

IUS COMMUNE

Zeitschrift für Europäische Rechtsgeschichte

Veröffentlichungen des Max-Planck-Instituts
für Europäische Rechtsgeschichte
Frankfurt am Main

XXV

Herausgegeben von DIETER SIMON
und MICHAEL STOLLEIS



Vittorio Klostermann Frankfurt am Main
1998



HANS PETER GLÖCKNER

Die Rechtsprechung des Reichsgerichts: Thema mit Variationen

Einleitung

Nicht erst mit der Begründung der Schriftenreihe „Rechtsprechung“ hat sich die rechtshistorische Forschung den Produkten der dritten Gewalt als einem Forschungsobjekt¹ zugewandt. Doch ist nicht zu verkennen, daß in jüngerer Zeit Arbeiten zur Rechtsprechung, namentlich einzelner Gerichte, häufiger geworden sind. Ob dem stets die Vorstellung zugrundeliegt, daß sich Recht erst eigentlich im Urteile verwirkliche und sich eben in ihm den Rechtsunterworfenen in all' seiner Majestät (und mit dem gegebenenfalls auch zwangsweise durchgesetzten Anspruch auf Befolgung) präsentiere, mag dahingestellt bleiben. Deutlich ist jedoch, daß „Rechtsprechungsgeschichte“ Konjunktur hat.²

Das Reichsgericht bleibt dabei nicht ausgespart³ – und das mit Recht: Als höchstes Gericht im Deutschen Reiche vereinigte es lange

¹ Hingewiesen sei lediglich auf die Arbeiten zu den Oberhöfen, insbesondere in Ingelheim, aus dem Umkreise Adalberts Erlers und Gunter Gudians.

² Nur beispielhaft sei erinnert an die Forschungen des Frankfurter Max-Planck-Instituts für europäische Rechtsgeschichte sowie an Forschungsprojekte zur Judikatur des Oberappellationsgerichts der Vier Freien Städte zu Lübeck oder zum Rheinischen Recht (Reiner Schulze).

³ Vgl. etwa außer den sogleich zu besprechenden Werken noch: CHRISTIAN HEINZ DAUT, *Untersuchungen über den Einfluß nationalsozialistischer Anschauungen auf die Rechtsprechung des Reichsgerichts in Zivilsachen bei der Anwendung einiger nationalsozialistischer Gesetze*, Diss. Göttingen 1965; RAINER SCHRÖDER, *Die Entwicklung des Kartellrechts und des kollektiven Arbeitsrechts durch die Rechtsprechung des Reichsgerichts vor 1914*, (Abhandlungen zur rechtswissenschaftlichen Grundlagenforschung 69), Ebelsbach 1988; JÜRGEN PANSEGRAU, *Die Fortwirkung der römisch-rechtlichen Dreiteilung der Verbotsgesetze in der Rechtsprechung des Reichsgerichts: Zur Vorgeschichte des § 134 BGB*, (Göttinger Studien zur Rechtsgeschichte 17), Göttingen 1989; COSIMA MÖLLER, *Freiheit und Schutz im Arbeitsrecht. Das Fortwirken des römischen Rechts in der Rechtsprechung des Reichsgerichts*, (Göttinger Studien zur

Zeit die Funktionen aller heutigen obersten Bundesgerichte in sich, denn die Ausdifferenzierung der Judikative ist jüngeren Datums. Als Vorgängerin des Bundesgerichtshofes insbesondere, der sich bezeichnenderweise gerade in seinen Anfangsjahren als Nachfolger des Reichsgerichts sah und aus dieser Tradition (und ihrer bewußten Pflege) zusätzliche Autorität zu beanspruchen schien, prägte das Reichsgericht nicht zuletzt die bürgerliche Rechtspflege, deren Antlitz es durch seine Judikatur zu dem im Jahre 1900 in Kraft getretenen Bürgerlichen Gesetzbuch von Anfang an gestaltete und über viereinhalb Jahrzehnte, bis zum Ende des Zweiten Weltkrieges, bis ins Detail zeichnete.

Mit solcher Beschreibung ist nicht allein die Verständnisbasis des Rezensenten dargelegt – sie bezeichnet zugleich das Selbstverständnis des Reichsgerichts und das Bild, welches eben dieses Gericht der rechtswissenschaftlichen Forschung (zumindest bis 1929) vermittelte. Es ist wohl kein Zufall, daß die Festgabe der Juristenfakultäten zum 50. Geburtstag des Reichsgerichts unter dem bezeichnenden Titel „Das Reichsgericht im deutschen Rechtsleben“⁴ in nicht weniger als sechs Bänden den Versuch unternahm, die Judikatur des Gerichts seit 1879 in ihren Leitlinien zu analysieren. Ende der zwanziger Jahre unseres Jahrhunderts konnte man dies noch durchaus selbstbewußt und erhobenen Hauptes tun – nach 1945 verstellte die nicht unproblematische Geschichte des Reichsgerichts zwischen 1933 und 1945 und dessen Judikatur im Dritten Reich sehr leicht den Blick. Es dürfte deshalb nicht nur der Umstand, daß das Gericht seinen 75. Geburtstag nicht mehr erlebte, dafür verantwortlich sein, wenn eine Gesamtdarstellung der Geschichte des Reichsgerichts bis heute fehlt.⁵ Bausteine

Rechtsgeschichte 18), Göttingen 1990; GERHARD PAULI, *Die Rechtsprechung des Reichsgerichts in Strafsachen zwischen 1933 und 1945 und ihre Fortentwicklung in der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes*, Berlin 1992 (dazu die Rezension in: *Ius Commune* 20 (1993), pp. 543–547).

⁴ *Die Reichsgerichtspraxis im deutschen Rechtsleben. Festgabe der juristischen Fakultäten zum 50jährigen Bestehen des Reichsgerichts (1. Oktober 1929)*, hg. von OTTO SCHREIBER, 6 Bde., Berlin 1929. – Vgl. aus der Jubiläumsliteratur weiterhin: *Fünfzigjahr-Feier des Reichsgerichts*, Berlin 1929; *Stimmen des Auslandes zum 50. Geburtstage des Deutschen Reichsgerichts*, in: *DJZ* 34 (1929), pp. 1229–1250; *Fünfzig Jahre Reichsgericht am 1. Oktober 1929*, hg. von ADOLF LOBE, Berlin, Leipzig 1929; EUGEN SCHIFFER, *Ein Jubiläum der deutschen Justiz*, in: *DJZ* 34 (1929), pp. 1225–1228.

⁵ Nach den Veröffentlichungen des Jahres 1929 zum 50jährigen Jubiläum setzte lediglich Kaul zu einer „Geschichte des Reichsgerichts“ an, von der jedoch lediglich ein Band 4 für die Zeit 1933–45 erschien, der jedoch nahezu ausschließlich eine Darstellung des Reichstagsbrandprozesses darstellt.

für sie könnten die hier zu besprechenden Einzeluntersuchungen liefern.

Sie befassen sich mit der Judikatur zu einzelnen Bereichen des materiellen Rechts (Maklerrecht, Ehescheidung, Sachmängelgewährleistung, Haftung für Einsturzschäden, Deliktshaftung), insbesondere im Übergang vom alten zum neuen Recht, aber auch mit der Judikatur einer bestimmten Epoche (Weimarer Republik) oder mit dem in den Entscheidungen zum Ausdruck gelangenden Verständnis seiner Richter vom Verhältnis des Richters zum Gesetz. Um die Arbeiten einschätzen zu können, ist es freilich notwendig, die Anforderungen zu definieren, die an rechtshistorische Arbeiten (zumindest nach Ansicht des Rezensenten) zu stellen sind, deren Gegenstand „Rechtsprechung“ bildet.⁶

Kriterien

An erster Stelle ist gründliche Recherche zu fordern, mit deren Hilfe die einschlägigen Entscheidungen ermittelt werden. Für das Reichsgericht haben sich diesbezüglich in den vergangenen Jahren erhebliche Änderungen ergeben. Die in dessen Bibliothek einst vorhandenen Hilfsmittel – nämlich (1) eine Sammlung aller Erkenntnisse des Gerichtes, von seiner Gründung (1879) an bis nahezu in dessen letzte Tage, und (2) ein eigenes „Nachschlagewerk“, in dem die nach Ansicht des Gerichtes beachtenswerten Entscheidungen systematisch verzeichnet wurden, um die eigene Judikatur verlässlich zu erschließen – befinden sich nunmehr in der Obhut der Bibliothek des Bundesgerichtshofes in Karlsruhe; sie können dort benutzt werden, von dort sind auch entsprechende Auskünfte zu erlangen, sofern sie sich nicht bereits nach der Konsultation neuerer, diese Quellen erschließender Werke⁷ erübrigen.

⁶ Vgl. auch die Wunschliste der Einflußfaktoren bei Schöffensprüchen bei H.-G. KRAUSE, *Magdeburger Schöffensprüche für Zerbst*, in: *Recht und Alltag im Hanseraum. Gerhard Theuerkauf zum 60. Geburtstag*, hg. von SILKE URBANSKI, CHRISTIAN LAMSCHUS und JÜRGEN ELLERMEYER, Lüneburg 1993, pp. 261–300.

⁷ WERNER SCHUBERT, *Sammlung sämtlicher Erkenntnisse des Reichsgerichts in Zivilsachen. Inhalt sämtlicher und Wiedergabe von unveröffentlichten Entscheidungen zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, Frankfurt am Main bzw. Goldbach 1992 ff. – bislang sieben Bände für die Jahre 1900–1907; WERNER SCHUBERT, HANS PETER GLÖCKNER, *Nachschlagewerk des Reichsgerichts. Bürgerliches Gesetzbuch*. Goldbach 1994 ff. – bislang fünf Bände zu §§ 1–432 BGB. Für die strafrechtliche Judikatur lassen sich heranziehen: WERNER SCHUBERT, HANS PETER GLÖCKNER, *Nachschlagewerk des Reichsge-*

Ausgewertet werden müssen zudem selbstverständlich die zeitgenössischen Hilfsmittel, insbesondere die amtliche Entscheidungssammlung (RGZ), die Sammlungen von Bolze sowie die „Annalen des Reichsgerichts“, Seufferts Archiv wie auch die übrigen Zeitschriften und Rechtsprechungssammlungen des 19. und 20. Jahrhunderts. So läßt sich eine solide Grundlage für eine Analyse schaffen.

Fernerhin wäre ein Bewußtsein für die innere Differenziertheit des Gerichtes zu erwarten – Meinungsverschiedenheiten der Richter untereinander, ja: offene Diskrepanz zwischen einzelnen Senaten kamen vor und dürfen nicht durch das Raster fallen. Ein Gespür hierfür besaßen schon die Zeitgenossen. Das Reichsgericht war seit seiner Gründung kontinuierlich gewachsen. Speziell bei den Zivilisten regte sich deshalb nach der Konstituierung eines siebten Zivilsenates Unbehagen wegen der Größe des Gerichtes: Man hatte das Gefühl, den Überblick zu verlieren und nicht mehr hinreichend über die Judikatur der Schwestersenate informiert zu sein. Dieses Unbehagen gebar schließlich im Jahre 1906, nach früheren, wenig erfolgreichen Versuchen, ein aufwendiges Instrument der Dokumentation in Gestalt des „Nachschlagewerks“. Mit dessen Hilfe suchte das Reichsgericht den Überblick über die eigene Judikatur zu behalten – und tat dies so erfolgreich, daß auch am Bundesgerichtshof viele Jahrzehnte später dieses Vorbild nachgeahmt wurde: Jeder Jurist kennt den „Lindenmaier-Möhring“. Das Nachschlagewerk bildete zusammen mit der vollständigen Sammlung aller Erkenntnisse des Reichsgerichts das Gedächtnis des Gerichts. Um widersprüchliche Entscheidungen zu vermeiden, gab es daneben das Vorlageverfahren an die Vereinigten Senate; doch suchte man dieses umständliche Verfahren zu vermeiden – so sehr übrigens, daß man vom „horror pleni“ sprach.⁸ War man somit zwar einerseits sehr bewußt auf innere Stimmigkeit der Gesamtjudikatur des Gerichts bedacht, so ließen sich andererseits Unterschiede zwischen den einzelnen Senaten in ihren jeweiligen Rechtsauffassungen natürlich nicht völlig vermeiden. Eben darum muß eine Recht-

richts zum Strafrecht, Goldbach 1995 ff. – bislang drei Bände zu StGB, StPO, GVG und Militärstrafrecht; Bd. 3 enthält v. a. Drucknachweise für alle zwischen 1924 und 1945 veröffentlichten Entscheidungen.

⁸ A. ROESENER, *Reichsgericht und horror pleni*, Leipzig 1912; AUGUST KÖHLER, Plenarentscheidungen in Strafsachen, in: *Die Reichsgerichtspraxis im deutschen Rechtsleben* (Fn. 4), Band 5, pp. 159–172.

sprechungsanalyse die senatsmäßige Herkunft der Entscheidungen im Blick behalten, um der Gefahr (all)zu undifferenzierter Beurteilung vorzubeugen.⁹

Wer die heutige Praxis der Gerichte (und zwar nicht nur der Obergerichte) kennt, wird oft sogar noch einen Schritt weitergehen wollen, wird hinter den Entscheidungen nicht bloß den Senat, sondern auch dessen Vorsitzenden und den jeweiligen Berichterstatter sehen. Beide prägen den Inhalt konkreter Urteile wie auch das Gesamtbild der Rechtsprechung zu gewissen Einzelfragen.¹⁰ Für Rechtsprechungsanalysen bedeutet dies, daß nicht allein auf den Senat und dessen Besetzung zu achten ist, insbesondere auf Vorsitzenden und Berichterstatter, wie sie sich in ihrer *dienstlichen* Tätigkeit darstellen (also in den Entscheidungen selbst); es sollte zusätzlich auch auf außer-justizielle Äußerungen dieser Richter geachtet werden: auf Aufsätze in Fachzeitschriften, auf Monographien und Kommentierungen, auf Lebenserinnerungen.

An solch abgelegener Stelle mag man häufig auch Aufschlüsse über andere Faktoren finden, die auf die richterliche Entscheidungstätigkeit Einfluß ausüben können: politische und moralische Überzeugungen, Weltanschauung und nicht zuletzt richterliches Selbstverständnis. Gerade letzteres scheint dabei von besonderer Bedeutung: Denn je strenger sich der Richter an das Gesetz gebunden fühlt, um so größer wird der Aufwand, die gleichwohl bestehenden Freiräume und deren Nutzung zu kaschieren – vor der juristischen Öffentlichkeit ebenso wie vor sich selbst. Auf die Eigendarstellung der Entscheidung (als streng aus dem Gesetz abgeleitete, einzig richtige) darf man folglich nicht abheben; gegebenenfalls hat der Analytiker dies in Frage zu stellen und zu überprüfen, welche Entscheidungsspielräume in der Sache tatsächlich bestanden und ob gesetzesgemäß judiziert wurde.

Belangvoll sind schließlich auch Einflußfaktoren außerhalb des materiellen Rechts, die im Einzelfall Einfluß auf die konkrete Gestalt

⁹ Jenseits rechtshistorischer Analyse zeigt beispielsweise die Arbeit von WOLFGANG SEILER, *Höchststrichterliche Entscheidungsbegründungen und Methode im Zivilrecht*, (Fundamenta juridica 15), Baden-Baden 1992, den Nutzen solcher Differenzierung.

¹⁰ Dies bestätigt beispielsweise die Arbeit von MICHAEL STEITZ, *Adelbert Düringer am Reichsgericht (1902–1915). Seine aktienrechtlichen Entscheidungen und sein Einfluß auf das Aktienrecht in Deutschland*, (Rechtshistorische Reihe 135), Frankfurt am Main [usw.] 1995; hier dient der biographische Ansatz konsequent zur Rechtsprechungsanalyse.

einer Entscheidung besessen haben können und zu deren vollem Verständnis beitragen mögen. Hier wäre etwa zu denken an folgende Momente:

- einzelne, an sich in Frage kommende Anspruchsgrundlagen scheiden im konkreten Fall aus (etwa wegen: Verjährung; Präklusion gemäß § 766 ZPO, wenn die Verurteilung des Streitgenossen rechtskräftig wurde und dieser hätte vortragen können; bewußte Beschränkung der erhobenen Ansprüche durch Kläger; Ausschluß nicht-deliktischer Ansprüche bei deliktischem Gerichtsstand);
- Folgenorientierung, sei sie gerichtet auf wirtschaftliche, politische, soziale oder sonstige Auswirkungen;
- Besonderheiten des konkreten Sachverhaltes.

Solche Aspekte beeinflussen das einzelne Urteil, indem sie den konkreten Entscheidungsrahmen definieren, innerhalb dessen sich die richterliche Entscheidung bewegen muß. Sie bewirken, daß – anders als in einer wissenschaftlichen Abhandlung – das juristisch Interessante (oder auch die Fortentwicklung der Dogmatik) nicht beliebig ins Zentrum der Erörterungen gestellt werden kann. Auf diese Weise vermag eine Entscheidung eine wesentlich andere Gestalt zu gewinnen, als man bei rein dogmatischer Betrachtung erwartet hätte. Die Urteilsbegründungen wollen also mit Bedacht gelesen sein. Dies gilt zumal auch für die Gewichtung der dort zu findenden Aussagen: Es macht einen Unterschied, ob es sich um *obiter dicta* handelt oder um tragende Gründe.

Im Einzelfall mag es auch auffallen, daß eine Entscheidung auch anders hätte begründet werden können. Dann fragt es sich, weshalb man die Alternativen nicht genutzt hat: geschah dies bewußt, um etwa eine überzeugende Argumentation nicht zu verwässern, oder unbewußt, weil beispielsweise die Bindung an Traditionen den Blick verstellte.¹¹

Mit diesen Kriterien – dies sei der Klarheit zuliebe betont – ist das Bezugsfeld, innerhalb dessen sich gerichtliche Entscheidungen interpretieren, verstehen und einordnen lassen, gewiß nicht ausgeleuchtet. Sie vermitteln aber bereits eine gute Vorstellung davon, wieviel Phantasie und gewissenhafte Recherche angebracht sein kann.

¹¹ So setzte sich unter der Herrschaft des BGB bei der Beurteilung des Verhältnisses zwischen kaufrechtlicher Gewährleistung und Irrtumsanfechtung die Tradition des PrALR – und damit die Tendenz, Altbekanntes weiterzuführen – durch.

Bilstein

Ruth Bilstein¹² verfolgt mit ihrer Arbeit über die auf der *Lex Aquilia* basierende Rechtsprechung zum deliktischen Schadensersatzrecht zwei Absichten: Sie möchte zum einen „aufzeigen, wie es dem Reichsgericht gelang, ein Gesetz aus vorchristlicher Zeit für die rechtliche Würdigung deliktischer Sachverhalte fruchtbar zu machen“ (p. 2); dabei will sie prüfen, „ob unverändert an der überlieferten römisch-rechtlichen Tradition, ihren Quellen und juristischen Anschauungen festgehalten wurde oder ob und inwieweit die veränderten gesellschaftlichen und wirtschaftlichen Verhältnisse zu gewandelten Betrachtungsweisen im Deliktsrecht führten“ (p. 2). Es geht ihr also erstens – kurz gesagt – um die Anpassung alten Rechts. Sie möchte weiterhin darstellen, „welche Bedeutung die Entscheidungen des Reichsgerichts neben der pandektistischen Wissenschaft für die gesetzgeberischen Arbeiten zum Deliktsrecht des in Entstehung begriffenen BGB hatten“ (p. 2). Damit soll also zweitens – neben der Aneignung des Vergangenen – die Nutzbarmachung des Gegenwärtigen für die Zukunft untersucht werden.

Beide Fragenstellungen werden je in einem eigenen Kapitel verfolgt (§ 3 bzw. § 4); vorangeschickt ist – nach einer kurzen „Einleitung“ (§ 1) – ein Abriss zur Bedeutung der *Lex Aquilia* im klassischen römischen Recht, von dem aus in knappster Weise der Bogen zum ausgehenden 19. Jahrhundert geschlagen wird. Bereits das Inhaltsverzeichnis belehrt, daß in diesen Abschnitten bestenfalls ein Antippen der relevanten Fragen erfolgen kann – umfaßt diese Vorgeschichte doch insgesamt nur 20 Seiten, so daß sich die Darstellung der „*Lex Aquilia* im Mittelalter“, von „Rezeption und Usus modernus“ wie auch des „deliktischen Schadensersatzrechts in den naturrechtlichen Kodifikationen“ und der „*Lex Aquilia* in der Pandektenwissenschaft“ auf jeweils zwei Seiten beschränkt. Den Schluß bildet eine zusammenfassende Würdigung der Rechtsprechung des Reichsgerichts (§ 5). Die beiden Kernkapitel (§§ 3, 4) sind in ihrer Binnengliederung aufeinander abgestimmt, weil es der Autorin gezielt darauf ankam, festzustellen, ob von der Rechtsprechung entwickelte Lösungen einzelner Teilfragen den BGB-Gesetz-

¹² RUTH BILSTEIN, *Das deliktische Schadensersatzrecht der Lex Aquilia in der Rechtsprechung des Reichsgerichts*. (Juristische Schriftenreihe 52). Münster, Hamburg: Lit 1994. IV, 148, XII S., DM 68,80. – Vgl. dazu auch die Rezension von FRANK PETERS in: ZNR 18 (1996), pp. 327–329.

geber beeinflußt haben (p. 113). Neun Aspekte sind es, die für die Ausgestaltung der Deliktshaftung als kennzeichnend erachtet werden; an ihnen orientiert sich sowohl die Analyse der Judikatur in ihrem Verhältnis zur „römisch-rechtlichen Tradition“ als auch die Untersuchung des Einflusses auf die Entstehung des BGB-Deliktsrechtes. Es sind dies: (1) die geschützten Rechtsgüter,¹³ (2) Verursachung durch Unterlassen, (3) Verschulden,¹⁴ (4) Mitverschulden (des Geschädigten), (5) Beweislast, (6) Ansprüche mittelbar Geschädigter, (7) Inhalt und Umfang,¹⁵ (8) Haftung für andere und (9) Mehrzahl von Beteiligten. Für die Charakterisierung des BGB-Deliktsrechts kommt ein Abschnitt „einheitlicher Deliktsbegriff“ hinzu (§ 4 I), mit dem der grundsätzlichen Andersartigkeit des 1. Entwurfs Rechnung getragen wird, der statt mit „kleinen“ Generalklauseln und Einzeltatbeständen mit einem einheitlichen Deliktsbegriff und dementsprechend mit einem Grundtatbestand (§ 704 E I) arbeiten wollte.

Grundlage der Analyse sind ca. 100 Entscheidungen des Reichsgerichts aus der Zeit zwischen 1879 und 1900. Nach 1900 berücksichtigt Bilstein nur sechs einzelne Urteile, da sie – fälschlich¹⁶ – der Ansicht ist, mit Inkrafttreten des BGB müsse die reichsgerichtliche Judikatur auf der Grundlage des gemeinen Rechts aufgehört haben. Ihre Quellen entnimmt sie den Veröffentlichungen in den praktisch wichtigsten Publikationen der damaligen Zeit: den einschlägigen Sammlungen (der amtlichen [RGZ], den „Annalen“ und der von Bolze) und den bedeutendsten Zeitschriften (Seufferts Archiv und der „Juristischen Wochenschrift“). Die eigentliche Urteils-Analyse geschieht dann anhand der bereits genannten Aspekte, so daß ein und dieselbe Entscheidung durchaus mehrfach behandelt sein kann, sofern sie nur unter mehreren Gesichtspunkten relevant erscheint. Umgekehrt bewirkt die Einordnung relativ weniger Entscheidungen in ein vorgegebenes, vergleichsweise engmaschiges, Netz, daß zum Teil lediglich ein oder zwei Entscheidungen als Beleg für eine Feststellung dienen müssen; dann lassen sich Zweifel nicht ganz beiseiteschieben, ob die

¹³ Beachte allerdings den Unterschied „Geschützte Lebens- und Rechtsgüter“ (§ 3) und „Geschützte Rechte und Rechtsgüter“ (§ 4).

¹⁴ In § 3 ergänzt durch „Rechtswidrigkeit (und Verschulden)“.

¹⁵ In § 3: „der Haftung“, in § 4: „der Ersatzpflicht“.

¹⁶ Dies zeigt ein Blick in die von Schubert verzeichneten Entscheidungen ab 1900: Auch unter der Herrschaft des BGB waren gemäß den Überleitungsvorschriften nicht selten Prozesse noch nach altem Recht zu entscheiden; dies hörte erst allmählich auf.

Datenbasis für solche Aussagen wirklich ausreicht. Die erwähnten neun Untersuchungsfelder sind nämlich regelmäßig nochmals untergliedert, so daß insgesamt vierundzwanzig Abschnitte für die Einordnung von hundert Entscheidungen zur Verfügung stehen – im Schnitt können demnach bloß vier Urteile den Stoff für jeden solchen Abschnitt liefern, woran auch der Umstand, daß zuweilen in einer Entscheidung Aussagen zu mehreren Gesichtspunkten gemacht werden, nichts Wesentliches ändern kann. Zur Vergrößerung der Datenbasis hätte es nahegelegen, auch die Judikatur der Instanzgerichte – beispielsweise des fast ausschließlich gemeinrechtlich judizierenden OLG Rostock – hinzuzuziehen. Der Rechtswirklichkeit des ausgehenden neunzehnten Jahrhunderts hätte man sich so zugleich auch stärker annähern und zudem beobachten können, in welchem Maße die Rechtsprechung des damals ja noch jungen Reichsgerichts von den nachgeordneten Gerichten beachtet wurde. Alternativ hätte man erwägen können, für den III. Zivilsenat, der aufgrund der beim Reichsgericht getroffenen Geschäftsverteilung die Masse der Entscheidungen auf gemeinrechtlichem Gebiet zu fällen hatte, dessen gesamte Judikatur anhand der vollständigen Sammlung aller Entscheidungen durchzusehen. Dann wären auch jene Entscheidungen ins Blickfeld geraten, die einer Veröffentlichung seinerzeit nicht für würdig erachtet worden waren – und damit gerade die, in denen für gefestigt gehaltene Grundsätze Anwendung fanden. Sie verdienen unser besonderes Interesse, denn gerade solche Selbstverständlichkeiten, die nichts Neues darstellen, lassen sich im Nachhinein nur schwer erschließen. Und doch spielen sie im Gerichtsalltag keine geringe Rolle, beschreiben sie nämlich die Grundlagen, an denen niemand zweifelte und die allen Beteiligten – dem kleinen Kreis der beim Reichsgericht zugelassenen Rechtsanwälte ebenso wie den Reichsgerichtsräten – gemeinsam waren.

Den Feststellungen von Bilstein zufolge scheint das Reichsgericht im Ergebnis der gemeinrechtlichen Tradition weitgehend verhaftet geblieben zu sein. Doch läßt sich eine Tendenz zur Ausdehnung deliktischer Haftung erkennen, indem beispielsweise unter die Begehungsweisen, die als tatbestandlich anerkannt wurden, im Laufe der Zeit auch unkörperliche Einwirkungen in Form von Immissionen aufgenommen oder die Voraussetzungen für eine Haftung aufgrund Unterlassens aufgeweicht wurden.

Was die Entstehungsgeschichte der §§ 823 ff. BGB anbelangt, kommt die Autorin zu dem Ergebnis, daß die Väter des BGB auf dem

Boden der römisch-rechtlichen Grundlagen standen, wie diese sich am Ausgang des 19. Jahrhunderts in Literatur und Rechtsprechung ausgeprägt hatten. Der Einfluß speziell der (reichsgerichtlichen) Judikatur auf die BGB-Regelungen bleibt dabei leider – und notwendigerweise – undeutlich. Denn bei der Entstehung des BGB fanden durchweg *zwei* Einflußfaktoren Berücksichtigung: Rechtsprechung und Wissenschaft. Gewöhnlich bestand zwischen beiden kein wesentlicher Unterschied, so daß es in aller Regel schwerfallen dürfte, eine Regelung des BGB inhaltlich auf (nur) eine von beiden Einflußgrößen zurückzuführen. Und doch täte man dies gerne, wenn die Geschichte von Rechtsprechung geschrieben werden soll. Eine Chance dafür besteht, wenn ausnahmsweise einmal reichsgerichtliche Judikatur und Lehre auseinanderfielen. Dann könnte man fragen, wem das BGB folgte.

Solche Divergenzen werden von der Autorin aber nicht gezielt herausgearbeitet. So sind bereits im analytischen Teil (§ 3) die Hinweise auf die gemeinrechtliche Literatur nur schwach ausgeprägt und mit spärlichen Fußnotennachweisen belegt; ob Rechtsprechung im Einzelfalle führend war oder Literatur, bleibt offen.¹⁷ Das Augenmerk der Arbeit liegt also – vom Grundsatz her verständlich, doch nichtsdestoweniger bedauerlich, weil so wesentliche Erkenntnismöglichkeiten verspielt werden – allein auf der Rechtsprechung; deren Einordnung in das dogmatische Umfeld findet dann zu ungenau statt, so daß es letztlich bei dem wenig befriedigenden Gemeinplatz von der Fortwirkung der römisch-rechtlichen Tradition (ohne Unterscheidung zwischen Rechtsprechung und Wissenschaft) bleibt.

An den eingangs dargestellten wünschenswerten Parametern zur Analyse reichsgerichtlicher Judikatur gemessen, vermag die Arbeit nicht zu befriedigen: Sie benutzt nicht die heute erreichbaren Hilfsmittel zur Auffindung einschlägiger Entscheidungen; sie nennt zwar meist den erkennenden Senat, ohne daran freilich Folgerungen zu knüpfen; biographische Einflußfaktoren bleiben unberücksichtigt. Einzig die Wandlungen, die eine zunehmende Industrialisierung mit sich brachte, werden von Fall zu Fall thematisiert und als Anstoß für entsprechende Reaktionen der Rechtsordnung – und das heißt hier: der reichsgerichtlichen Rechtsprechung – verstanden. Das ist löblich,

¹⁷ Dies moniert auch schon Frank Peters in seiner Rezension des Buchs (ZNR 18 [1996], pp. 327–329 [328]).

greift jedoch insgesamt zu kurz und läßt zu viele Wünsche offen. Leider stimmen auch Äußerlichkeiten nicht unbedingt wohlwollend: die Literaturangaben sind ungenau,¹⁸ ein – gerade für das gemeine Recht renommierter – Autorenname dürfte nicht falsch geschrieben¹⁹ werden, im Verzeichnis der einschlägigen Entscheidungen fehlt häufiger das sonst regelmäßig mitgeteilte Aktenzeichen, das doch (wenn auch anhand anderer Quellen als der unmittelbaren Fundstelle) mit wenig Mühe zu ermitteln gewesen wäre. So bleibt die Arbeit insgesamt nicht recht befriedigend.

Mull

Deutlich erfreulicher erscheint hingegen eine Arbeit, die sich einem Teilbereich des Deliktsrechtes widmet: der Haftung für Einsturzschäden nach §§ 836–838 BGB.²⁰ Die Verfasserin hat 143 Entscheidungen zwischen 1889 und 1943 gewissenhaft ermittelt, wobei der Löwenanteil den Jahren 1904–1918 angehört. Ihre Fundstellen reichen zum Teil bis hin zu *Regionalia* (Schleswig-Holsteinische Anzeigen, Zeitschrift für Rechtspflege in Bayern). Systematisch ausgewertet wurden RGZ und die reichsgerichtseigenen Hilfsmittel: das Nachschlagewerk und die regestenmäßige Erschließung der Vollständigen Sammlung. Letzteres dürfte auch die Fülle der als einschlägig erkannten Entscheidungen ausgerechnet zwischen 1904 und 1906 erklären; denn die Erschließung der Urteilssammlung durch Werner Schubert war zum Zeitpunkt der Erarbeitung der Dissertation eben bis 1906 gediehen. Auf diese Weise geraten sogar unveröffentlichte Urteile ins Blickfeld.

Die Basis für ihre Untersuchungen legt Mull in zwei einleitenden Kapiteln. Hier schildert sie zunächst knapp, jedoch nicht zu knapp, die Entwicklung des materiellen Rechts hinsichtlich der Haftung für Einsturzschäden: vom klassischen römischen Recht bis hin zu den

¹⁸ Für die Savigny-Zeitschrift fehlt der Hinweis, daß es sich regelmäßig um deren Romanistische Abteilung handelt. Gruchots Beiträge sollen angeblich der Erläuterung des „Deutschen Reiches“ (statt des „Deutschen Rechts“) gelten. Meistens gibt es keine Angabe des Erscheinungsortes, sondern lediglich des Druckjahres.

¹⁹ „Buchta“ statt „Buchka“ – und das sowohl im Literaturverzeichnis als auch in den Fußnoten.

²⁰ WENCKE MULL, *Die Haftung für Einsturzschäden nach den §§ 836–838 BGB in der Rechtsprechung des Reichsgerichts*. (Rechtshistorische Reihe 148). Frankfurt am Main [usw.]: Lang 1996. 205 S., DM 65,-.

Kodifikationen des ausgehenden 18. wie auch des 19. Jahrhunderts, sowie die Entstehungsgeschichte der §§ 836–838 BGB.

Im weiteren Verlauf löst sie sich dann jedoch von einer im engen Sinne historischen Darstellung. Sie ordnet ihre aus den 143 Entscheidungen gewonnenen materiell-rechtlichen Erkenntnisse systematisch nach Tatbestandsvoraussetzungen: die objektiven Voraussetzungen, die subjektiven Voraussetzungen, die ersatzpflichtigen Personen, die ersatzberechtigten Personen usw. So entsteht eine Art Kommentierung der §§ 836–838 BGB, freilich auf der Grundlage von Judikatur und Literatur zwischen 1900 und 1945. Wenn hier auch „Literatur“ genannt werden kann, so liegt dies daran, daß Mull sich richtigerweise nicht darauf beschränkt, die Aussagen der Rechtsprechung zusammenzustellen. Sie ordnet diese Aussagen vielmehr stets in die jeweilige zeitgenössische Diskussion ein, soweit sich eine solche nachweisen ließ. Bei dieser Darstellungsweise geht freilich das Bewußtsein um die historische Bedingtheit der Entscheidungen sehr leicht verloren; es zeigen sich Kontinuitäten und Brüche, die möglicherweise bloß vermeintliche sind. So treffen etwa drei Entscheidungen aus den Jahren 1905, 1907 und 1923 aufeinander, die alle dasselbe Problem betreffen: die Anforderungen an Art und Dauer der Verbindung eines Teiles mit einem Gebäude (oder Werk), damit ihre Ablösung zu einem Fall des § 836 BGB werden kann. Und es hat den Anschein, daß 1923 eine Rechtsprechungsänderung eintrat. Ob dieser Anschein trügt, ob die Änderung sich wirklich allein mit „besserer Einsicht“ erklären läßt – oder ob nicht vielleicht auch andere Gründe, insbesondere im Laufe von ein- und einhalb Jahrzehnten gewandelte Verhältnisse, eine Rolle gespielt haben mögen –, bleibt ungefragt und wird erst ganz zum Schluß – und nur kurz – thematisiert.

Die systematische Darstellung trennt zudem auch zeitlich benachbarte Entscheidungen und eskamotiert so die Geschichte aus dem Bild. Erst in ihrer „Schlußbetrachtung“ deutet Mull auch in dieser Hinsicht ganz kurz (pp. 178–179) Entwicklungen an, die sich bei chronologischer Betrachtung der Urteile erkennen lassen. Insbesondere lasse sich feststellen, daß die Anforderungen an die Sorgfalt des deliktisch Haftenden stetig höhergeschraubt worden seien. Mull sieht hierin eine Reaktion auf die fortschreitende technische und wirtschaftliche Entwicklung; auch vermutet sie in Einzelfällen soziale Motive, nämlich den Schutz des sozial Schwachen (p. 179). Solche Gedankengänge hätte man sich häufiger und intensiver gewünscht.

Die Arbeit wird daher in ihrem Hauptteil, der systematischen Darstellung, zum bloßen Kommentar. Welcher Nutzen läßt sich aus solchem Referat ziehen, wenn sich die Darstellung auf Aspekte des materiellen Rechts beschränkt und weitergehende Fragen (etwa nach Methode, Begründungstechniken oder außer-juristischen Einflüssen, nach dem Einfluß einzelner Richter oder Senate) nicht gestellt werden? Eine Antwort wird von Mull indirekt gegeben: Unter der Ägide des Bundesgerichtshofes habe sich nichts Einschneidendes mehr ereignet. In Karlsruhe habe man das in Leipzig Erreichte übernommen und weitergepflegt. Deshalb – so ist zu folgern – besitzen ihre Ergebnisse Relevanz auch noch für das geltende Recht.

In der Tat gerät der Ausblick auf die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes zugleich zu einer abschließenden Zusammenfassung der reichsgerichtlichen Judikatur. Die systematische Beschreibung der Dogmatik zwischen 1900 und 1945 läßt also die gegenwärtige Judikatur besser verstehen. Es bleibt zurück das Bild einer fleißigen und gewissenhaften Arbeit, der man etwas mehr Neugierde auf Seiten der Verfasserin gewünscht hätte. Dann wäre sie wohl über die Beschreibung des So-Gewesenen hinaus gelangt, um die spezifischen Früchte ernten zu können, die eine Rechtsprechungsgeschichte gewähren kann.

Seiler

Die Arbeit von Seiler²¹ zum kaufrechtlichen Sachmängelgewährleistungsrecht könnte unter dem Thema stehen „Kontinuitäten und Brüche“.

Seiler beabsichtigt, den Übergang vom alten zum neuen Recht darzustellen. Er möchte zeigen, in welchem Maße der Austausch der Normen tatsächlich zu einer veränderten Rechtslage führte, in welcher Weise das alte Recht nach- und (bemerkenswerterweise auch) das neue vorauswirkte.²² Sein Ergebnis – um es gleich vorweg zu sagen – lautet: Kontinuität herrscht bei weitem vor. Dies mag auf den ersten Blick

²¹ CHRISTOPH SEILER, *Vom Allgemeinen Landrecht zum Bürgerlichen Gesetzbuch, dargestellt am Beispiel der höchstrichterlichen Judikatur zum kaufrechtlichen Sachmängelgewährleistungsrecht*. (Rechtshistorische Reihe 137). Frankfurt am Main [usw.]: Lang 1996. 284 S., DM 84,-.

²² Beispielsweise habe das RG sich bereits 1896 von dem bis dahin vertretenen Verständnis der Vorbedingung (§ 325 PrALRI 5) abgewandt und sie der Zusicherung im Sinne des § 459 II BGB angenähert (RG JW 1896, 401 s. – dazu SEILER, p. 104).

erstaunen, denn schließlich vergleicht Seiler das BGB und die darauf fußende Rechtsprechung ja nicht etwa mit dem gemeinen Recht, sondern mit dem Preußischen Allgemeinen Landrecht. Doch repräsentierte ja auch dieses letztlich gemeines Recht, denn es war Produkt gemeinrechtlichen Denkens (wenn auch des ausgehenden 18. Jahrhunderts), mehr noch: die Interpreten des ALR – Richter wie Rechtswissenschaftler – verstanden dessen Normen vom gemeinen Recht her, in ständigem Vergleich mit diesem, und sie waren bestrebt, den Einklang mit gemeinrechtlicher Doktrin möglichst beizubehalten und das gemeine Recht als stete Quelle für die Erkenntnis des ALR zu nutzen. So sind sich die Normen des ALR und die des BGB im Ergebnis so fremd nicht.

Trotzdem gibt es natürlich Unterschiede zwischen ALR und BGB: Der wohl auffälligste Unterschied dürfte darin bestehen, daß das ALR einen „Allgemeinen Teil“ an Gewährleistungsregeln kannte; §§ 317 ff. PrALRI5 enthielten die wichtigsten allgemeinen Gewährleistungsnormen, wie beispielsweise auch die über Wandelung (§ 326) und Minderung (§ 328), bei den einzelnen Vertragstypen wurde auf diese allgemeinen Regelungen verwiesen und sie wurden modifiziert. Auch die Abgrenzung zwischen Sach- und Rechtsmängeln war im ALR anders als im BGB: Die Sachmängelvorschriften der §§ 317 ff. PrALRI5 galten auch für rechtliche Belastungen,²³ und lediglich wenn Rechte Kaufobjekt waren, galten die Sonderregeln der §§ 420 ff. PrALRI11. Weitere Unterschiede gab es in Einzelheiten des Rechts der Wandelung wie auch der Minderung. Markant ist auch das Fehlen gesonderter Regeln für den Gattungskauf; deshalb war nach dem ALR beispielsweise unklar, ob es einen Nachlieferungsanspruch (entsprechend § 480 BGB) gebe. Hingegen normierte das ALR in § 325 PrALRI5 einen Nachbesserungsanspruch, der im BGB bekanntlich fehlt. Gemeinsam war beiden Kodifikationen die kurze Verjährung kaufrechtlicher Gewährleistungsansprüche (§§ 343–345 PrALRI5; § 463 BGB); Ähnlichkeit bestand hinsichtlich eines Schadensersatzanspruches wegen Nichterfüllung, der allerdings nach dem ALR wesentlich schwächeren Voraussetzungen unterlag als nach dem BGB. Damit ist die Reihe

²³ Zum Beispiel regelten §§ 323–324 PrALRI5 die *Gewährleistung (!) ... wegen der Ansprüche eines Dritten*.

selbstverständlich nicht erschöpft, doch dürften die angeführten Differenzen die augenfälligsten sein.

Wenn vor diesem Hintergrund sich gleichwohl der Eindruck weitestgehender Kontinuität aufdrängt, so liegt dies an der Rechtsanwendung. In der Tat kann Seiler durch Beispiele belegen, daß die Judikatur Kontinuität zu stiften vermochte, obwohl das BGB keineswegs die Regelungen des ALR übernommen hatte, und daß echte Brüche nur in wenigen Bereichen auszumachen sind, in denen die Unterschiede zwischen den gesetzlichen Regelungen allzu groß waren. Unterschiede ließen sich mildern oder gar auffangen, indem entweder die Regeln des ALR bereits vor 1900 in Richtung auf die spätere BGB-Regelung hin interpretiert wurden oder umgekehrt Spielräume, die das BGB der Rechtsanwendung gelassen hatte, im Sinne des alten Rechts genutzt wurden.

Soll der von Seiler präsentierte Befund vertrauenswürdig sein, so muß er auf solider Quellenbasis beruhen. Ist dies der Fall? Seilers Darstellung liegen Entscheidungen des Preußischen Obertribunals, des Reichsoberhandelsgerichts und des Reichsgerichts zugrunde. Es sind dies die maßgeblichen Interpreten des ALR bzw. des BGB zu ihrer jeweiligen Zeit. Die Anzahl der von ihm berücksichtigten Entscheidungen ist nicht ohne weiteres feststellbar, denn leider fehlt der Arbeit ein Entscheidungsregister. Einer ausführlicheren Darstellung werden wegen ihrer besonderen Bedeutung ca. 70 Entscheidungen gewürdigt, davon einige mehrfach unter je verschiedenem Aspekt; diese Entscheidungen lediglich bestätigende Judikatur ist darüberhinaus in Fußnoten nachgewiesen.

Seilers Arbeit ist geprägt von diesen ausführlicheren Urteilsanalysen. Sie betreffen zwölf Einzelfragen des Gewährleistungsrechts: den Fehlerbegriff, den Zeitpunkt der Entstehung von Gewährleistungsrechten, den Begriff der „Eigenschaft“, die Zusicherung, einen Haftungsausschluß wegen Kenntnis oder fahrlässiger Unkenntnis, den Rechtscharakter der Wandelung (Gestaltung oder Vertrag?), die Berechnungsweise für die Minderung, das *Ius variandi*, die Behandlung des Gattungskaufs, das Nachbesserungsrecht, die Verjährung und schließlich das Verhältnis zwischen Gewährleistung und Irrtumsanfechtung. Für alle zwölf stellt er die Judikatur zum ALR dar und kontrastiert sie mit der zum BGB; dabei liegt für letztere der Schwerpunkt auf der Zeit kurz nach 1900, freilich mit Ausblick auf die weitere Rechtsprechung des Reichsgerichts und auf die spätere Haltung des Bundesgerichtshofes. Seine Aussagen über die Judika-

tur entwickelt Seiler regelmäßig, indem er Leitentscheidungen vorstellt.

Nicht leitsatzartige Einzelaussagen stehen damit für den Leser im Zentrum der Darstellung, sondern einzelne Gerichtsentscheidungen. Aus deren Referat und Analyse gewinnt Seiler sodann allgemeinere Beobachtungen. So wird Geschichte plastisch – und zugleich vermieden, daß Leitsätze losgelöst von ihrer Entstehung zu bloßen Bausteinen eines Bildes verkommen, dessen Angemessenheit kaum überprüft werden kann.

In seinen Urteilsanalysen erweist sich Seiler dabei durchwegs als gewissenhaft. Er bleibt nahe am Fall, weist auf unerfüllte Erwartungen hin, wenn man etwa aufgrund des Standes der Judikatur mit klarstellenden Äußerungen vergeblich gerechnet hatte, und stellt sowohl den Sachverhalt als auch den Gedankengang der Entscheidungsgründe klar und deutlich dar.

Die Darstellung schöpft dabei aus einem Fundus an Rechtsprechung, der in erster Linie die in den amtlichen Sammlungen (des Reichsgerichts, des Obertribunals wie auch des Reichsoberhandelsgerichts) abgedruckten Entscheidungen umfaßt. Ergänzend wurden zudem die Nachweise im Nachschlagewerk des Reichsgerichts zu den einschlägigen Normen (insbesondere zu § 459 BGB) und die Schubert-schen Regesten²⁴ ausgewertet. Auch Hinweise auf Zeitschriften finden sich – beispielsweise Urteilsabdrucke in JW, in LZ, bei Gruchot oder bei Warneyer –, doch sind sie eher selten; ob ihnen eine systematische Auswertung dieser Periodika zugrundeliegt, teilt Seiler nicht mit.

Gewöhnlich erwähnt Seiler nicht, von welchem Senat eine Entscheidung herrührte. Allerdings macht er gelegentlich darauf aufmerksam, daß ein nicht unbedingt selbstverständliches, jedoch der ALR-Tradition entsprechendes Verständnis von Normen des BGB davon beeinflußt sein mag, daß es sich beim V. Zivilsenat des Reichsgerichts, einem der beiden früheren „preußischen“ Senate, findet. Die bekannte Meinungsverschiedenheit hinsichtlich des Verhältnisses zwischen Anfechtung nach § 119 II BGB und kaufrechtlicher Gewährleistung, in welcher Frage der II. Zivilsenat ursprünglich im Jahre 1902 die Ansicht vertreten hatte, beides sei voneinander unabhängig, bevor er sich von der 1905 geäußerten Meinung des V. Zivilsenats überzeugen ließ, wonach eine Irrtumsanfechtung im Anwendungsbereich der

²⁴ Vgl. Fn. 7.

§§ 459 ff. BGB ausgeschlossen sei, möchte Seiler – wohl zutreffend – mit der regionalen Ausrichtung der beiden Senate erklären: der II. Zivilsenat war zuständig für die rheinische (französische) Rechtslandschaft und deshalb war ihm die Lösung des Code civil (Nebeneinander) die vertrautere, der V. Zivilsenat hingegen brachte das am ALR entwickelte gegenteilige Verständnis mit.

Seilers Arbeit mahnt in ihren Ergebnissen, das Beharrungsvermögen der Praxis nicht zu unterschätzen. Die Praxis neigt dazu, Kontinuität zu wahren, wenn nicht zu stiften. Ob es sich dabei um bewußt gesteuerte Prozesse handelt, mag man bezweifeln, doch kommt es darauf letztlich auch nicht an. Die Resultate freilich sprechen für sich. Allerdings wird man sich hüten müssen, sie vorschnell zu verallgemeinern. Ob die auf der Grundlage der Judikatur zum kaufrechtlichen Sachmängelgewährleistungsrecht gemachten Beobachtungen auch für andere Materien – und für andere Senate! – Gültigkeit beanspruchen dürfen, wird weiterer Untersuchungen bedürfen.

Olsen

In ihrer Anlage ganz ähnlich ist die Arbeit von Olsen.²⁵ Er untersucht dieselben Einzelfragen (und trägt so dazu bei, Vergleichbarkeit seiner Ergebnisse mit denen Seilers und etwaiger späterer Untersuchungen zum gemeinen Recht und zum sächsischen BGB zu gewährleisten); er ergänzt sie allerdings um zwei weitere Aspekte: (1) die Frage der Erheblichkeit des Fehlers bzw. des Fehlens eines zugesicherten Eigenschaft und (2) die Schadensersatzpflicht. Im Unterschied zu Seiler berücksichtigt Olsen verstärkt auch die Judikatur anderer deutscher Gerichte unterhalb der höchsten Ebene. Dazu zieht er in großem Umfang regionale Rechtszeitschriften heran. Die Judikatur des Reichsgerichts erschließt er zudem ganz bewußt möglichst umfänglich und mit besonderem Augenmerk auf unpublizierte Entscheidungen, indem er die eingangs erwähnten Hilfsmittel (Nachschlagewerk, Regesten) auswertet. Soweit seiner Arbeit Entscheidungen des Reichsgerichts zugrundeliegen (es handelt sich um 160), sind sie in einem gesonderten Verzeichnis (jeweils mit Drucknachweisen) aufgelistet; für die übrigen Entscheidungen fehlt ein solcher Nachweis bedauerli-

²⁵ DIETMAR OLSEN, *Das kaufrechtliche Sachmängelgewährleistungsrecht des Code civil in der Rechtsprechung deutscher Gerichte im 19. Jahrhundert. Ein Beitrag zur Ablösung der Partikularrechte durch das BGB.* (Rechtshistorische Reihe 159). Frankfurt am Main [usw.]: Lang 1997. 198 S., DM 65,-.

cherweise. Da von den Entscheidungen des Reichsgerichts nur 36 aus der Zeit vor 1900 stammen, erscheint der Titel der Arbeit etwas irreführend.

Tatsächlich untersucht auch Olsen die Kontinuität *vor* und *nach* 1900. Die Berücksichtigung der Judikatur auch der Obergerichte zum alten Recht erweitert seine Materialgrundlage allerdings beträchtlich. In seinen Befunden bestätigt er das von Seiler bereits vermittelte Bild: es herrscht über weite Strecken Kontinuität. Das BGB brachte keineswegs einen radikalen Bruch auf ganzer Strecke. Selbstverständlich gab es Regelungen des Code civil, denen gegenüber das BGB Neues brachte. Doch waren dies eher wenige. Und auch für das französisch-rheinische Recht federte die Judikatur – wie schon beim Übergang vom preußischen Recht erkennbar – den Übergang ab.

Indessen wirkt Olsen in der Absicherung seiner Feststellungen nicht ganz so überzeugend wie Seiler. Zwar beobachtet auch er Übereinstimmungen in dem Sinne, daß vergleichbare Fälle nach altem wie nach neuem Recht in gleichem Sinne entschieden wurden. Doch forscht er dann häufig nicht weiter nach den Ursachen, sondern begnügt sich mit der oberflächlichen Ergebnisgleichheit. Oder er zeigt gar, daß hinter gleichen Resultaten unterschiedliche Dogmatik steckte, spielt diese Unterschiede jedoch herunter und behauptet eine Kontinuität, die vielleicht zu vordergründig ist. Denn zwischen gleichen Ergebnissen vor und nach 1900 besteht nicht unbedingt ein Kausalzusammenhang. Die Fortführung mag eine vermeintliche sein (weil sich die Normen glichen und deshalb auch deren Anwendung) oder eine zufällige (weil in Wirklichkeit andere Gründe die spätere Judikatur bestimmten) oder eine unbewußte.

In seiner abschließenden Zusammenfassung gleicht Olsen dann allerdings manches wieder aus. Hier unterscheidet er zwischen Kontinuitäten, die bereits durch vergleichbare Normen beider Rechtssysteme hervorgerufen wurden, von solchen, die in einer Fortführung von Rechtsprechung begründet waren. Eine dritte Gruppe bilden Kontinuitäten, die in der Normierung von Rechtsansichten ihren Grund fanden; hierhin rechnet Olsen all diejenigen Fälle, in denen die Regelungen des BGB ein Rechtsverständnis aufgriffen, das sich in der Judikatur zum Code civil (nicht notwendig in den Normen) ausgebildet hatte. Hier am Ende seiner Arbeit erwähnt Olsen auch einen der bemerkenswertesten Gründe, der Kontinuität gestiftet haben mag: Die Rechtsprechung zum Kaufrecht des BGB lag – dank entsprechender Geschäftsverteilung – fast ausschließlich in den Händen des

II. Zivilsenats des Reichsgerichts, also in denen des „französischen“ Senats. Deshalb wäre es wenig erstaunlich, wenn im Kaufrecht gerade fränzösich-rechtliche Ansichten das Verständnis des BGB geprägt hätten. Um dies festzustellen, hätte man jedoch konsequenterweise die Judikatur des II. Zivilsenats gesondert darstellen müssen. Dies ist leider nicht geschehen.

Fröber

Ausgesprochen intensiv hat Fröber die Rechtsprechung des Reichsgerichts für seine Arbeit zum Maklerrecht²⁶ recherchiert. Bis einschließlich 1906 hat er auf der Grundlage der Schubertschen Regesten die einschlägigen Entscheidungen zusammengesucht, für die gesamte Zeit bis 1945 das Nachschlagwerk des Reichsgerichts zu §§ 652–654 BGB herangezogen, um die einschlägige Judikatur zu ermitteln. Insgesamt fast 500 Entscheidungen des Reichsgerichts aus der Zeit von 1900 bis 1943 konnte Fröber so zusammentragen; ein Verzeichnis im Anhang listet sie auf und gibt Veröffentlichungsnachweise. Sämtliche Entscheidungen hat er sodann im Original – d. h. nach der in der Vollständigen Sammlung enthaltenen Urteilsabschrift – benutzt und ausgewertet. Entstanden ist auf diese Weise ein historischer Kommentar zu §§ 652–654 BGB oder besser: ein Lehrbuch zum Maklerrecht auf der Grundlage der reichsgerichtlichen Rechtsprechung. Fröber hat nämlich die einschlägigen Entscheidungen für eine systematische Darstellung ausgewertet, in welcher er die Rechtsfragen zum Maklerrecht aufweist und durch die Rechtsansichten des Reichsgerichts erläutert. Dabei folgt er nicht stur der Paragraphenfolge, sondern ordnet die Einzelfragen unter die übergreifenden Gesichtspunkte: (1) Rechtsnatur und Wesen des Maklervertrages, (2) Alleinauftrag, (3) Abgrenzung des Maklervertrages gegen verwandte Vertragstypen und andere Verträge, (4) Voraussetzungen für das Entstehen des Provisionszahlungsanspruches des Maklers, (5) Untermakler, (6) § 653 BGB, (7) Verwirkung des Lohnes im Falle vertragswidriger Doppeltätigkeit.

Dies ist deshalb sinnvoll, weil der BGB-Gesetzgeber in den nur drei dem Maklervertrag gewidmeten Paragraphen lediglich einen Rahmen

²⁶ HENDRIK PHILIPP FRÖBER, *Die Entstehung der Bestimmungen des BGB über den Maklervertrag (§§ 652–654 BGB) und die Rechtsprechung des Reichsgerichts zum neuen Maklerrecht*. (Europäische Hochschulschriften. Reihe 2: Rechtswissenschaft 2052). Frankfurt am Main [usw.]: Lang 1997. 338 S., DM 89,–.

vorgab und einige wenige Grundfragen entschieden hatte, die Einzelheiten jedoch bewußt offenließ. Das Recht des Maklervertrages ist somit eines der Beispiele gezielter gesetzgeberischer Zurückhaltung, wie sie die Väter des BGB nicht selten übten. Fröber versucht mithin, diesen Spielraum auszuleuchten und damit aufzuzeigen, in welchem Maße die Rechtsprechung der ihr zugedachten Aufgabe gerecht geworden ist.

Nach Kontinuität zum alten Recht zu fragen erübrigt sich für das Maklerrecht weitgehend. Denn – wie Fröber in einer vorangestellten historischen Skizze zeigt – diese Materie wurde vor dem BGB erstmals im ADHGB geregelt. Seine Entscheidung, sich ausschließlich dem Recht des BGB zu widmen, ist daher wohlbegründet. Sie entspricht auch seiner Zielsetzung: Fröber will keine Einsichten über Rechtsprechung gewinnen, sondern über Maklerrecht. In diesem Sinne schreibt er auch keine Rechtsprechungsgeschichte, sondern Dogmengeschichte, freilich nicht auf der Grundlage wissenschaftlicher Lehrmeinungen, sondern basierend auf der Rechtsprechung.

Bedauerlich mag erscheinen, daß Fröber seine Darstellung nicht auf das geltende Recht ausgedehnt hat. Doch hätte dies den Rahmen einer Dissertation gesprengt; es lag zudem auch außerhalb seiner Zielsetzung. Denn Fröber wollte aufzeigen – und dies ist ihm gelungen –, daß die grundlegende Ausgestaltung des Maklerrechtes des BGB durch die Rechtsprechung des Reichsgerichtes erfolgte; dementsprechend bilden Hinweise auf aktuelle Rechtsansichten (wie auch die gelegentlichen Nachweise zum alten Recht, vor dem BGB) obiter dicta, die in die Fußnoten verbannt wurden. Auf der Grundlage reichsgerichtlicher Judikatur aufbauend, setzte der Bundesgerichtshof – wie Fröber in seinen Schlußbemerkungen andeutet – die reichsgerichtliche Praxis im wesentlichen fort, differenzierte sie aus und erweiterte sie um neue Problemfelder.

Horn

Gezielt dem Prozeß der Umsetzung neuen Rechtes widmet sich die Arbeit von Horn.²⁷ Das BGB brachte ein *neues* Ehescheidungsrecht mit sich, und Horns zentrale Frage lautet „Wie wurde es in der Praxis

²⁷ CHRISTOF HORN, *Die Rechtsprechung des Reichsgerichts in Ehescheidungsachen der Jahre 1900 bis 1905*. (Rechtshistorische Reihe 155). Frankfurt am Main [usw.]: Lang 1997. 252 S.. DM 79,-.

angewandt?“. Zur Beantwortung untersucht er nicht bloß die Judikatur des Reichsgerichts, er versucht daneben auch die sozialen Auswirkungen festzustellen und prüft, ob soziale Aspekte bei der gerichtlichen Entscheidung Berücksichtigung fanden. Schließlich stellt er den Gehorsam der Richter gegenüber dem Gesetz zur Prüfung, indem er fragt, ob Änderungen der Rechtslage in der Tat umgesetzt wurden und welche Schlupflöcher gegebenenfalls ausgenutzt wurden, um traditionelle Ansichten und Werte unter dem neuen Recht durchzusetzen.

Sein Instrumentarium umfaßt demzufolge Statistik und Urteilsanalyse. Die Grundlage für seine Aussagen bildet eine Auswertung aller Entscheidungen des Reichsgerichts in Scheidungssachen von 1900 bis einschließlich 1905; wegen der nach Gesetzesmaterien erfolgenden Zuständigkeitsverteilung unter die einzelnen Zivilsenate handelt es sich fast ausschließlich um Entscheidungen des IV. Zivilsenats, lediglich in Sachen, die noch nach altem Recht zu entscheiden waren, kam es zu Urteilen des II., III. oder VI. Zivilsenats. Insgesamt handelt es sich um 612 Urteile, die in die statistische Auswertung einfließen. Die inhaltliche Auswertung, d. h. die Analyse der Entscheidungstexte selbst, erfolgte auf der Basis von 122 Entscheidungen, die Horn im Anhang auflistet – leider ohne Drucknachweise, was angesichts der Tatsache, daß sie überwiegend unpubliziert blieben, nicht übermäßig ins Gewicht fällt, zumal an anderer Stelle, in den Schubertschen Regesten, für alle Entscheidungen dieser Jahre Drucknachweise angegeben sind, soweit vorhanden. Dennoch hätte es den Wert der Arbeit erhöht, wenn der Verfasser diese zusätzliche Information mitgeteilt hätte. Unbefriedigend ist auch die Zitierweise für die herangezogenen Entscheidungen. Dies beginnt bereits bei der Bezeichnung der Entscheidung, die mit Hilfe des Aktenzeichens und des Entscheidungsdatums zwar eindeutig gekennzeichnet ist, aber durch die zusätzliche Angabe der laufenden Nummer innerhalb des einschlägigen Bandes der Vollständigen Sammlung gleichwohl benutzerfreundlicher gewesen wäre. Es setzt sich fort, wenn Horn für die wörtlich wiedergegebenen Passagen keine Seitenzahl angibt. Dies ist um so ärgerlicher, als Horn in großem Umfange die Quellen selbst sprechen läßt. Vermittelt er so einerseits einen lebendigen Eindruck von den Scheidungsurteilen selbst, wie auch von den zugrundeliegenden Sachverhalten, so erwartet er andererseits ein beträchtliches Vertrauen, wenn es um die Korrektheit des Zitierten geht.

Um die von ihm verwendeten (bloß statisch oder auch inhaltlich ausgewerteten) Urteile aufzufinden, nutzte Horn alle derzeitigen

Hilfsmittel: Urteilssammlungen und Zeitschriften, Regesten und Nachschlagewerk. Seine Urteilsanalysen, die den umfangreichsten Teil der Arbeit bilden, ordnet er nach der Paragraphenfolge des Gesetzes (von § 1565 bis § 1576 BGB).

Gleich anfangs stellt Horn das Grundproblem dar (pp. 26–30): die Väter des BGB beabsichtigten, die Scheidung zu erschweren, um durch Abschreckung den steigenden Scheidungszahlen entgegenzuwirken. Dabei verkannten sie jedoch, daß dieser Anstieg keine Folge zu milder Gesetzesnormen war, sondern eine Folge sozialen Wandels; die industrielle Revolution hatte Gesellschaftsstrukturen geändert und Mobilität, Liberalität und ein Bewußtsein der eigenen Individualität mit sich gebracht. Das Gesetz (und seine Paragraphen) waren somit die falschen Waffen zur Bekämpfung des unerwünschten Phänomens, und es war abzusehen, daß der Geschäftsanfall in Scheidungssachen bei den Gerichten nicht sinken, sondern steigen würde. Der Gesetzgeber bekämpfte die Folgen, nicht die Ursachen eines Phänomens, dem die Richter ins Gesicht schauen mußten. Wie würden die Gerichte, wie vor allem das Reichsgericht damit fertigwerden, wie sollte die Reaktion auf die an die Gerichte herangetragenen neuen Einstellungen und auf eine geänderte Wertordnung ausfallen?

Die Zahlen sprechen eine deutliche Sprache: einen Rückgang der Scheidungsprozesse gab es nicht. Lediglich unmittelbar nach 1900 ist ein Einbruch zu vermerken, der sich jedoch daraus erklärt, daß man sich als Partei dem neuen Recht zunächst eher zaghaft näherte, dessen praktische Anwendung abwartete; schon 1902 war von diesem Effekt nichts mehr zu spüren und die Zahlen stiegen fortan (und eher schneller als zuvor). In der Sache selbst beobachtet auch Horn eine Kontinuität zwischen altem und neuem Recht. Dies ist hier um so auffallender, als es – je nach früherem Recht unterschiedlich große, doch insgesamt durchaus beträchtliche – Unterschiede gab. Doch erlaubte es das neue Scheidungsrecht, insbesondere durch die Weite des § 1568 BGB, die alte Kasuistik in die neue Generalklausel einzubringen. So füllte man – wenn man so sagen darf – alten Wein in neue Schläuche und konterkarierte letztlich die vom Gesetzgeber beabsichtigte Änderung. Ob soziale Gesichtspunkte in die Entscheidung einfließen, vermag Horn nicht festzustellen. Da dem Reichsgericht eigene Tatsachenfeststellung nicht erlaubt war, seien die Sachverhaltsmitteilungen insgesamt zu dürftig, um irgendwelche Aussagen wagen zu können.

Färber

Eine strukturell ähnliche Ausgangssituation wie beim Maklerrecht bestand auch für das gemeinschaftliche Testament. Auch hier war die Regelung des BGB ausfüllungsbedürftig – oder wurde zumindest so empfunden (RGZ 77, 165 [167]). Am Reichsgericht führte man dies zurück auf die Entstehungsgeschichte der §§ 2265–2273 BGB. Erst spät und unter dem Eindruck massiver Kritik an dem Vorhaben, ein gemeinschaftliches Testament als unklares Mittelding zwischen Testament und Erbvertrag im neuen Recht nicht zuzulassen, entschied man sich doch anders. In den deutschen Partikularrechten des 19. Jahrhunderts hatten die Redaktoren keine einheitliche Handhabung finden können: Teils war ein gemeinschaftliches Testament verboten, teils erlaubt, teils nur unter Ehegatten möglich. So hatte man sich auch nicht an einem Vorbild orientieren können. Das Ergebnis, die BGB-Regeln, wurde somit zum Gegenstand näherer Ausgestaltung durch die Judikatur.

Diese Ausdifferenzierung und Vervollständigung nachzuzeichnen ist das Ziel der Arbeit von Färber,²⁸ die sich damit – im Vergleich mit den übrigen Arbeiten zur Rechtsprechung des Reichsgerichts – einem kleinen und engen Bereich des BGB widmet. Auch sie basiert auf einer Analyse der Rechtsprechung, im wesentlichen der des Reichsgerichts. Wegen seiner praktischen Bedeutung, aber auch wegen der von Färber erkannten Orientierung des BGB am preußischen Recht und an dessen Praxis, untersucht er für das Recht vor 1900 lediglich gemeines Recht und vor allem preußisches Recht.

Die maßgeblichen Entscheidungen des Reichsgerichts findet Färber – gleich seinen Kieler Kollegen Seiler, Olsen, Fröber, Horn – mit Hilfe der Regesten und des Nachschlagewerks. Es sind ca. 180 Entscheidungen, von denen nur wenige unveröffentlicht sind. Dabei greift Färber nicht grundsätzlich auf den Text in der Vollständigen Sammlung zurück, die er, soweit ersichtlich, überhaupt nicht herangezogen hat, sondern arbeitet mit Drucken, von welchen er in einem Register der ausgewerteten Entscheidungen jeweils die Hauptfundstelle angibt. Da für das Erbrecht gewöhnlich für län-

²⁸ MISCHA A. FÄRBER, *Das gemeinschaftliche Testament in der höchstrichterlichen Rechtsprechung zum Preußischen Allgemeinen Landrecht und zum BGB. Ein Beitrag zur Ablösung der Partikularrechte durch das BGB.* (Rechtshistorische Reihe 167). Frankfurt am Main [usw.]: Lang 1997. 233 S., DM 79,-.

gere Zeit ein und derselbe Senat des Reichsgerichts zuständig war, spielt für Färbers Untersuchung die senatsmäßige Herkunft einer Entscheidung gewöhnlich keine Rolle; lediglich zum alten Recht verbindet sich mit dem einer Entscheidung zugrundezulegenden Recht (gemeines Recht, ALR) regelmäßig auch ein entsprechender Senat (IV. oder V. Zivilsenat für das ALR, III. oder VI. Zivilsenat für das gemeine Recht). Dort läßt sich denn auch beobachten, daß unterschiedliche Auslegungsmöglichkeiten, die ein gemeinschaftliches Testament nach dem Model des „Berliner Testaments“ grundsätzlich eröffnet, für gemeines Recht und preußisches Recht unterschiedlich beantwortet werden: hier Trennungstheorie (ALR), dort Einheitstheorie (gemeines Recht); der Sieg der Einheitstheorie, wie er in § 2269 BGB zum Ausdruck kam, bedeutete dann für die Trennungstheorie insgesamt das Ende. Nach 1900 beobachtet Färber eine Tendenz, die nach preußischem Recht zwar nicht gänzlich ausgeschlossene, jedoch in der Regel als ausgesprochen unwahrscheinlich verstandene Einheitstheorie durch entsprechende Auslegung auch dort zu favorisieren. Dies ist um so bemerkenswerter, als gerade im Erbrecht – maßgeblich ist hier grundsätzlich das zur Zeit der Errichtung der letztwilligen Verfügung geltende Recht (§ 213 EGBGB) – noch bis nach 1910 Sachen anhängig wurden, die nach altem Recht zu entscheiden waren. Über den eigentlich naheliegenden Gedanken, das alte Recht dann auch konsequent nach altem Verständnis anzuwenden, setzte man sich dabei hinweg.

Getreu seinem Erkenntnisinteresse steht für Färber die dogmatische Entwicklung, die Dogmengeschichte, im Vordergrund; Fragen nach den Entstehungsbedingungen von Rechtsprechung, nach dem Einfluß außerrechtlicher Faktoren, stellen sich ihm nicht. So vermag er denn in seiner Zusammenfassung am Ende der Arbeit in mittlerweile üblicher „Kieler“ Terminologie „Kontinuitäten“ und „Kontinuitätsbrüche“ (letztere auch gegebenenfalls bloß „abgeschwächt“) festzustellen. Dabei beruhen Kontinuitäten für den Bereich des gemeinschaftlichen Testamentes gewöhnlich auf einer vergleichbaren Gesetzeslage, teilweise hatten schon die Väter des BGB beim Übergang vom ersten zum zweiten Entwurf auf Modelle zurückgegriffen, die in der Rechtsprechung zum preußischen Recht entwickelt worden waren. An Kontinuität fehlt es dort, wo das BGB von Regelungen im ALR und der zugehörigen Judikatur abwich.

Karow

Anders als seine Kieler Kollegen fragt Karow²⁹ in seiner Arbeit über die Sittenwidrigkeit letztwilliger Verfügungen von vornherein nicht nach Kontinuitäten oder Wandel beim Übergang zum BGB. Denn sein Stoff ist einzig die BGB-Rechtsprechung (sind nicht Gesetznormen oder Literaturmeinungen), und zwar die höchstrichterliche Judikatur,³⁰ die er dann allerdings bis in die Gegenwart verfolgt. So stehen im Mittelpunkt seiner Arbeit insgesamt 62 Entscheidungen zur Sittenwidrigkeit letztwilliger Verfügungen: 34 des Reichsgerichts, 4 des Obersten Gerichtshof des Britischen Zone und 24 des Bundesgerichtshofes. Unveröffentlicht sind davon lediglich acht (je eine von RG bzw. OGH sowie sechs des BGH). Wie er diese Entscheidungen aufgefunden hat, verrät Karow nicht. Auch bleibt unklar, ob es sich um eine Auswahl handelt (was anzunehmen ist); doch betont er, es handele sich um „*all die Urteile ..., die die Entwicklung verdeutlichen oder mit dieser Problematik* (der Frage der Sittenwidrigkeit erbrechtlicher Verfügungen, HPG) *in Zusammenhang stehen*“ (p. 16). Wichtig sind ihm jedoch ausdrücklich auch die unveröffentlichten Entscheidungen, und er legt – zu Recht – Wert darauf, sich auch bei den publizierten nicht auf einzelne Passagen beschränkt, sondern den vollen Wortlaut berücksichtigt zu haben (p. 16). Er muß also die in der Bibliothek des Bundesgerichtshofes vorhandenen vollständigen Sammlungen (der Entscheidungen des Reichsgerichts, des Obersten Gerichtshofes der Britischen Zone wie auch des Bundesgerichtshofes) benutzt haben und verweist auch gelegentlich auf Seitenzahlen dieser vollständigen Entscheidungstexte (z. B. p. 69 Fn. 216). Karow möchte Rechtsprechungsgeschichte schreiben, und zwar im wahrsten Sinne des Wortes, indem er nämlich die geschichtliche Entwicklung der Rechtsprechung zu seiner klar umgrenzten Frage nachzeichnet.

²⁹ OLIVER KAROW, *Die Sittenwidrigkeit von Verfügungen von Todes wegen in historischer Sicht. Die Entwicklung der Gesetzgebung und der höchstrichterlichen Rechtsprechung seit der Entstehung des BGB bis in die Gegenwart*. (Europäische Hochschulschriften. Reihe 2: Rechtswissenschaft 2155). Frankfurt am Main [usw.]: Lang 1997. 196 S., DM 69,-.

³⁰ Da er die Judikatur der Obergerichte ausklammert, vermag er für die Zeit vor 1900 lediglich eine einzige Entscheidung zu berücksichtigen; das RG nämlich habe sich nur in diesem einen Falle mit der Problematik befaßt: RGZ 21, 279.

Das 19. Jahrhundert gerät ihm dabei nur unter sehr eingeschränktem Blickwinkel ins Visier. Denn sein Ausgangspunkt sind die einschlägigen Normen des BGB, und lediglich zu deren umfassendem Verständnis beschreibt er (auch) deren Entstehung. Karows Arbeit beginnt daher mit einem Abschnitt, in dem er von den ersten Entwürfen Schmitts zum 5. Buch des BGB an die Genese der schließlich Gesetz gewordenen Normen beschreibt. Dabei arbeitet er jeweils eingehend die Gründe heraus, die zu einer Ablehnung oder Änderung von Entwürfen und Vorschlägen führten, um auf diese Weise und im Wechselspiel mit den Motiven für die beschlossenen Fassungen die Vorstellungen der Väter des BGB zu erfassen. So wird deutlich, in welchem Maße man auf Generalklauseln (insbesondere § 138 BGB) und allgemeine Regeln (besonders des 1. Buches) vertraute und wie bewußt man es ablehnte, Sittenwidrigkeit kasuistisch oder auch nur durch Regelbeispiele zu erfassen. Wie beim Maklerrecht (und beim gemeinschaftlichen Testament), so läßt sich auch für die Frage der Sittenwidrigkeit letztwilliger Verfügungen beobachten, was die Rechtsprechung mit den ihr überlassenen Freiräumen anfang.

Dabei wird zunächst deutlich, daß sich in der Praxis sehr bald gewisse Falltypen herausbildeten, unter welchen die sogenannten Geliebten-Testamente eine besondere Stellung einnahmen. Die Problematik, ob die Hintansetzung von Familienangehörigen zugunsten dritter Personen, mit denen ein Liebesverhältnis bestand, den Schutz des Rechtes verdiene oder nicht, beherrschte die Rechtsprechung (ganz besonders des Bundesgerichtshofes) und bildet einen großen (wenn nicht gar den) Schwerpunkt der vorliegenden Arbeit. In Karows Arbeit wird überdeutlich – und zwar nicht zuletzt wegen ihres aufzählenden Charakters, der durch die chronologische Aneinanderreihung der Urteilsanalysen entsteht –, wie sehr die Judikatur des Bundesgerichtshofes bis 1970 aus dem Rahmen fiel, den Reichsgericht und OGH geschaffen hatten; der Beschluß vom 31. März 1970 (BGHZ 53, 369) stellte insofern eine Rückkehr dar zur Liberalität reichsgerichtlicher Judikatur. Es wäre interessant gewesen, die Gründe für den vorangehenden auffälligen Konservativismus, der nicht nur die zivilrechtliche Judikatur beherrschte,³¹ zu erforschen. Doch leider ließ Karow diese Chance ungenutzt. Das bloße Referat von Sachverhalt und tragenden Gründen vermag solche Analyse nicht zu ersetzen.

³¹ KAROW weist in diesem Zusammenhang zu Recht auf BGHSt 6, 6, 46 hin (etwa p. 137, Fn. 455).

Bedauerlicherweise zieht sich diese Beschränkung durch die gesamte Arbeit. So ist den Urteilsanalysen zwar zugutezuhalten, daß der Rückgriff auf die vollständigen Entscheidungstexte Einblick gewährt in die Argumentation der Parteien und der Vorinstanzen; doch die sich hier eröffnenden Möglichkeiten einer Vertiefung hat Karow nicht genutzt.

Karow bietet damit im Ergebnis eine historische Schilderung der einschlägigen Judikatur, aus der sich die großen Linien entnehmen lassen. An einer Feinarbeit fehlt es. Sein Buch mag hoffentlich dazu anregen.

Nörr und Klemmer

Rechtsprechungsgeschichte kann Dogmengeschichte auf anderer Grundlage sein. Sie mag aber auch beschreiben, in welcher Weise die Rechtsordnung auf veränderte Umstände (wie die umfassende Kodifikation des bürgerlichen Rechts) reagierte und abrupte Brüche in der Rechtsentwicklung vermied. Rechtsprechungsgeschichte vermag schließlich grundlegende Einstellungen und Wertungen zu illustrieren. Dieser letzten Aufgabe stellen sich – bei gemeinsamem Erkenntnisinteresse doch von unterschiedlicher Warte aus – Nörr und Klemmer.

Beiden geht es um das richterliche Selbstverständnis, beide wollen sie erkennen, wie sich die Richter am Reichsgericht während der Weimarer Zeit im Spannungsfeld zwischen Gesetzesbindung und Richterfreiheit bewegten. Sie nähern sich ihrem Thema von unterschiedlichen Ausgangspunkten her und gelangen zu entgegengesetzten Ergebnissen – zumindest scheint es so. Auf der einen Seite: einer der führenden Köpfe der Rechtsgeschichte, der – aus der Fülle seiner Erfahrungen schöpfend – als Summe langjähriger Beschäftigung mit der „Rechtsgeschichte der Weimarer Zeit“ in knapper Form die Reaktion des Reichsgerichtes auf die Krisen von Weltkrieg und Inflation darstellt³² und dabei auf seine umfassende Kenntnis von Literatur und

³² KNUT WOLFGANG NÖRR, *Der Richter zwischen Gesetz und Wirklichkeit. Die Reaktion des Reichsgerichts auf die Krisen von Weltkrieg und Inflation, und die Entfaltung eines neuen richterlichen Selbstverständnisses*. (Juristische Studiengesellschaft Karlsruhe. Schriftenreihe 222). Heidelberg: C. F. Müller 1996. 32 S., DM 22,-. Vgl. dazu auch die Anzeige von BRAUNEDER in: ZNR 19 (1997), pp. 161–162.

Quellen zurückgreifen kann. Auf der anderen Seite: ein wissenschaftliches Erstlingswerk,³³ geschöpft freilich aus dem gründlichen Studium der gedruckten Entscheidungen des Reichsgerichts und ergänzt durch gründliche Recherche und Verwertung der zeitgenössischen Literatur. Die Dissertation von Klemmer wurde dabei angeregt durch den Versuch, das Bild, welches gewöhnlich von der Judikatur des Reichsgerichts in jener Zeit – und insbesondere von einer neuen Qualität ihres Umganges mit dem Gesetz – gezeichnet wird, in einer Feinanalyse der Quellen wiederzufinden. Denn Klemmer beabsichtigte ursprünglich, aus der Rechtsprechung selbst unmittelbar zu belegen, daß (und in welcher Weise) sich das Verhältnis der Richter zum Gesetz freier gestaltet habe. Er wollte zeigen, wie man zu freierer Rechtsfindung gefunden hatte, wie man solches Vorgehen rechtfertigte und wie sich das veränderte Selbstverständnis in den Entscheidungsergebnissen ausdrückt. Doch wollte ihm dies nicht gelingen, weil die Quellen bei näherem Hinsehen ein solches Bild gerade nicht bestätigten – und das Ergebnis ist eine Kritik an diesem herrschenden Bild. Es sei unzutreffend.

Nörr gehört zu den Urhebern eben jenes Bildes. Er gestaltete es maßgeblich mit in seiner Rechtsgeschichte der Weimarer Zeit. Und sein Vortrag zeichnet eine der Hauptlinien dieses Bildes nach. Er skizziert – auf der Grundlage einiger weniger, doch seines Erachtens aussagekräftiger Entscheidungen des Reichsgerichts³⁴ –, wie sich zwischen 1900 und 1940 das Verständnis des Verhältnisses zwischen Richter und Gesetz gewandelt habe. Die Ursprünge eines freieren Umganges mit dem Gesetz findet Nörr dabei in der Methodendiskussion nach der Jahrhundertwende, ausgelöst durch die Ideen der Freirechtsschule. Die in dieser Zeit angelegte latente Bereitschaft, sich mit einem nicht ganz so sehr an das Gesetz gebundenen Richter abzufinden, habe es erleichtert, auf die Nöte von Nachkriegszeit und Inflation in einer Weise zu reagieren, die auf sozial akzeptable Ergebnisse – zumindest auch – achtete.

³³ MARKUS KLEMMER, *Gesetzesbindung und Richterfreiheit. Die Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen während der Weimarer Republik und im späten Kaiserreich*. (Fundamenta Juridica 30). Baden-Baden: Nomos 1996. 496 S., DM 124,-. Vgl. dazu die Rezension von H. ULE in: *DVB1* 1997, p. 195.

³⁴ RGZ 94, 45; RGZ 98, 18; RGZ 100, 129; RGZ 102, 161; RGZ 104, 394; RG JW 1922, 910; RGZ 107, 78; RGZ 107, 315; RGZ 107, 320; RGZ 107, 370; RGZ 111, 320; RGZ 118, 325.

Nörr besticht durch einen groß angelegten Gedankengang, der freilich – bei aller Kürze – nirgends den Kontakt zu den Quellen verliert und gerade aus dieser ständigen Rückkoppelung seine Überzeugungskraft gewinnt. Dazu trägt auch bei, daß sein Bild durchaus nicht eindimensional wirkt, daß es Komplikationen und Differenzierungen keineswegs vermeidet. So sei gerade die berühmte Eingabe des Richtervereins am Reichsgericht aus dem Jahre 1924, in der gar mit der Aufkündigung des Gehorsams der Richterschaft gegenüber dem (ungerechten) Gesetz gedroht worden war, mit großer Vorsicht zu betrachten. Sie möge zwar als Kulmination eines Richtertums erscheinen, das in seiner Selbstbewußtheit dem Gesetzgeber den Gehorsam aufzukündigen bereit sei, doch handle es sich bei Licht betrachtet nur um die Äußerung einiger weniger Repräsentanten der Richter am Reichsgerichts – und von ihren Kollegen, in deren Namen sie doch zu sprechen glaubten, seien die Autoren der Erklärung schon nach kürzester Zeit im Stich gelassen: ja, desavouiert worden (pp. 18–20). Im weiteren Verlaufe habe man am Reichsgericht zwar ein richterliches Prüfungsrecht hinsichtlich der Erzeugnisse der Legislative begründet, doch sei man dabei zurückhaltend verfahren, indem man nicht etwa zivilistische Generalklauseln zum Maßstabe der Prüfung genommen habe, sondern sich statt dessen von der Verfassung leiten ließ. Dieses Prüfungsrecht, das man schließlich reklamierte, sei denn auch nicht allein in seiner Reichweite eingeschränkt gewesen – es erscheine auch als Ergebnis von Selbstbescheidung und Zurückhaltung. Bei allem *judicial self-restraint* sei man aber dennoch in der Lage gewesen, auf die Krisen von Weltkrieg und Inflation mit angemessenen Entscheidungen zu reagieren – jenseits blinder Buchstabengläubigkeit und jenseits von rigoroser Gesetzesdurchsetzung.

Dem setzt Klemmer ein Gegenmodell entgegen: Man habe am Reichsgericht keineswegs richterliche Freiheit reklamiert. Es gäbe zwar Passagen, die man so verstehen könnte. Doch seien sie selten. Sie beschränkten sich auf einige wenige Paradebeispiele, die nicht verallgemeinert werden dürften. Vor allem aber: Man habe solche Freiheiten nicht tatsächlich in Anspruch genommen. Und die einschlägigen Äußerungen seien auch nicht entscheidungserheblich geworden; sie seien *obiter dicta*, ja: Fassade. Ein Blick hinter diese Fassade zeige jedoch, wie sehr man in Wirklichkeit Wert auf Gesetzes-treue gelegt habe, welch eingeschränkten Bereich man richterlicher Rechtsschöpfung zugestanden und mit welcher Zurückhaltung man solche Freiräume tatsächlich ausgenutzt habe. Doch ja, in diesem

eingeschränkten Sinne habe man sich allerdings zu richterlicher Rechtsschöpfung für berechtigt erachtet. Freilich sei eben dies nichts Neues. Beides – die Beanspruchung einer Rechtsschöpfungskompetenz wie auch deren nur äußerst restriktive Inanspruchnahme – lasse sich in der Rechtsprechung des Reichsgerichts seit (mindestens) der Zeit vor dem 1. Weltkriege als durchgehende Komponente nachweisen. Ein qualitativer Wandel im Verhältnis zwischen Richter und Gesetz habe sich also nicht vollzogen. Richterliches Selbstverständnis sei über Jahrzehnte hinweg gleichgeblieben – ebenso wie die tatsächlich angewandte Methode der Entscheidungsfindung und die Reizworte im Vokabular der Rechtskritik.

Den Nachweis für solche Behauptungen führt Klemmer, indem er die Judikatur des Reichsgerichts analysiert. Dabei berücksichtigt er freilich allein die gedruckten Entscheidungen, vornehmlich die in der amtlichen Sammlung (RGZ) erschienenen; darüber hinausführende Erschließungshilfen – die Vollständige Sammlung etwa oder das Nachschlagewerk – benutzt er nicht. Die publizierten Entscheidungen hingegen wertet er umfassend aus. Er sucht dabei zunächst nach solchen, in denen sich Äußerungen zum Verhältnis von Richter und Gesetz finden. Daneben überprüft er die Rechtsprechung auf einer Reihe von Gebieten im Hinblick darauf, ob sich ein Wandel im Umgang mit dem Gesetz feststellen lasse. Da es zum klassischen Bild gehört, die behauptete Änderung in Verbindung zu bringen mit äußeren Krisen (wie: Krieg, Inflation), untersucht er krisenbedingte Fallgestaltungen ebenso wie krisenunabhängige. Krisenbedingte Fallgestaltungen sind beispielsweise die Auswirkungen der Inflation auf das Verhältnis von Leistung und Gegenleistung bei Miet- und Pachtverhältnissen, krisenbedingt sind Forderungen nach Aufwertung von Geldleistungen, krisenbedingt sind Kriegseinwirkungen auf Lieferverpflichtungen. Als krisenunabhängige Fallgestaltungen untersucht Klemmer Entscheidungen zum Beamtenrecht (Beschränkungen der Berufslaufbahn, Rechtscharakter der Anstellungsurkunde) und zum Arbeitsrecht bzw. zum Prozeßrecht. In allen diesen Bereichen geht Klemmer von der Rechtsprechung der Weimarer Zeit aus; er schreitet dann chronologisch rückwärts und fragt, ob sich ein Unterschied feststellen lasse zu den Entscheidungen aus der Zeit des Ersten Weltkrieges oder zu denen aus der Zeit vor 1914. Durchweg ist sein Ergebnis: Nein! Man habe stets ein – freilich an strenge Voraussetzungen geknüpftes – Recht zu richterlicher Rechtsschöpfung beansprucht, sich dabei gleich-

wohl aufs Äußerste bemüht, Richterrecht lediglich als *ultima ratio* einzusetzen.

Erleichtert hätten dies die im Gesetz enthaltenen Generalklauseln. Sie erlaubten es, unter Beachtung und Betonung einer (formellen) Gesetzestreue zu (materiell) angemessenen Ergebnissen zu gelangen. So ließe sich das (Selbst-)Bild des gesetzestreuenden Richters mit dem des flexibel auf äußeren Wandel und daraus resultierende Anforderungen reagierenden Entscheiders verbinden. Die Erkenntnis, daß das Gesetz notwendig lückenhaft sei, sei stets präsent. Versagten daher die vertraglichen Vereinbarungen der Parteien, gewähre auch deren Auslegung keine Lösung und lasse schließlich das Gesetz den Richter im Stich, so müsse dieser zu richterlicher Rechtsschöpfung greifen – und dann dürfe er dies auch. Doch ebenso gehöre es zum Selbstverständnis und zu den Selbstverständlichkeiten des Richterberufs, diese Situation nicht als Freibrief für beliebige Kreativität zu mißbrauchen. Die Richterschaft scheue sich nicht, rechtsschöpferisch tätig zu werden, wenn dies erforderlich sei, um dem Entscheidungszwang gerecht zu werden; doch übe sie dabei äußerste Zurückhaltung. Und dieses Verhalten lasse sich in Weimar ebenso nachweisen wie in den Jahrzehnten zuvor. Es unterliege keinem Wandel.

Wie verträgt sich Klemmers Bild mit dem von Nörr? Sie sind sich so unterschiedlich nicht, wie es zunächst den Anschein haben mag. Auch Nörr betont schließlich die Traditionslinie von der Weimarer Zeit zurück zur Methodendiskussion nach der Jahrhundertwende. Die unterschiedliche Einschätzung – hier *traditio*, dort *innovatio* – beruht auf unterschiedlichen Meßgrößen. Nörr blickt auf die Ergebnisse, er sieht das Produkt richterlicher Tätigkeit – und er erkennt eine Judikatur mit sozialen Zügen. Klemmer hingegen schaut auf die Wirkungsweise des Apparates, der diese Ergebnisse produzierte – und er sieht Kontinuität der Methode. Könnte es nicht so sein, daß in der Tat die angewandte Methode der Entscheidungsfindung und ihre äußere Darstellungsweise gleich geblieben sind? Und daß dazu auch ein gewisses Bild der richterlichen Tätigkeit gehörte, geprägt von Bekenntnissen zur Gesetzestreue, aber auch von der Bereitschaft zur Rechtsschöpfung im Ausnahmefall? Mag nicht eben jene Methode eine Flexibilität gewährleistet haben, die Wandel im Kleide der Kontinuität erlaubte? Dann ließe es sich erklären, daß die Maschine „Reichsgericht“ in der Weimarer Zeit eine Rechtsprechung mit sozialen Zügen produzieren konnte – ohne grundlegende Änderung ihrer Konstruktion

oder Funktionsweise.³⁵ Erklärungsbedürftig bliebe dann lediglich, wie es zu vollmundigen Urteilspassagen kommen konnte, die Nörr als Beleg für ein gewandeltes richterliches Selbstverständnis dienen können, während Klemmer sie als bloße Fassade erkennen will. Äußert sich hier vielleicht doch ein gewandelter Zeitgeist, der sich freilich auf Sprachstil beschränkt – und sich auf Stil beschränken kann, weil die Methode Flexibilität erlaubt und Revolution überflüssig macht?

Blicken wir zum Abschluß auf die handwerkliche Seite beider Autoren. Nörr nennt RGZ 97, 43 als die Entscheidung, in der 1919 erstmalig vom Reichsgericht der Ausdruck „richterliche Rechtsschöpfung“ in den Mund genommen werde (p. 12). Dies geschieht im Rahmen eines Urteils, das die analoge Anwendbarkeit des § 618 BGB auf Beamtenverhältnisse begründet; auch Klemmer reißt diese Frage an (pp. 381–382). Bereits Nörr weist dabei in einer Nebenbemerkung darauf hin, daß in dieser Frage auch schon 1917 judiziert worden sei. Tatsächlich ist die analoge Anwendung des § 618 BGB jedoch noch wesentlich älter, als Nörr annimmt: Ob § 618 BGB auch im Rahmen öffentlich-rechtlicher Dienstverhältnisse anwendbar sei,³⁶ wurde schon viel früher erörtert. Der III. Zivilsenat sprach sich schon Ende 1903 für eine solche Analogie aus.³⁷ Er stützte sich dabei u. a. auf eine Entscheidung aus dem Jahre 1886;³⁸ schon damals hatte der VI. Zivilsenat die Anwendbarkeit von Dienstvertragsrecht auf das preußische „Staatsdienerverhältnis“ – und zwar sowohl nach gemeinem Recht, als auch nach preußischem Recht – bejaht. In weiteren Entscheidungen zwischen 1904 und 1917 hielt das Reichsgericht an

³⁵ An die „unbegrenzte Auslegung“ einer späteren Zeit sei nur erinnert.

³⁶ Dazu vgl. HARTMANN, Gilt der § 618 BGB. auch für das öffentliche Beamtenverhältnis?, in: LZ 9 (1915), Sp. 1645–1650, der einen vertraglichen Schadensersatzanspruch (analog § 618 BGB) ablehnt und dem Geschädigten lediglich einen Deliktsanspruch gegen den für die Sicherheit der Diensträume zuständigen Aufsichtsbeamten persönlich einräumen möchte.

³⁷ III 193/03 vom 6.11.1903 (VS 1903, III. ZS, 4. Quartal, Nr. 60 = JW 1904, 5 = Eger 20, 328 = Gruchot 1904, 346 (fälschlich als 133/03) = Recht 1904, 17 (fälschlich als 198/03) = NW § 618 Nr. 4).

³⁸ VI. Zivilsenat, Az. IIIa 193/86 vom 4.11.1886 (RGZ 18, 173); die Entscheidung betraf preußisches und gemeines Recht – vgl. auch Hartmann (Fn. 36), Sp. 1646, der zutreffend den Wechsel in der Konstruktion herausstellt: Hatte man zuvor zwischen einer öffentlich-rechtlichen und einer privatrechtlichen Seite des Beamtenverhältnisses unterschieden, so erachtete man nun, 1904, das Beamtenverhältnis insgesamt als öffentlich-rechtlich, jedoch mit Wirkungen behaftet, die in analoger Anwendung der privatrechtlichen Normen über den Dienstvertrag zu behandeln wären.

dieser Judikatur fest;³⁹ in den späten 30er Jahren galt dann schließlich in gefestigter Rechtsprechung der in § 618 BGB ausgedrückte Rechtsgedanke als Satz des öffentlichen Rechts,⁴⁰ und er erlangte zuletzt in Gestalt des § 36 DBG auch Gesetzesform.⁴¹

Nicht wenige der soeben nachgewiesenen Entscheidungen des Reichsgerichts sind unpubliziert. Eine ganze Reihe von ihnen läßt sich jedoch mit Hilfe des Nachschlagewerks des Reichsgerichts auffinden. Erst so erschließt man sich alle Erkenntnisquellen. Welche davon das Reichsgericht selbst – und zwar nicht bloß dessen Richter, sondern auch die Reichsanwälte und die am Reichsgericht zugelassenen Rechtsanwälte – nutzen konnte, verrät nur das Nachschlagewerk. Denn bei ihm handelt es sich um die Verkörperung des ureigenen Gedächtnisses dieses Gerichtes. Welchen Wert man ihm zumaß, belegt seine Benutzung bei der Kommentierung im Rahmen des Reichsgerichtsrätekommentars. Wie sehr man diesen Schatz zu hüten trachtete, lehrt die Restriktion, mit der man Dritten den Zugang zu ihm verwehrte (selbst für die Forschung im Rahmen von Habilitationen). Daß man in ihm ein zukunftsweisendes Modell entwickelt hatte, bewies der Bundesgerichtshof, der seit seiner Gründung ein ebensolches Nachschlagewerk in Gestalt des „Lindemaier/Möhring“ in An-

³⁹ VI 287/03 vom 24.3.1904 (VS 1904, VI. ZS, 1. Quartal, Nr. 122 = JW 1904, 284 = Gruchot 1904, 904) – ebenfalls unter Hinweis auf RGZ 18, 173; III 11/04 vom 17.5.1904 (VS 1904, III. ZS, 2./3. Quartal, Nr. 66 = JW 1904, 383 (fälschlich als VI 11/04) = Gruchot 1904, 909 = NW § 618 Nr. 7); III 127/05 vom 7.11.1905 (VS 1905, III. ZS, 4. Quartal, Nr. 62 = unpubliziert = NW § 618 Nr. 11; vgl. dazu jedoch HARTMANN (Fn. 36), Sp. 1646); III 238/06 vom 25.1.1907 (VS 1907, III. ZS, 1. Quartal, Nr. 29 = unpubliziert); IV 312/06 vom 7.2.1907 (VS 1907, IV. ZS, 1. Quartal, Nr. 53 = PosMschr 1907, 27); III 312/07 vom 1.5.1908 (VS 1908, III. ZS, 2./3. Quartal, Nr. 30 = JW 1908, 448 = Recht 1908, Nr. 2129/2139/2233 = NW § 618 Nrr. 32–33); III 442/08 vom 6.7.1909 (VS 1909, III. ZS, 2./3. Quartal, Nr. 126 = unpubliziert); III 358/16 vom 20.3.1917 (= NW § 618 bei Nr. 32); vgl. auch schon: OLG Naumburg vom 5.12.1902 (Recht 1903, Nr. 459). Hingegen stellte der VI. ZS anlässlich des Unfalles eines Polizisten bei Bedienung einer elektrischen Straßenbeleuchtung auf §§ 823, 31, 89 BGB ab – wohl aus Prozeßökonomie: VI 365/05 vom 22.3.1906 (VS 1906, VI. ZS, 1. Quartal, Nr. 129 = JW 1906, 339 = Gruchot 1906, 379).

Anspruchsbeschränkend konnten sich §§ 1, 10 Unfallfürsorgegesetz auswirken: IV 369/07 vom 19.3.1908 (VS 1908, IV. ZS, 1. Quartal, Nr. 115 = JW 1908, 315 = Recht 1908, 421 = WR 1908, Nr. 527).

⁴⁰ Vgl. III 5/33 vom 20.6.1933 (=RGZ 141, 385 [389 mit Nachweis der Judikatur ab RGZ 97, 43]); III 178/34 vom 7.12.1934 (RGZ 146, 369 [373]); III 233/36 vom 22.6.1937 (RGZ 155, 227 [232]); III 45/38 vom 19.9.1938 (RGZ 158, 235 [236–237]). Vgl. im übrigen noch ACHILLES-GREIFF, 19. Aufl. 1949, 294 (§ 618, 1).

⁴¹ III 98/37 vom 10.12.1937 (RGZ 157, 145 [149]).

knüpfung an die reichsgerichtliche Tradition führte. Noch umfänglicher erschließt nur die Vollständige Sammlung aller Entscheidungen die Judikatur des Reichsgerichts; ihre Durchsicht ist zugleich aber auch erheblich aufwendiger, umfaßt sie doch in Zivilsachen im Regelfalle 21 Bände pro Jahr. Wenn sich Klemmer bei einer seiner Urteilsanalysen darauf beschränkt, seine Unkenntnis des der Entscheidung zugrundeliegenden Sachverhaltes bedauernd festzustellen und auf die Unvollständigkeit der Mitteilung in der „Leipziger Zeitung“ sowie bei Warneyer hinzuweisen (p. 341), so hätte er dies durch Einsichtnahme in die Vollständige Sammlung vermeiden können. Gewiß hätte er seine Materialbasis auch durch Heranziehung des Nachschlagewerkes, insbesondere durch Auswertung der umfänglichen Nachweise zu §§ 157 bzw. 242 BGB, ausweiten können;⁴² die im Nachschlagewerk enthaltenen Leitsätze, die gewöhnlich vom Berichterstatter selbst stammten, hätten ihm zudem zusätzliche Informationen darüber verschafft, welche Aspekte einer Entscheidung nach Ansicht der erkennenden Richter selbst wichtig waren, in welcher Hinsicht sie Neues brachten, von Altbekanntem abwichen oder es fortführten. Dies ist um so bedauerlicher, als Klemmer sehr bewußt die einzelnen Zivilsenate des Reichsgerichtes als eigenständig behandelt und mit Unterschieden zwischen ihnen rechnet, sowohl hinsichtlich der dort vertretenen Rechtsansichten als auch bezüglich des Richterbildes, das den Senatsangehörigen jeweils zu eigen war. Doch darf solcher Wunsch nach (noch) mehr nicht darüber hinwegtäuschen, daß Klemmer außerordentlich gewissenhaft recherchiert und ausgewertet hat. Es ist die Qualität seiner Arbeit, die wünschen läßt, er möge doch auch dieses und jenes noch berücksichtigt haben.

Resumé

Die Beschäftigung mit der Judikatur des Reichsgerichts hat erste Früchte getragen. Insbesondere in Kiel hat man die Herausforderung angenommen, welche die nach der Wende nunmehr für die Forschung zugänglichen Materialien aus dem Nachlaß des Reichsgerichts stellen. Ältere Arbeiten aus Göttingen sollten darüber freilich nicht in Vergessenheit geraten.

⁴² Das Nachschlagewerk weist nach: zu § 157 BGB 552 Leitsätze, zu § 242 BGB 564 Leitsätze.

Eines der Hauptthemen ist dabei der Übergang von den Partikularrechten des 19. Jahrhunderts zum BGB. Die bislang vorliegenden Untersuchungen zeigen, daß es jedenfalls keinen abrupten Bruch gegeben hat. Die Rechtsprechung milderte ganz offenbar Diskontinuitäten ab:

- durch vorsichtige Annäherung des alten Rechts an das (kommende) neue
- durch Betonung von Kontinuitäten, wo inhaltliche Identität der Regelung bei wechselnder Norm dies erlaubte
- durch Fortführung älteren Normverständnisses, wo die Regelungen des BGB hierfür Raum ließen.

Alte Vorstellungen mochten sich dabei gegen die Absichten des Gesetzgebers durchsetzen, wie im Falle der Scheidungsvorschriften; doch begegneten wir auch umgekehrt neuen Vorstellungen im Gewande alten Rechts, wenn man etwa beim gemeinschaftlichen Testament das alte (in diesem Fall preußische) Recht anzuwenden hatte und es nunmehr mit neuem Verständnis erfüllte. Vom BGB-Gesetzgeber bewußt der Rechtsprechung überlassene Freiräume füllte man aus – und fand sich so mit Billigung des Gesetzgebers in der Rolle des Rechtsschöpfers.

In Kiel scheint man inzwischen einen Grundbestand gemeinsamer Methoden entwickelt zu haben für die Untersuchung des Überganges vom alten auf das neue Recht: Beschränkung auf einen jeweils überschaubaren Rechtsbereich, Vergleich der einschlägigen Regelungen im Partikularrecht mit denen des BGB, Analyse der Rechtsprechung zum alten wie zum neuen Recht und Vergleich beider Befunde. Auf diese Weise wird deutlich, wo die Normen selbst Kontinuität stifteten – und wo dies durch die Rechtsprechung geschah (oder eben auch nicht). Der Akzent kann dann stärker auf der Dogmengeschichte liegen oder eher auf der Erforschung jenes Prozesses des Überganges vom Alten zum Neuen. Latent wird so auch Material bereitgestellt für eine Geschichte richterlichen Selbstverständnisses, das in den Urteilen seinen Ausdruck gefunden hat. Klemmer hat dies ausgenutzt. Beide Ausprägungen liefern ihrerseits wiederum Bausteine für eine Rechtsgeschichte, die alle Komponenten des Rechts berücksichtigt, wie sie Helmut Coing einst zur Erforschung und Beschreibung europäischer Rechtsgeschichte postulierte: Gesetzgebung, Wissenschaft und Rechtsprechung.