkeit (um-)erziehen wollte, verzichteten die Legislatoren des BGB rund hundert Jahre später bewusst auf diese Utopie einer ‚wohltemperierten Gesellschaft‘. Anstelle eines polizeilichen „Bürgerkatechismus“¹ verfolgten die Gesetzesväter die selbstzweckhafte Idee „der gleichen rechtlichen Freiheit und der großen, keineswegs illusionären Hoffnungen auf immer mehr gleiche rechtliche Freiheit und ökonomisch-soziale und gesamt-rechtliche Fortschritte dorthin.“² In dieser Beschreibung des Kodifikationsideals von Joachim Rückert wird bereits in Umrissen das *eigene Bewusstsein der Gesetzgeber* deutlich, mit dem Ende des 19. Jahrhunderts auch die zivilrechtliche Reichseinheit verwirklicht werden sollte. Aber waren die im BGB kodifizierten Hoffnungen wirklich „keineswegs illusionär“? Wie stünde es um diese ‚gleichfreien‘ Rechtssubjekte, jedenfalls die natürlich-proletarischen unter ihnen, ohne die „rettende Tat“ vom bürokratisch-autoritären Staat³ Wilhelm I. und Bismarcks, der den „Fabrikfeudalismus“⁴ mit Sozialgesetzgebung abmilderte? Und was bedeutete erst Freiheit und Gleichheit einige Dekaden später, als einem Landwirt an den Käufer nur noch zu telegrafieren übrig bleibt: „Kann nicht einmal Wasser pumpen und sitze im Finstern. Es ist mir nicht möglich, ohne Pferde, Benzol, Kohlen etwas zu dreschen oder zuliefern.“⁵ Ohne das in solchen Fällen eingreifende Reichsgericht, dessen Senate entweder den Vertrag neu diktieren oder das BGB bis an die Grenzen des rhetorisch noch Möglichen ‚fortbildeten‘, hätte der Landwirt seine Familienschatulle für Schadensersatz plündern müssen. Das mit dem Code civil gemeinsame Versäumnis des BGB, auch das dritte Element der Französischen Revolution – die *fraternité* – zum Prinzip zu erheben, scheint sich spätestens hier, nach Ausbruch des Ersten Weltkrieges, bitter zu rächen. Unstreitig aber zeigt die weitere Geschichte von Weltwirtschaftskrise und Nazidiktatur auch, dass die bürgerliche Form des Gesetzes nicht zugleich seine bürgerlichen Inhalte garantieren konnte.

Am Vorabend des Gesetzbuchs gingen jedenfalls nur die zwei Grundprinzipien der ‚bürgerlichen Menschenrechte‘ – Freiheit und Gleichheit in ihrer spezifisch pandektistischen Ausprägung – eine eigentümliche Liaison mit dem zu Beginn noch völlig unpolitischen Humus der deutschen Industrialisierung ein. Als „spätgeborene[s] Kind des klassischen Liberalismus“,⁶ verkündet „schon im Abendglanz des Hoch-

1 H. Honstell, in: Staudinger, BGB, Berlin 2013, Einl. zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Rn. 50.

2 J. Rückert, Das Bürgerliche Gesetzbuch – ein Gesetzbuch ohne Chance?, JZ 2003, S. 749-760, 751.

3 G. Brüggemeier, Entwicklung des Rechts im organisierten Kapitalismus I, 1977, S. 61.

4 Brüggemeier, Entwicklung des Rechts I (Fn. 3), S. 68.

5 Vgl. das dazugehörige Urteil mit kaum mehr aus den Rechtssätzen des BGB zu legitimierender Rechtsfortbildung zugunsten des Verkäufers: RG JW 1916, 829, 830.

6 F. Wieacker, Das Sozialmodell der klassischen Privatrechtsgesetzbücher und die Entwicklung der modernen Gesellschaft, in: *ders.*, Industriegesellschaft und Privatrechtsordnung, Frankfurt a. M. 1974, S. 9-35, 22.

kapitalismus“,⁷ charakterisiert etwa Wieacker das BGB gut ein halbes Jahrhundert nach seinem Inkrafttreten aus der Retrospektive. Er meint, dass gerade die formale Freiheits- und Gleichheitsethik der Pandektenwissenschaft auf „die Erfordernisse der expansiven, unternehmungsfreudigen und kapitalstarken Pioniere der industriellen Revolution zugeschnitten war“.⁸ Was jedoch auf der einen Seite den Forderungen der liberalen Bewegungen seit 1848 im BGB entsprochen hatte, so Wieacker, ging auf der anderen Seite zu Lasten der abhängigen und besitzlosen „Lohnarbeiterklasse“.⁹ Wie der von Stände- und Zunftordnungen befreite Arbeitsvertrag für das Unternehmertum beflügeln wirkte, so drückend sei diese Befreiung für die Masse des sog. Vierten Standes gewesen, die ihren Lebensunterhalt als Fabrikarbeiter, Bergmann, Handarbeiter oder Tagelöhner bestritt. Mit der Auflösung überkommener traditionaler Status- und Werteordnungen, in deren Bahnen die Wirtschaft der deutschen Territorien noch weit bis zur Mitte des 19. Jahrhunderts fest eingelassen war, und ihrer Ablösung durch liberale Gesetzgebungen soll also der unternehmerischen Ausbeutung der besitzlosen Klassen Vorschub geleistet worden sein.

I. Das Erwachen der Liberalismus-Kritiker im 19. Jahrhundert

Dieses Bild eines seit 1848 entfesselten Kapitalismus, der sich auf Kosten des Vier-ten Standes bereicherte und maßgeblich von der Pandektenwissenschaft und dem BGB-Gesetzgeber gefördert wurde, suggeriert, wie noch zu zeigen sein wird, ein überzogenes Bild, erscheint aber auf den ersten Blick nicht unplausibel, betrachtet man die zeitgenössische Kritik am imperialistischen Wirtschaftsmodell.¹⁰ Spätestens die ‚Große Depression‘ von 1873, verursacht durch Überspekulation und Überinvestition nach Aufhebung des Konzessionszwangs für Aktiengesellschaf-ten,¹¹ erschütterte erstmals den Fortschrittsglauben andauernder wirtschaftlicher

7 Wieacker, Sozialmodell (Fn. 6), S. 15.

8 Wieacker, Sozialmodell (Fn. 6), S. 16.

9 Wieacker, Sozialmodell (Fn. 6), S. 16.

10 Die folgende Beschäftigung mit Wieackers These mag auf den ersten Blick anachronistisch wirken und als ein Aufwärmen einer in der rechtshistorischen Forschung längst ausdiskutierten Debatte angesesehen werden (vgl. die ausführlichen Berichte von T. Repgen, *Die soziale Aufgabe des Privatrechts*, Tübingen 2001, S. 519-521; HKK/J. Rückert, Vor § 1 Rn. 93-101 – jeweils mit umfangreichen Nachweisen). Allerdings lässt sich der Beitrag von der hermeneutischen Einsicht leiten, dass es in den Geisteswissenschaften keine endgültig erledigten Kontroversen gibt und jede historische Überlieferung stets neue Antworten auf gegenwärtige Fragestellungen enthält. Umgekehrt richtet auch Wieackers These neue Fragen an die Gegenwart. Vor diesem dialogischen Horizont kann und will der Beitrag nicht nur ‚rekonstruktiv‘ verfahren, sondern sucht die Kontroverse aus den 1970er-Jahren einschließlich der ebenfalls bekannten These einer ‚Entchristianisierung des Privatrechts‘ auf die Gegenwart ‚anzuwenden‘. Das in jeder Applikation liegende schöpferische Moment speist sich dabei aus der Beobachtung, dass auf dem aktuellen politischen Parkett erneut und verstärkt religiös-kulturelle Symbolpolitik betrieben wird (z.B. Kruzifixe in Gerichtsgebäuden).

11 Beinahe naiv wird in den Motiven zur Aktienrechtsnovelle von 1870 die Befreiung vom Genehmigungszwang und einem Aufsichtsrecht mit dem mündigen Bürger begründet, wonach die „beste Ga-rantie gegen solche Verluste [wegen Aktienschwindel] [...] die eigene Vorsicht“ sei. Dem Staat bliebe dagegen nichts anderes übrig als sich auf eine „‘Warner‘-Funktion“ zurückzuziehen (abgedr. in:

Prosperität.¹² Kritische Stimmen gegen den Liberalismus konnte man freilich schon vernehmen in der Weimarer Klassik beim progressiven Friedrich Schiller, rückwärtsgewandt in der politischen Romantik,¹³ schonungslos in den Pamphleten der Frühsozialisten wie Moses Hess (1812-1875) oder idealisiert bei den Junghegelianern Mitte des 19. Jahrhunderts. Marx und Engels verschafften dem politischen Subjekt der ‚besitzlosen Volksmassen‘ dann endgültig Gehör.

Neu am Phänomen der Gründerkrise(n) im letzten Drittel des 19. Jahrhunderts war allerdings, dass nicht mehr nur einzelne Intellektuelle oder eine unbestimmte Masse von Proletariern aufbegehrten, sondern, dass sich Unmut in nahezu allen Schichten der Bevölkerung bemerkbar machte. Durch unmittelbare Betroffenheit

Brüggemeier, Entwicklung des Rechts I [Fn. 3], S. 100, 102). Weniger naiv, angesichts der ökonomischen Dynamik aber auch weniger erfolgsversprechend, war ein mit der Novelle implementiertes Sicherungsnetz, das sog. Normativsystem nach französischem Vorbild. Es sah u.a. Mindesthöhen für Nominalwerte, einen obligatorischen Aufsichtsrat und das Verbot des Eigenerwerbs von Aktien durch die Gesellschaft vor; *W. Schubert*, Die Abschaffung des Konzessionssystems durch die Aktienrechtsnovelle von 1870, *ZGR* 2 (1981), S. 285-317, insb. 314 f.; erneut abgedr. in dem unten zit. Materialienband. Dass die Schattenseiten des Prinzips ‚Selbstregulierung‘ Ende des 19. Jahrhunderts erst ansatzweise reflektiert waren, zeigt sich im Übrigen in dem drei Jahre später geäußerten Reformvorschlag des ‚Vereins für Socialpolitik‘. Danach sollte zwar die innere Verfassung der Aktiengesellschaft verschärft werden. ‚Politisch‘ müsste das Rechtssubjekt jedoch auch weiterhin völlig autonom bleiben: „Sie [die Aktiengesellschaft] soll ein Gegenstand des *gemeinen Rechts* und ihre Erreichung nicht von besonderer Staatsgenehmigung, sondern bloß von der Erfüllung von Normativbedingungen sein.“ *Resolution des Vereins für Socialpolitik* (12./13.10.1873), in: *W. Schubert* (Hg.), *Vom Konzessions- zum Normativsystem. Materialien zur Aktienrechtsnovelle 1870* (*ZGR*-Sonderheft 21), 2017, S. 186 f. (186) [Hervorheb. i. O.].

- 12 Dazu *Brüggemeier*, Entwicklung des Rechts I (Fn. 3), S. 53 ff.; ferner: *H. Jaeger*, Geschichte der Wirtschaftsordnung in Deutschland, Frankfurt a. M. 1988, S. 95 f.; *H. Pohl*, Die Entwicklung der deutschen Volkswirtschaft (1830-1880), in: *H. Coing/W. Wilhelm* (Hg.), Wissenschaft und Kodifikation des Privatrechts im 19. Jahrhundert, Bd. 2, Frankfurt a.M. 1977, S. 1 (6). Zu beachten ist der jüngst von Mathias Schmoekel mit gewichtigen Argumenten geforderte Paradigmenwechsel, dass die Rede von ‚Krise und Krach‘ sowie ‚Depression‘ zur Erfassung des letzten Drittels des 19. Jahrhunderts wenig hilfreich und mehr psychologisieren als historisch verständlich machen würde; *M. Schmoekel*, ‚Gründerkrise‘ und ‚Große Depression‘, *SZ* (GA) 132 (2015), S. 251-322 (268 ff.). Dass im Folgenden dennoch an den überkommenen Begrifflichkeiten festgehalten wird, bedeutet vor dem Hintergrund von Schmoekels Forderung kein dramatisches Stilmittel, sondern liegt darin begründet, dass die aufgestellte Heuristik des „Strukturwandels“ (S. 268) ebenfalls Schwächen aufweist. Im scheinbar indifferenten Konzept des strukturellen Wandels drückt sich nämlich eine ex post-Würdigung der 1870er-Jahre aus, wonach die – okkasionelle – Überwindung von sozio-ökonomischen Einschnitten in den ‚Golden Zwanziger‘ zum Beobachterstandpunkt gewählt wird. Die Teilnehmer des ‚Strukturwandels‘ bleiben damit jedoch außen vor und die Mentalität großer gesellschaftlicher Gruppen der 1870er-Jahre läuft Gefahr, ausgeblendet, zumindest aber nicht ernst genommen zu werden. Ähnlich wie das (in die andere Richtung weisende) Diktum Schumpeters von der ‚schöpferischen Zerstörung‘ ließen sich mit der Formel des Strukturwandels zwar die letzten Jahrzehnte des 19. Jahrhunderts in einen größeren Rahmen stellen und makroskopisch erfassen. *Post hoc ergo propter hoc* könnten andererseits mit ‚Strukturwandel‘ aber auch pauschal die dirigistischen Staatsinterventionen des Kaiserreichs gerechtfertigt werden. In diesem Beitrag wird die ‚subjektivistische‘, wenn auch dramatische Einschätzung vieler zeitgenössischer Akteure bevorzugt. Sie wird dabei nicht unreflektiert, sondern mit dem Ziel übernommen, einer hermeneutischen Betroffenenperspektive stärker Ausdruck zu verleihen und diese in einen Kontrast zu dem ‚apollinischen Kosmos‘ der Kommissionen zum BGB zu stellen. Vgl. ferner zum Begriff des Strukturwandels: *J.-O. Hesse*, Ökonomischer Strukturwandel, Geschichte und Gesellschaft 39 (2013), S. 86 (107 ff.).
- 13 Hervorgehoben seien nur die Staatsphilosophen Adam Heinrich Müller (1779-1829) und Friedrich Julius Stahl (1802-1861) sowie die Keimzellen beider Denker, Johann Jacob Moser (1701-1785) und Justus Möser (1720-1794).

z.B. von investierenden Kleinbürgern und spekulierenden Beamten rief die Krise eine gesamtgesellschaftliche Empörung hervor.¹⁴ Mit der Veröffentlichung des Ersten Entwurfs eines Bürgerlichen Gesetzbuches für ganz Deutschland von 1888 verdichtete sich schließlich die politische Agitation zur konkreten Gesetzgebungskritik.¹⁵ Neben freien Assoziationen wie Genossenschaften, Gewerkschaften und politischen Parteien waren insbesondere die neugegründeten ‚proletarischen‘ Vereine eine Keimzelle vehemente Liberalismuskritik, die von Seiten ganz unterschiedlicher politischer Couleur auf Sympathien stieß.¹⁶

II. Eigennutz als unverfügbares Axiom – auch für die Kritiker des BGB

Unter dem Topos der ‚sozialen Frage‘ diskutierten Juristen, Ökonomen und Historiker vornehmlich aus dem Umfeld der Historischen Schulen, aber auch aus der sich formierenden Frauenbewegung¹⁷ den individualistischen Zuschnitt des BGB-Entwurfs, der „nicht nur das soziale Gefüge und Miteinander, sondern damit auch die Gerechtigkeit verfehle“.¹⁸ Besonders prominent ragt unter den Kritikern der Wiener Jurist und Sozialphilosoph Anton Menger (1841-1906) heraus, dessen Bruder mit der ökonomischen Grenznutzenlehre bekannt wurde. In seinem Werk „Das Bürgerliche Recht und die besitzlosen Volksklassen“ von 1890 stellt er den Schutz

14 Siehe etwa zum absolut steigenden, aber relativ, nach Schichten differenziert sinkenden Einkommensniveau: H.-U. Wehler, Deutsche Gesellschaftsgeschichte, Bd. 3, München 1995, S. 708 f.

15 Zum Kontext und den ‚Antworten‘ der Kommissionen vgl. *Repgen*, Soziale Aufgabe (Fn. 10), insb. S. 220-225 (Arbeitsvertrag), S. 235-241 u. (Mieterschutz). Zur Kritik von Seiten der Frauenbewegungen und den maßgeblich auf Emile Kempin (1853-1901) zurückgehenden, indes erst mit der Zuwangengemeinschaft im Jahre 1957 annähernd umgesetzten Vorschlag zur Einführung einer solidarisierten Errungenschaftsgemeinschaft, womit die Ehefrau auch am Arbeitsertrag des Ehegatten beteiligt wird, s. J. Lehmann, Die Ehefrau und ihr Vermögen, Köln u.a. 2006, S. 110-136; vgl. auch die Petitionen aus dem proletarischen Lager der Frauenbewegungen, die sich weniger für die Gleichberechtigung *in der Ehe* als mehr um die Gleichheit *aller Menschen* und für politische Rechte einsetzen: H. Szymanski, Theorie und Lebenswirklichkeit, Köln u.a. 2013, S. 137-195, sowie ferner C. Henke, Gleichheit und Gerechtigkeit als feministische Rechtsforderungen: Hedwig Dohm und Anita Augspurg, in: S. Meder/A. Duncker u.a. (Hg.), Köln u.a. 2006, S. 180-191. Zu den großen Linien siehe M. Schmoekel, 100 Jahre BGB: Erbe und Aufgabe, NJW 1996, S. 1697 (1701ff.).

16 War das Vereinswesen im frühen 19. Jahrhundert als Produkt der Aufklärung noch ausschließlich eine Domäne des emanzipierten Bürgertums, so oszillierte im letzten Drittel des Jahrhunderts der Verein als politisiertes, aber außerparlamentarische Refugium zwischen proletarischer und bürgerlicher Selbstverständigung. Eine wirkungsmächtige Interessenvertretung des ‚Vierten Stands‘ bildete etwa der 1873 gegründete „Verein für Socialpolitik“. Vgl. C. Eisenberg, Arbeiter, Bürger und der ‚bürgerliche Verein‘ 1820-1870, in: J. Kocka (Hg.), Bürgertum im 19. Jahrhundert, Bd. 2, München 1988, S. 187ff.; H. J. Teutenberg, Die Doktrin des ökonomischen Liberalismus und ihre Gegner dargestellt an der prinzipiellen Erörterung des Arbeitsvertrages im ‚Verein für Socialpolitik‘ (1872-1905), in: H. Coing/W. Wilhelm (Hg.), Wissenschaft und Kodifikation des Privatrechts im 19. Jahrhundert, Bd. 2, Frankfurt a. M. 1977, S. 47ff.

17 Vgl. S. Meder, Familienrecht, Von der Antike bis zur Gegenwart, Köln u.a. 2013, S. 189-215 sowie S. Meder/A. Duncker/A. Czelk (Hg.), Frauenrecht und Rechtsgeschichte, Die Rechtskämpfe der deutschen Frauenbewegung, Köln u.a. 2006.

18 U. Spellenberg, Vom liberalen zum sozialen Privatrecht?, in: M. Rehbinder (Hg.), Recht im sozialen Rechtsstaat, Opladen 1973, S. 23 (33). Vgl. zur gesamten Debatte A. Dieckmann/C. Sorge, Der homo oeconomicus. Ein Modellmensch für das Recht par excellence?, in: dies. (Hg.), Der homo oeconomicus in der Rechtsanwendung, Tübingen 2016, S. 1-39, 12ff.

des Schwächeren in den Mittelpunkt seiner Kritik. Gleich in der Einleitung macht Menger jedoch eine bemerkenswerte Feststellung, mit der er das tradierte Axiom des Privatrechts kennzeichnet und damit zugleich seine eigene kritische Position beschränkt:

„Von den beiden Triebfedern, welche das menschliche Handeln beherrschen, nämlich der Selbstsucht und dem Gemeinsinn, liegt also die erstere fast ausschließlich dem privatrechtlichen, die letztere dem sozialistischen Rechtssystem zu Grund. Dies Verhältnis ist in Ansehung des Privatrechts auch seit langer Zeit erkannt worden, indem schon die römischen Juristen dieses als jenen Teil des Rechtes betrachten, welcher zur Förderung der individuellen Lebenszwecke des Einzelnen bestimmt ist. Auch kann es niemand befreimden, dass unser bürgerliches Recht bei allen Grundfragen jene Lösung gewählt hat, welche von dem individuellen Egoismus verlangt wird, wenn man in Erwägung zieht, wie unser Privatrechtsystem entstanden ist.“¹⁹

Wenn Menger hier den Egoismus als unverfügaren Ausgangspunkt der Privatrechtsentwicklung hervorhebt und anerkennt, ist es nur folgerichtig, dass er in seinen weiteren Ausführungen auf die Propagierung ethischer Tugenden wie etwa Freigebigkeit und Selbstlosigkeit gänzlich verzichtet. Aber nicht nur für ihn, sondern auch für das Gros der BGB-Kritiker seiner Zeit spielten ethische Argumente, die auf Anerkennung uneigennützigen Tätigwerdens oder – ganz grundsätzlich – auf die Förderung des Gemeinwohls durch das Privatrecht abzielen, kaum eine Rolle. Stellt man die Frage, warum der Topos ‚Altruismus‘ selbst bei den Kritikern des BGB unberücksichtigt blieb, ist es nicht ausreichend, lediglich auf die Verbindung der Pandektenwissenschaft und BGB-Gesetzgeber mit liberalen Gedankengut zu verweisen. Vielmehr muss nach einer möglichen Erklärung gesucht werden, die für alle konfligierenden Denkmuster jener Zeit plausibel erscheint.

III. Wieackers ‚Verfallsthese‘ zur Entstehung des BGB

Vor diesem Hintergrund ist die Bewertung des BGB als „spätgeborenes Kind des Liberalismus“ und Produkt der „bürgerlichen Unternehmerklasse“²⁰ von Wieacker zu pauschal.²¹ Die These trennt vermeintlich ‚überzeitliche‘ Formen des Privatrechts (Eigentum, Rechtsperson, Vertragsfreiheit) von ihren dynamisch-gesellschaftlichen Inhalten und leistet einer rechtshistorischen Enthistorisierung Vorschub. Denn die bei Wieacker konstatierten Veränderungen an der Oberfläche werden von ihm zum Wesentlichen erklärt – zu einer antisozialen Eroberung des römischen Recht –, während die Umwälzungen der gesellschaftlichen Basis und die da-

19 A. Menger, Das Bürgerliche Recht und die besitzlosen Volksklassen, 1. Aufl., Tübingen 1890, S. 4 [Hervorheb. d. Verf.].

20 Wieacker, Sozialmodell (Fn. 6), S. 12.

21 So bereits treffend das Urteil von U. Wesel, Zur Methode der Rechtsgeschichte, KJ 1974, S. 337 (354f.). Vgl. ferner aus der jüngeren Literatur: S. Hofer, Freiheit ohne Grenzen. Privatrechtstheoretische Diskussionen im 19. Jahrhundert, Tübingen 2001; S. Meder, Opposition, Legislation, Wissenschaft: zum 100. Todestag von Gottlieb Planck, JZ 2010, S. 477 (477f.), Repgen, Soziale Aufgabe (Fn. 13); HKK/J. Rückert, Vor § 1 Rn. 31ff.

zugehörigen Institutionen wie etwa Kultur, Ethik und Weltanschauung als unwesentlich darunter verschwinden. Doch Formen, auch solche des rezipierten römischen Rechts im 19. Jahrhundert, sind immer nur so antisozial, wie es auch ihre gesellschaftlich-historischen Inhalte sind.

Daher sind gerade die nicht juristischen Faktoren zum Verständnis des deutschen Sonderwegs, wozu vor allem die verspätete Kodifikation gehört, unerlässlich. Wieacker suggeriert dagegen auf seine Weise eine bruchlose Kontinuität, wonach der schon im römischen Recht angelegte Modellmensch des *homo oeconomicus* von der Historischen Rechtsschule bis zur Spätpandektistik und den Gesetzesvätern des BGB seit jeher das römische Rechtssubjekt *par excellence* bilden sollte. Sein Verdict steht folglich dem Rundumschlag durch Otto v. Gierke in nichts nach, der 1889 mit seiner über 600 Seiten starken Polemik dem Ersten Entwurf eine „einseitig kapitalistische Tendenz des reinsten Manchestertums“ attestiert, gegen die selbst der aufrichtigste Redaktor machtlos sei, sobald „der römische Rechtsgedanke über den germanischen triumphiert.“²²

Dagegen liegen auch in der sozialhistorischen Realität Welten zwischen einem vornehmlich politisch-egalitären Liberalismus zu *Beginn des 19. Jahrhunderts*, der in einer bäuerlich-restfeudal geprägten Gesellschaft²³ die kühnen Ideen von individueller Freiheit und Gleichheit verkündet, und einem Wirtschaftsliberalismus *Ende des 19. Jahrhunderts*, der Deutschlands Hochindustrie nunmehr ‚staatsinterventionistisch‘ zu imperialer Größe verhelfen wollte.²⁴ Das an die erste Welle des Liberalismus anknüpfende BGB erscheint zum *fin de siècle* aus diesem Grund teilweise wie aus der Zeit gefallen zu sein. Mit seiner Rücksicht auf Bienenzüchter

22 O. v. Gierke, Der Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuchs und das deutsche Recht, Leipzig 1889, S. 3f. Bündig ist die Replik des BGB-Redaktors Planck, vom dem weiter unten noch die Rede sein wird. Bei Gelegenheit einer im Februar 1896 im Reichstag gehaltenen Rede sagt er nur: Wenn ‚Kapitalist‘ zu sein heißt, dass jeder seine Schulden zahlen müsse, sei der Entwurf tatsächlich kapitalistisch. Bei Geldschulden trifft Plancks Ironie. Doch sobald man die Kaufpreisschuld mit der Tätigkeitschuld des unter eisenharten Fabrikordnungen stehenden Arbeiters austauscht, wird es zynisch. Zu Plancks Aussage vgl. Meder, Opposition (Fn. 21), S. 477 (481); vgl. ferner den lezenswerten Beitrag von J. Brand, Das geleugnete Erbe, in: Rückert (Hg.), Arbeit und Recht seit 1800, Köln u.a. 2014, S. 133 (141ff.).

23 Zu dem vor allem östlich der Elbe schleppenden Prozess der Bauernbefreiung, vgl. J. Kocka, Arbeitsverhältnisse und Arbeiterexistenzen, Bonn 1990, S. 169, 189; J. Kulischer, Allgemeine Wirtschaftsgeschichte der Mittelalters und der Neuzeit, Bd. 2, 5. Aufl. 1976, S. 434-442; zur Realisierung des politischen Freiheitsideals durch die sog. Befreiungsgesetzgebung, s. F. Lütge, Deutsche Sozial- und Wirtschaftsgeschichte, 3. Aufl., Berlin u.a. 1976, S. 431ff.; zur Rechtsgeschichte vgl. die Beiträge in: H. Coing/W. Wilhelm (Hg.), Wissenschaft und Kodifikation des Privatrechts im 19. Jahrhundert, Bd. 3, Frankfurt a.M. 1976.

24 Brüggemeier, Entwicklung des Rechts I (Fn. 3), S. 59ff. Treffend sieht Thilo Ramm in dieser spät-bürgerlichen Entwicklung einen Austausch des liberalistischen Subjekts, namentlich der kollektivistische Unternehmensverbund gegen den individualistischen Bourgeois, was mit zunehmender Machtkonzentration enormen Einfluss auf die Strukturen des Privatrechts genommen hatte: „Denn es ist ein Unterschied, ob sich die freiheitliche Ordnung auf das Individuum oder auf die Vereinigung bezieht. Die Vereinigung ist Macht und steht insofern zwischen Individuum und Staat.“ (Einführung in das Privatrecht, Bd. 1, 2. Aufl., München 1974, § 10, G 77).

(§§ 951ff.), einem vorindustriellen Sachenrecht (insb. §§ 946ff.) und gesellschaftsrechtlichen Regelungen, die eher an römische Brüdergemeinschaften oder fränkische Allmendeversammlungen erinnern, aber nicht an exportsüchtige kapitalistische Unternehmungen, war das BGB aus Sicht der Großkaufleute und Fabrikbesitzer fast schon reaktionär. Sondergesetze im Wirtschaftsrecht schafften zwar wieder Bewegungsfreiheit. Aber August Bebel trifft dennoch ins Schwarze, wenn er im Zentralorgan für sozialdemokratische Theorien ‚Die Neue Zeit‘ verkündet, wegen der „Feigheit der deutschen Bourgeois“ von 1848 sei die bürgerliche Kodifikation Ende des 19. Jahrhunderts „bereits in sehr wesentlichen Bestimmungen von den Bedürfnissen der Zeit überholt worden – noch ehe es in Kraft getreten ist.“²⁵

Das in über zweitausend Paragrafen gegossene ‚System des heutigen römischen Rechts‘ war ein alter Zopf von Kleinkrämern und Handwerksmeistern verglichen mit dem technologischen Fortschritt, der ökonomischen Machtkonzentration und den Wirtschaftskrisen, die der volkswirtschaftlichen Hochgeschwindigkeitsfahrt erste Bremsklötze versetzten.²⁶ Selbst die ‚fortschrittlichsten Rechtssätze‘ des römischen Juristen Ulpian, wo Eigennutz, Geld und *bargaining* im Fokus stehen,²⁷ mussten jetzt ihre völlig anders geartete Grundlage offenbaren. Die Gesellschaftsstruktur des *Corpus Iuris Civilis*, deren Produktionsweise überwiegend auf Sklavenarbeit beruhte und in der sich weder Fernhandel noch Bankgeschäfte zu den alles beherrschenden Verhältnissen herausbildeten, ist nur zum geringsten Teil mit technologisch-industriellen Marktstrukturen kompatibel. Das weiß auch der 26jährige Paul Oertmann. Zu dieser Zeit, noch nichts vom Ersten Weltkrieg und der Geschäftsgrundlagenstörung ahnend, goutiert er in seiner „Volkswirtschaftslehre des *Corpus Juris Civilis*“ (1891) zwar nicht die „materialistische Geschichtsauffassung eines Marx“, plädiert aber dennoch für mehr „Harmonie zwischen Rechts- und Wirtschaftslehre“, für eine Kooperation „beider Schwesternwissenschaften“.²⁸ Allerdings, so Oertmann, sind Fragmente zur römischen Wirtschaftstheorie mühsam aus den Digesten „herauszuklauben“, weil die Römer keine Volkswirtschaft hatten, ja, weil schon der Begriff „*eine contradictio in adiecto*“ für

25 A. Bebel, Das Bürgerliche Gesetzbuch und die Sozialdemokratie, *Die Neue Zeit* 14/2 (1896), S. 554 (555). Freilich sind die überwiegend langfristig ‚erfolgreichen‘ Rechtsinstitute nicht zu unterschlagen, vgl. dazu D. Reuter, Die ethischen Grundlagen des Privatrechts – formale Freiheitsethik oder materiale Verantwortungsethik?, *AcP* 189 (1989), S. 199; R. Stürmer, Der hundertste Geburtstag des BGB – nationale Kodifikation im Greisenalter?, *JZ* 1996, S. 741 (743ff.).

26 „Nur unter dem Horizont der Kleinstadt lässt sich [...] der Ausschluß des Gutgläubensschutzes für gestohlene, verlorene oder sonstwie abhanden gekommene Sachen [§ 935 BGB] rechtfertigen.“ H. G. Isele, Ein halbes Jahrhundert deutsches Bürgerliches Gesetzbuch, *AcP* 150 (1949), S. 1 (2).

27 Vgl. dazu O. Behrends, Die Gewohnheit des Rechts und das Gewohnheitsrecht, in: D. Willoweit (Hg.), *Die Begründung des Rechts als historisches Problem*, München 2000, S. 19 (48ff.).

28 P. Oertmann, Die Volkswirtschaftslehre des *Corpus Juris Civilis*, Berlin 1891, S. 2f. Die Schrift bildet eine erweiterte Fassung seiner philosophischen Dissertation, die u.a. von dem Begründer der älteren Historischen Schule der Nationalökonomie, Wilhelm Roscher (1817-1894), begutachtet wurde. Vgl. S. Hofer, Recht und Ökonomie bei Oertmann, in: P. Pichonnaz/ N. P. Vogt u.a. (Hg.), *FS Huwiler 2007*, S. 267 (274ff.).

sie gewesen ist, und die „Reichen [...] über zahlreiche im Gewerbe und im Handel beschäftigte Sklaven [herrschten] wie kleine Fürsten“.²⁹

B. Gottlieb Planck (1824-1910), ein ‚Kleinbürger‘ als Gesetzgeber?

Während Oertmann mit seinem klaren Blick über den pandektistischen Tellerrand zur Nationalökonomie die Ausnahme unter den Spätpandektisten bleibt,³⁰ scheinen vor allem die Verfasser des BGB jenseits des ‚entfesselten Prometheus‘ der Wirtschaft zu stehen.³¹ Berücksichtigt man nur die Persönlichkeit von Gottlieb Planck (1824-1910), der wohl einflussreichste Redaktor, so ergibt sich alles andere als ein Bild vom juristisch qualifizierten ‚Manchesterkapitalisten‘.³² Planck war nicht nur Anhänger der demokratischen Partei und sympathisierte mit der politischen Linken, sondern verteidigte auch öffentlich den sozialen Anspruch der Kodifikation. In einer seiner zahlreichen Repliken auf die Kritik am BGB-Entwurf räumt Planck ausdrücklich ein, dass die im Gesetz verwirklichte „formale Rechtsgleichheit bei Rechtsverhältnissen [...] oft zur materiellen Ungleichheit“ der wirtschaftlich Schwächeren führe.³³

I. Wissenschaft und Praxis: Notnagel zur Lösung der sozialen Frage

Interessant erscheint nun die ‚protoliberal‘ Lösung von Planck: „Um den sich hieraus ergebenden sozialen Uebelständen thunlichst entgegenzuwirken“, habe der Entwurf vor allem flexible Generalklauseln und nur ausnahmsweise starre Tatbestände vorgesehen.³⁴ Denn, wer als Vertragspartner in dieser Lage schwach sei, der könne in der nächsten der Stärkere und in der übernächsten wiederum der Unterlegene sein. Für ihn stellt sich also gar nicht die Frage, ob das BGB den Schwächeren schützen müsse, sondern nur in welcher gesetzlichen Art und Weise. Vor diesem Hintergrund wird er auch nicht müde zu wiederholen, dass es vornehmlich eine konstruktive Entscheidung gewesen sei, im Gesetz auf Einzelfallregelungen zu verzichten. Die mit Lebenswirklichkeit angereicherte Entfaltung eines sozialgerechten

29 Oertmann, Volkswirtschaftslehre (Fn. 28), S. 4f.

30 Ergänzt sei noch der bemerkenswerte Beitrag des Romanisten A. Pernice, Ueber wirtschaftliche Vor- aussetzungen römischer Rechtssätze, SZ (RA) 19 (1898), S. 82ff. Juristen ‚als solche‘, die sich nicht gerne in ihre Geschäfte reinreden lassen, hat es in der anregenden Diskussion zwischen Nationalökonom und Rechtswissenschaftler im Übrigen (leider) auch gegeben, vgl. nur J. Baron, Jurisprudenz und Nationalökonomie (Rez. A. Wagner, Lehrbuch der politischen Oekonomie I, 1876), Kritische Vierteljahrsschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft 19 (1877), S. 372ff.; ferner A. Dieckmann/C. Sorge, Homo oeconomicus (Fn. 16), S. 17f.

31 Ausnahmen wie der Nationalökonom Gustav Schmoller als Mitglied der Zweiten BGB-Kommission, der ‚Verein für Socialpolitik‘ und das preußische Landesökonomiekollegium, ein interdisziplinäres Forum aus Ökonomen und Juristen, das auch auf die Beratung des BGB Einfluss hatte, bestätigen nur die Regel; vgl. zum Forum R. Hansel, Jurisprudenz und Nationalökonomie, Köln u.a. 2006.

32 Weiterführend S. Meder, Gottlieb Planck und die Kunst der Gesetzgebung, Baden-Baden 2010.

33 G. Planck, Die soziale Tendenz des Bürgerlichen Gesetzbuchs, DJZ 9 (1899), S. 181 (181).

34 Planck, Die soziale Tendenz (Fn. 33), S. 182.

Privatrechts obliege daher Wissenschaft und Praxis, wie Planck in einem anderen Beitrag formuliert:

„Die wichtigsten Factoren wirthschaftlicher Macht und Schwäche, Reichthum und Armut, lassen sich im Privatrechte überhaupt nicht als Voraussetzungen von Rechtssätzen verwenden. [...] Es wird daher immer auf eine genaue Prüfung der einzelnen Rechtsverhältnisse ankommen, besonders aber darauf, ob sich die Voraussetzungen [...] sowie der Inhalt dieses Rechtssatzes selbst so bestimmen lassen, daß dadurch [...] wirklich nur der Schwäche geschützt wird und nicht daneben andere schwerwiegende Nachteile für die Sicherheit des Verkehrs eintreten.“³⁵

Der von Planck vermittelte und vielen anderen Redaktoren bestätigte Eindruck lässt das BGB keinesfalls als Katalysator geballter Wirtschaftsmacht erscheinen, sondern zeugt vielmehr von einem seligen Urvertrauen in den ehrbaren Kaufmann, der – wenn es darauf ankäme – auch seiner sittlichen Pflicht gegenüber Hilfsbedürftigen nachkomme. Im Übrigen müsse der Staat durch Sondergesetzgebung einschreiten.³⁶ Im Privatrecht aber, wo nicht die Triebfeder der Barmherzigkeit, sondern der abstrakte Wille entscheidet, ist die „Herrschaft des Rechtsgesetzes vollständig durchgeführt“, wie Savigny in Vorlage für Planck tritt, „und zwar ohne Rücksicht auf die sittliche oder unsittliche Ausübung eines Rechts“, sodass der „Reiche den Armen untergehen lassen“ kann.³⁷ Die „Armenanstalten“ sorgten für Abmilderung.³⁸

Wenn Planck zur Verteidigung des BGB-Entwurfs weiter anführt, anders als juristische seien ökonomische Rollen fungibel, jeder Bürger könne hier stark, dort wiederum unterlegen sein, so entging ihm einerseits die „Freiheit des freien Fuchses im

35 G. Planck, Zur Kritik des Entwurfes eines bürgerlichen Gesetzbuches für das deutsche Reich, AcP 75 (1889), S. 327 (409) [Herv. v. Verf.].

36 In dieser Vehemenz sind die Vertreter der frühen Historischen Rechtsschule übrigens noch nicht für ein *ius singulare* in Gestalt von Sondergesetzen eingetreten, also einer Melange aus Privatrecht und Öffentlichem Recht. In dieser Hinsicht ist Planck ganz ‚Kind seiner Zeit‘ und zugleich äußerst ‚modern‘, denkt man nur an das privat-öffentliche Kapitalmarktrecht von heute. Vgl. zu dieser Entwicklung M. Stolleis, Die Entstehung des Interventionsstaates, ZNR 11 (1989), S. 129 (138ff.).

37 F. C. v. Savigny, System des heutigen römischen Rechts, Bd. 1, Berlin 1840, § 56, S. 371. Welche große politische Bedeutung er im Übrigen staatlichen Armenanstalten beilegt, um die Härten des Privatrechts abzumildern, zeigt seine Rechtfertigung für eine bürokratische „Begläubigung“ privater mildtätiger Stiftungen, die mit Blick auf Savignys Rechtsquellenpluralismus eigentlich völlig untypisch ist: „Wenn z.B. in einer Stadt, deren Armenwesen wohl geordnet und hinreicht dotirt [sic!] ist, ein reicher Testator, aus missverstandener Wohlthätigkeit, eine Stiftung von Almosenspenden machte, wodurch die heilsamen Folgen der öffentlichen Armenanstalten gestört und geschwächt würden, so hätte wenigstens der Staat keinen Grund, dieser Stiftung, durch Ertheilung der Rechte einer juristischen Person, größere Konsistenz zu geben“ (aaO., Bd. 2, 1840, § 89, S. 278f. [Herv. v. Verf.]). Dieses aufschlussreiche Zitat, wo im Nebel der Rechtsdogmatik unvermittelt eine *multitude* – der ‚Vierte Stand‘ – sichtbar wird, muss zugleich als Seismograph für die kommende Märzrevolution 1848 angesehen werden. Und nur zwei Jahre später wird Marx unbewusst auch gegen Savignys Vorschlag polemisieren: Demokratische Kleinstädter „hoffen die Arbeiter durch mehr oder minder verdeckte Almosen zu bestechen und ihre revolutionäre Kraft durch momentane Erträglichmachung ihrer Lage zu brechen.“ K. Marx, Rundschreiben an den Bund der Kommunisten, MEW 7, 5. Aufl., Berlin (Ost) 1973, S. 244 (247).

38 F. C. v. Savigny, System des heutigen römischen Rechts, Bd. 1, Berlin 1840, § 56, S. 371.

freien Hühnerstall“,³⁹ ein Fuchs im Gewand einer Rechtsperson, der das von Planck hochgehaltene Gleichheitsideal von Anfang an sabotiert. Andererseits wird der auf den Warenmarkt geworfene und damit „doppelt freie Arbeiter“⁴⁰ von Planck wie ein Krämer angesehen, der seine Kolonialwaren der örtlichen Kundenschaft feilbietet. Das allgemein-abstrakte Gesetz und der individuelle Befehl unterscheiden sich *formal* maßgeblich darin, dass beim letzteren der Adressat von vornherein feststeht, während die Rechtssätze des BGB, sowohl begünstigende als auch belastende, *prinzipiell* alle Teilnehmer des Rechtsverkehrs treffen können. Dies ist die große, von Planck zu Recht hervorgehobene Errungenschaft des liberalistischen Rechtsstaats, um Willkür zu verhindern.⁴¹ Doch was ist z.B. mit der „tyrannischen Willkürherrschaft der Männer über die Frauen“⁴²? Dass nicht einmal *rechtliche* Gleichberechtigung im damals noch patriarchalischen Eherecht zu wirklicher, d.h. *materialer* Gleichberechtigung der Ehefrau führen würde, wenn nicht auch die Chancen zur „sozialen und wirthschaftlichen Stellung“ sowie die „Fähigkeit zu den verschiedenen Erwerbs- und Berufszweigen“ dem Ehemann gleichgestellt werden, hat Planck selbst erkannt.⁴³ Und er sagt es vor allem den Frauen auch ausdrücklich mit den ersten Sätzen seiner Rede vor dem Göttinger Frauenverein 1899. Warum aber sollte dies alles anders sein im Verkehrsrecht des BGB, wo schon der Begriff des „Vermögens“ den ambivalenten Zungenschlag besitzt, sowohl humane Fähigkeit zur Selbstbestimmung als auch bürgerliche Voraussetzung zur Kapitalakkumulation zu bezeichnen.⁴⁴

Unterschlägt Planck die materialen Voraussetzungen absichtlich? Spricht er deswegen nur über die „Voraussetzungen von Rechtssätzen“, um die Voraussetzungen des Pauperismus und der sozialen Ungleichheit nicht thematisieren zu müssen? Wohl kaum. Als Spitzformuliert könnte man es mit Marx aber kleinbürgerliche Realitätsverleugnung nennen, ein „lebendiger Widerspruch“, „zusammengesetzt

39 R. Garaudy, Die Freiheit als philosophische und historische Kategorie, Berlin 1959, zit. n.: R. Wettbölter, Rechtswissenschaft, Frankfurt a.M. 1968, S. 179. Der Aphorismus dürfte Garaudy indes fälschlich zugeschrieben sein, da er dort – auch nicht entsprechend – zu finden ist. Erstmals wohl von dem Schriftsteller F. Kirnberger, Freiheit die ich meine, in: ders., Siegelringe, Hamburg 1874, S. 399 (401): „Der freie Fuchs im freien Hühnerhof.“.

40 Weil „er als freie Person über seine Arbeitskraft als seine Ware verfügt, daß er andererseits andre Waren nicht zu verkaufen hat, los und ledig, frei ist von allen zur Verwirklichung seiner Arbeitskraft nötigen Sachen.“ K. Marx, Das Kapital I, MEW 23, Berlin (Ost) 1962, S. 183.

41 Vgl. dazu F. Neumann, Die Herrschaft des Gesetzes, Frankfurt a.M. 1980, S. 245ff.

42 In G. Planck, Die rechtliche Stellung der Frau nach dem bürgerlichen Gesetzbuche. Vortrag zum Besten des Göttinger Frauenvereins, 2. Aufl., Göttingen 1899, abgedr. bei: S. Meder/A. Duncker u.a. (Hg.), Die Rechtsstellung der Frau um 1900, Köln u.a. 2010, S. 674 (675).

43 Planck, Die rechtliche Stellung der Frau (Fn. 42), S. 675.

44 Messerscharf bereits von Savigny, System I (Fn. 38), S. 340 Note (b), herausgearbeitet, aber auf sprachanalytischer Ebene abgebrochen, ohne die geringsten politischen Schlussfolgerungen daraus zu ziehen.

aus einerseits und andererseits“:⁴⁵ Zum einen Anpassung an das Großbürgertum, zum anderen Rücksichtnahme auf das ‚empirische Volk‘ durch Juristen und Richter mit Ethos und Empathie.⁴⁶ Daher schwebt Planck auch nur die ‚kleine Gerechtigkeitslösung‘ im Privatrecht vor, also ein mit unbestimmten Wertungsbegriffen schonend versetztes Kernzivilrecht, wonach nicht gesetzliche Tatbestände, sondern die Wissenschaft, insbesondere aber die Rechtsprechung bei allergrößten Übelständen in Einzelfällen eingreifen soll. Eine ironische Bestätigung findet Planck, ohne es selbst mehr zu erleben, in den Richtern des Reichsgerichts der Zwischenkriegsjahre. Unter dem berstenden *ius strictum* des Schuldrechts und mit überwiegend absurdem volkswirtschaftlichen Argumenten sorgten sie für Präjudizien, die durch Sabotage des nun endgültig zur Ungleichheit gewordenen Gleichheitsideals zumindest Savignys staatliche Armenanstalten entlasteten.⁴⁷ Auch die Verhütung von „schwerwiegenden Nachteile für die Sicherheit des Verkehrs“, welche Planck hier gegen die Einführung privatrechtlicher Schutzbefehle zugunsten des Schwächeren anführt, können kaum als bewusste taktische Manöver interpretiert werden, um ‚Klasseninteressen der Großbourgeoisie‘ zu verschleiern. Obwohl sich unter dem Topos ‚Verkehrsschutz‘ bis heute Gruppenprivilegien tarnen lassen, dürfte bei Planck dagegen ein zu schützender Verkehr von ‚Angesicht zu Angesicht‘ gemeint sein, bei dem Geld gegen Ware auf dem Ladentisch die Inhaber wechseln.⁴⁸

II. Christliche Nächstenliebe vereinigt alle Widersprüche

Eine Antwort auf Plancks offengelassene Fragen, wie einerseits garantiert werden kann, dass der ehrbare Kaufmann nicht zum ‚freien Fuchs im freien Hühnerstall‘ mutiert, und wie es andererseits zu verhindern ist, dass Richter und Juristen – bewusst oder unbewusst⁴⁹ – nicht selbst an der Errichtung eines Fuchsbau beteiligt werden, ist nicht leicht zu finden. Erste Indizien können jedoch aus einem unveröffentlichten Nachruf von 1910 durch seinen Mitarbeiter Hermann Struckmann (1839-1922), u.a. Referent für das Eheguterrecht des BGB, gesammelt werden.

45 K. Marx, Über P.J. Proudhon, MEW 16, 6. Aufl., Berlin (Ost) 1975, S. 25 (31). So stellt Repgen, Soziale Aufgabe (Fn. 10), S. 113, sehr deutlich den Unterschied zu Otto v. Gierke heraus und meint, dass bei Planck die soziale Aufgabe „nichts als eine Blankettformel“ war.

46 Auch Planck hat sich spätestens ab 1868 am ehemaligen Ober- und nunmehrigen Appellationsgericht der preußischen Provinz in Celle zum Idealtypus einer solchen ‚Richterpersönlichkeit‘ entwickelt. Vgl. zur politischen Bedeutung des bürokratischen Herrschaftsapparats: Wehler, Gesellschaftsgeschichte III (Fn. 14), S. 845, 1024-1028.

47 J. Emmert, Auf der Suche nach den Grenzen vertraglicher Leistungspflichten, Tübingen 2001 u. C. Sorge, Verpflichtungsfreier Vertrag als schuldrechtlicher Rechtsgrund, Göttingen 2017, S. 544ff.; rechtswissenschaftsgeschichtlich H.-P. Haferkamp, Positivismen als Ordnungsbegriffe einer Privatrechtsgeschichte des 19. Jahrhunderts, in: O. Behrends/E. Schumann (Hg.), Franz Wieacker, Göttingen 2010, S. 181ff.

48 Vgl. etwa zum ‚Verkehrsschutz‘ zu Beginn des 20. Jahrhunderts im Zusammenhang mit sozialpolitischen Erwägungen im Deliktsrecht: M. Bobrer, Der morsche Baum, Frankfurt a.M. 2010, S. 199ff.

49 Zum bis heute aktuellen Problem der Juristensozialisation s. nur U. Mückenthaler, Legitimation durch Realitätsverleugnung, KJ 1971, S. 248.

Hier röhmt Struckmann, dass mit Planck als Redaktor des Familienrechts eine Idealbesetzung gelungen sei, weil sich in ihm „tiefer religiös-sittlicher Sinn und klarer, scharfer Verstand in seltener Harmonie vereinigt“ haben.⁵⁰ Während die Eigenschaft eines ‚scharfen Verstands‘ wohl bis heute stereotypisch zu einem Juristen gehört, verhält es sich mit einem ‚tief religiös-sittlichen Sinn‘ offensichtlich anders. Aber genau diese Religiosität, nicht nur des Redaktors, sondern auch der Rechtssubjekte und Richter, sollte in den Augen Plancks das aus Altruismus, Nächstenliebe und Barmherzigkeit zusammengeschneiderte Komplement des strengen *suum cuique* im BGB bilden.

Sicherlich darf die Passage aus einem Nachruf nicht überbewertet werden. Genauso wenig ist sie aber ins Reich des Anekdotischen zu verweisen. Vielmehr lässt sich eine bereits eingehend untersuchte Linie⁵¹ von Savigny zu Puchta und Rudorff über Bethmann-Hollweg bis hinauf zu Planck nachweisen, wo ‚fremde Glückseligkeit‘ nicht wie bei Kant durch den kategorischen Imperativ gefördert wird, sondern durch christlichen Glauben, d.h. in Verwirklichung der sittlichen Bestimmung durch innerlichen, aber tätigen Gottesdienst.⁵² Planck ist dabei sozusagen einer der letzten Vertreter seiner Art. Christlich-sittlicher Sozialmensch und rational-kalkulierende Verkehrs person ergeben nach dieser Konzeption folglich ein dualistisches Menschenbild, das der Historischen Rechtsschule im 19. Jahrhundert nicht nur als wünschenswert erschien, sondern dem ‚System des heutigen römischen Rechts‘ schlichtweg vorausgesetzt war. Garantierte Handlungsfreiheit und sittliche Einsichtsfähigkeit bei ihrem Gebrauch wurden dabei von der Pandektistik für eine rechtlich verfasste Gesellschaft als gleichursprünglich und wechselbezüglich gedacht.⁵³

50 Zitiert nach: W. Schubert, Windscheids Briefe an Planck, SZ (RA) 95 (1978), S. 283 (286).

51 Vgl. nur M. Avenarius, „Sie treiben gewissermaßen ein Missionsgeschäft...“, in: C. Peterson (Hg.), Rechtswissenschaft als juristische Doktrin, 2011, S. 17 (62ff.); M. A. u. Bethmann-Hollweg, Friedrich Carl von Savigny, Zeitschr. f. Rechtsgesch. 6 (1867), S. 42 (77ff.); A. Dufour, La Religion de Savigny, Persona y Derecho 24 (1991), S. 49-67; H.-P. Haferkamp, Die sogenannte Begriffsjurisprudenz im 19. Jahrhundert – „reines“ Recht?, in: O. Depenheuer (Hg.), Reinheit des Rechts, Kategorisches Prinzip oder regulative Idee?, Wiesbaden 2010, S. 79 (89ff.); J. Rückert, Religiöses und Unreligiöses bei Savigny, in: P. Cancic/T. Henne u.a. (Hg.), Konfession im Recht, Auf der Suche nach konfessionell geprägten Denkmustern und Argumentationsstrategien in Recht und Rechtswissenschaft des 19. und 20. Jahrhunderts, Frankfurt a.M. 2009, S. 49 (63f.).

52 Hier in der Formulierung angelehnt an den an seinen Sohn gerichteten Brief von Savigny, „Zur Erinnerung für Leo an die Osterzeit 1836“, abgedr. bei A. Raub-Domnick, Friedrich Carl von Savigny an seine Kinder Bettina und Leo, Literaturwissenschaftliches Jahrbuch 11 (1970), S. 121 (172).

53 Soweit ersichtlich wurde dieser *rechtstheoretische* Dualismus der Historischen Rechtsschule zuerst eingehend untersucht von O. Behrends, Geschichte, Politik und Jurisprudenz in F.C. v. Savignys System des heutigen römischen Rechts, in: ders./M. Diesselhorst u.a. (Hg.), Römisches Recht in der europäischen Tradition. Symposium aus Anlaß des 75. Geburtstages von Franz Wieacker, Ebelsbach a. M. 1985, S. 257-321. Zusammenfassend ferner ders., Die rechtsethischen Grundlagen des Privatrechts, in: F. Bydlinski/T. Mayer-Maly (Hg.), Die ethischen Grundlagen des Privatrechts, Wien u.a. 1994, S. 1-33.

Um eine einseitige Pauschalisierung zu vermeiden, sei an dieser Stelle hervorgehoben, dass sich keinesfalls die gesamte Juristenzunft der ersten Hälfte des 19. Jahrhunderts auf eine solche dualistische Anthropologie verpflichten lässt. Zu denken ist insbesondere an Anton Friedrich Justus Thibaut (1772-1840) oder Christian Friedrich Mühlenbruch (1785-1843), die Erben des atheistisch-skeptisch-positivistischen Gustav Hugo (1764-1844), der über Jesus sagt, er habe „blos formale Lehren“ verkündet, mit denen selbst das brutalste positive Recht sich rechtfertigen ließe. Während Savigny „mit frommen Liebesaugen gen Himmel schaut, einem Christusbilde ähnlich sehen möchte“,⁵⁴ und dabei die titanenhafte Bedeutung des Christentums herausstellt („in der That die Welt umgewandelt“),⁵⁵ war für Hugo „ausgemacht, in Justinian's Compilation kam nichts [vor], was er als ein blinder Heyde nicht eben so gut hätte aufnehmen lassen können.“⁵⁶ Und schließlich darf Eduard Gans (1797-1839), der hegelianische Gegenspieler Savignys, nicht unerwähnt bleiben. Als jüdischer Jurist sah er sich einem nicht gänzlich ‚weg zu taufen den‘ Antijudaismus ausgesetzt, erlitt Missachtung und Diskriminierung.⁵⁷ Schon in seinen „Scholien zum Gaius“ von 1821 warnt er daher zu Recht vor einer Re-Christianisierung der Rechtswissenschaft:

„Was der Wissenschaft fremd ist, und ewig fremd bleiben sollte, Papstthum und Kirche, das will man ihr von außen herein, als einen tödlichen Schaden einimpfen, und den freien Gedanken, der keinen Herrn kennen sollte als den freieren, will man [...] bannen und einzäunen, daß es einen Priesterstand von innen gebe, und einen Laienstand und ein Anstauen von außen, [...] während die Gewerbe frei werden, und sich von einem dumpfen Kastenwesen zu befreien suchen, wird man dahin gelangen, die Wissenschaft zum unfreien Gewerbe erhoben zu sehen.“⁵⁸

Es wären noch viele andere Geistesgrößen zu nennen, unchristliche Germanisten oder ‚germanische Benthamisten‘. Aber, und das rechtfertigt zu einem gewissen Teil den hier auch aus Raumgründen eingestellten Fokus, es war die protestantisch eingefärbte Historische Rechtsschule, welche neben der Vermittlung rechtsdogmatischer Denkweisen wirkungsmächtig auch Mentalität, Bewusstseinsbildung und So-

54 H. Heine, Briefe aus Berlin, Zweiter Brief v. 16. März 1822, in: W. Preisendanz (Hg.), Heinrich Heine Werke, Bd. 2, Frankfurt a.M. 1968, S. 20 (20).

55 Savigny, System I (Fn. 38), S. 54.

56 G. Hugo, Lehrbuch eines civilistischen Cursus, Bd. 2: Naturrecht, als eine Philosophie des positiven Rechts, 2. Aufl., Berlin 1799, S. 10.

57 Savigny ist es bekanntlich gelungen, die Berufung von Gans in Berlin vorerst zu verhindern, weil in seinen Augen nur berufungsfähig ist, wer Bürger ist und Bürger nur, wer christlichen Glaubens ist. „Juden [aber] sind und bleiben uns ihrem innern Wesen nach Fremdlinge“, F. C. v. Savigny, Stimmen für und wider neue Gesetzbücher, Zeitschr. f. gesch. Rechtrsw. 3 (1817), S. 1 (24). Dass später auch wechselseitige Injurien, verletzte Eitelkeiten und der Schulenstreit zwischen Hegelianern und Savignys „Lieutenants du roi“ (Puchta) das ihrige zum Ausbruch einer Fehde beitrugen, bleibt unbestritten. Dies ändert jedoch nichts an der „Lex Gans“ oder den frühen antijudaistischen Kommentaren von Savigny, während Gans‘ Heidelberger Lehrer Thibaut sowie Mühlenbruch lobende Wort für seine Werke fanden. Die Dramaturgie ist nachzulesen bei J. Braun, ‚Schwan und Gans‘, JZ 1979, S. 769-775, und ders., Gans und Puchta – Dokumente einer Feindschaft, JZ 1998, S. 763-770.

58 E. Gans, Scholien zum Gaius, Berlin 1821, S. VII.

zialisierung der praktisch tätigen Juristen von der Richterbank bis zum Beamtenzimmer formte.⁵⁹ Selbst die wissenschaftliche Bearbeitung des von Natur aus auf *brutal facts* angelegten Prozessrechts, wo Legitimation nicht über Anerkennung konsensual geteilter Werte, sondern durch ein technisch-bürokratisches Gerichtsverfahren hergestellt wird, konnte so mit einer christlich-ethischen Grundlage versehen werden. Diese Unterfütterung ist am folgenden Beispiel Bethmann-Hollwags zu zeigen.

III. „Seine letzte ethische Bestimmung erfüllt das Eigentum erst [...] durch Wohlthätigkeit“

Einige Jahre nach der gescheiterten Revolution von 1848/49 und dem neuen ‚Gesellschaftsvertrag‘ zwischen Adel und Großbürgertum, der nicht politisch, sondern ausschließlich durch handfeste ökonomische Interessen garantiert war,⁶⁰ musste auch in der verspäteten Nation eine christliche Rechtsethik ins Utopische abgleiten. Wenn selbst die Ideen der Aufklärung zur instrumentellen Vernunft zurückgestutzt werden, weil die Naturwissenschaften im Verbund mit neuer Technologie inzwischen zur Übermacht herangewachsen sind, und es einem Julius v. Kirchmann 1848 ein Leichtes ist, die Wissenschaftlichkeit der eigenen Disziplin in Frage zu stellen, steht auch die letzte Verteidigungsschrift einer christlich-fundierten Anthropologie auf verlorenem Posten. Zu finden ist diese beim großen Prozessualisten der Historischen Rechtsschule, Moritz August von Bethmann-Hollweg (1795-1877). Mit dem ersten Teil seines sechsbändigen *opus magnum* „Der Civilprozeß des Gemeinen Rechts in geschichtlicher Entwicklung“ veröffentlicht er 1864 ein rechts-ethisches Grundsatzprogramm, das – entgegen des ersten Anscheins – weit mehr ist als bloß einleitende Propädeutik zum zivilrechtlichen Rechtsstreit.⁶¹ Gleich eingangs hebt Bethmann-Hollweg mit dem „Schwerpunkt des Sittlichen“ an, der in der reinen Transzendenz Gottes zu finden sei, wo

„Freiheit und Nothwendigkeit, die in dem unendlichen Geiste, in Gott, Eins sind, für den endlichen Geist, den Menschen in dem Unterschied des Sollens und Wollens auseinanderfallen, um dann auch in ihm Eins zu werden [...].“⁶²

59 Anders als das Wirtschaftsbürgertum, in Deutschland noch bis Ende des 19. Jahrhunderts sozial relativ isoliert, neigte die Schicht staatsnaher Bildungsbürger (Professoren, Richter, Verwaltungsbeamte, z.T. auch Anwälte) tendenziell zu einer religiös-restaurativen Einstellung, die man auch mit „Krisenangst“ und „Anpassungsträgheit“ gegenüber der Industrialisierung erklären kann, H. Kaelble, Französisches und deutsches Bürgertum 1870- 1914, in: J. Kocka (Hg.), Bürgertum im 19. Jahrhundert, Bd. 1, München 1988, S. 107 (123ff.). Vgl. zum juristischen Kontext *Stolleis*, Interventionsstaat (Fn. 36), S. 132ff.

60 Neumann, Herrschaft des Gesetzes (Fn. 41), S. 233f.

61 Zur Werkgeschichte vgl. M. Avenarius, Erkenntnis- und Inspirationsquellen der modernen Wissenschaft vom römischen Zivilprozess, in: W. Heun/F. Schorkopf (Hg.), Wendepunkte der Rechtswissenschaft, Göttingen 2014, S. 83-118.

62 A. Bethmann-Hollweg, Der Civilprozeß des gemeinen Rechts in geschichtlicher Entwicklung, Bd. 1, Bonn 1864, S. 5.

Streckenweise steigert sich Bethmann-Hollweg in Paraphrasen hinein, die „als Prophetie einer vollkommenen Gerechtigkeit“⁶³ nicht nur zufällig an Schellings mystisch-mythologische Spätphilosophie, oder wie Lukács es ausdrückt, an einen Rückfall in eine irrationalistisch-theologische „Restaurationsideologie“ erinnern.⁶⁴ Um Glaubwürdigkeit und republikanisches Ethos zu bewahren,⁶⁵ knüpft Bethmann-Hollweg andererseits verstärkt an den Versuch des protestantischen Theologen Schleiermachers an⁶⁶ und buchstabierte eine das Recht stützende „Güterlehre“ aus, deren Gravitationszentren historisch gewachsene Kulturinstitutionen bilden.⁶⁷ Allen Kulturinstitutionen voran steht bei ihm ein christlicher Glaube, dessen freilich nur transzendent, aber keinesfalls juristisch klagbare Forderung „Du sollst deinen Nächsten lieben wie Dich selbst!“⁶⁸ verhindere, dass die im Rechtsbegriff enthaltene „Möglichkeit des Bösen“ zur brutalen Wirklichkeit wird. Konkret auf den privatrechtlichen Eigentumsbegriff gemünzt heißt es bei Bethmann-Hollweg dann:

„In diesem sucht jedoch der Einzelwille immer nur sich selbst, nicht den Nächsten und sein Bedürfnis. Seine letzte ethische Bestimmung erfüllt das Eigenthum also erst in der Ausgleichung von Reich und Arm durch Wohlthätigkeit, die aber nur als freier Liebeserweis sittlichen Werth hat, nie Gegenstand des zwingenden Rechts werden darf.“⁶⁹

Was für eine klaffende Lücke zwischen christlichem Ideal und gesellschaftlicher Wirklichkeit sich in dieser 1864 publizierten Passage ausdrückt, zeigt ein Vergleich zu den politischen Standpunkten zweier Preußen zwanzig Jahre zuvor. So plädiert John Prince-Smith (1809–1874), Gründer des Deutschen Freihandelsvereins, für den Umbau der „fürstlichen Kaserne“ in einen „Industriestaat“ und will rechtliche Freiheiten ausweiten, damit nicht die Familie, sondern die „Fabrik“ zu einem

63 Bethmann-Hollweg, Der Civilprozeß I (Fn. 62), S. 8.

64 G. Lukács, Die Zerstörung der Vernunft, Bd. 1, Darmstadt 1973, S. 147. S. ferner eingehend H.-P. Haferkamp, Christentum und Privatrecht bei Moritz August von Bethmann-Hollweg, in: J. Eisfeld/M. Otto u.a. (Hg.), Naturrecht und Staat in der Neuzeit. Diethelm Klippel zum 70. Geburtstag, Tübingen 2013, S. 519 (525ff.).

65 Mit dieser Säule und der impermeablen Trennung zwischen Recht und Religion arriviert sich Bethmann-Hollwegs Rechtskonzeption wiederum auf einem ‚Dritten Weg‘ zwischen Liberalismus und Absolutismus, vgl. dazu M. Llanque, Der deutsche republikanische Freiheitsdiskurs zwischen Mainz und Weimar, in: R. Gröschner/O. W. Lembcke (Hg.), Freistaatlichkeit. Prinzipien eines europäischen Republikanismus, Tübingen 2011, S. 41ff.

66 Die Parallelen zu Schleiermachers gruppenpluralistischer Güterethik können nicht überraschen, war doch schon Bethmann-Hollwegs Lehrer Savigny besonders in seiner juristischen Hermeneutik stark von diesem beeinflusst. Zu Schleiermacher s. G. Scholtz, Ethik und Hermeneutik, Frankfurt a.M. 1995, S. 59ff., 126ff.; zu Verbindungen mit Schleiermachers Berliner Kollegen Savigny vgl. S. Meider, Misverstehen und Verstehen, Tübingen 2004, S. 28ff.

67 Seine Konzeption wendet sich damit auch gegen die statistische Konzeption des konservativen Rechtsphilosophen Friedrich Julius Stahl (1802–1861), so Haferkamp, Christentum und Privatrecht (Fn. 64), S. 531ff.

68 Bethmann-Hollweg, Der Civilprozeß I (Fn. 62), S. 9.

69 Bethmann-Hollweg, Der Civilprozeß I (Fn. 62), S. 10.

„Staat im Staate“ werde.⁷⁰ Dagegen spricht der preußische Offizier Willibald Huger v. d. Oelsnitz von sozialem Elend der Tagelöhner, einer „körperlich und geistig verkrüppelnden Arbeit [...], welche den Menschen als Maschine zu Maschinen stellt“, und propagiert für sein Land physiokratische Maßnahmen zugunsten der Bauern sowie Schutzzölle gegen England.⁷¹ Dies, und nicht die erbauende Kraft des Christentums, sind die Themen zur Mitte des 19. Jahrhunderts, die es dringend zu beantworten gilt, insbesondere von der Rechtswissenschaft und den Gesetzgebern. Daher war es auch nur eine Frage der Zeit, bis das dualistische Menschenbild von der Pandektistik selbst aufgegeben und durch ein neues Passepartout ersetzt wurde. Wirtschaftliche Prosperität verbrüderte sich mit dem Modell des Sozialstaats, der nicht mehr an die Nächstenliebe der Fabrikbesitzer appelliert, sondern mit seinem Steuerhaushalt zugunsten des Prekariats reagiert.

Es lohnt sich dabei, diesen nicht zu unterschätzenden Prozess eines Absterbens des christlichen Moralbewusstseins im Recht, bestehend aus pietistischer Frömmigkeit und institutioneller Güterethik, bis zum Ende des 19. Jahrhunderts weiter zu verfolgen und ihn zugleich in einen größeren, sozialhistorischen Kontext zu stellen.

C. Vom Komplement christlicher Nächstenliebe zu staatlicher Wohlfahrtspolitik

Im Jahr der Dreyfus-Affäre 1894 erschien in der Zeitschrift „Ethische Kultur“ ein Leitartikel unter dem Titel „Christliche Moral“, veröffentlicht von Andreas Graf v. Bernstorff, Theologe und Vortragender Rat im preußischen Kultusministerium. Seine Ausführungen zu Nächstenliebe und Dekalog lesen sich wie eine Werbebroschüre für alle gottverlassenen Atheisten und gottleugnenden Nihilisten, damit sie „die große Überlegenheit der christlichen Moral *vor jeder anderen*“⁷² einsehen. Christentum bedeute nicht Dogmatik, sondern Lebensführung. Nächstenliebe solle „praktisch gelehrt werden [...], damit sie in Fleisch und Blut des Volkes übergehe.“⁷³ Von Bernstorff wirbt aber nicht nur, er klagt auch an – denn „die christliche Moral braucht die Prüfung [...] ihrer Gegner nicht zu scheuen“:

„Alles ist gegen die Selbstsucht gerichtet, jenes Grundübel des Menschen. Ist doch auch hier der springende Punkt, an dem die Menschen sich unterscheiden. Der natürliche Mensch lebt sich selbst – der Mensch, welchen die Moral des Christentums treibt, sieht sein Leben als einen Dienst an Gott und den Menschen.“⁷⁴

Dass v. Bernstorff seinen Artikel ausgerechnet im Hauptorgan der ‚Ethischen Bewegung‘ lanciert, einer Gesellschaft, die für *säkularisierte Sittlichkeitsvorstellungen*

70 J. Prince-Smith, Über den politischen Fortschritt Preußens, Zürich u.a. 1844, S. 77, 79.

71 H. v. d. Oelsnitz, Satan der Jüngere, oder Uebermaß und Mißbrauch des Handels, Glatz 1847, S. 57, 59ff.

72 A. G. v. Bernstorff, Christliche Moral, Ethische Kultur 5 (1894), S. 33-35, 33 [Hervorheb. d. Verf.].

73 Bernstorff, Christliche Moral (Fn. 72), S. 34.

74 Bernstorff, Christliche Moral (Fn. 72), S. 34.

eintritt, zeigt, wie schlecht es in jener Zeit um die christliche Glaubenslehre bestellt war. Der sonntägliche Kirchgang, das bestätigt der Artikel, ist zur schlichten Konvention eines „Namenschristentum“⁷⁵ geworden.⁷⁶ Und auch wochentags, auf der Schulbank und hinter dem Lehrerpult, so könnte hinzugefügt werden, wuchs die Zahl der „Dissidenten“⁷⁷ gegen einen Religionsunterricht, bei dem gepredigt und sich nicht auf eine „historische Kunde von dem Christentum und [...] seinen literarischen Denkmälern“ beschränkt wird, wie der Bildungshistoriker und zeitgenössische Beobachter Friedrich Paulsen (1846–1908) schreibt.⁷⁸ Sobald die konfessionellen Kirchen über staatliche Bildungsanstalten wieder verstärkt politischen Einfluss übten, zeigten sich schnell vehemente Abwehrreaktionen. An dem sog. Bremer Schulstreit von 1905,⁷⁹ ein Aufbegehren von Lehrkräften zur Reformierung des Religionsunterrichts, ist abzulesen, dass das Neutralitätsgesetz des Staates – für Jellinek das ‚erste Grundrecht‘ der Geschichte⁸⁰ – nunmehr zu einer auch in Deutschland äußerst wirksamen Demarkationslinie herangewachsen ist.⁸¹

An diesen Beispielen – gut zwanzig Jahre nach dem Kulturmobil der 1870er-Jahre – wird deutlich, dass der Optimismus der Historischen Rechtsschule, eine subkutane Schicht christlicher Sittlichkeit würde das Privatrecht stabilisieren und in verantwortungsvollen Grenzen halten, sich schnell ins Ideologische verkehren musste. Als die Morgendämmerung des 20. Jahrhunderts allmählich anbricht, feiert Deutschland im Jahre 1871 zwar die politische Reichseinheit. Die auf pietistischer Frömmigkeit beruhende ‚sozialmoralische Einheit‘ war hingegen bereits von weitgehender Erosion begriffen – wenn es sie in dieser Epoche überhaupt noch gegeben haben sollte. Jedenfalls sind die zeitgenössischen Gesellschaften bereits so stark in

75 Bernstorff, Christliche Moral (Fn. 72), S. 35.

76 So gehen bis 1914 nur noch fünfzehn bis zwanzig Prozent der protestantischen Kirchenmitglieder regelmäßig in die Kirche, wobei die Zahl in den anschwellenden Großstädten noch geringer zu veranschlagen sein dürfte. Wehler, Gesellschaftsgeschichte III (Fn. 14), S. 1179.

77 F. Paulsen, Das deutsche Bildungswesen, 3. Aufl., Leipzig, 1912, S. 175.

78 Paulsen, Bildungswesen (Fn. 77), S. 175.

79 Vgl. dazu S. Roßkopf, Der Aufstand der Konservativen, Münster 2017, S. 83ff.

80 G. Jellinek, Die Erklärung der Menschen- und Bürgerrechte, 4. Aufl., München 1927, S. 42–57.

81 Inwieweit dagegen das vom Historiker Olaf Blaschke eingeführte Paradigma zutrifft, das lange 19. Jahrhundert sei kein säkular-bürgerliches, sondern – ähnlich dem 16. Jahrhundert – ein „zweites konfessionelles Zeitalter“ gewesen, kann hier dahingestellt bleiben; vgl. O. Blaschke, Das 19. Jahrhundert: Ein Zweites Konfessionelles Zeitalter?, Geschichte und Gesellschaft 26 (2000), S. 38–75. Zum einen stützt Blaschke die „ungeahnte Renaissance“ (S. 40) von religiösen Konfessionen im 19. Jahrhundert überwiegend auf religionsgeschichtliches Material und bleibt in der geografischen Verortung äußerst ungenau. Ferner müsste der Begriff ‚Bedeutung‘ oder ‚Einfluss‘ von Konfession und Religion konkretisiert, vor allem aber vor dem Hintergrund anderer Epochen erheblich relativiert werden. Letztlich ergibt sich im 19. Jahrhundert – anders als etwa mit der Heuristik der Verbürgerlichung – in Bezug auf ‚Re-Konfessionalisierung‘ auch keine Fortschrittsgeschichte, sondern eher ein ‚Auf‘ und ‚Ab‘ in Zwanzig-Jahres-Schritten. Zum anderen aber liegt in diesem Beitrag der Fokus auf der Privatrechtsrechtsgeschichte, die bei Blaschke keine Rolle spielt. Siehe auch M. Schulze Wessel, Das 19. Jahrhundert als ‚Zweites Konfessionelles Zeitalter?‘ Thesen zur Religionsgeschichte der böhmischen Länder in europäischer Hinsicht, Zeitschrift für Ostmitteleuropa-Forschung 50 (2001), S. 514–530.

unterschiedliche soziale Teil- und Subsysteme ausdifferenziert, dass Moralcodices außer Stande waren, Verhaltenserwartungen zu erzeugen.⁸² Weder externe Institutionen wie die katholische Kirche⁸³ noch die ‚innere Kirche‘ der Erweckungsbewegung, in die Savigny im ersten Drittel des 19. Jahrhunderts seine Hoffnungen zur moralischen Besserung des Menschengeschlechts gesetzt hatte, konnten auf die Massen nennenswerten Einfluss verzeichnen.⁸⁴ Unlängst war das alte Dogma des kanonischen Rechts, *pecunia pecuniam parare non potest*,⁸⁵ dem Erfahrungswert der Selbstverwertung des Kapitals gewichen, nämlich, dass man den größten Spekulationsgewinn dann einfährt, wenn man sein Geld nicht gegen Aktien real ein-tauscht, sondern im Wege des Termingeschäfts an der Börse für sich selbst arbeiten lässt.⁸⁶

- 82 Treffend charakterisiert *H. McLeod*, Kommentar zu ‚Did confessionalization fundamentally shape the political fragmentation and distorted politics of subsequent German history?‘, *German History* 8 (1990), S. 209-211 (211), den Umschwung von moralischen Werten zu Klassenunterschieden: „Class, rather than confession, was the fateful dividing line that inhibited the development of shared values an stable democracy in Europe in the years between about 1870 and 1945.“ Die Aussage dürfte auch dem jüngeren Forschungsstand entsprechen, siehe *V. Berghahn*, *Das Kaiserreich. 1871-1914* (Gebhardt, Handbuch der deutschen Geschichte 16), Stuttgart, 10. Aufl. 2003, S. 198.
- 83 Während die Zentrumspartei als parlamentarische Vertretung des katholischen Vereinswesens, ein Konglomerat aus Ultramontanisten, Adligen und einem agrarisch-kleingewerblichen Proletariat, rege Aktivitäten im Kampf um kirchliche Autonomie entfaltete und hier auch Erfolge verbuchen konnte, sieht es im Zusammenhang mit der Entstehung des BGB völlig anders aus. So lassen die eingebrauchten Vorschläge bei den Beratungen der Zweiten Kommission kein schlüssiges Gesamtkonzept im Sinne der katholischen Soziallehre Leo XIII. erkennen, sondern beschränken sich vielmehr auf tagespolitische Nadelstiche, teilweise auch praxisfremde Regelungsanliegen. So wollte die Zentrumspartei etwa das privatrechtliche Verlöbnis als anspruchsbegründendem Schuldvertrag ausgestalten oder eine *lex specialis* im Deliktsrecht einführen, die den Wucher schadensersatzpflichtig macht. Der Antrag zum Verlöbnis wurde zu einem nicht durchsetzbaren Vertrag abgeschwächt und der Antrag zum Deliktstatbestand des Wuchers zurückgezogen, nachdem der Redaktor Struckmann den Abgeordneten Gröber darüber in Kenntnis setzte, dass wucherisches Verhalten über den Schadensersatz wegen Schutzgesetzverletzung (heute: § 823 Abs. 2 BGB) schon längst gesetzlich erfasst war. *M. Wolters*, Die Zentrumspartei die Entstehung des BGB, Baden-Baden 2001, S. 83, 369; ferner zur integrativen Rolle der Zentrumspartei während des Kulturmampfes: *T. Nipperdey*, Machtstaat vor der Demokratie (Deutsche Geschichte II), 2. Aufl., München 1993, S. 346-351; *Wehler*, Gesellschaftsgeschichte III (Fn. 14), S. 1055-1060.
- 84 *Avenarius*, Missionsgeschäft (Fn. 51), S. 62ff. Dabei sollen keinesfalls die inneren Wandlungen oder karitativen Anstrengungen zur Lösung der sozialen Frage in den christlichen Konfessionsgemeinschaften, besonders der römischen Kirche und den katholischen Organisationen, bestritten werden. Aber an dem kuriosen Beispiel eines ‚christlich-sittlichen Fabrikorganismus‘, den der rheinische Textilfabrikant Franz Brandt im Jahr 1873 in Anlehnung an katholisch-sozialreformerische Entwürfe für seine mechanische Weberei ins Leben ruft, zeigt sich – analog dem oben zitierten Artikel von v. Bernstorff –, dass hier eine sehr ‚kreative‘ Aufholjagd zu den Ideen aus dem sozialdemokratischen Milieu versucht wird. Die Betonung des ‚Christlichen‘ bleibt dabei häufig Etikett und dient in erster Linie zur „Abwehr des atheistischen Sozialismus“ mit dem Gegenmodell mittelalterlicher Zunftverfassung (Leo XIII. in ‚Rerum novarum‘). Vgl. *vom Bruch*, Bürgerliche Sozialreform im deutschen Kaiserreich, in: *K. Tenfelde/H. Volkmann*, ‚Weder Kommunismus noch Kapitalismus‘, München 1985, S. 62-179, 88; *Wehler*, Gesellschaftsgeschichte III (Fn. 14), S. 1183.
- 85 „Geld bringt keine Früchte“, vgl. dazu immer noch lebenswert *W. Endemann*, Studien in der romano-kanonistischen Wirtschafts- und Rechtslehre, Bd. 2, Berlin 1883, S. 161.
- 86 So bereits die Beschreibung von Spekulanten an der Amsterdamer Börse in der 1699 publizierten ‚Denkschrift über Handel und Schiffahrt der Holländer‘: „L'on voit par là que sans avoir d'actions ny mesme envie d'en acquerir, l'on en peut faire un grand negoce et effectivement il n'y en a peut etre jamais eu de plus fort“, abgedr. bei *P. J. Blok*, Mémoire touchant le négoce et la navigation des

Zwar entlastete die Ausdifferenzierung autonomer Wirtschafts- und Sozialsysteme den Einzelnen von der Rechtfertigung problematisch gewordener Hintergrundüberzeugungen seiner Lebenswelt. Andererseits ist mit der ‚Pluralisierung der Welten‘ der gemeinsame Sinn-, Handlungs- und Erlebenshorizont, auf den sich alle Individuen der Gesellschaft rekursiv zurückziehen konnten, für immer verschwunden. Diese „Entkopplung von System und Lebenswelt“ bewirkt die Herausbildung des für die Moderne typischen postkonventionellen Moralbewusstseins, bei dem Moral nur noch als „interne Verhaltenskontrolle [...] im Persönlichkeitssystem verankert ist“,⁸⁷ aber keine intersubjektive Handlungskoordinierung mehr leisten kann.⁸⁸

I. Philanthropie als Statusausweis, oder: Auch aus Nächstenliebe lässt sich Kapital schlagen

Besonders im Deutschen Reich herrschte eine industrialisierte Wirtschaftsgesellschaft, die von tief greifender kultureller und religiöser Segmentierung geprägt war, nur zusammengehalten durch die Klammer der Hoffnung auf andauernde Prosperität und ein Leben in (bürgerlichem) Wohlstand. Von einer einheitlichen sozialmoralischen Nomenklatur war die pluralistische Gesellschaft mit ihren zum Teil widerstreitenden Lebensanschauungen und Weltbildern indes denkbar weit entfernt. Polemisch und überzeichnet, aber in der Sache sicherlich zutreffend, entwirft Nietzsche in seinem moralkritischen Werk „Jenseits von Gut und Böse“ (1886) ein Porträt von der in seinen Augen orientierungslos gewordenen Gesellschaft, die nunmehr auf der Suche nach neuen ethischen Ankern sei:

„Der europäische Mischmensch – ein leidlich häßlicher Plebejer, alles in allem – braucht schlechterdings ein Kostüm: er hat die Historie nötig als die Vorratskammer der Kostüme. Freilich bemerkt er dabei, daß ihm keines recht auf den Leib paßt, – er wechselt und wechselt. Man sehe sich das neunzehnte Jahrhundert auf diese schnellen Vorlieben und Wechsel der Stil-Maskeraden an [...]. Unnütz, sich romantisch oder klassisch oder christlich [...] vorzuführen, in moribus et artibus: es ‚kleidet nicht!‘ [...] Wir sind das erste studierte Zeitalter in puncto der ‚Kostüme‘, ich meine der Moralen, Glaubensartikel, Kunstgeschmäcker und Religionen, vorbereitet, wie noch keine Zeit es war, zum Karneval des großen Stils, zum geistigsten Fasching-Gelächter und Übermut, zur transzendentalen Höhe des höchsten Blödsinns und der aristophanischen Welt-Verspottung.“⁸⁹

Hollandois, Bijdragen en Mededeelingen van het historisch Genootschap 24 (1903), S. 221-342, 291.

87 J. Habermas, Theorie des kommunikativen Handelns, Bd. 2: Zur Kritik der funktionalistischen Verunft, 4. Aufl., Frankfurt a.M. 1995, S. 261.

88 In einem engen Zusammenhang mit dieser Entkopplung steht der Erfolg von politisch-religiösen Weltbildern Ende des 19. Jahrhunderts, die gesellschaftliche Stabilität und eschatologische Gewissheit versprechen und zu denen nicht nur die ‚ganzheitliche‘ Lehre von Karl Marx, sondern ebenso der Pangermanismus, Sozialdarwinismus und der Militarismus gehören (z.B. ‚Alldeutscher Verband‘). Nipperdey, Machtstaat (Fn. 83), S. 602-606; Wehler, Gesellschaftsgeschichte III (Fn. 14), S. 1066 f.

89 F. Nietzsche, Jenseits von Gut und Böse, in: G. Colli/M. Montinari (Hg.), Friedrich Nietzsche. Kritische Studienausgabe, Bd. 5, München 2005, S. 9-243, 157 (Nr. 223). Zu den bei Nietzsche angedeu-

Obwohl die von Nietzsche beschriebenen sientistischen Moralkonstruktionen jener Zeit neue Deutungsangebote lieferten – insbesondere ersetzten sie die überkommene heilsbringende Botschaft der Bibel durch ‚moderne‘ naturwissenschaftlich fundierte Evolutionsgeschichten –, waren sie nicht in der Lage, praktisches Orientierungswissen zu vermitteln und den sozialen Zusammenhalt der Gesellschaft zu gewährleisten.⁹⁰ Im Wilhelminischen Zeitalter befand sich Deutschland zudem in einer schweren „Modernitätskrise“ mit zunehmend entfremdeten Individuen, die Schwierigkeiten hatten, „sich in der Welt zu Hause zu fühlen“.⁹¹

Von der Auflösung eines kollektiven Moralbewusstseins wurde auch die Pandektistik erfasst. Plötzlich fehlte dem dualistischen Menschenbild der pandektistischen Rechtsanthropologie das Komplementärstück zur rechtlichen Person.⁹² Da gegen Ende des 19. Jahrhunderts nur noch ein Rudiment des sittlichen Menschen im Bewusstsein der bürgerlichen Gesellschaft verankert war, verlor es auch an Motivationskraft und Handlungswirksamkeit für den Einzelnen. Dies hatte gravierende Auswirkungen auf die der Sittlichkeit überantworteten Tugenden von Wohltätigkeit und Freigebigkeit. Sie wurden in erster Linie nur noch im persönlichen Nahbereich unter engsten Freunden und Verwandten geübt, also in jener Sphäre der bürgerlichen Privatheit, die einen reziproken Ausgleich für den Geber garantierten. Das in wechselseitigen Beziehungen liegende *symbolische Kapital*, das der Aristokrat vorkapitalistischer Gesellschaften durch Großherzigkeit anhäufte, indem er sein ‚Noblesse oblige‘ erfüllte, wurde in der bürgerlicher Gesellschaft zunehmend verdrängt durch *ökonomisches Kapital*.⁹³ Soweit sich dennoch ein symbolischer Wert von Freigebigkeit erhielt, degradierte dieser zum kontingenten Almosengeben – niedergehalten von der modernen Tugend zur Sparsamkeit. So hatten auch die vielen öffentlichen Armenspenden sowie philanthropischen Stiftungen im ausgehenden 19. Jahrhundert ihren Ursprung nicht mehr in der Quelle christlicher Moralethik oder einem aristokratischen Habitus, sondern waren vielmehr Ausdruck

teten ‚Säkularreligionen‘, z.B. Nationalismus, Neohumanismus oder bündische Korporationen: Wehler, Gesellschaftsgeschichte III (Fn. 14), S. 732, 745-747.

- 90 Die europäischen Gesellschaften in der zweiten Hälfte des 19. Jahrhunderts bestanden keinesfalls mehrheitlich aus radikalen Atheisten. Trotz Säkularisierung und einer Welle von Kirchenaustritten blieben die meisten Menschen zutiefst gläubig, nur dass die Vielfalt an unterschiedlichen ‚Glaubensartikeln‘ wesentlich größer geworden ist. Insbesondere eine neuartige Naturwissenschafts- und Technikgläubigkeit wurde gesamtgesellschaftlich wirksam. Aufwind bekamen aber auch neue Formen des Mystizismus und Okkultismus. Vgl. eingehend zum angloamerikanischen Raum, dessen historische Entwicklung im ausgehenden 19. Jahrhundert in dieser Hinsicht der deutschen zumindest ähnelt: Ch. Taylor, Quellen des Selbst, 8. Aufl., Frankfurt a.M. 2012, S. 700-714.
- 91 T. Nipperdey, Probleme der Modernisierung in Deutschland, in: ders., Nachdenken über die deutsche Geschichte, 2. Aufl., München 1991, S. 52-70.
- 92 Dass die sittlich-religiöse Dimension der Lehren der Historischen Rechtsschule allmählich verschwand, ist auch daran abzulesen, dass bereits ab 1848 auf die christliche Deutung des Volksgeistes überwiegend verzichtet wurde. Vgl. Haferkamp, Begriffsjurisprudenz (Fn. 51), S. 90ff.
- 93 Zum ‚anti-ökonomischen‘ Habitus der aristokratischen Gesellschaft s. P. Bourdieu, Praktische Vernunft. Zur Theorie des Handelns, Frankfurt a.M. 1998, S. 152ff.

profaner Bürgerlichkeit. Mildtätige Gaben sollten den durch individuelle Leistung erworbenen Bürgerstatus symbolisieren und bestätigen, nicht aber gesamtgesellschaftliche Solidarität erzeugen.⁹⁴ So konzediert Luhmann für diesen Funktionswandel des sozialen Helfens:

„Hilfe ist nicht mehr, wie in [...] archaischen Gesellschaften, statuskonstituierendes Prinzip; sie drückt einen schichtenmäßig gefestigten Status nur noch aus, ist Statussymbol, Standespflicht, in mehr häuslich-patriomialem Verhältnissen auch fürsorgliche Verantwortung – in jedem Fall eine Ventilsitze der Schichtendifferenzierung.“⁹⁵

In weiser Voraussicht hatte bereits Hegel diese Gefahr der Vereinzelung in der bürgerlichen Gesellschaft geahnt und das emotionslose ‚System der Bedürfnisbeschaffung‘ nur als dialektisches Durchgangsstadium von der Familie zum vollkommenen sittlichen Staat herausgestellt:⁹⁶

„Die bürgerliche Gesellschaft reißt aber das Individuum aus diesem Band [der Familie] heraus, entfremdet dessen Glieder einander und anerkennt sie als selbständige Personen; sie substituiert ferner statt der äußern unorganischen Natur und des väterlichen Bodens, in welchem der Einzelne seine Subsistenz hatte, den iibrigen und unterwirft das Bestehen der ganzen Familie selbst, der Abhängigkeit von ihr, der Zufälligkeit. So ist das Individuum Sohn / der bürgerlichen Gesellschaft geworden, die ebenso sehr Ansprüche an ihn, als Rechte auf sie hat.“⁹⁷

Die wechselseitigen Ansprüche zwischen Individuum und Gesellschaft, von denen Hegel hier spricht, stellen bereits das öffentlich-rechtliche Surrogat für die im 19. Jahrhundert schwindende traditionale Sittlichkeit dar. Je mehr sich die korporativen Stände- und Statusverhältnisse im bürgerlichen Zeitalter auflösten zugunsten einer liberalen und egalitären Gesellschaftsordnung, desto weniger überzeugte der normative Anspruch auf ‚zwischenmenschliche‘ Solidarität. Vermochten die auf Herkommen und Tradition beruhenden Sozialbeziehungen bis zur Frühen Neuzeit noch selbstregulierende Kraft zu besitzen und solidarische Sicherungsnetze zu er-

94 J. J. Sheehan, Wie bürgerlich war der deutsche Liberalismus?, in: D. Langewiesche (Hg.), Liberalismus im 19. Jahrhundert, Göttingen 1988, S. 28 (31ff.); N. Luhmann, Formen des Helfens im Wandel gesellschaftlicher Bedingungen, in: H.-U. Otto/S. Schneider (Hg.), Gesellschaftliche Perspektiven der Sozialarbeit, Halbbd. 1, Neuwied u.a. 1973, S. 21-43; speziell zum juristischen Diskurs im Rahmen der Kodifizierung des Schenkungsrechts im BGB vgl. C. Sorge, Die Schenkung im Bürgerlichen Recht: Gabe oder Vergeltung?, in: M. Rehbinder (Hg.), Vom homo oeconomicus zum homo reciprocans?, Bern 2012, S. 145-182.

95 Luhmann, Formen des Helfens (Fn. 94), S. 29; speziell zum Kaiserreich: S. Pielhoff, Stifter und Anstifter, Geschichte und Gesellschaft 33 (2007), S. 10 (28ff.).

96 Bei Hegel hebt allerdings nicht der Staat die bürgerliche Gesellschaft auf, sondern die bürgerliche Gesellschaft erhebt sich mit dem Staat als ‚Konkrete-Allgemeinheit‘ zu einer höheren Einheit. Ausschließlich der Staat sei in der Lage, der selbstzerstörerischen Marktgemeinschaft ihr notwendiges Äquivalent gegenüberzustellen, nämlich die Verwirklichung des Gemeinwohls. Vgl. S. Koslowski, Hegel als Theoretiker der bürgerlichen Gesellschaft und des modernen Staates?, ARSP 94 (2008), S. 86 (97ff.).

97 G. W. F. Hegel, Grundlinien der Philosophie des Rechts, hrsg. u. eingel. v. H. Reichelt, Frankfurt a. M. 1972, § 238, S. 205.

zeugen, so wuchsen mit deren Niedergang die Staatsaufgaben der Daseinsfürsorge.⁹⁸

II. Ablösung der Heilsbotschaft durch einklagbare Rechte auf Sozialleistungen

Dieser Wandel leitete nunmehr auch im Öffentlichen Recht den für die Moderne charakteristischen „Perspektivenwechsel von moralischen Pflichten zu juristischen Rechten“⁹⁹ ein, wie er mit seinem privatrechtlichen Pendant, dem subjektiven Recht, bereits im ersten Drittel des 19. Jahrhunderts verwirklicht wurde. Im Gegensatz zum absolutistischen Vernunftstaat hatte die ‚öffentliche Wohlfahrt‘ im modernen Staat des (späten) 19. und (frühen) 20. Jahrhunderts erstmalig in der Geschichte juristischen Anspruchscharakter. Während Wohltätigkeit und Unterstützung der Armen im Absolutismus zwar als (christliche bzw. vernunftgemäße) Pflicht der Obrigkeit angesehen wurden, vermittelten sie dem Untertan gleichwohl keine einklagbaren Rechtspositionen. Vielmehr standen Sozialleistungen im willkürlichen Ermessen der Herrscher und waren ihrer Großherzigkeit und Güte überlassen.¹⁰⁰ Dies änderte sich erst Schritt für Schritt mit der allmählichen Ausbildung des bürokratischen und interventionistischen Anstaltsstaates im 19. Jahrhundert, dessen Aufgabe sich nicht mehr bloß in der Garantie wirtschaftlicher Freiheitsräume erschöpfte. Forciert durch die Sozialreformen Bismarcks schloss der Staat zunehmend die Lücke fehlender gesellschaftlicher Verantwortungs- und Solidarbeziehungen und verrechtlichte das sozialmoralische Vakuum durch staatliches Gesetzes- und Verwaltungshandeln.¹⁰¹

Auf die ökonomische Befreiung der Bürger durch Anerkennung der Privatautonomie am Anfang des 19. Jahrhunderts folgte damit zum Ende dieses Jahrhunderts die (beginnende) Befreiung der ‚Armen und Arbeiter‘ durch Einführung politischer

98 Allgemein zur historischen Ausdifferenzierung eines Öffentlichen Rechts vgl. M. Stolleis, Öffentliches Recht und Privatrecht im Prozeß der Entstehung des modernen Staates, in: W. Hoffmann-Riem/E. Schmidt-Aßmann (Hg.), Öffentliches Recht und Privatrecht als wechselseitige Auffangordnungen, Baden-Baden 1996, S. 41–61.

99 J. Habermas, Das Konzept der Menschenwürde und die realisierte Utopie der Menschenrechte, DZPhil 58 (2010), S. 343 (349).

100 Dass öffentliche Wohlfahrt noch bis zum Ende des 19. Jahrhunderts nur mildtätige und freiwillige Gaben bedeuteten, die zum Teil auch lediglich auf sicherheitspolizeiliche Gründe gestützt wurden, den Untertanen damit jedoch keinesfalls rechtsverbindliche Leistungsansprüche gewährt werden sollten, zeigt sich exemplarisch in den Motiven zum Entwurf des Preußischen Armenpflegegesetz (1842). Hierin kommen die Gesetzesverfasser zum Resultat, „daß falsches Mitleid und mißverständnede Humanität in diesem Zweige der öffentlichen Ordnung leicht zu viel thue [...] und als Aufmunterung wirke, sich in den Stand der Armen zu begeben, und daß mithin als eine Cardinal-Maxime der Armen=Verwaltung festgehalten werden müsse, nicht mehr als das äußerste Bedürfnis zu gewähren [...], überhaupt aber gar kein Recht, keinen im Rechtswege verfolgbaren Anspruch auf Unterstützung anzuerkennen [...]“ (zit. nach: T. v. Flottwell, Armenrecht und Armenpolizei, Leipzig 1866, S. 1f.).

101 Stolleis, Interventionsstaat (Fn. 36), S. 134f., bringt die vier Ursachen für diesen Wandel auf den Punkt: Kulturmampf und Große Depression ab 1873, Gothaer Programm von 1875 und Sozialstengesetz aus dem Jahr 1878.

Teilhabe- und Mitwirkungsrechte, zu denen auch die öffentlich-rechtlichen Ansprüche auf Sozialleistungen gehörten. Es war Georg Jellinek mit seiner Lehre von subjektiv-öffentlichen Rechten und der Trias von *status negativus*, *positivus* und *activus* (1892), der hierfür als erster einen praktischen rechtssystematischen Rahmen lieferte. Durch Anerkennung der *status positivus* und *activus* wurden die Bürger aus ihrer passiven und subordinativen Rolle gegenüber dem Staat herausgehoben und mit handfesten juristischen Verwirklichungschancen ausgestattet, die es nunmehr auch sozial schwächer Gestellten zumindest *formal-juristisch* ermöglichte, genauso wie die einflussreichen Besitzbürger am politischen Leben teilzunehmen.¹⁰²

Bemerkenswert ist dabei, dass die Entwicklung und Ausdifferenzierung des Öffentlichen Rechts im 19. Jahrhundert vom reinen Polizei- und Ordnungsrecht zum umfassenden staatsbürgerlichen Gewährleistungsrecht im Gleichlauf mit dem Verlust von traditionaler Sittlichkeit stattfand. Das verlorene Komplementärstück der Historischen Rechtsschule, der nach christlichen Glaubensgeboten handelnde Sozialmensch, wurde kompensiert durch staatliche Interventionspolitik in Form von Steuer- und Sozialgesetzgebungen. Nächstenliebe, Altruismus und Freigebigkeit waren nicht mehr länger gesellschaftliche Liebespflichten, sondern auf Geld reduzierte und in Gesetzesform gegossene Abgabenimperative. Damit nahmen staatlich verwaltete Wohltätigkeit und distributive Gerechtigkeitspolitik den Platz ein, der vormals von sozialen Reziprozitätsbeziehungen ausgefüllt wurde. Welchen großen Fortschritt man sich von dieser Ablösung der Tugendpflichten durch Staatshandeln erhoffte, tritt in den geradezu enthusiastischen Ausführungen des Staatsrechtlers Lothar von Dargun (1853-1893) hervor, der im Steuerwesen die vollendete Form gesellschaftlicher Solidarität erblickt. Es sei ein „großartiges System von Schenkungen, von Schenkungen der Einzelnen an die Gemeinschaft und von Schenkungen der Gemeinschaft an die Einzelnen und namentlich auch an kleinere Gemeinschaften“.¹⁰³

Ein solcher Paradigmenwechsel im Öffentlichen Recht ist als großer sozialpolitischer, aber auch wertethischer Kompromiss zu verstehen. Um die Errungenschaften

102 Zu dieser Entwicklung vgl. M. Stolleis, Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland, Bd. 2, München 1992, S. 371-378.

103 L. v. Dargun, Soziologische Studien I: Egoismus und Altruismus in der Nationalökonomie, Leipzig 1885, S. 71. Die Kehrseite dieser Entpersonalisierung des steuerzahlenden Bürgers, der im Unterschied zu seinen untertänigen Vorfahren nicht mehr zu Frondiensten verpflichtet war, hat Dargun allerdings verschwiegen. Umso deutlicher, wenn auch an dieser Stelle etwas zu romantisch beim Blick auf vergangene Zeiten, treten die negativen Folgen der Moderne dafür bei G. Simmel, Philosophie des Geldes, 1. Aufl., Leipzig 1900, S. 345, hervor: „Die Naturaleistung schafft ein gemütlches Verhältnis zwischen dem Berechtigten und dem Verpflichteten. In dem Korn, dem Geflügel, dem Wein, die der Grundholde dem Herrenhof lieferete, steckt unmittelbar seine Arbeitskraft [...]. Es wird damit also eine viel engere Verbindung [...] hergestellt, als durch die Geldleistung, in der die personalen Momente von beiden Seiten her verschwinden.“.

ten des Liberalismus zu erhalten, zugleich aber das Scheitern der ‚unsichtbaren Hand‘ und den Pauperismus großer Teile der Bevölkerung zu kompensieren, bediente sich der Wilhelminische Staat einer wirtschaftsschonenden Interventionspolitik. Indem die öffentliche Daseinsfürsorge unter Verwaltungsbehörden und Selbstverwaltungskörperschaften aufgeteilt wurde, sollten Staatsneutralität gewahrt und Widerstände aus den liberalen Lagern abgemildert werden.¹⁰⁴

Neben dieser sozialpolitischen Motivation versuchte der Staat jedoch auch in wertethischer Hinsicht schlichtend einzugreifen. Weil der Konflikt innerhalb der bürgerlichen Gesellschaft, entfacht zwischen ‚besitzenden‘ und ‚besitzlosen‘ Schichten, sich nicht mehr selbst durch sozial verankerte Verhaltensprogramme regulieren konnte, musste der Staat als wertneutrale Metainstanz einspringen. Habermas trifft zu Recht die grundsätzliche Feststellung, dass jeder Staat einer ausdifferenzierten Wirtschaftsgesellschaft mit solchen neuartigen Aufgaben konfrontiert ist:

„Während die bürgerliche Gesellschaft als eine Sphäre der rechtlich domestizierten Dauerkonkurrenz zwischen strategisch handelnden Privatleuten institutionalisiert ist, bilden die öffentlich rechtlich organisierten Staatsorgane die Ebene, auf der in hartnäckigen Konfliktfällen Konsens wiederhergestellt werden kann.“¹⁰⁵

Im Vordergrund der Sozialreformen stand daher auch nicht etwa der streitbare Erziehungsgedanke zur ‚Hebung gesellschaftlicher Sittlichkeit‘, wie es die eingangs genannte ‚Ethische Bewegung‘ noch propagierte. Vielmehr wurden konsensfähige Vorstellungen aus den Naturwissenschaften fruchtbar gemacht. Insbesondere der politisch unverdächtige und wertneutral erscheinende Topos „Gesundheit [wurde] zum normativ wirksamen und politisierbaren ‚heiligsten Gut‘ der Arbeiterpolitik.“¹⁰⁶

D. Eigennutz als neues Paradigma in der Privatrechtswissenschaft des ausgehenden 19. Jahrhunderts

Die Verdrängung eines sittlichen Ideals aus der gesellschaftlichen und politischen Sphäre macht sich aber nicht nur im Öffentlichen Recht bemerkbar, sondern auch im praktischen Diskurs der Privatrechtslehre. Fehlte noch in keinem der größeren Werke der Historischen Rechtsschule ein Verweis auf die christliche Moralethik, so wird in der praxisorientierten Literatur Ende des 19. Jahrhunderts nur noch die ökonomische und verkehrsrechtliche Seite des dualistischen Menschenbildes der Pandektistik rezipiert.

104 Vgl. dazu: H. Henning, § 4: Aufbau der Sozialverwaltung, in: K. G. A. Jerschow/H. Pohl u.a. (Hg.), Deutsche Verwaltungsgeschichte, Bd. 3, Stuttgart 1984, S. 275-310, 288ff.

105 Habermas, Theorie des kommunikativen Handelns II (Fn. 87), S. 266.

106 F. Tennstedt, Sozialgeschichte der Sozialpolitik in Deutschland. Vom 18. Jahrhundert bis zum Ersten Weltkrieg, Göttingen 1981, S. 150.

I. Zum Beispiel das Schenkungsrecht des BGB

Deutlich lässt sich dieser Trend am Beispiel der Diskussionen zur Kodifizierung des Schenkungsrechts ablesen, die im Umfeld der Entstehung des BGB geführt wurden.¹⁰⁷ Ausgelöst durch den Streit im Gemeinen Recht über die Rechtsnatur der Schenkung entstand in den Beratungen zum BGB eine rege Debatte, ob Voraussetzung zur unentgeltlichen Gabe auch das subjektive Moment der Selbstlosigkeit sei. Überwiegend herrschte dabei die Ansicht, dass Altruismus und Freigebigkeit keine Phänomene seien, mit dem sich das Privatrecht zu beschäftigen habe. So ist etwa für den Zivilrechtslehrer Siegmund Alexander Schlossmann (1844-1909) ausschließlich der individuelle Eigennutz die treibende Kraft der bürgerlichen Gesellschaft. Ganz im Sinne des rationalistischen Modells von Adam Smith bilde der Austauschvertrag zur eigenen Bedürfnisbefriedigung die empirische Regel, nicht aber die selbstlose Zuwendung:

„Die Verträge sind die Vermittler des wirtschaftlichen Verkehrs der Menschen. Die Triebfeder dieses Verkehrs ist aber das Interesse; sein Grundcharakter ist der Egoismus. Befriedigung der eigenen Bedürfnisse ist das vorwiegende Motiv zur Beteiligung am Verkehr, und jener Zweck wird dadurch erreicht, dass wir Andere durch Gewährung dessen, was sie bedürfen, bewegen, uns das von uns gesuchte Gut zuzuwenden. ‚Keine Leistung ohne Gegenleistung‘ ist das Lösungswort im Güterleben. Verringerung des Vermögens, lediglich um ein fremdes zu bereichern, ist in der Welt der praktischen Interessen unvirtschaftlich, und Geschäfte mit dieser Tendenz bilden die Ausnahme gegenüber den einen Austausch bezweckenden.“¹⁰⁸

Diesem ökonomischen Paradigma entsprach auch die Auffassung der Zweiten BGB-Kommission im Schenkungsrecht, „dass eine Bereicherungsabsicht auf Seiten des Zuwendenden [...] nicht erforderlich sei, vielmehr auch eine lediglich in egoistischer Absicht gemachte Zuwendung unter den Begriff der Schenkung falle“.¹⁰⁹ Es bedeutete zugleich eine Kehrtwende in der Entwicklung des Schenkungsrechts, denn bis dahin stand die altruistische Gabe in einer langen Tradition der Rechts- und Geistesgeschichte. Stoisches Gedankengut und christianisierte Auffassungen prägten seit dem byzantinischen römischen Recht das gesamte Schenkungsrecht des *ius commune Europas*.¹¹⁰ Erst die herrschende Lehre des Gemeinen Rechts im 19. Jahrhundert verlangte für eine rechtswirksame Schenkung keine selbstlose Ge- sinnung mehr. In Rückanknüpfung an das klassisch-römische Recht forderte sie

107 Vgl. Sorge, Schenkung (Fn. 94), S. 158ff.

108 S. Schlossmann, Zur Lehre von der Causa obligatorischer Verträge, Breslau 1868, S. 45.

109 B. Mugdan, Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Bd. 2, Berlin 1899, S. 737.

110 Vgl. E. F. Bruck, Über römisches Recht im Rahmen der Kulturgeschichte, Berlin u.a. 1954, S. 101-145.

nur noch eine Bereicherungsabsicht, den sog. *animus donandi*, welche die Schenkung perfekt machte.¹¹¹

II. Die Mindermeinung: Schenker ist nur, wer aus „freyer Gunst“ gibt

Doch selbst unter den Gelehrten des Pandektenrechts hielt sich zum Teil noch hartnäckig die Auffassung von der altruistischen Natur der Schenkung. Nach Friedrich Adolph Schilling (1792-1865) etwa soll eine Schenkung nur dann vorliegen, wenn der Geber die „Absicht [hat], aus *freyer Gunst* Jemanden einen Vermögensvortheil zuzuwenden“. Einschränkend fügt er jedoch hinzu, dass „die Motiven [sic] jener Absicht ebensowohl, als die äußere Veranlassung einer Schenkung, für diesen Begriff in der Regel gleichgültig sind“.¹¹² Deutlicher formuliert Ernst Immanuel Bekker (1827-1916) das Erfordernis echter Freigebigkeit, indem er den „normalen“ *animus donandi*“ als die „Absicht des Zuwenders, sein Wohlwollen uneigennützig zu betätigen“¹¹³ beschreibt. Beispielaufgabe führt er gleichwohl jedoch auch Fälle an, bei denen die Bereicherungsabsicht gänzlich fehlen würde. Dies seien etwa „Gelegenheitsgeschenke die der Brauch fordert (Absicht nicht Wohlwollen zu bezeugen, sondern dem Brauche zu entsprechen)“, „Gaben der Frau an den Mann um Stellung Rang Titel zu erwerben“, aber auch „Zuwendungen aller Art der Kaufleute an ihre Kunden, nach kaufmännischem Brauche, im Interesse ihrer Geschäfte“.¹¹⁴ Freilich sind es auch für Bekker nicht die „tiefer liegenden Motive des Schenkens“, wie etwa „Eitelkeit[,] Prunksucht [oder] kaptatorische Berechnung“, die für den *animus donandi* maßgeblich seien, aber immerhin müsse der „Schein der wolwollenden Uneigennützigkeit gewart“ bleiben.¹¹⁵ In den Ausführungen von Bekker sind noch sehr klar argumentative Versatzstücke erkennbar, in denen das dualistische Menschenbild der Historischen Rechtsschule mit Betonung auf der sittlichen Persönlichkeit zum Vorschein kommt.

Allerdings nahm Bekker mit dieser Ansicht Ende des 19. Jahrhunderts in der Pandekistik eine Sonderstellung ein und musste sich hierfür von anderen Kritik gefallen lassen. Insbesondere Eduard Hölder (1847-1911) entgegnet Bekkers Auffassung: „[W]er aus Großthuerei schenkt, hat nicht weniger den *animus donandi* als wer es auf Wohlwollen thut [...]“. Er fragt schließlich polemisch, ob „etwa ein Gabe, die ich einem anderen ausdrücklich nur um seines unverschämten Geilens wil-

111 Vgl. nur F. C. v. Savigny, System des heutigen römischen Rechts, Bd. 4, Berlin 1841, S. 77-86; G. F. Puchta, Lehrbuch der Pandekten, 9. Aufl., Leipzig 1863, S. 106; A. v. Brinz, Lehrbuch der Pandekten, Bd. 4, 2. Aufl., Erlangen u.a. 1895, S. 247f.

112 F. A. D. Schilling, Lehrbuch für Institutionen und Geschichte des Privatrechts, Bd. 3, Leipzig 1846, S. 742 [Herv. v. Verf.].

113 I. Bekker, System des heutigen Pandektenrechts, Bd. 2, Weimar 1889, S. 181.

114 Bekker, System II (Fn. 113), S. 181.

115 Bekker, System II (Fn. 113), S. 182.

len bewillige, keine Schenkung“ sei.¹¹⁶ Auch der ‚Schenkungsspezialist des 19. Jahrhunderts‘¹¹⁷ Hugo Burckhard (1838-1918) meint, wenn ein Verlagsbuchhändler ihm schenkweise ein Lehrbuch übersende in der Hoffnung, er empfehle es seinen Studierenden, so sei dies unabhängig geschäftsürtiger Motive Schenkung.¹¹⁸

III. Der Kompromiss: Motive des Schenkers als juristische Störfaktoren

Durchgesetzt hat sich im Schenkungsrecht schließlich eine pragmatische Ansicht. Jenseits ideologisch besetzter Diskurse einigte man sich darauf, dass im Rahmen der Schenkung – wie auch bei allen anderen rechtlichen Bewertungen – nur dem Beweis zugängliche Faktoren erheblich sein können. Sofern der Geber seine Absichten nicht explizit äußert, kann auch der Empfänger einer Zuwendung nur aus dem erkennbaren, nach außen in Erscheinung getretenen Verhalten schließen, ob sein Gegenüber schenken oder verkaufen will. Auf Beweggründe des Gebers, die im Zeitpunkt der Zuwendung lediglich gedacht oder empfunden wurden, könne weder das Prozessrecht noch das materielle Recht aus Gründen des Verkehrs- und Vertrauensschutzes Rücksicht nehmen. Es ist ein Mann aus der Praxis, nämlich der Richter am Landgericht Heinrich Pollack (1844-1911), der diesen Gedanken der Rechtssicherheit treffend pointiert:

„[A]llgemein menschliches Wohlwollen, Verwandtenliebe, Freundschaft, kurz alle denkbaren Schattirungen des menschlichen Selenlebens bis zum rohesten Egoismus (Eigennutz, Eitelkeit) können Anteil haben an diesen rechtlich sich stets als Liberalität qualificirenden Akte [...]. Dem positiven Recht ist es im Allgemeinen versagt, in die Tiefe der menschlichen Seele hinabzusteigen und die Verschiedenheiten im Innern in entsprechend sein abgestuften Rechtssätzen abzuspiegeln, und dasselbe hat es daher im Allgemeinen nur mit den Handlungen der Menschen, nicht mit deren verborgenen Motiven oder Zwecken zu thun. Auch für den Begriff der Schenkung sind daher im Ganzen jene möglichen entfernteren Einflüsse ohne Bedeutung.“¹¹⁹

So folgt letztendlich das BGB dem Kommissionsmitglied Windscheid, indem lediglich die „Bereicherung um der Bereicherung willen“¹²⁰ für die Unentgeltlichkeit gefordert wird, weitere Beweggründe jedoch im Schenkungsrecht keine Rolle spielen sollen. Dass der gesetzgebende Windscheid mit seiner Enthalsamkeit den Juristen Windscheid enttäuschen musste, scheint ihm nicht bewusst zu sein. Denn letztlich widerlegt er damit seine bekannte Aussage:

Die „Gesetzgebung steht auf hoher Warte: sie beruht in zahlreichen Fällen auf ethischen, politischen, volkswirtschaftlichen Erwägungen oder auf einer Kombination dieser Erwägungen, welche nicht Sache des Juristen als solchen sind.“¹²¹

116 E. Hölder, Pandekten, Freiburg i. B. 1891, § 55 Anm. 1, S. 289.

117 G. Reisen, Der Charakter des Kausalgeschäfts der Schenkung, Köln 1928, S. 1.

118 H. Burckhard, Zum Begriff der Schenkung, Erlangen 1899, S. 135f.

119 H. Pollack, Der Schenkungswiderruf, insbesondere seine Vererlichkeit, Berlin 1886, S. 7 Note 7.

120 B. Windscheid, Die Lehre des römischen Rechts von der Voraussetzung, Düsseldorf 1850, S. 88.

121 B. Windscheid, Gesammelte Reden und Abhandlungen, Leipzig 1904, S. 112.

So herrschte für den Grundtatbestand der Schenkung Einvernehmen, dass das Recht der Moral weder nachfolgen müsse, noch das es Sache der Juristen sei, mildtätige Gabe aus den gesellschaftlichen Verhältnissen ihrer Zeit zu ergründen.

E. Egoismus in der frühen Rechtssoziologie: Jherings ‚sozialer Hebel‘ der Gesellschaft

Neben den Diskussionen im Umfeld der Kodifikation des BGB lässt sich auf der Schwelle zum 20. Jahrhundert noch ein weiterer Argumentationsstrang ausmachen, bei dem die Topoi ‚Egoismus‘ und eigennütziges Handeln ebenfalls Relevanz besaßen. Im Unterschied zu den Verfassern und Kritikern des BGB stand dieser Diskurs allerdings nicht unter moralisch-ethischen, sondern empirischen Vorzeichen. Egoistisches Verhalten wurde primär als Erscheinung der Lebenswirklichkeit in den Blick genommen.

Mit den oben bereits erörterten tief greifenden Veränderungen in Wirtschaft und Gesellschaft und der aufkommenden sozialen Frage verlor das durch die Spätpanuktistik herrschend gewordene Rechtsdenken analytisch-positivistischer Provenienz an Überzeugungskraft. Es formierte sich eine ‚soziologische‘ Gegenströmung, die den damals evidenten Gegensatz zwischen Rechtswissenschaft und -wirklichkeit, mit neuen Methoden zu überwinden versuchte.¹²² Beeinflusst durch die zeitgenössische Nationalökonomie und experimentellen Naturwissenschaften propagierten sie eine empirische Hinwendung des Juristen zum Erfahrbaren und Realen. Eine Jurisprudenz ohne Verständnis der „socialen Mechanik“¹²³ der Gesellschaft würde nach ihrer Ansicht die Wissenschaftlichkeit einbüßen.

Als Wegbereiter dieser kopernikanischen Wende Anfang des 20. Jahrhunderts kann Rudolf von Jhering¹²⁴ gelten. Mit seinem rechtstheoretischen Alterswerk ‚Der Zweck im Recht‘ (1877/1883) hatte er kein geringeres Ziel, als für den Juristenstand eine „Theorie des praktischen Lebens“¹²⁵ zu entwickeln. Dem Rechtsanwender sollte diese Theorie eine Hilfestellung sein beim Verstehen des menschlichen

122 Für einen Überblick zur Entwicklungsgeschichte vgl. H.-P. Haferkamp, Neukantianismus und Rechtsnaturalismus, in: M. Senn/D. Puskás (Hg.), Rechtswissenschaft als Kulturwissenschaft?, Stuttgart 2007, S. 105-120; G. Haney, Soziologische Rechtswissenschaft am Beginn des 20. Jahrhunderts, in: Deutsche Rechts- und Sozialphilosophie um 1900, ARSP Beiheft 43, Stuttgart 1991, S. 29-45.

123 So R. v. Jhering, Der Zweck im Recht, Bd. 1, 3. Aufl., Leipzig 1893, S. 94 et passim.

124 Vgl. zu Jherings Lebens- und Wirkungsgeschichte: J. Schröder, Rudolf von Jhering, in: G. Kleinheyer/J. Schröder (Hg.), Deutsche und Europäische Juristen aus neun Jahrhunderten, 5. Aufl., Stuttgart u. a. 2008, S. 230-236 sowie E. Wolf, Große Rechtsdenker der deutschen Geistesgeschichte, Tübingen 1963, S. 622-668; eingehend O. Behrends (Hg.), Rudolf von Jhering: Beiträge und Zeugnisse aus Anlaß der einhundertsten Wiederkehr seines Todesstages am 17.9.1992, 2. Aufl., Göttingen 1993.

125 Jhering, Zweck I (Fn. 123), S. 58.

Willens und seiner Zweckhaftigkeit.¹²⁶ Im Zentrum seiner Untersuchung stehen dabei die nach außen in Erscheinung getretenen Zwecke, die Jhering meint, durch empirische Beobachtung des Menschen aufzuspüren zu können. Im Unterschied zur Natur, wo „der Stein fällt, weil er muss“, handele der Mensch „nicht eines weil, sondern eines um wegen, – um etwas damit zu erreichen“.¹²⁷ Weil nach Jhering weder der innere Wille noch die Interessen, die den Einzelnen zum Handeln bewegen, in der Wirklichkeit erkennbar sind, gelte es die „praktische Zweckbeziehung der Aussenwelt auf das eigene Dasein“¹²⁸ auszumachen: „Wo nun Aufschluss suchen? In der Tiefe des eigenen Herzens? Ich glaube, es gibt nur einen Weg, der sicher zum Ziele führt, das ist der, die Lösung des Problems zu suchen in der realen Welt“.¹²⁹

Eingehend beschäftigt sich Jhering in seiner Schrift mit dem Verhältnis zwischen Egoismus und Altruismus, wobei er letztere Wortschöpfung ausdrücklich kritisiert. Da die Sprache nur negative Formbildungen zum Egoismus kenne, dürfe auch kein „selbständige äquivalentes Prinzip“ dem Ich-bezogenen Verhalten gegenübergestellt werden: „[E]s ist das Muttermal des Egoismus, welches die Sprache der Selbstlosigkeit in dieser ihrer Benennung mit auf den Weg gegeben hat.“¹³⁰ Folglich zeigt nach Ansicht von Jhering die Sprachgeschichte, dass selbstloses Handeln in letzter Konsequenz vom Egoismus abstammt. Aber nicht nur die Sprache, sondern auch der menschliche Wille sei in seiner ursprünglichen Form egoistisch:

„Nach meiner Auffassung ist der Wille des Menschen von vorn herein einheitlich angelegt. Der menschliche Wille, wie er aus den Händen der Natur vor allem Anfang an hervorgegangen ist und täglich neu hervorgeht, hat lediglich die Erhaltung und Behauptung des eigenen Ichs zum Zweck (Selbsterhaltungstrieb), es ist m. a. W. der nackte, dürre Egoismus, den die Natur dem Menschen eingepflanzt hat.“¹³¹

Erst die Erfahrungen des Menschen als Gemeinschaftswesen, die „im Laufe der geschichtlich-gesellschaftlichen Entwicklung“¹³² akkumuliert werden mussten, konnte „aus ihm die sittliche Gesinnung“¹³³ hervorbringen. Dass moralisches Handeln somit nur eine derivative Erscheinung ist, führt ihn jedoch nicht dazu, dessen Wert für die Menschheit in Frage zu stellen. Ganz im Gegenteil. Die Selbstlosigkeit sei zwar lediglich „eine Repetition desselben Gedankens“ – nämlich des Egoismus –,

126 Diese Ausrichtung seines Spätwerkes auf die Rechtspraxis mag auch dazu geführt haben, dass es weniger in der Rechtswissenschaft beachtet und positiver von den Richtern aufgenommen und verarbeitet wurde. Vgl. *Wolf*, Rechtsdenker (Fn. 124), S. 657.

127 *Jhering*, Zweck I (Fn. 123), S. 4.

128 *Jhering*, Zweck I (Fn. 123), S. 9.

129 *Jhering*, Zweck I (Fn. 123), S. 57.

130 *R. v. Jhering*, Der Zweck im Recht, Bd. 2, 3. Aufl., Leipzig 1898, S. 75.

131 *Jhering*, Zweck II (Fn. 130), S. 116.

132 *Jhering*, Zweck II (Fn. 130), S. 116.

133 *Jhering*, Zweck II (Fn. 130), S. 117.

allerdings „auf einer höheren Stufe des Daseins [...], welche mit einem Ruck der ganzen Welt eine andere Gestalt gibt“.¹³⁴ Es sei „[d]erselbe Trieb der Selbsterhaltung, der auf der Stufe des individuellen Daseins die Gestalt des Egoismus annimmt“ und „dafür auf der gesellschaftlichen die Form des Sittlichen ein[tauscht]“¹³⁵ würde. Deshalb bilde Egoismus und Selbstlosigkeit zusammen die „Triebfedern für die Welt“.¹³⁶ Beide seien Existzenialen menschlichen Handelns und bedingten einander, weil sie dem Endzweck der Natur, der Selbstbehauptung des Menschen, dienen.

Ob sich der Mensch in einer bestimmten Situation egoistisch oder selbstlos verhält, ist für Jhering aber keine Frage autonomer Entscheidung. Es seien vielmehr die von der Natur dem Menschen vorgegebenen Interessen, welche nach einem innerlichen Abwägungsvorgang zu dem einen oder anderen Verhalten des Individuums führten. Das Interesse sei der „reale Drücker“¹³⁷ für den menschlichen Willen und eine „unerlässliche Voraussetzung einer jeden Handlung“.¹³⁸ Obwohl es unzählige Interessen des menschlichen Daseins gibt, ließen sich alle auf die beiden Letztinteressen der Lust und der Vermeidung von Schmerz zurückführen:

„Auch die Natur kann den Menschen für ihre Zwecke nur in der Weise gewinnen, dass sie in ihm den Hebel des eigenen Interesses in Bewegung setzt [...] Dies Interesse hat sie ihm gegeben in Gestalt von Lust und Schmerz. Durch Lust und Schmerz weiss die Natur uns in die Bahnen zu leiten, die wir gehen sollen, durch beide verbindet sie unsere Interessen mit ihren Zwecken.“¹³⁹

Damit nun der interessengeleitete menschliche Willen durch die Tat das „Reich der Aussenwelt“¹⁴⁰ beschreitet, benötige es nach Jhering gewisser sozialer Hebel, die genau an diesen Interessen ansetzen würden. Hierfür entwickelt er eine ‚Theorie von der sozialen Mechanik‘, mit deren Bewegungen die gesamte Evolution der Gesellschaft erfasst werden könne:

„[D]ie Gesellschaft besitzt eine zwingende Kraft über den menschlichen Willen, es gibt ebenso gut eine sociale Mechanik, um den menschlichen Willen, wie eine physikalische, um die Maschine zu zwingen. Diese sociale Mechanik ist gleichbedeutend mit der Lehre

134 Jhering, Zweck II (Fn. 130), S. 195.

135 Jhering, Zweck II (Fn. 130), S. 194.

136 Jhering, Zweck I (Fn. 123), S. 57.

137 Jhering, Zweck I (Fn. 123), S. 51.

138 Jhering, Zweck I (Fn. 123), S. 52.

139 Jhering, Zweck I (Fn. 123), S. 35. Diese Sichtweise auf die für Jhering nur scheinbare individuelle Handlungsfreiheit führt ihn schließlich zu einer Kritik an Kants Pflichtethik, dessen kategorischer Imperativ nicht mehr als „ein blößer Begriff“ sei. Eine Theorie, die besagt, dass man etwas zu tun hat, weil man es tun muss, sei ebenso wirksam, wie „einen Lastwagen aus der Stelle zu schaffen, mittelst einer Vorlesung über die Theorie der Bewegung als den menschlichen Willen vermittelst des kategorischen Imperativs“. Dieser würde „spurlos an ihm“ abgleiten. Jhering, Der Zweck I (Fn. 123), S. 51.

140 Jhering, Zweck I (Fn. 123), S. 22.

von den Hebeln, durch welche die Gesellschaft den Willen für ihre Zwecke in Bewegung setzt, oder kurz gesagt: der Lehre von den Hebeln der sozialen Bewegung.“¹⁴¹

Insgesamt gäbe es vier solcher Hebel, welche die gesellschaftliche Dynamik erzeugen und das gesamte soziale Leistungsvermögen eines Menschen ausmachen: Im Rahmen der Markt- und Verkehrsgesellschaft seien diese der Lohn¹⁴² und der Zwang, die als Hebel für die egoistischen Interessen zusammengefasst werden könnten. Im Rahmen der persönlichen Beziehungen dagegen wirkten die Hebel des Pflichtgefühls und der Liebe.¹⁴³ Während ersterer sowohl egoistische als auch selbstlose Handlungen bewirken könnten, so sei der Hebel der Liebe allein für uneigennütziges Verhalten zuständig. An diesem Grundschema orientiert Jhering im Folgenden alle weiteren Ausführungen über das menschliche Verhalten, indem er die soziale Mechanik mittels einer induktiven Methode, also anhand von Einzelbeispielen und gesamtgesellschaftlichen Erscheinungen, beweisen will.

Mit dieser Vorgehensweise versucht Jhering, die tiefer liegenden Strukturen und die Teleologie einzelner Rechtsinstitute sowie des Rechts im Ganzen entgegen der seiner Zeit herrschenden Pandektistik zu reformulieren. Auf Schwierigkeiten stößt er dabei im Rahmen seiner Analyse der Schenkung. In ihrer rechtlichen Form ist sie für Jhering jedenfalls völlig überflüssig und nutzlos. Weil das dem Recht unterworfenen Verkehrsleben „das vollendete System des Egoismus“¹⁴⁴ sei, herrsche dort auch notwendigerweise das Prinzip der Entgeltlichkeit:

„Je mehr es ihm [dem Verkehr] gelingt, in allen Lebensverhältnissen die Garantie der Befriedigung des menschlichen Bedürfnisses ausschließlich auf den Egoismus zu gründen, das Wohlwollen und die Uneigennützigkeit durch den Eigennutz und den Erwerbstrieb zu ersetzen, um so vollkommener erfüllt er seine Aufgabe.“¹⁴⁵

In vormodernen Rechtsordnungen, wie dem römischen oder germanischen Recht, wäre deshalb „die Schenkung durch das Recht selber genötigt, sich in der Form eines anderen Geschäfts zu verstecken, sich als etwas auszugeben, was in Wirklichkeit nicht“¹⁴⁶ gewesen sei. Hier spielt Jhering auf den symbolischen Verkaufsakt der römischen *mancipatio* sowie auf das im altgermanischen Recht für Schenkun-

141 Jhering, Zweck I (Fn. 123), S. 95.

142 Ferdinand Tönnies polemisiert im Hinblick auf Jherings zweckrationale Ansicht über den Lohn: „Vielmehr ist die eigentliche Bedeutung des Lohnes die einer Wohltat [...], immer aber aus einseitigem Bedürfen, Gefallen, Würdigung, etwa auch daher als Geschenk, Gunst, Gnade auffassbar [...]. Wo es in Wirklichkeit um ausgesetzte Preise sich handelt, da mögen zwar die sich Bemühen- den als Käufer oder Verkäufer begriffen werden, keineswegs aber der Belohnende. Seine Verspre- chung ist in der Regel nicht diejenige eines Contrahenten; er ist nur in moralischem Sinne schuldig [...]. Aber er ist selbst Richter über die Leistungen, wie ein Herr (eben darum kann er auch das Amt des Preisrichters >vergeben<) [...]“ (Gemeinschaft und Gesellschaft, 1. Aufl., Leipzig 1887, S. 218 f.).

143 Jhering, Zweck I (Fn. 123), S. 95 f.

144 Jhering, Zweck I (Fn. 123), S. 117.

145 Jhering, Zweck I (Fn. 123), S. 117.

146 Jhering, Zweck I (Fn. 123), S. 279.

gen übliche *launegild* an. Allerdings sind diese Symbolformen wechselseitigen Ge-
bens und Nehmens für ihn nicht dem altertümlichen Formzwang für Eigentums-
übertragungen geschuldet, sondern der „Beschränktheit des Egoismus, welcher
sich zu dem Gedanken der Schenkung noch nicht zu erheben“¹⁴⁷ vermochte. In der
heutigen Zeit dagegen habe „das Geld die Gefälligkeit für den Verkehr gänzlich
aus dem Felde geschlagen“.¹⁴⁸

F. Ende der christlichen Rechtsethik – Abschied von der Ideologie?

In der historischen Gesamtschau ist der Wandel von einer das *ius commune* fun-
dierenden christlich-sittlichen Weltanschauung hin zu einem die hartherzige Güter-
ordnung des BGB ergänzenden Prinzip des Sozialstaats als Errungenschaft zu be-
werten. Vor allem steckt in diesem Prozess pandektistischer Desillusionierung, also
im allmählichen Verzicht auf einen kontrafaktischen und schichtenübergreifenden
Konsens über christlich-abendländische Werte, ein Stück sehr *verspäteter* Aufklä-
rung der Privatrechtswissenschaft über sich selbst und über die sozio-ökonomi-
schen Voraussetzungen und Funktionen des Rechts. Denn gültig bleibt bis heute
Ricarda Huchs Bild zur deutschen Lage um 1840, als Gott bereits zum „Portier im
Hotel Europa“ herabgesunken ist, der für Ordnung sorgte, indem er den Habe-
nichtsen Angst einflößte und das Bestehende aufrechterhielt, damit es „die zah-
lungsfähigen Gäste möglichst bequem hatten“.¹⁴⁹ Ein im universitären Milieu der
frühen Historischen Rechtsschule sozialisierter Jurist konnte nicht nur mit seiner
Rechtstechnik, sondern auch mit dem „Portier“, also der christlichen Sozialmoral,
eine bestimmte politische Funktion erfüllen, nämlich den *status quo* der gesell-
schaftlichen Verhältnisse „durch neutralisierende [...] Konfliktsuspendierungen“¹⁵⁰
befestigen.

Ab der zweiten Hälfte des 19. Jahrhunderts bestimmt nicht mehr christliches Be-
wusstsein das Rechtsleben, sondern das Rechtsleben mit all seinen Bedürfnissen,
Zwecken und Widersprüchen bestimmt immer mehr auch das Bewusstsein der Ju-
risten. Sicherlich bilden auch in jener Zeit interdisziplinäre Kooperationen mit Na-
tionalökonomien oder empirische Forschungen noch die Ausnahme. Der „Jurist als
solcher“ konnte dank eines kohärenten Systems von Rechtsdogmatik, das es in die-
ser infrastrukturellen Geschlossenheit und sprachlichen Technizität weder im römi-
schen Recht noch unter französischen Humanisten, ja selbst bei den Vernunftrecht-
lern nicht gegeben hat, jederzeit in seinen „Begriffshimmel“ aufsteigen und sich da-
mit politisch, moralisch, ökonomisch und sozial immunisieren. Mag die Bezeich-

147 Jhering, Zweck I (Fn. 123), S. 280.

148 Jhering, Zweck I (Fn. 123), S. 104.

149 R. Huch, Michael Bakunin und die Anarchie, Frankfurt a.M. u.a. 1980, S. 52f.

150 R. Wiethölter, Art. Juristen, in: A. Görlitz (Hg.), Handlexikon zur Rechtswissenschaft, Bd. 1, München 1972, S. 208 (209).

nung „Begriffsjurisprudenz“ mehr ein pejoratives Schlagwort sein, wahr bleibt dennoch, dass die meistgelesenen Lehrbücher des Pandektenrechts sozio-ökonomische Tatsachen lieber in den Fußnoten oder dogmatischen Chiffren versteckten.¹⁵¹ Immerhin begannen zu dieser Zeit juristische Vorlesungen und Monografien nicht mehr mit einer Einleitung über die menschliche Freiheit aufgrund Gottesebenbildlichkeit.

Die im Zuge von Klassenproblemen und Wirtschaftskrisen Ende des 19. Jahrhunderts im Privatrecht erneut aufkeimende Frage, welche strukturelle Stütze neben der bürokratischen Herrschaft das obsolete Christentum wohl ersetzen könnte, wurde mit verschiedensten ‚Rechtsethiken‘ beantwortet. Neukantianismus, Neohegelianismus, Lebensphilosophie oder Empiriokritizismus mit einem juristischen Überbau sollten dabei die Nachfolge des romantischen Dekalogs alter Zeiten antreten. Die größte Durchschlagskraft, und zwar vor allem bei den praktisch tätigen Juristen, bewies jedoch Jherings utilitaristische Zweckphilosophie. Egoismus, Empirismus, Benthamismus bildeten die Grundpfeiler, und die ‚naturwissenschaftlich‘ inspirierten Methoden galten als besonders fortschrittlich.¹⁵² Zwar fehlte Jherings Rechtstheorie ein ‚humanistisch-ethischer‘ Anstrich.¹⁵³ Aber gerade mit dieser radikalen Umstellung von Begriffen auf Tatsachen, von Werten auf Funktionen, vom christlich eingefärbten Volksgeist zu den sozialen Hebeln der Gesellschaft und der damit einhergehenden ungeschminkten Realitätsnähe konnte er die meisten Leser gewinnen. Er kann mit Fug und Recht an den Anfang des epochenmachenden, schillernden Schulkonglomerats von Interessen- und Freirechtsjurisprudenz im Übergang zum 20. Jahrhundert gestellt werden, deren angloamerikanische Anverwandlung als *legal realism* mittlerweile zum Traditionsgut des juristischen Denkens und Arbeitens auch im *common law* gehört.¹⁵⁴

151 Aufschlussreich einerseits zu den Parallelen der vernunftrechtlichen Methode und andererseits zu dem Unterschied, dass die Spätpandektisten sehr wohl empirisches Fallmaterial verarbeiten, allerdings hinter dogmatischen Kurzformeln verborgen: *J. Rückert*, Denktraditionen, Schulbildungen und Arbeitsweisen in der ‚Rechtswissenschaft‘, in: *E. Hilgendorf/H. Schultze-Fielitz*, Selbstreflexion in der Rechtswissenschaft, Tübingen 2015, S. 13 (35ff.).

152 *O. Behrends*, Rudolf v. Jhering und die Evolutionstheorie des Rechts, in: ders. (Hg.), Privatrecht heute und Jherings evolutionäres Rechtsdenken, Köln 1993, S. 7 (27ff.); *C.-E. Mecke*, Begriff des Rechts und Methode der Rechtswissenschaft bei Rudolf von Jhering, Göttingen 2018, S. 246–255, 290–295, 512–519.

153 Zwar finden sich in der Rechtskonzeption des ‚zweiten‘ Jhering durchaus noch humanistische Versatzstücke, z.B. das ‚Rechtsgefühl‘ oder die ‚historischen Grundtriebe‘ einer Gesellschaft. Sie sind jedoch auf Funktionsbegriffe zurückgestützt und bilden keine materialen Stützpfiler mehr wie noch in der christlichen Naturrechtslehre des Mittelalters. Vgl. zu den genannten Versatzstücken: *Mecke*, Jhering (Fn. 152), S. 243 Note 117, 279–295.

154 *J. E. Grisé/M. Gelter/R. Whitman*, Rudolf von Jhering’s Influence on Karl Llewellyn, *Tulsa Law Review* 48 (2012), S. 93 (109ff.); *M. H. Hoeflich*, Savigny and his Anglo-American Disciples, *The American Journal of Comparative Law* 37 (1989), S. 17 (23ff.); *M. Reimann*, Historische Schule und Common Law, Berlin 1993, S. 268 f.; ders. *Continental Imports. The Influence of European Law and Jurisprudence in the United States*, *Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis* 64 (1996), S. 91 (398 f.); *W. Seagle*, Rudolf von Jhering: Or Law as a Means to an End, *University of Chicago Law*

Einerseits kann es als das bleibende Verdienst Jherings gelten, der hauptsächlich in Ableitungszusammenhängen befangenen Pandektistik die Tür zu den Erfahrungswissenschaften aufgestoßen zu haben. Damit bereitete Jhering einer zukunftsweisen Jurisprudenz den Boden, die auch einen Privatrechtsgelehrten in die Lage versetzt, Unrechtserfahrungen des „Ärmsten und Elendesten“¹⁵⁵ nicht nur kontemplativ zur Kenntnis zu nehmen, sondern *mit und in der Privatrechtsdogmatik* dagegen vorzugehen. Heutzutage, in Zeiten undurchsichtiger digitaler Kontexte, ist eine solche immanente Rechtskritik, eine „Kritik des Rechts durch sich selber“,¹⁵⁶ notwendiger denn je.

Andererseits sollte man jedoch die ‚Realitätsnähe‘ des späten Jhering und seiner Erben – deutsche Interessenjurisprudenz und angloamerikanischer *legal realism* – auch nicht überschätzen. Geht Jhering vom Privatinteresse aus, so verschweigt er – kaum anders als die von ihm so geschmähten Begriffsjuristen – die gesellschaftlichen Bedingungen und Mittel, in denen und mit denen sich dieses bestimmte Privatinteresse – z.B. die *causa finalis* der Vertragsschließenden – gebildet hat und überhaupt bilden konnte. Das Interesse oder der Zweck können für eine Metareflexion des Privatrechts nicht ohne *petitio principii* zum Ausgangspunkt genommen werden, geht das Privatrecht doch selbst vom monadischen Rechtssubjekt aus, das kauft, vermietet, geschädigt wird. Überdeutlich zeigen sich die Grenzen von Jherings Methode beim marktwirtschaftlich unsinnigen Schenkungsrecht, woran er sich genauso wie die Pandektisten seinerzeit die Zähne ausbeißt.

Ideologiekritik kann Jhering – ebenso wie die heutzutage bedeutsam gewordene ‚materiale Verantwortungsethik‘¹⁵⁷ – daher nur bis zu einem gewissen Grad leisten. Denn eine bloß immanente Kritik des Rechts, so wichtig sie auch ist, stößt in letzter Hinsicht immer an die Decken und Wände ihres eigenen Gehäuses. So droht auch hier die Apologie alles Bestehenden oder ein unkritischer Rückfall in eine bloß wiederholende Darstellung, wie sich vereinzelte Rechtssubjekte in unabänderlichen Verkehrsverhältnissen und mit überzeitlichen Rechtsformen ‚bewegen‘. Der Entwurf einer radikal-humanistischen, weil den Menschen an der Wurzel packenden Privatrechtsethik gelingt dagegen erst dort in voller Tiefe und Breite, wo anstelle von Max Stirners „Der Einzige und sein Eigentum“ die realen Widersprüche und die historisch gewachsenen Machtstrukturen in ihren gesellschaftlichen Zusammenhängen enthüllt und zur Grundlage allen Nachdenkens über ein ‚richtiges

Review 13 (1945), S. 71; R. S. Summers, Rudolf von Jhering’s Influence on american legal theory – A selective account, in: O. Behrends (Hg.), Jherings Rechtsdenken, Göttingen 1996, S. 61 (67 f.).

155 R. v. Jhering, Entwicklungsgeschichte des römischen Rechts, Leipzig 1894, S. 25.

156 Jhering, Entwicklungsgeschichte (Fn. 155), S. 26.

157 Vgl. nur Reuter, Die ethischen Grundlagen (Fn. 25), S. 199, u. die Entgegnung von F. Bydlinski, Formale Freiheitsethik und andere Ethiken im Privatrecht, in: S. Kessal-Wulf/M. Martinek u.a. (Hg.), Formale Freiheitsethik oder materiale Verantwortungsethik, Berlin 2006, S. 99-141.

Recht‘ gemacht werden. Eine solche Aufgabe, und dies ist gleichsam die *konservative Pointe* des Beitrags, kann dabei wesentlich kontrollierter gelingen mit einer Rückbesinnung auf das einst von dem Aufklärer und *spiritus rector* der Historischen Schule Gustav Hugo (1764-1844) angestoßene ‚innere System‘ der Rechtsdogmatik.¹⁵⁸ Über die Offenheit und Entwicklungsfähigkeit eines solchen Systems in Verbindung mit einer dazugehörigen skeptischen Reflexionsphilosophie der Jurisprudenz können tradierte rechtsethische Werte und Prinzipien transparent gehalten werden, um sie einem ständigen Lackmustest der (ungeschönten) gesellschaftlichen Wirklichkeit zu unterwerfen.

158 Vgl. eingehend *J. Blühdorn*, Naturrechtskritik und ‚Philosophie des Positiven Rechts‘ – Zur Begründung der Jurisprudenz als positiver Fachwissenschaft durch Gustav Hugo, *Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis* 41 (1973), S. 3-17 (8ff.); *H.-P. Haferkamp*, Gustav Hugo zum 250. Geburtstag, *ZEuP* 2015, S. 105-127 (111); *J. Rückert*, „...dass dies nicht das Feld war, auf dem er seine Rosen pflücken konnte...?“ Gustav Hugos Beitrag zur juristisch-philosophischen Grundlagendiskussion nach 1789, in: *R. Dreier* (Hg.), *Rechtspositivismus und Wertbezug des Rechts* (ARSP Beiheft 37), Stuttgart 1990, S. 94-128 (113ff.). In Bezug auf Hugo muss freilich der auf den ersten Blick nicht erkennbare, aber äußerst enge Zusammenhang zwischen Rechtsphilosophie und Dogmatik mitberücksichtigt werden. Während nach Hugo die „Brot schaffende, handwerksmäßige“ Jurisprudenz lediglich Gebrauchsdogmatik betreiben soll, fragt „die Wissenschaftliche und Gelehrte auch nach den Gründen“, d. h. nach den vernünftigen und geschichtlichen Ursachen, des geltenden Rechts. *G. Hugo*, *Lehrbuch der Juristischen Encyclopädie*, 8. Aufl., Berlin 1835, S. 33.