

# IUS COMMUNE

Zeitschrift für Europäische Rechtsgeschichte

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

XXVI

Herausgegeben von DIETER SIMON  
und MICHAEL STOLLEIS



Vittorio Klostermann Frankfurt am Main  
1999

THOMAS HENNE, CARSTEN KRETSCHMANN

## Ein Mythos der Richterrechtsdiskussion:

Oskar Bülow, *Gesetz und Richteramt* (1885)

„Denn nicht das Gesetz“, so betonte Oskar Bülow mit spürbarem Wohlgefallen an der griffigen Formulierung, „sondern Gesetz und Richteramt schafft dem Volke sein Recht!“<sup>1</sup> Sentenzen mit Ausrufezeichen heischen nach Beachtung. Und tatsächlich wurde Bülows These seit Beginn des 20. Jahrhunderts – auch von ihm selbst<sup>2</sup> – zu einer Fanfare stilisiert, das Erscheinungsjahr seines Werks (1885) als Zäsur begriffen und Bülow selbst alsbald zum Säulenheiligen des Richterrechts erhoben. Noch in jüngst publizierten Arbeiten findet sich die These, daß Bülows Abhandlung „Gesetz und Richteramt“ den *Beginn* von Diskussionen über das Richterrecht markiere<sup>3</sup> und Bülow

<sup>1</sup> *Gesetz und Richteramt*, Leipzig 1885, p. 48 (im Original teilweise gesperrt gedruckt). Nachdruck Aalen 1972 und in: *Theorie und Technik der Begriffsjurisprudenz*, hg. von WERNER KRAWIETZ, Darmstadt 1976, p. 107 ss., allerdings ohne die wichtige „Vorbemerkung“ Bülows. Bei Zitaten aus Werken von Bülow oder anderen zeitgenössischen Autoren sind im folgenden Orthographie und Interpunktion behutsam modernisiert.

<sup>2</sup> 1906 schrieb BÜLOW, „daß in meiner Schrift über ‚Gesetz und Richteramt‘ unternommen worden ist, gegen jenes *bis dahin unangefochten gebliebene Dogma* [= keine Rechtsschöpfung durch Richter] anzukämpfen“ (Über das Verhältnis der Rechtsprechung zum Gesetzesrecht, in: *Das Recht* 10 [1906], Sp. 769–780, hier Sp. 770; Hervorhebung von den Verfassern. Bülows Aufsatz ist jetzt wiederabgedruckt bei ANDREAS GÄNGEL, KARL MOLLNAU, *Gesetzesbindung und Richterfreiheit*, Freiburg 1992, p. 82 ss.).

<sup>3</sup> KARL KROESCHELL, *Deutsche Rechtsgeschichte*, Bd. 3, Opladen 1989, p. 200; FRIEDRICH MÜLLER, Richterrecht – rechtstheoretisch formuliert, in: *Richterliche Rechtsfortbildung. Festschrift der Juristischen Fakultät* [...], Heidelberg 1986, p. 65 ss., hier p. 65; DERS., *Richterrecht. Elemente einer Verfassungstheorie*, IV, Berlin 1986, p. 39; ähnlich JÖRN IPSEN, *Richterrecht und Verfassung*, Berlin 1975, p. 22 („Beginn eines sich über Jahrzehnte erstreckenden Streites“). Mißverständlich auch jüngst GÄNGEL, MOLLNAU, *Gesetzesbindung* (Fn. 2), p. 296: „Ausgangspunkt“ für die Methodendebatte 1900–1914; ähnlich PETER RAISCH, *Juristische Methoden*, Heidelberg 1995, p. 110: „wohl zum ersten Mal in dieser deutlichen Form [wurde] von Professorenseite die Bedeutung der richterlichen Rechtsschöpfung hervorgehoben“.

„schon“ 1885 das Urteil nicht mehr als rein logische Operation dargestellt habe.<sup>4</sup>

Gewiß, wer auch nach Regina Ogoreks Studie<sup>5</sup> an der Herrschaft des Gesetzesabsolutismus in der Theoriedebatte bis 1918 festhalten will,<sup>6</sup> für den mag der oben skizzierte „Bülow-Mythos“ unproblematisch sein. Doch beginnt das Bild von Bülows Schrift als Diskussionsbeginn schon dann brüchig zu werden, wenn man das Echo in der zeitgenössischen Literatur betrachtet – dazu gleich. Hat vielleicht vorrangig Bülow 1885 rhetorisch geschickt die Neuartigkeit seiner Thesen suggeriert? Trägt also der „Bülow-Mythos“, wenn seine früheren Werke im Hinblick auf die Thesen von „Gesetz und Richteramt“ durchgesehen werden? Und wie steht es um Verbindungen insbesondere zu Jhering oder zu längst publizierten Überlegungen von Justizpraktikern wie Bähr, Kierulff oder anderen?<sup>7</sup> Der nächste Blick gilt der *Judikative*: Hatte diese nicht schon seit längerem genau das praktiziert, was Bülow jetzt mit großem rhetorischem Aufwand theoretisch reflektierte? Und läßt sich schließlich von Bülows Umkehr 1906 sprechen? Was also bleibt vom „Bülow-Mythos“?

### 1. Rhetorik, Etatismus, Steuerung

So gern Titel und Kernthese von „Gesetz und Richteramt“ zitiert werden, so sehr verhüllt diese Berühmtheit auch den darüber hinaus-

<sup>4</sup> JUTTA LIMBACH, „Im Namen des Volkes“. *Macht und Verantwortung der Richter*, Stuttgart 1999, p. 114 (insoweit Wiederabdruck ihres Aufsatzes: „Im Namen des Volkes“ – Richterethos in der Demokratie, in: *DRiZ* 1995, hier p. 427); dieselbe These außerdem in LIMBACHS online-Publikation *Das Bundesverfassungsgericht im Grenzbe- reich von Recht und Politik*, [www.fu-berlin.de/jura/netlaw/publikationen/beitraege/ws97-limbach.html](http://www.fu-berlin.de/jura/netlaw/publikationen/beitraege/ws97-limbach.html) (dort Fn. 7); ähnlich außerdem BERND RÜTHERS, *Die unbegrenzte Auslegung*, 5. Aufl., Heidelberg 1997, p. 459 Fn. 9. Als Beispiel für derartige Literaturstellen aus früherer Zeit sei nur erwähnt: GÜNTER LESS, *Von Wesen und Wert des Richterrechts*, Erlangen 1954, p. 14; weitere Nachweise bei REGINA OGOREK, *Richterkönig oder Subsumtionsautomat*, Frankfurt am Main 1986, p. 258 Fn. 4. Schon 1975 allerdings vorsichtiger DIETER SIMON, *Die Unabhängigkeit des Richters*, Darmstadt 1975, p. 108 („vor knapp 90 Jahren formulierte Einsicht“).

<sup>5</sup> OGOREK, *Richterkönig* (Fn. 4).

<sup>6</sup> HANS HATTENHAUER, *Richter und Gesetz (1919–1979)*, in: *ZRG GA* 106 (1989), p. 47, zudem mit dazu passender Titeländerung zu Ogoreks Buch („*Richterkönig und Subsumtionsautomat*“). Ähnlich jüngst RAISCH, *Methoden* (Fn. 3), p. 110, wonach bis 1900 nur „einzelne Stimmen“ gegen den Rechtspositivismus erhoben worden seien.

<sup>7</sup> Knappe Hinweise zu ähnlichen Thesen früherer Autoren bei OGOREK, *Richterkönig* (Fn. 4), p. 261 ss. und bei JAN SCHRÖDER, *Gesetzesauslegung und Gesetzesumgehung*, Paderborn 1985, p. 35 und 75 s.

gehenden Inhalt der Schrift. Aufschluß liefern bereits die Entstehungsumstände: Als Rektor der Tübinger Universität hielt Bülow<sup>8</sup> 1885 jene alljährliche Festrede zu Ehren des württembergischen Königs, die er dann mit seiner Antrittsvorlesung in Leipzig zusammenfaßte und unter dem Titel „Gesetz und Richteramt“ veröffentlichte.<sup>9</sup> Die Kompilation zweier Redemanuskripte bewahrte dabei nicht nur die Rhetorik der Reden und ihre Zuspitzungen, sondern auch die Ausrichtung auf ein Publikum ohne detaillierte Kenntnis vorangegangener Diskussionen. Bülows pointierte Formulierungen von einem Rednerpult herab wirken daher in der Druckfassung viel mehr als ein Aufruf, als dies für die ursprünglichen Adressaten vermutlich der Fall war.<sup>10</sup> Im Hinblick auf den Zäsurcharakter der Abhandlung scheint ebenfalls eine der Wurzeln des „Bülow-Mythos“ in der Beibehaltung des Redestils zu liegen: Bülow kommt – dem Redemanuskript entsprechend – gänzlich ohne Fußnoten und jenseits des Vorworts ohne Belege aus und suggeriert dadurch bei einer Lektüre die völlige Neuartigkeit seiner Darlegungen.

Geht der Blick über Bülows plakative Abschlußthese hinaus, so erschließt sich erstens der seit der Freirechtslehre so häufig negierte, aber von R. Ogorek<sup>11</sup> inzwischen herausgearbeitete *Etatismus* von Bülows Ansatz: Das richterliche Urteil war für Bülow, „ähnlich wie das Gesetz, eine von der *Staatsgewalt erlassene* Rechtswillenserklärung“. <sup>12</sup> Nicht mehr die staatsabwehrende Rechtsschutzfunktion der

<sup>8</sup> Eine eingehende Untersuchung zu Bülows Leben und Werk steht aus. Heranzuziehen sind daher immer noch die größeren Nachrufe von H. DEGENKOLB, in: *Das Recht* 11 (1907), Sp. 1518s.; von KARL HEINSHEIMER, in: *ZZP* 37 (1908), pp. V–XII, und vor allem der 33seitige Nekrolog von M[ax] RÜMELIN, in: *AcP* 103 (1908), p. 1 ss. Als neuere Würdigung sind nur ersichtlich: FRIEDRICH LENTS Kurzaufsatz in: *NDB* Bd. 2 (1955), p. 739, und ein ebenfalls sehr knapper Artikel in *Deutsche Biographische Enzyklopädie* (DBE), hg. von WALTER KILLY, München 1995, Bd. 2, p. 206. Die wohl jüngste etwas ausführlichere Auseinandersetzung mit Bülows Werk bei OLIVER VOSSIUS, *Zu den dogmengeschichtlichen Grundlagen der Rechtsschutzlehre*, Ebelsbach 1985, pp. 137 ss., 151 ss. und 181 m. w. N.; einige Anmerkungen jetzt auch bei THOMAS DUVE, *Normativität und Empirie im öffentlichen Recht und der Politikwissenschaft um 1900*, Ebelsbach 1998, pp. 52, 55 ss.

<sup>9</sup> So Bülows Angaben in Gesetz (Fn. 1), p. VII.

<sup>10</sup> Von Bülow in der Druckfassung (p. VIII) noch durch den plakativen, aber unbelegten Hinweis im Vorwort verstärkt, wonach seine Ansichten „der überlieferten Theorie von Grund aus entgegengesetzt“ seien.

<sup>11</sup> OGOREK, *Richterkönig* (Fn. 4), p. 257 ss.

<sup>12</sup> BÜLOW, Gesetz (Fn. 1), p. 6 (im Original teilweise und an anderer Stelle gesperrt); wiederholt z. B. ebd. p. 7: „[...] erst mit den richterlichen Rechtsbestimmungen spricht die rechtsordnende Staatsgewalt ihr letztes Wort!“

Gerichte stand hier im Vordergrund. In Bülow's Deutungsversuch koordinierte die mitten in den Staat integrierte Judikative vielmehr bürgerliche und staatliche Interessen.<sup>13</sup>

Zweitens aber – und dies ist bislang wenig berücksichtigt worden – reagierte Bülow hier auf Normierungsprobleme der Industriegesellschaft. Die sinkende Steuerungsfähigkeit der Legislative führte bei Bülow 1885 zu einer erstaunlichen Sensibilität für „Rechtsnormierungsaufgaben“ in dem von der zeitgenössischen Jurisprudenz meist vernachlässigten „Recht der Industriegesellschaft“. <sup>14</sup> Da zu den „eigenartigen Rechtsfragen des Eisenbahn-, Post-, Telegraphen- [und Telephonverkehrs] im Gesetz nichts ‚stand‘ und nichts stehen konnte“, bejahte Bülow eine weite richterliche Rechtssetzungskompetenz, damit dann die Legislative, nunmehr „belehrt und vorbereitet“, nachziehen könne. Dieser *Steuerungsfunktion der Judikatur* wird im folgenden nachzugehen sein (während Bülow's Überlegungen zur Auslegungstheorie hier nur am Rande behandelt werden können).

Dabei betrachtete jedenfalls Bülow selbst seine Thesen von 1885 nicht als Beitrag zur Rechtsquellenlehre, sondern führte seine Ergebnisse auf „prozessualisch[e] Beobachtungen und Untersuchungen“ zurück. Nur *en passant* hatte sich Bülow bereits vor 1885 mit richterrechtlichen Fragen beschäftigt,<sup>15</sup> während sich in seinem Schriftenverzeichnis die Darstellungen zum Zivilprozeßrecht in der erdrückenden Mehrheit befinden.<sup>16</sup> Und aus dieser vorangegangenen Beschäftigung mit zivilprozeßrechtlichen Fragen folgten Bülow's Thesen in „Gesetz und Richteramt“ durchaus zwanglos.

<sup>13</sup> OGOREK, *Richterkönig* (Fn. 4), p. 263 s. Zur Vermeidung von Mißverständnissen sei darauf hingewiesen, daß das jüngst von DUVE (Normativität [Fn. 8], p. 53 ss.) bei Bülow's Zeitgenossen R. Schmidt konstatierte „Konzept des etatistischen Rechtsschutzanspruchs“ etwas grundsätzlich anderes meint: Für Duve folgt Schmidts Etatismus bereits aus der Betonung der öffentlich-rechtlichen Komponente des Zivilprozesses.

<sup>14</sup> BÜLOW, *Gesetz* (Fn. 1), p. 31.

<sup>15</sup> OSKAR BÜLOW, *Die Lehre von den Prozeßeinreden und den Prozeßvoraussetzungen*, Gießen 1868 (Nachdruck Aalen 1969), p. 3 und DERS., *Civilprozessualische Fiktionen und Wahrheiten*, in: *AcP* 62 (1879), pp. 1–96, hier p. 93 ss.

<sup>16</sup> Vgl. RÜMELIN, *Nekrolog* (Fn. 8), p. 8 s. Zu dem von KARL BINDING herausgegebenen *Systematische[n] Handbuch der deutschen Rechtswissenschaft* sollte Bülow zwar spätestens seit 1883 den Band *Konkursrecht und Konkursprozeß* liefern (vgl. MARIO G. LOSANO, *Der Briefwechsel Jherings mit Unger und Glaser*, Ebelsbach 1996, p. 191 Fn. 5); dieser Band ist aber nicht erschienen. An Bülow's Stelle publizierte stattdessen LOTHAR SEUFFERT, *Deutsches Konkursprozeßrecht*, Leipzig 1899 (= 9. Abteilung, Dritter Teil des Bindingschen Handbuchs).

## 2. Alter Wein in neuen Schläuchen – die Thesen von „Gesetz und Richteramt“ in Bülow's früheren Werke und die fehlende Reaktion der Zeitgenossen

„Denn nicht das Gesetz“, wir wissen es, „sondern Gesetz und Richteramt schafft dem Volk sein Recht!“<sup>17</sup> Das war pointiert formuliert und beinahe *ex cathedra* gesprochen. Aber es war schon innerhalb Bülow's Gesamtwerk nicht neu: Mochte manches 1885 auch plakativer klingen, so finden sich die wesentlichen Elemente von Bülow's Überlegungen zum Richterrecht bereits lange vor 1885, ja sie durchziehen – in freilich je unterschiedlicher Bedeutung und Stringenz – sein gesamtes, übrigens gut überschaubares Œuvre.<sup>18</sup>

1863 war Bülow aufgrund einer knapp 60seitigen prozeßrechtlichen Arbeit in Heidelberg habilitiert worden<sup>19</sup> und ging zwei Jahre später als Extraordinarius für römisches Recht und Zivilprozeß nach Gießen, wo er seine zivilprozeßrechtlichen Arbeiten fortführte. In mehrfacher Hinsicht wegweisend wurde jetzt Bülow's Kontakt zu dem bis 1868 ebenfalls in Gießen aktiven Jhering.<sup>20</sup> Im Reichsgründungsjahr erhielt Bülow dann einen Ruf nach Tübingen,<sup>21</sup> wo er mehrere Jahre Mit-herausgeber des „Archiv für civilistische Praxis“ war<sup>22</sup> und 1884 das

<sup>17</sup> Wie Fn. 1.

<sup>18</sup> Deshalb ist zumindest unter der hier gewählten Perspektive schwer nachzuvollziehen, warum Bülow „doppeldeutig“ sein soll, wie PAOLO GROSSI ohne weitere Belege schreibt (Juristischer Absolutismus und Privatrecht im 19. Jahrhundert, in: *Juristische Theoriebildung*, Lund 1993, p. 42).

<sup>19</sup> *De praejudicialibus exceptionibus*, Heidelberg 1863; 59 Seiten (heutzutage ist die Arbeit in den Bibliothekskatalogen aber durchgängig als „Dissertation“ verzeichnet). Zur Prozedur der Habilitation vgl. Bülow's schmale Personalakte, Universitätsarchiv Heidelberg, PA 1408. Daraus ergibt sich auch – in Übereinstimmung mit RÜMELIN, Nekrolog (Fn. 8), p. 5 – die Annahme der erwähnten Abhandlung von Bülow als Habilitationsleistung (vgl. insbesondere das Schreiben der juristischen Fakultät an das Großherzogliche Ministerium des Innern v. 21.5. 1859 [! – gemeint: 1863], PA 1408).

<sup>20</sup> Dazu genauer unten bei Fn. 95 ss. Unter anderem förderte Jhering eine Berufung Bülow's nach Göttingen, die dieser aber ablehnte (*Rudolf von Jhering in Briefen an seine Freunde*, hg. von HELENE EHRENBURG, Leipzig 1913 [Nachdruck Aalen 1971], pp. 326 ss. und 330 ss.). Zu Bülow's Bleibeverhandlungen in Tübingen vgl. den Bericht des Ministeriums des Kirchen- und Schul-Wesens an den akademischen Senat in Tübingen v. 15. 11. 1877 (Universitätsarchiv Tübingen, Sign. 126/82).

<sup>21</sup> Bülow erhielt den Ruf, nachdem es der Erstplazierte, Heinrich Dernburg, abgelehnt hatte, von Halle nach Tübingen zu wechseln (zutreffender Hinweis bei RÜMELIN, Nekrolog [Fn. 8], p. 6; vgl. Bericht des Ministeriums des Kirchen- und Schul-Wesens an den akademischen Senat in Tübingen v. 14. 7. 1871, Universitätsarchiv Tübingen 126/82).

<sup>22</sup> Bd. 62 (1879) – Bd. 68 (1885).

Rektorat übernahm, bevor er Anfang 1885 an die Leipziger Universität wechselte.

Doch schon früher hatte sich Bülow als Zivilprozeßrechtler im besonderen Maße für Stellung und Funktion der Gerichte im Rechtsleben interessiert, die für ihn immer beides zugleich waren: Subjekte der Zivilprozeßordnung<sup>23</sup> und „staatliche Behörden“. Hierin spiegelte sich der tiefgreifende Wandel im Selbstverständnis einer zunächst bürgerlichen und liberalen, ihrem Selbstverständnis nach autonomen Justiz, die sich mehr und mehr dem Staat angedient hatte. Der überkommene Dualismus von Fürst und Gesetz einerseits, Bürger und Justiz andererseits war in der sich formierenden Industriegesellschaft schon weitgehend untergegangen.<sup>24</sup> Längst wurden viele Äußerungsformen der hoheitlichen Macht in einem Entscheidungssystem austariert, das den bürgerlichen Interessen nutzte, ohne den Ansprüchen des Staates zuwiderzulaufen. Wenn Oskar Bülow daher die Gerichte als „staatliche Behörden“ betrachtete, so ging es ihm letztthin darum, die Justiz aus der defensiven, staatsabwehrenden Haltung herauszuführen und als Funktion der politisch handelnden Staatsgewalt zu beschreiben. Nicht mehr eine vorsichtige Abgrenzung der bürgerlichen Rechte vor dem mitunter unkalkulierbaren Zugriff des Staates sollte das Verhältnis von Richteramt und Staatsmacht ausmachen, sondern die im Bismarckreich nicht untypische, optimistische Erwartung, der Staat möge, gerade durch die ihm anvertraute Jurisdiktion, den sich verändernden Bedürfnissen seiner Bürger Rechnung tragen. Daß es sich bei jedem richterlichen Urteil – in Bülows Worten – um „eine vom Staat ausgehende, vom Staat gebilligte, vom Staat mit seiner Zwangsgewalt ausgestattete Rechtsbestimmung“ handelt,<sup>25</sup> stellt daher durchaus keine neue Erkenntnis des Jahres 1885 dar.

Bereits 1868 hatte Bülow, in bezeichnender Ausrichtung auf den Staat, bemerkt, daß die „prozessualischen Rechte und Pflichten zwischen der Staatsbehörde und den Staatsbürgern bestehen“ und das Gerichtsverfahren, „da es sich im Prozeß um die Funktion von Staatsbeamten handelt und auch die Parteien nur [!] in ihrer Beziehung und

<sup>23</sup> So etwa OSKAR BÜLOW, Dispositives Civilprozeßrecht und die verbindliche Kraft der Rechtsordnung, in: *AcP* 64 (1881), pp. 1–109, hier p. 1 s.

<sup>24</sup> Eine „Metamorphose liberaler Honoratioren zu Reserveoffizieren“ nannte FRIEDRICH KARL KÜBLER bereits 1963 diesen Vorgang (*Der deutsche Richter und das demokratische Gesetz*, in: *AcP* 162 (1963), p. 104 ss. (107)).

<sup>25</sup> BÜLOW, *Gesetz* (Fn. 1), p. 40.

Mitwirkung zur richterlichen Amtstätigkeit in Betracht kommen“, als „öffentlich-rechtliches Verhältnis“ bestimmt.<sup>26</sup> Gute zehn Jahre später sprach Bülow ganz ähnlich vom Gericht als einer „Rechtspflegebehörde“, unter deren Leitung sich im Prozeß eine „staatliche, eine staatsamtliche Tätigkeit“ vollziehe.<sup>27</sup> Folgerichtig war das Urteil für ihn 1882 kurzerhand der „Spruch der richterlichen Beamten“.<sup>28</sup> Auch nach der Publikation von „Gesetz und Richteramt“ blieb der Grundton identisch: 1894 erklärte Bülow mit großer Selbstverständlichkeit, das richterliche Urteil werde „durch die amtliche, daher ausschließlich öffentlich-rechtlicher [...] Regelung zugängliche“ Tätigkeit der Gerichte hervorgebracht.<sup>29</sup> Wen mag es da noch wundern, daß auch in Bülows letztem Aufsatz aus dem Jahre 1906 die Rechtsprechung als staatsamtliche Aufgabe erscheint?<sup>30</sup>

Die durchgängig etatistische Ausrichtung der Judikatur in Bülows Konzeption wird noch deutlicher, wenn seine Schriften im Hinblick auf die dortigen Anmerkungen zur staatlichen Durchsetzung der Urteile durchgesehen werden. Bülow maß der „Staatsgewalt“, vor allem aber der „Macht“, bei der es sich im realpolitischen Zeitalter um alles andere

<sup>26</sup> OSKAR BÜLOW, Prozeßeinreden (Fn. 15), p. 2; das letzte Zitat im Original gesperrt gedruckt. Zu der mit dieser Schrift einsetzenden „konstruktiven Periode der Prozeßrechtswissenschaft“ zusammenfassend KNUD WOLFGANG NÖRR, Wissenschaft und Schrifttum zum deutschen Zivilprozeß im 19. Jahrhundert, in: *Ius Commune* 10 (1983), p. 141 ss., hier pp. 160 s., 190 s. m. w. N.; zuvor vor allem WILHELM SIMSHÄUSER, *Zur Entwicklung des Verhältnisses von materiellem Recht und Prozeßrecht seit Savigny. Eine Untersuchung am Beispiel rechtsfremder Klagen*, Bielefeld 1965, p. 89 ss.

<sup>27</sup> BÜLOW, Civilprozeßrecht (Fn. 23), p. 17 Anm. 9 bzw. p. 51. Auf der gleichen Linie auch DERS., Fiktionen (Fn. 15), p. 86. Ein Hinweis auf die Zusammenhänge von Bülows letzterem Aufsatz und der Schrift von 1885 auch schon bei VOSSIUS, Grundlagen (Fn. 8), p. 157.

<sup>28</sup> OSKAR BÜLOW, Das Ende des Aktenversendungsrechts, eine Gerichtsverfassungsfrage, in: *AcP* 65 (1882), pp. 1–58, hier p. 16. Ebd. p. 12 war das Gericht daher eine staatliche Behörde. Der Aufsatz wurde durch Bülow unter identischem Titel vorab und separat publiziert: Freiburg 1881.

<sup>29</sup> OSKAR BÜLOW, Absolute Rechtskraft des Urteils, in: *AcP* 83 (1894), pp. 1–52, hier p. 2 (Hervorhebung von den Verfassern). Entsprechend betonte BÜLOW auch in seinen Ausführungen über: Die neue Prozessrechtswissenschaft (*Zeitschrift für Civilprozeß* [ZCP] 27 [1900], pp. 201–260, hier p. 232), daß das Gericht die „staatlich[e] Verpflichtung“ zur Vornahme von Rechtspflegehandlungen erfülle (vgl. auch ebd. p. 221; zur Vorgeschichte dieser Publikation DUVE, Normativität [Fn. 8], p. 52 Fn. 131 und den Bericht über einen Wiener Vortrag von Bülow in: *Juristische Blätter* 29 (1900), p. 153). Drei Jahre später sprach BÜLOW abermals von den Gerichten als jenen „Behörden, welche die staatliche Rechtspflege zu versehen haben“ (Klage und Urteil, in: *ZCP* 31 [1903], pp. 191–270, hier p. 196; ebd. pp. 214, 219 *et passim* auch der Begriff „Gerichtsbehörde“).

<sup>30</sup> BÜLOW, Verhältnis (Fn. 2), Sp. 779.

als eine *quantité négligeable* handelte, wiederum nicht erst seit „Gesetz und Richteramt“ besondere Bedeutung bei.<sup>31</sup> Schon in seiner ersten größeren Veröffentlichung 1868 beschrieb Bülow den Prozeß etwa als Organ, „durch welches der Anspruch des Klägers von Staatswegen einer endgültigen Prüfung und Läuterung unterzogen werden und, wenn er sich bewährt, zur vollen, festen, über jedes private Meinen und Wollen erhabenen Macht erstarken soll“.<sup>32</sup> War hier manches noch eher beiläufig erwähnt und anderes stillschweigend vorausgesetzt, so nahm Bülow mit seinen Ausführungen zur Bedeutung der ‚Staatsmacht‘ 1879 die Grundideen der späteren Tübinger Rektoratsrede vorweg: „Gewiß kann auch das Prozeßinstitut nicht wirksam werden“, so hieß es da, „ohne daß *hinter* ihm Zwang und Strafe zu seinen Diensten bereit stehen“,<sup>33</sup> womit natürlich staatlicher Zwang und staatliche Strafe gemeint waren. Deshalb, so fuhr Bülow an anderer Stelle fort, genüge es niemals, „daß wir ein möglicherweise nachweisbares Recht *haben*. Es kommt darauf an, daß uns der Richter, der Staat, die Rechtsordnung auch *Recht gibt*“<sup>34</sup> – eine Formulierung, bei der der Dreiklang Richter – Staat – Rechtsordnung nicht nur den staatlichen Charakter des Richteramts verdeutlichte, sondern auch auf die erst rechtsgebende Macht des Urteils verwies. Eben diese „Macht der Rechtsfindung und Rechtsbestimmung“ war es, durch die Bülow 1882 die „Macht des Beamtengerichts“<sup>35</sup> in einem Atemzug mit der ‚Macht der Staatsgewalt‘ nennen und damit wiederum die enge Verbindung von Staat, Macht und Gericht herausstellen konnte.<sup>36</sup>

„Die richterliche Tätigkeit hilft das vom Gesetz nur begonnene Rechtsordnungswerk fortführen und vollenden“ – auch bei der 1885 titelgebenden Kernthese, hier in leichter Variation zitiert,<sup>37</sup> war das Entscheidende, wenn auch im ausschließlich zivilprozessualen Kontext, schon 1868 formuliert worden. „Im Prozeß entfaltet sich die Rechtsordnung aus dem abstrakten Rechtsgebot (der *lex generalis*) zum konkreten Rechtssatz (der *lex [!] specialis* des Urteils)“. Das war

<sup>31</sup> Die Begriffe „Staatsgewalt“ und „Macht“ finden sich bei BÜLOW, Gesetz (Fn. 1), pp. 2, 4 s., 6 s., 41, 47 *et passim*.

<sup>32</sup> BÜLOW, Prozeßeinreden (Fn. 15), p. 295.

<sup>33</sup> BÜLOW, Fiktionen (Fn. 15), p. 63.

<sup>34</sup> Ebd., p. 85 s.

<sup>35</sup> Beide Zitate in BÜLOW, Aktenversendungsrecht (Fn. 28), p. 28.

<sup>36</sup> Diese Trias findet sich auch z. B. bei BÜLOW, Klage (Fn. 29), p. 240, wo im Hinblick auf die Gerichte von der „Macht“ die Rede ist, „welche der Staatsbehörde zu Gebote steht“.

<sup>37</sup> BÜLOW, Gesetz (Fn. 1), p. 4.

*mutatis mutandis* bereits jene Theorie, die im Bewußtsein eines Teils der juristischen Nachwelt so fest mit dem angeblichen Zäsurjahr 1885 verknüpft ist.<sup>38</sup>

Seit dem Ende der 1860er Jahre gehörte auch die Überzeugung von der Unfertigkeit des Gesetzesrechts zum festen Repertoire des Gießener Zivilprozeßrechtlers: 1879 etwa ließ sich Bülow dahingehend vernehmen, der gesetzliche Regelungsbedarf der Gesellschaft sei so unterschiedlich ausgeprägt, daß es der Gesetzgeber nicht nötig habe, Vorsorge für jeden Einzelfall zu treffen.<sup>39</sup> Hierzu diene vielmehr der Zivilprozeß, der die „konkrete Rechtsgewißheit und Rechtsgeltung“ herstelle<sup>40</sup> – nämlich durch das staatlich bekräftigte Urteil: Der Kreis schließt sich. Schon vier Jahre vor seinen prononcierten Äußerungen in *Gesetz und Richteramt* beschäftigte sich Bülow dann explizit mit der Aufgabenverteilung zwischen Legislative und „der so nahe verwandten konkreten Rechtsnormierung durch richterliches Urteil“<sup>41</sup>: Der Gesetzgeber habe „mit der Anwendung der absoluten Normierungsmethode so sparsam, wie nur irgend möglich vorzugehen“,<sup>42</sup> so daß dann durch die „Staatsbehörde“ namens Gericht „aus der abstrakten Norm eine konkrete [...] abgeleitet“ werde.<sup>43</sup> Wenn sich dies auch auf das Zivilprozeßrecht bezog, lassen sich die Parallelen zum ersten Kapitel von *Gesetz und Richteramt* doch mit den Händen greifen.<sup>44</sup>

Bereits dieser kursorische Überblick belegt die vielfältigen Kontinuitäten zwischen den in *Gesetz und Richteramt* vorgetragenen Überzeugungen und Bülows früheren zivilprozessualen Theorien. Beides, also die Bekanntheit von Bülows Thesen wie ihre ursprünglich spezifisch zivilprozeßrechtliche Ausrichtung,<sup>45</sup> liefert zudem

<sup>38</sup> So auch schon Vossius, Grundlagen (Fn. 8), p. 140 (zu Vossius' sonstigen Thesen zu Bülow unten bei Fn. 153 und 163).

<sup>39</sup> Vgl. BÜLOW, Fiktionen (Fn. 15), p. 16.

<sup>40</sup> Ebd., p. 75 (im Original teilweise gesperrt). Ähnlich auch 1882 in DERS., Aktenversendungsrecht (Fn. 28), p. 30, Anm. 24.

<sup>41</sup> BÜLOW, Civilprozeßrecht (Fn. 23), p. 39.

<sup>42</sup> Ebd., p. 11.

<sup>43</sup> Ebd., p. 17 Anm. 9; vgl. auch p. 16.

<sup>44</sup> Auf die Ähnlichkeit zwischen Legislative und Jurisdiktion kam Bülow selbstredend auch *nach* 1885 wiederholt zu sprechen, so etwa 1894, als er jene „Wohltat, welche den Einzelnen vom Staat durch den Erlaß konkreter Rechtsbestimmungen mittels der Urteile erwiesen wird“, mit dem Dienst gleichstellte, „welchen der Staat den Individuen durch den Erlaß abstrakter Rechtsregeln“ leiste (Rechtskraft [Fn. 29], p. 120; Hervorhebungen im Original). Vgl. auch BÜLOWs 1903 publizierten Aufsatz: Klage (Fn. 29), p. 268.

<sup>45</sup> Erinnt sei an den Hinweis in Gesetz (Fn. 1), wonach die Thesen auf „prozessualischen Beobachtungen und Untersuchungen“ beruhten (p. VIII).

Gründe für die auffallend zurückhaltende Aufnahme von *Gesetz und Richteramt* durch die zeitgenössische Lehre – Bülow hat weder „allgemeines Gehör gefunden“<sup>46</sup> noch läßt sich von einer seit 1885 nicht mehr abgerissenen „Kette der einschlägigen Äußerungen“<sup>47</sup> sprechen. Soweit ersichtlich, hat einzig Philipp Zorn eine noch dazu sehr kurze Rezension zu Bülows Schrift von 1885 verfaßt.<sup>48</sup> Auch in der übrigen zeitgenössischen Lehre fanden sich „nur sehr wenige, die den Angriff [in *Gesetz und Richteramt*] überhaupt einer Beachtung würdigten“, wie der nicht uneitle und daher wohl glaubwürdige Bülow später resümierte.<sup>49</sup> Bülows Thesen waren unzeitgemäß:

- Die *Zivilprozeßrechtslehre* hatte 1885 gerade die sog. „objektive“ Auslegungstheorie (mit-)begründet,<sup>50</sup> der Bülow kaum zugerechnet werden kann:<sup>51</sup> Akzentuierte diese einen abstrakten Willen des vom Gesetzgeber *zu unterscheidenden* Gesetzes, so hob Bülow die richterliche Entscheidungstätigkeit gerade *im Zusammenspiel* von Gesetz(-geber) und Richter hervor.
- Die zeitgenössische *Staatsrechtslehre* nahm von Bülow kaum Notiz, auch wenn dieser eine zumindest partielle Übereinstimmung mit Paul Laband sehen wollte.<sup>52</sup> Zwar war Laband 1859 als erster Opponent während Bülows Promotionsverfahren in Breslau aufgetreten.<sup>53</sup> Doch jetzt griff Laband – der in den Judikatur-Abschnitten seines „Reichsstaatsrechts“ freilich explizit auf ausführliche Belege verzichtete – für grundsätzliche Überlegungen auf Adolf

<sup>46</sup> So aber OGOREK, *Richterkönig* (Fn. 4), p. 160; Bülow hat daher 1885 auch nicht die rechtsschöpfende Richterfunktion „politisch hoffähig gemacht“ und seine Theorie „zu einer Zeit präsentier[t], als für diese Einsicht politischer Bedarf bestand“ (ebd., p. 270 bzw. p. 263).

<sup>47</sup> GÄNGEL, *MOLLNAU, Gesetzesbindung* (Fn. 2), p. 296.

<sup>48</sup> *Deutsche Litteraturzeitung* 6 (1885), Nr. 51 v. 19. 12., Sp. 1833 ss.; auch Bülow selbst vermag nur diese eine Rezension zu nennen (Verhältnis [Fn. 2], Sp. 771, Fn. 3).

<sup>49</sup> Ebd.

<sup>50</sup> SCHRÖDER, *Gesetzesauslegung* (Fn. 7), p. 34: „Diese Theorie ist bekanntlich 1885/86 fast gleichzeitig von Binding, Wach und Kohler begründet worden“.

<sup>51</sup> So schon OGOREK, *Richterkönig* (Fn. 4), p. 258 Fn. 3 (gegen SCHRÖDER, *Gesetzesauslegung* [Fn. 7], p. 76 und 101), allerdings mit etwas anderer Begründung. Auch Schröder schränkt letztlich ein, daß Bülows Rede „nur eine Anwendung[!] der objektiven Theorie auf die richterliche Entscheidungstätigkeit“ sei (p. 76).

<sup>52</sup> BÜLOW, *Gesetz* (Fn. 1), p. XI mit Bezug auf PAUL LABAND, *Das Staatsrecht des deutschen Reichs*, Bd. 3, Abt. 2, Tübingen 1882, p. 25.

<sup>53</sup> Vgl. OSCAR BUELOW, *De praejudicialibus formulis*. Dissertatio inauguralis, Vratislaviae MDCCCLIX, Titelblatt. Laband war ein Jahr zuvor in Breslau promoviert worden.

Wachs *Handbuch des Deutschen Civilprozeßrechts* zurück.<sup>54</sup> Lediglich zweimal, bei Details der Prozeßvoraussetzungen, verwies Laband knapp, wenn auch zustimmend, auf zivilprozessuale Abhandlungen von Bülow.<sup>55</sup> Offenkundig rächte sich hier der Umstand, daß Bülow weder vor noch nach 1885 eine systematische Darstellung des Zivilprozeßrechts verfaßt hatte. Seine in *Gesetz und Richteramt* formulierten Thesen hingegen wirkten teils zu abseitig, teils zu selbstverständlich, um im zelebrösen „Reichsstaatsrecht“ Erwähnung zu finden. Daß es sich bei der Rechtsprechung um eine „Entfaltung der staatlichen Tätigkeit“ handele, durch die „eine der wesentlichen Staatsaufgaben realisiert“ werde,<sup>56</sup> gehörte für Laband, ganz im Sinne der staatsfixierten Gründerjahre, zu den Gemeinplätzen des Staatsrechts.<sup>57</sup> Wie Bülow das Urteil als „eine von der Staatsgewalt erlassene Rechtswillenserklärung“ definierte,<sup>58</sup> so betrachtete auch Laband die Gerichte als „Verwalter der staatlichen Herrschermacht“, die Richter als „Organe des Staates“<sup>59</sup> und richterliche Urteile folglich als „Betätigungen der Staatsgewalt“,<sup>60</sup> ja sogar Befehle des Staates.<sup>61</sup>

Doch so ähnlich Labands und Bülows etatistisches Pochen auf Befehl und Macht im allgemeinen klang, so verschieden nahm sich ihre Haltung hinsichtlich der Funktion von Gericht und Urteil in Staat und Gesellschaft aus. Während Laband zwar eine Verwandtschaft zwischen Gesetz und Urteil konzidierte,<sup>62</sup> neigte Bülow zusätzlich dazu, die prinzipielle Ergänzungsbedürftigkeit jedes Gesetzesrechts zu betonen, die Rechtskraft höher zu veranschlagen als die gewöhnliche Gesetzeskraft<sup>63</sup> und die rechtsschöpferische Funktion der Gerichte als eine nötige Reaktion des Staates auf Normierungsdefizite der modernen Gesellschaft zu verstehen. Mit solchen Vorstellungen einer bewußten Arbeitsteilung zwischen „Gesetz und Richteramt“, einer Steuerungsfunktion der Judikatur gar, lag Bülow, trotz seines

<sup>54</sup> PAUL LABAND, *Das Staatsrecht des Deutschen Reiches*, 2. Aufl., Bd. 2, Freiburg i. B. 1891, p. 334 s.

<sup>55</sup> LABAND, *Staatsrecht* (Fn. 54), p. 338, Fn. 1, p. 339, Fn. 2.

<sup>56</sup> Ebd., p. 332.

<sup>57</sup> Dazu schon oben bei Fn. 24 ss.

<sup>58</sup> Beleg oben Fn. 12.

<sup>59</sup> LABAND, *Staatsrecht* (Fn. 54), p. 338 s., Fn. 4.

<sup>60</sup> Ebd., p. 341.

<sup>61</sup> Vgl. ebd. pp. 341, 343 und 346.

<sup>62</sup> Ebd., p. 345.

<sup>63</sup> BÜLOW, *Gesetz* (Fn. 1), p. 7.

zeitgemäßen Etatismus, indes weit außerhalb der staatsrechtlichen Diskussion.<sup>64</sup>

Jherings spontane und hoffnungsvolle Einschätzung von 1885, jetzt sei „die Wissenschaft genötigt, Stellung“ zu Bülow's Auffassung des Richteramts zu nehmen,<sup>65</sup> war daher nicht zutreffend. Bis zum Ende des 19. Jahrhunderts begnügten sich die Gegner der Hauptthesen von „Gesetz und Richteramt“ stattdessen damit, wie Bülow später klagte, ihn „kurzweg mit ein paar Nebenbemerkungen abzufertigen“.<sup>66</sup> In Tonfall, Plazierung und Umfang typisch ist insoweit Bernhard Windscheid, der in seinem Pandektenlehrbuch Bülow's Schrift am Ende einer langen Fußnote in fünf Zeilen zusammenfaßt und es bei der Stellungnahme beläßt: „Ich halte das für Übertreibung“.<sup>67</sup> Lang vorbei waren die Zeiten, als Windscheid Bülow's Dissertation in einer Rezension inhaltlich kritisch besprochen,<sup>68</sup> aber letztlich als „empfehlenswert“ eingestuft hatte. Nur ein Autor, der sich dem römischen Prozeßrecht widmete, aber – glaubt man dem Nachruf – jedenfalls damals „vereinsamt gearbeitet hatte“, räumte Bülow's Schrift 1888 sechs Seiten ein, endete aber ebenfalls mit einer drastischen Ablehnung: Der Zivilprozeßrechtler Bülow mußte sich vom Romanisten Moriz Wlassak vorhalten lassen, daß seine Thesen schlicht gegen das Revisionsrecht der CPO verstießen und dem IPR „der Boden entzogen“ werde.<sup>69</sup>

<sup>64</sup> Die Bülow-Rezeption im Staatsrecht wurde noch zusätzlich durch den Umstand behindert, daß das Prozeßrecht, wie LABAND in anderem Zusammenhang zugab (Staatsrecht [Fn. 54], p. 332), trotz seiner öffentlich-rechtlichen Implikationen ein Schattendasein im Staatsrecht führte und die wissenschaftlichen Vernetzungen folglich eher gering waren.

<sup>65</sup> Brief an Bülow v. 20. 6. 1885; abgedruckt bei EHRENBURG, Jhering (Fn. 20), p. 387.

<sup>66</sup> BÜLOW, Verhältnis (Fn. 2), Sp. 771, Fn. 3.

<sup>67</sup> *Lehrbuch des Pandektenrechts*, 8. Aufl., Bd. 1, Frankfurt am Main 1900, § 22 Fn. 8 a. E. Es sei dahingestellt, ob diese Reaktion Windscheids als „seltsam gelassen“ gelten kann (so ULRICH FALK, *Ein Gelehrter wie Windscheid*, Frankfurt am Main 1989, p. 150). Bei ADOLF WACH (*Handbuch des Deutschen Civilprozessrechts*, Bd. 1, Leipzig 1885, p. 7 Fn. 7) bezieht sich die ablehnende Kritik noch auf BÜLOW's Aufsatz *Fiktionen* (Fn. 15) von 1879, ist aber trotz WACH's zurückhaltendem Stil ebenfalls eindeutig. Oder: Bei EDUARD HÖLDER (*Pandekten*, Freiburg 1891, p. 38 s.) werden Bülow's Thesen ebenfalls nur in einer Anmerkung abgehandelt und dann durch Radikalisierung *ad absurdum* geführt.

<sup>68</sup> *KritV* 1 (1859), p. 292 s. (mit Druckfehler bei der Verfasserangabe).

<sup>69</sup> MORIZ WLASSAK, *Römische Processgesetze*, Bd. 1, Leipzig 1888, pp. 9–14 (zum Revisionsrecht p. 11; zum IPR p. 13). Nachruf auf Wlassak (1854–1939) durch LEOPOLD WENGER, in: *ZRG RA* 60 (1940), p. IX ss.; das Zitat ebd. p. XVIII: „er, der als einsamer Bahnbrecher begonnen und lange vereinsamt gearbeitet hatte, [durfte] den Weg als anerkannter Führer einer stets wachsenden Gefolgschaft beenden“.

Auch bei zustimmenden Bemerkungen zu Bülow's Schrift nach 1885 wurden meist nur Nebenaspekte seiner Thesen herausgegriffen.<sup>70</sup> Lediglich bei dem im 19. Jahrhundert wissenschaftlich wenig beachteten Sozialreformer Peter Kloeppel finden sich ausführlich an Bülow anknüpfende Darlegungen.<sup>71</sup> Dabei war es nicht zufällig ein aus der Rechtspraxis und -politik stammender Autor,<sup>72</sup> der Bülow zustimmte, denn auch Bülow sah sich in der Tradition solchermaßen geprägter Autoren.

### 3. Der Mythos von Bülow's Umkehr im Jahre 1906

Daß für Bülow 1885 der Richter auch zu „Rechtsbestimmungen“ ermächtigt ist, „die nicht im Gesetzesrecht enthalten, sondern lediglich vom *Richter* gefunden, ja *erfunden*“ werden,<sup>73</sup> ist eine scheinbar irritierende Beobachtung. Sie mag freilich weniger verwundern, wenn man sich vor Augen führt, daß es sich bei der Schrift wie erwähnt um zwei kompilierte Redemanuskripte handelt – um eine Textsorte also, bei der rhetorische Zuspitzungen ungefiltert den Weg in die schriftliche Fassung gefunden haben.

So betrachtet büßen auch Bülow's Bemerkungen *Über das Verhältnis der Rechtsprechung zum Gesetzesrecht* aus dem Jahre 1906,<sup>74</sup> denen

<sup>70</sup> Bei FERDINAND REGELSBERGER, *Pandekten*, Bd. 1, Leipzig 1893, pp. 87 s., 107 taucht nach einem Generalverweis auf Bülow's Schrift weder deren Etatismus noch die Steuerungsfunktion der Judikatur auf, sondern nur der Rechtsquellencharakter der Rechtsprechung; zudem erzeuge diese nur „Rechtssätze minderen Grads“ (p. 88).

In JAKOB WEISMANN'S KURZ nach Bülow's Rede gehaltener Leipziger Antrittsvorlesung: Einheitliches Recht und einheitliche Rechtsprechung, in: *Zeitschrift für Deutschen Civilprozess* 9 (1886), p. 169 ss. verbleibt es bei zwei Pauschalverweisen auf Bülow's Schrift.

<sup>71</sup> P[ETER] KLOEPEL, *Staat und Gesellschaft*, Gotha 1887, besonders p. 232 ss. („Befehl, Gesetz und Rechtsprechung als Verrichtungen der Staatsgewalt“), p. 281 ss. (zur Steuerungsfunktion des Rechts) und p. IX („Ermutigung“ durch BÜLOW'S *Gesetz und Richteramt*). Vgl. auch KLOEPEL, *Gesetz und Obrigkeit*, Leipzig 1891; zu Bülow's Thesen dort v. a. p. 79 ss. des ekklektizistischen Buches (Rezension in: *Sächsisches Archiv für Bürgerliches Recht und Prozeß* 3 (1893), p. 57).

<sup>72</sup> Kloeppel war zuvor langjähriges Mitglied des Preussischen Abgeordnetenhauses und des Reichstages gewesen; seine parallele Anwaltskarriere hatte ihn bis an das Reichsgericht geführt (RUDOLF BRUNS, in: *NDB* Bd. 12 (1980), p. 112). Gemäß BRUNS ergab sich aus der Übereinstimmung von Bülow und Kloeppel für letzteren die Möglichkeit, sich an der Juristenfakultät in Leipzig umzuhabilitieren; a. a. O. auch zu Kloeppel's Einfluß auf Hermann Heller und Rudolf Smend.

<sup>73</sup> BÜLOW, *Gesetz* (Fn. 1), p. 40.

<sup>74</sup> BÜLOW, *Verhältnis* (Fn. 2).

man gemeinhin eine exzeptionelle Stellung zubilligt,<sup>75</sup> einen Gutteil ihrer Besonderheit ein. Die unter dem Eindruck der aufkeimenden Freirechtsbewegung formulierte Abhandlung präsentierte unterschwellig positivistische Ermahnungen<sup>76</sup> und autoritär formulierte Appelle,<sup>77</sup> in der Substanz jedoch wenig Neues. Wenn „das, worauf der Richter zu erkennen hat, schon vom Gesetz vorausbestimmt“ sei, so hatte Bülow just in *Gesetz und Richteramt* lapidar bemerkt, so gelte es als „heilige Richterpflcht, auch nicht eine Linie über die gesetzlichen Bestimmungen hinauszugehen oder hinter ihnen zurückzubleiben.“<sup>78</sup> Daß Bülow keineswegs erst nach 1885 daranging, den Richter wieder an das Gesetz zu binden,<sup>79</sup> illustriert nichts besser als seine ausführliche, polemische und nachgerade erbsenzählerische Rezension eines bekannten zeitgenössischen Lehrbuches zum Zivilprozeßrecht.<sup>80</sup> Dort nämlich wandte sich Bülow – 1870 und also 36 Jahre vor seiner vermeintlichen „Umkehr“ – bereits *in extenso* gegen die im rezensierten Buch vertretene These, der Richter habe die „Befugnis, positiv Lücken zu ergänzen und Mängel zu beseitigen“.<sup>81</sup> Und besorgt hatte sich Bülow schon 1881 über die zunehmende Freiheit des Richters geäußert, deren Grenzen er in der „Festigkeit, Sicherheit

<sup>75</sup> „Bülow's Umkehr“ titelt OGOREK (Richterkönig [Fn. 4]) ihre Ausführungen zu Bülow's Aufsatz von 1906 (pp. 269–273) und führt später aus: „Denn um eine Umkehr handelt es sich ganz ohne Frage“ (p. 271). Im folgenden räumt OGOREK aber ein, daß Bülow 1906 leidglich „ganz andere Akzente“ setze (p. 271) und „kein logischer Widerspruch“ zu Bülow's früheren Ausführungen besteht (p. 272). Ogorek jüngst folgend RAISCH, Methoden (Fn. 3), p. 110 s.

<sup>76</sup> Selbst wenn der Richter durch die Anwendung des Gesetzes in Gewissenskonflikte gerate, habe er dem Gesetz stets zu folgen, die „Stimme seines persönlichen Rechtsgefühls, die Neigung, durch rechtswidriges Handeln den schlimmen Rechtssatz zu beseitigen zu helfen“, aber zu unterdrücken (BÜLOW, Verhältnis [Fn. 2], Sp 778).

<sup>77</sup> Wer auch immer die Autorität des Gesetzes mißachte, versuche „am festesten und sichersten Fundament unserer ganzen Staats- und Rechtsordnung zu rütteln“ (Sp. 775).

<sup>78</sup> BÜLOW, Gesetz (Fn. 1), p. 11. Und schon 1881 hatte er knapp erklärt, es gebe „keine rechtliche Ungebundenheit“ des Richters, ja noch nicht einmal die „Möglichkeit, vom Recht abzuweichen“ (Civilprozeßrecht [Fn. 23], p. 49; im Original teilweise gesperrt). Deshalb und um den in der Freirechtsschule begründeten „Bülow-Mythos“ nicht nachklingen zu lassen, sollte Bülow der „Theorie, die den Richter über den Gesetzgeber stellt“ (OGOREK, Richterkönig [Fn. 4], p. 262 Fn. 14), nur mit großen Einschränkungen zugeordnet werden.

<sup>79</sup> So auch schon ALFRED MANICK, Artikel „Formalismus [...]“, in: *Handwörterbuch der Rechtswissenschaft*, Bd. 2, Berlin 1927, p. 474 ss., hier p. 481.

<sup>80</sup> OSKAR BÜLOW, Zur Literatur des Civilprozesses, in: *KritV* 12 (1870), pp. 1–19; rezensiert wurde WILHELM ENDEMANN, *Das deutsche Civilprozessrecht*, Heidelberg 1868 (Nachdruck Aalen 1969). Zu Endemann gleich bei Fn. 141 s.

<sup>81</sup> BÜLOW, Zur Literatur (Fn. 80), p. 15 (im Original teilweise gesperrt).

und Gleichmäßigkeit der Rechtspflege“,<sup>82</sup> in der Berechenbarkeit der Rechtsordnung also, erblickte. Wie 1906 erklärte Bülow bereits hier ganz knapp und unmißverständlich, es gebe „keine rechtliche Ungebundenheit“ des Richters, ja noch nicht einmal die „Möglichkeit, vom Recht abzuweichen“.<sup>83</sup>

Wohl gemerkt, bei solchen und ähnlichen Äußerungen<sup>84</sup> handelte es sich nicht um schmückendes Beiwerk, um unverfängliche Floskeln, mit denen Bülow den in Wahrheit revolutionären Gehalt seiner Arbeiten zu verschleiern suchte. Vielmehr waren es Grundannahmen, stets mitgedachte Voraussetzungen, die die Annahme von Bülows pointiertem Vorwärtspreschen 1885 oder eines Bremsmanövers 1906 erheblich relativieren.<sup>85</sup> Das gleiche gilt für Etikettierungen wie die von „Gesetz und Richteramt“ als „Vorläufer“ der Freirechtsschule<sup>86</sup> oder gar von Bülow als „Protofreirechtler“.<sup>87</sup>

#### 4. Das Verhältnis von Bülow zu Jhering und ihre Übereinstimmungen im Hinblick auf Etatismus und Steuerungsfunktion der Judikatur

Erst recht entfällt der Zäsurcharakter von „Gesetz und Richteramt“, wenn sich der vergleichende Blick auf frühere Werke anderer Autoren richtet. Insoweit ist bereits dargestellt, daß Bülow auf der Ebene der Erkenntnistheorie kaum als „Überwinder des Deduktionsmodells“ Nachruhm verdient.<sup>88</sup> Außerdem ist Bülows Theorie jüngst mehrfach, wenn auch teilweise an etwas versteckter Stelle,<sup>89</sup> mit einer frühen Schrift des späteren Frankfurter Oberbürgermeisters Franz Adickes in Verbindung gebracht worden.<sup>90</sup> Dies gilt jedoch hauptsächlich für

<sup>82</sup> BÜLOW, Civilprozeßrecht (Fn. 23), p. 23.

<sup>83</sup> Ebd., p. 49.

<sup>84</sup> Zum Beispiel 1885: Ein „weiter Spielraum selbständiger Rechtsetzung“ gelte für den Richter eben nur „innerhalb der Schranken des Gesetzes“ (BÜLOW, Gesetz [Fn. 1], p. 29).

<sup>85</sup> Der interessanten Frage, wie Bülow in der Freirechtsschule rezipiert wurde, kann im Rahmen dieses Aufsatzes nicht nachgegangen werden.

<sup>86</sup> So aber noch KARL LARENZ, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, 6. Aufl., Berlin 1991, p. 59.

<sup>87</sup> OKKO BEHREND, Das Problem einer rein etatistischen Rechtsbegründung gestern und heute, in: *NJW* 41 (1988), p. 2862 ss., hier p. 2862 Fn. 2.

<sup>88</sup> Dazu ausführlich OGOREK, *Richterkönig* (Fn. 4), p. 259 s. *et passim*.

<sup>89</sup> PETER LANDAU, Die Rechtsquellenlehre in der deutschen Rechtswissenschaft des 19. Jahrhunderts, in: *Juristische Theoriebildung* (Fn. 18), p. 79 s.; GROSSI, *Absolutismus* (Fn. 18), p. 42; außerdem schon bei OGOREK, *Richterkönig* (Fn. 4), p. 261 Fn. 13.

<sup>90</sup> *Zur Lehre von den Rechtsquellen* [...], Kassel 1872.

die Rechtsquellen-theorie,<sup>91</sup> während bei Adickes die etatistische Integration der Judikative in den Staat und gar die Steuerungsfunktion der Rechtsprechung noch kaum vorkommen.<sup>92</sup> Doch auch diese Thesen von Bülow waren nicht neu. Dabei muß der Blick allerdings durchaus über die von Bülow vermerkten Autoren hinausgehen.

„Meines Wissens“, schreibt Bülow in der Vorbemerkung, war „eine verwandte Auffassung [...] bloß noch“ bei Friedrich Kierulff und Otto Bähr hervorgetreten.<sup>93</sup> „Bestärkt“ hätten ihn, so Bülow, dann noch eine zeitgenössische zivilprozessuale Schrift und einige Seiten aus dem 1877 publizierten „Zweck im Recht“ von Rudolph von Jhering.<sup>94</sup>

Letzteres ist sicherlich eine durch Vornehmheit gebotene Unterbreitung: Bülows und Jherings Weg war wissenschaftlich *und* persönlich in einer bislang noch nicht systematisch herausgearbeiteten Weise verzahnt.<sup>95</sup> Bülow widmete seine zwei bedeutendsten Werke Jhering,<sup>96</sup> dieser wiederum versah die 2. Auflage des „Besitzschutzes“ mit einer Widmung u. a. an Bülow.<sup>97</sup> Wie M. Rümelin in seinem bereits erwähnten Nachruf mitteilt, publizierte Bülow 1866 in der von Jhering anonym begründeten Reihe „Vertrauliche Briefe“;<sup>98</sup> Jhering wieder-

<sup>91</sup> Wie Bülow erschien Adickes der Richter als „authentischer Interpret des Gesetzes“, weshalb man Richter und Gesetzgeber „in ihrer Vereinigung erst als die in sich vollkommene Rechtsquelle bezeichnen“ könne (ADICKES, *Lehre* [Fn. 90], p. 11 bzw. BÜLOW, *Gesetz* [Fn. 1], p. 48).

<sup>92</sup> Nur mit dieser Einschränkung erscheint die von OGOREK, *Richterkönig* (Fn. 4), p. 261 Fn. 13 vorgenommene Verbindung von Bülow zu Adickes tragfähig. Auch zu Romeo Maurenbrecher führen die Linien nur insoweit, als bei letzterem Überlegungen zur Rechtsquellen- und Auslegungslehre zu finden sind, die von Bülow fortgeführt werden.

<sup>93</sup> BÜLOW, *Gesetz* (Fn. 1), p. IX; er verweist auf JOHANN FRIEDRICH MARTIN KIERULFF, *Theorie des gemeinen Civilrechts*, Bd. 1 [mehr nicht erschienen], Altona 1839 und auf die Einleitung von OTTO BÄHR, *Der Rechtsstaat. Eine publicistische Skizze*, Kassel 1864 (Nachdruck Aalen 1961 und 1969 sowie Darmstadt 1963).

<sup>94</sup> Diese Angaben bei BÜLOW, *Gesetz* (Fn. 1), p. X; außer auf JHERING verweist er auf HEINRICH DEGENKOLB, *Einlassungszwang und Urtheilsnorm*, Leipzig 1877. Degenkolb war nach VOSSIUS (Grundlagen [Fn. 8], p. 141) Fakultätskollege Bülows in Tübingen; bei VOSSIUS (p. 141 ss.) auch Hinweise zu methodischen Ähnlichkeiten zwischen Degenkolb und Bülow.

<sup>95</sup> Einige Hinweise zuletzt bei MICHAEL KUNZE, *Jherings Jubiläum*, in: *Die Bedeutung der Wörter*, hg. von MICHAEL STOLLEIS, München 1991, p. 6.

<sup>96</sup> Prozeßreden (Fn. 15) und *Das Geständnißrecht. Ein Beitrag zur Allgemeinen Theorie der Rechtshandlungen*, Freiburg i. B. 1899.

<sup>97</sup> *Ueber den Grund des Besitzschutzes*, 2. Aufl., Jena 1869; außerdem Otto Bähr und Joseph Unger gewidmet.

<sup>98</sup> „*Vertrauliche Briefe eines Unbekannten* [...]“, „Dritte (civilprozessualische) Serie, Erster Brief“, in: *Deutsche Gerichts-Zeitung* 8 (1866), pp. 37–39; dazu RÜMELIN, *Nekrolog* (Fn. 8), p. 8. In einer späteren Publikation teilte auch Bülow ohne weitere

um intervenierte mehrfach in Berufsangelegenheiten zugunsten Bülows.<sup>99</sup> Diese Freundschaft war begleitet von über 100 – meist unpublizierten – Briefen Jherings an Bülow;<sup>100</sup> z. B. schrieb Jhering schon 1865, sein damaliger Fakultätskollege Bülow sei „ein tüchtiger, persönlich liebenswürdiger und achtbarer Mensch“.<sup>101</sup>

Zu den inhaltlichen Verbindungen der beiden Männer von „gleichem geistigen Rang“<sup>102</sup> müssen hier unter dem Blickwinkel von Etatismus und Steuerungsfunktion der Judikatur in „Gesetz und Richteramt“ einige Andeutungen genügen:<sup>103</sup> Schon der schöpferische Charakter der Juristentätigkeit lag Jhering wie Bülow dauerhaft am Herzen;<sup>104</sup> und da beide zudem ein post-idealistischer Hang zum Realen und Effektiven verband, war Bülows funktionsorientierte Sicht der Judikatur nicht fern von Jherings zweckorientierter Sicht der Rechtsfindung. Diesen „gemeinsamen rationalistischen Zug“<sup>105</sup> verstärkte noch die Ähnlichkeit im Sprachduktus, so z. B. beider Vorliebe für Metaphern<sup>106</sup> und rhetorische Zuspitzung. Und auch Bülows Rückgriff auf

Konkretisierung mit, an den „Vertraulichen Briefen“ beteiligt gewesen zu sein (OSKAR BÜLOW, *Heitere und ernste Betrachtungen über die Rechtswissenschaft*, Leipzig 1901, p. III).

Der „Zweite Brief“ der „Dritten Serie“ (a. a. O., p. 61 ss.) stammt jedoch soweit ersichtlich nicht von Bülow: Eingesandt mit dem Poststempel „Leipzig“, erklärt der Verfasser, er sei „seit längerer Zeit juristisches Mitglied des Verwaltungsraths einer städtischen Armenkasse“ (a. a. O., p. 61 Fn. 1 bzw. p. 62). Weitere Hinweise zu den anonymen Briefschreibern bei MARIO G. LOSANO, *Studien zu Jhering und Gerber*, Teil 2, Ebelsbach 1984, p. 218 s.

<sup>99</sup> Dazu Hinweise in den Briefen bei EHRENBURG, Jhering (Fn. 20), dort p. 167 (Gießen), p. 274 (Tübingen) und p. 327 (Göttingen).

<sup>100</sup> 103 Briefe und 6 Postkarten Jherings an Bülow (zwischen 1864 und 1892) sind archivalisch erfaßt; dazu LOSANO, *Studien zu Jhering und Gerber* (Fn. 98), p. 265 m. N. Damit ist der Briefwechsel nach einer freundlichen Auskunft von Michael Kunze (München, New York) fast vollständig erhalten. Nachweis einiger Briefe Bülows auch bei DEMS., Rudolf von Jhering – ein Lebensbild, in: *Rudolf von Jhering*, hg. von OKKO BEHREND, 2. Aufl., Göttingen 1993, p. 11 ss., besonders Fn. 108 s., 129 ss.

<sup>101</sup> Brief v. 2. 7. 1865 an Gerber; abgedruckt bei MARIO G. LOSANO, *Der Briefwechsel zwischen Jhering und Gerber*, Teil 1, Ebelsbach 1984, p. 572 ss., hier p. 574. Kurz darauf planten Jhering und Bülow sogar eine längere gemeinsame Ferienreise (Brief Jherings v. 15. 12. 1865, a. a. O., p. 580 ss., hier p. 582).

<sup>102</sup> FRANZ WIEACKER, Rudolph von Jhering, in: *ZRG RA* 86 (1969), p. 1 ss., hier p. 6 Fn. 17.

<sup>103</sup> Zum Beispiel zur Übertragung der Begriffsjurisprudenz des frühen Jhering in das Zivilprozeßrecht durch Bülow vgl. VOSSIUS, Grundlagen (Fn. 8), p. 137 ss.

<sup>104</sup> Dazu im Hinblick auf Jhering OGOREK, Richterkönig (Fn. 4), p. 222 ss.

<sup>105</sup> RÜMELIN, Nekrolog (Fn. 8), p. 5.

<sup>106</sup> So zu Recht VOSSIUS, Grundlagen (Fn. 8), p. 154 Fn. 129 (m. N. zu inhaltlichen Verweisen Bülows auf Jhering).

den von Hegel beeinflussten Kierulff findet seine Entsprechung bei Jhering, der Kierulffs Werk schon früher zu den „zündenden Bücher[n] in unserer juristischen Literatur“ zählt<sup>107</sup> – auch Jherings „Zweck“ weist zudem „beachtliche ‚Hegelianismen‘“ auf.<sup>108</sup> Schon 1868, nach Jherings Wegzug nach Wien, beschrieb er daher seinen „so lieben, trefflichen Freund“ Bülow als jemanden, der ihm „wissenschaftlich und gemüthlich so außerordentlich viel war“,<sup>109</sup> und 1880 schrieb Jhering an Bülow: „Auch bei dieser Abhandlung von Dir<sup>110</sup> erkenne ich wiederum die Gleichheit unserer Richtung an. [...] Es ist jene Art der Betrachtung, die ich je länger je mehr in mir ausgebildet habe.“<sup>111</sup>

Daran hatte sich 1885 nichts geändert, und folgerichtig antwortete Jhering unmittelbar nach Übersendung von „Gesetz und Richteramt“ mit „Bekundungen des Entzückens“:<sup>112</sup> „Im dritten Bande meines Zweckes im Recht hatte ich mir [...] die Begründung derselben Auffassung des Richteramts vorbehalten, die Du [= Bülow] jetzt in so vorzüglicher Weise entwickelt hast.“<sup>113</sup> Man kann daher durchaus Jherings Anregung aufgreifen und „Gesetz und Richteramt“ als integralen Bestandteil des (nicht fertiggestellten) dritten Bandes vom „Zweck im Recht“ lesen; und es wäre sicherlich ergiebig, gemäß W. Fikentschers Hinweis<sup>114</sup> dem Einfluß von Bülows Schrift auf Jherings späteres Werk nachzugehen. Immerhin hat A. Gromitsaris bereits das obige Zitat Jherings verwertet und darauf aufbauend einige Hinweise gegeben, daß – aus institutionentheoretischer Perspektive – das Jheringsche und Bülowsche Normverständnis parallel lagen.<sup>115</sup>

<sup>107</sup> Brief an Bernhard Windscheid v. 29. 1. 1853; abgedruckt bei EHRENBURG, Jhering (Fn. 20), p. 25 ss., hier p. 27. Dazu WOLFGANG PLEISTER, *Persönlichkeit, Wille und Freiheit im Werk Jherings*, Ebelsbach 1982, p. 122. Zu Bülows Rückgriff auf Kierulff unten bei Fn. 116 ss.

<sup>108</sup> PLEISTER, a. a. O., p. 151 m. N.

<sup>109</sup> Brief v. 10. 10. 1868, abgedruckt bei LOSANO, Briefwechsel zwischen Jhering und Gerber (Fn. 101), p. 644 ss., hier p. 645. Die Charakterisierung Bülows als „Freund“ nochmals in einem Brief v. 15. 10. 1871, a. a. O., p. 687 ss., hier p. 688.

<sup>110</sup> Gemeint: Fiktionen (Fn. 15).

<sup>111</sup> Brief v. 24./25. 12. 1880, abgedruckt bei EHRENBURG, Jhering (Fn. 20), p. 356 ss., hier p. 359 s.

<sup>112</sup> Dieser Ausdruck bei ATHANASIOS GROMITSARIS, *Theorie der Rechtsnormen bei Rudolph von Ihering*, Berlin 1989, p. 278.

<sup>113</sup> Brief v. 20. 6. 1885; abgedruckt a. a. O., p. 387.

<sup>114</sup> WOLFGANG FIKENTSCHER, *Methoden des Rechts*, Bd. 3, Tübingen 1976, p. 254 Fn. 561; auch MANICK, Formalismus (Fn. 79) spricht die Verbindung von Jhering zu Bülow schon kurz an.

<sup>115</sup> GROMITSARIS, Rechtsnormen (Fn. 112), p. 278 ss.

## 5. Etatismus und Steuerungsfunktion der Judikatur bei Kierulff und Bähr

Wie R. Ogorek bereits herausgearbeitet hat, ist Bülows oben zitierte Angabe auch im Hinblick auf den Kieler Professor und langjährigen Präsidenten des OAG Lübeck, Friedrich Kierulff, zutreffend.<sup>116</sup> Nach dessen recht ähnlichen Überlegungen zur Integration der Gerichte in das staatliche Rechtssystem war „wirkliche Jurisprudenz [...] freies Hervorbringen, Produktion“, „und es gibt in einem Staat eine solche nur dann, wenn viele verschiedenartige Kräfte für das nämliche Ziel in Bewegung gesetzt“ werden.<sup>117</sup> Und dabei sei es der Richter, der den abstrakten Willen des Staates in die gesellschaftlichen Zustände transformiert und somit „konkret wirklich macht“.<sup>118</sup> Ein solches Vorgehen erweise sich nämlich nicht nur als besonders produktiv, sondern könne vor allem auf die tatsächlichen Gegebenheiten reagieren und somit „die der Natur der im Staat wirklich vorkommenden Verhältnisse entsprechenden Normen“ entfalten.<sup>119</sup> Wie Bülow später das Augenmerk der schöpferischen Judikative auf die technischen Neuerungen seiner Zeit lenkt, so gedachte auch schon Kierulff, Wissenschaft und Praxis zur rechtssichernden Gestaltung des Fortschritts in Dienst zu nehmen.

Zudem ist hier und an anderen Stellen die Nähe zur Hegelschen Philosophie „augenfällig“,<sup>120</sup> so daß Bülow mit dem Rückgriff auf Kierulff tatsächlich etwas für seine Zeit Neues liefert, denn jenseits von Kierulff (und Eduard Gans<sup>121</sup>) war „sonst der Hegelianismus von dem Zivilrecht [...] glatt abgelehnt worden“,<sup>122</sup> und auch im öffentli-

<sup>116</sup> OGOREK, *Richterkönig* (Fn. 4), p. 262 s.; Bülows Hinweis oben bei Fn. 93. Zu Kierulffs Biographie jetzt zusammenfassend HEINRICH BEST, WILHELM WEEGE, *Biographisches Handbuch der Abgeordneten der Frankfurter Nationalversammlung 1848/49*, Düsseldorf 1996, p. 204 s. m. w. N.

<sup>117</sup> KIERULFF, *Theorie* (Fn. 93), p. XXIX.

<sup>118</sup> Ebd., p. 42. Zum Neuigkeitwert dieser Kierulffschen These OGOREK, *Richterkönig* (Fn. 4), p. 239 Fn. 34.

<sup>119</sup> KIERULFF, *Theorie* (Fn. 93), p. XXIX bzw. p. XXIV.

<sup>120</sup> OGOREK, *Richterkönig* (Fn. 4), p. 236; zuvor schon STINTZING, LANDSBERG, *Geschichte der Deutschen Rechtswissenschaft*, Bd. 3, 2 (Text), München 1910, p. 596.

<sup>121</sup> Zu dessen Bezügen zu Hegel zusammenfassend JOHANN BRAUN, *Judentum, Jurisprudenz und Philosophie. Bilder aus dem Leben des Juristen Eduard Gans (1797–1839)*, Baden-Baden 1997, besonders p. 144 ss.

<sup>122</sup> STINTZING, LANDSBERG, *Geschichte* (Fn. 120), p. 596. Zu KNUT WOLFGANG NÖRRS dazu querstehender, provozierender These *Eher Hegel als Kant. Zum Privatrechtsverständnis im 19. Jahrhundert*, Paderborn 1991 vgl. die ablehnende Rezension durch OKKO BEHREND, in: *JZ* 46 (1991), p. 1073 s.

chen Recht hat es „eine wirkliche Hegel-Rezeption [...] nur in geringerem Umfange“ gegeben – und dies vorrangig bei Autoren, die Jahrzehnte vor „Gesetz und Richteramt“ publiziert hatten.<sup>123</sup>

Bülow's Bekenntnis zu einer Fortführung von Kierulff's Thesen ist auch im Hinblick auf einen weiteren Gesichtspunkt zutreffend: Für Kierulff gehörte bereits 1839 nicht nur die Bildung neuer Normen zu den ureigenen Aufgaben der Jurisprudenz,<sup>124</sup> sondern auch die Steuerungsfunktion dieser Rechtsproduktion, von Bülow wie erwähnt thematisiert, war schon bei Kierulff angedacht, wenn auch sprachlich verwickelt: Ein solches Vorgehen könne „die der Natur der im Staat wirklich vorkommenden Verhältnisse entsprechenden Normen“ entfalten.<sup>125</sup>

Blickt man dann – Bülow's Hinweis weiter nachgehend – auf Otto Bähr's berühmten „Rechtsstaat“, so drängt sich manchmal sogar der Eindruck einer Paraphrase von Bähr's Thesen durch Bülow auf, jedenfalls soweit es sich um Überlegungen zur Integration der Judikative in die staatliche Rechtssetzung handelt.<sup>126</sup> Wie Kierulff sah auch Bähr im Recht einen Reflex auf ein „Bedürfnis der menschlichen Gesellschaft“, das den Zeitläufen zu folgen habe und daher stets des konkretisierenden Richterspruchs bedürfe.<sup>127</sup> Im Einklang mit Bülow sah der kurhessische Richter und Zivilrechtler Bähr Staat und Recht als „unzertrennliche Begriffe“,<sup>128</sup> die sich jeweils durch den anderen erst selbst verwirklichten. Diese „Verwirklichung“, so führte der ‚Justizstaatler‘ Bähr ganz im Sinne von Bülow's etatistischer Sicht der Judikative aus, geschehe, „indem der Staat die Aufgabe übernimmt, sowohl das Recht in abstracto, als das in concreto mit formale endgültiger Kraft festzustellen“ – um fortzufahren: „Ersteres geschieht durch das Gesetz, letzteres durch den Spruch der Gerichte.“<sup>129</sup> Hier klingt durch, daß Bähr in seinem „Rechtsstaat“ gewissermaßen das Resümee aus den Erfahrungen des Kurhessischen Verfassungsstreits

<sup>123</sup> MICHAEL STOLLEIS, *Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland*, Bd. 2: 1800–1914, München 1992, p. 133 mit Fn. 86.

<sup>124</sup> KIERULFF, *Theorie* (Fn. 93), p. XIX ss.

<sup>125</sup> A. a. O., p. XXIV; vgl. auch p. 2.

<sup>126</sup> Soweit ersichtlich, ist diese Verbindung in der umfangreichen Sekundärliteratur zu Otto Bähr noch nicht gezogen. Als neuere Abhandlungen seien nur erwähnt: BIRGIT BINDER, *Otto Bähr*, Frankfurt am Main 1983; WOLFGANG KOHL, *Das Reichsverwaltungsgericht*, Tübingen 1991, p. 16 ss.; OGOREK, *Richterkönig* (Fn. 4), p. 328 ss.

<sup>127</sup> BÄHR, *Rechtsstaat* (Fn. 93), p. 5 s.

<sup>128</sup> Ebd., p. 8.

<sup>129</sup> Ebd.

der 1850er und des preußischen Verfassungskonflikts der 1860er Jahre zog und dem offensichtlichen Mißbrauch öffentlicher Gewalt durch eine starke und das hieß vor allem: autonome Gerichtsbarkeit zu begegnen suchte. Zugleich aber begriff Bähr – wie vor ihm Kierulff und nach ihm Bülow – sowohl die Legislative als auch die Jurisdiktion als originär staatliche Funktionen.<sup>130</sup> Und wenn schließlich – freilich in einem etwas anderen Zusammenhang – gar von der „Schaffung und Verwirklichung des Rechts durch Gesetz und Richterspruch“<sup>131</sup> die Rede ist, so klingt Bülows berühmte Wendung weder neu noch unerhört. In Bülows nahezu identischen Worten, wir wissen es: „Gesetz und Richteramt schafft dem Volk sein Recht!“<sup>132</sup>

Kierulff und Bähr werden damit von Bülow im Hinblick auf seine rechtspolitischen Thesen sogar mehr als zu Recht angeführt – nur: War „eine verwandte Auffassung [...] bloß noch“ dort hervorgetreten,<sup>133</sup> also nur in zwei einzelnen Büchern, die zudem schon über zwanzig bzw. vierzig Jahre zuvor publiziert worden waren? Diese Selbststilisierung zu einem einsamen Rufer im Jahre 1885 wird schon brüchig, liest man die gleichen Hinweise auf Kierulff und Bähr in Bülows erster größerer Publikation von 1868 und findet sie dann unverändert noch einmal in einer Publikation von 1879.<sup>134</sup> Das läßt sich zwar einerseits als weiterer Beleg für die kontinuierliche Herleitung von „Gesetz und Richteramt“ aus Bülows frühesten Forschungen werten,<sup>135</sup> legt aber andererseits den Verdacht einer gewissen Mißachtung von einschlägigen Publikationen zwischen 1868 und 1885 nahe. Tatsächlich war außer Kierulff und Bähr noch vielen anderen theoretisch reflektierenden Justizpraktikern seit langem bewußt, im Hinblick auf die Steuerungsfunktion des Rechts und die Integration der Judikative in die Staatsgewalt längst den Bülowschen Thesen von 1885 gemäß gehandelt zu haben.

<sup>130</sup> Wie Bülow war übrigens auch Bähr mit Jhering in einer langjährigen persönlichen und wissenschaftlichen Freundschaft verbunden; dazu BINDER, Bähr (Fn. 126), p. 42 ss.

<sup>131</sup> BÄHR, Rechtsstaat (Fn. 93), p. 12.

<sup>132</sup> Wie Fn. 1.

<sup>133</sup> So wie erwähnt BÜLOW, Gesetz (Fn. 1), p. IX.

<sup>134</sup> 1868 in Prozeßeinreden (Fn. 15), p. 3 Anm. 3; 1879 in Fiktionen (Fn. 15), p. 93 s., Anm. 72.

<sup>135</sup> Dazu oben bei Fn. 18 ss.

## 6. Etatismus und Steuerungsfunktion der Judikatur bei zeitgenössischen Justizpraktikern

Immerhin in Treitschkes „Preußischen Jahrbüchern“ setzte sich 1868 ein anonym bleibender Jurist vehement für die Errichtung eines höchsten deutschen Gerichtshofes ein und bemerkte lapidar: Gute Rechtspflege „hat rechtserzeugende Fähigkeit“. <sup>136</sup> Auch die von Bülow siebzehn Jahre darauf als so neuartig präsentierte Steuerungsfunktion der Judikative war hier bereits ausgesprochen: Der Vorzug des höchsten Gerichtshofes lag für den Verfasser in einer „erwünschte[n] Fortbildung des Rechts“, durch die die langsame „Maschine der großen Gesetzgebung“ spürbar entlastet werden könne. <sup>137</sup> Die „Ergänzung, Verbesserung und selbst Abänderung des bestehenden Rechts, wie solche nach dem aus den praktischen Vorgängen entgegretretenden Bedürfnis notwendig erscheint“, sollte daher „schon im Weg der verständigen Rechtsausübung“ erfolgen. <sup>138</sup> Tatsächlich erwies sich die staatliche Gesetzgebung als mehr und mehr überfordert, als die sich beschleunigende Modernisierung völlig neue Rechtsfelder hervorbrachte und abstrakte, von langer Hand vorbereitete Gesetze jedenfalls dort Mangelware wurden. Zur Domäne einer nach der Gründung des Bundes-Oberhandelsgerichts 1869 <sup>139</sup> immer selbstbewußter auftretenden Jurisdiktion entwickelte sich daher schnell eine schritthaltenende Rechtsschöpfung.

Wer etwa die Rechtsprechung des Bundes- und späteren Reichs-Oberhandelsgerichts (ROHG) verfolgt, trifft unvermeidlich auf eine derartige Praxis. <sup>140</sup> Und mit großer Selbstverständlichkeit war schon im Umfeld der Gründung 1869 die zukünftige „Entlastung der Legislation“ als Aufgabe des ROHG erkannt worden: „Die Präjudizien des gemeinsamen [ROHG] sind im Stande, zum großen Teil die Lücken der bestehenden Gesetzbücher auszufüllen“, schrieb der Oberappellations-

<sup>136</sup> ANONYM, Die Bundescivilprozeßordnung und die Organisation der Justiz, in: *Preußische Jahrbücher* 22 (1868), p. 296 ss., hier p. 326.

<sup>137</sup> Ebd. bzw. p. 327.

<sup>138</sup> Ebd., p. 326 s.

<sup>139</sup> Dazu z. Zt. am ausführlichsten WERNER SCHUBERT, *Die deutsche Gerichtsverfassung (1869–1877)*, Frankfurt am Main 1981, p. 140 ss.

<sup>140</sup> Vgl. THOMAS HENNE, Richterliche Rechtsharmonisierung – Startbedingungen, Methoden und Erfolge in Zeiten beginnender staatlicher Zentralisierung. Analysiert am Beispiel des Oberhandelsgerichts, in: *Kontinuitäten und Zäsuren in der Europäischen Rechtsgeschichte*, hg. von ANDREAS THIER u. a., Frankfurt am Main 1999, p. 335 ss. Das ROHG hieß bis 1871 „Bundes-Oberhandelsgericht“.

gerichtsrat und nationalliberale Abgeordnete im Reichstag des Norddeutschen Bundes, Wilhelm Endemann.<sup>141</sup> Dies war übrigens genau jener Autor, dessen Lehrbuch des Zivilprozeßrechts Bülow wie erwähnt scharf kritisiert hatte.<sup>142</sup>

Ohne sich allzu sehr mit den grundsätzlichen Fragen nach Funktion und Legitimation von Richterrecht zu beschweren, begann das unter Mithilfe von Endemann und Bähr gegründete Gericht rasch, das rechtsschöpferische Engagement als geradezu unvermeidliches Nebenprodukt seiner rechtsfindenden Aufgabe zu betrachten und ein entsprechendes Selbstbewußtsein auszuprägen. So konnte etwa der zeitweilige ROHG-Richter Levin Goldschmidt<sup>143</sup> im nachhinein die Verdienste eines verstorbenen Richterkollegen feiern, da dieser während seiner Zeit am ROHG der „freien, über Gesetzesschablone und kümmerliche Wortinterpretation sich glücklich erhebenden Richtung dieses höchsten Tribunals zum Siege verholfen und so erheblich dazu beigetragen [hat], daß die deutsche Praxis sich aus den Fesseln des Formalismus wie der Pedanterie befreit hat.“<sup>144</sup>

Wie das Reichsgericht, das später manche Lücke im Privatrecht schloß, indem es „den anzuwendenden gemeinrechtlichen Satz erst selbst geschaffen hat“, <sup>145</sup> bildete auch das ROHG die Rechtsordnung in dem Bewußtsein fort, „strukturbedingte Funktionsschwächen der Gesetzgebung auszugleichen“. <sup>146</sup> Gewiß, die Frage, wie man ein solches Vorgehen rechtstheoretisch einsichtig begründen könne, war

<sup>141</sup> WILHELM ENDEMANN, Das Gesetz vom 21. Juni 1869, betreffend die Errichtung des Bundes-Oberhandelsgerichts zu Leipzig, in: *Archiv für Theorie und Praxis des Allgemeinen deutschen Handelsrechts* 17 (1869), p. XLVII ss., hier p. LXIII.

<sup>142</sup> Zu Endemann vgl. den Eintrag in: *Reichstag des Norddeutschen Bundes 1867–1870*, bearb. von BERND HAUNFELDER und KLAUS ERICH POLLMANN, Düsseldorf 1989, p. 397 s. sowie die Skizze bei SIBYLLE HOFER, *Zwischen Gesetzestreue und Juristenrecht – Die Zivilrechtslehre Friedrich Endemanns* [= Wilhelm Endemanns Sohn], Baden-Baden 1993, pp. 17–19.

<sup>143</sup> Zu ihm jetzt umfassend LOTHAR WEYHE, *Levin Goldschmidt. Ein Gelehrtenleben in Deutschland*, Berlin 1996; dazu THOMAS HENNE, Antijüdische Diskriminierungen gegen Levin Goldschmidt. Anmerkungen zu Ch. Wollschlägers Rezension, in: *ZHR* 162 (1998), p. 722 ss.

<sup>144</sup> LEVIN GOLDSCHMIDT, Anmerkung zu Martin: Zum Andenken an Johann Friedrich Voigt, in: *ZHR* 33 (1887), p. 205 Anm. 1; ganz ähnlich DERS., in: *ZHR* 36 (1889), p. 4 im Nachruf auf den ROHG-Präsidenten Pape.

<sup>145</sup> KLAUS LUIG, Rechtsvereinheitlichung durch Rechtsprechung in den Urteilen des Reichsgerichts von 1879 bis 1900 auf dem Gebiet des Deutschen Privatrechts, in: *ZEuP* 1997, p. 762 ss., hier p. 778.

<sup>146</sup> REGINA OGOREK, Privatautonomie unter Justizkontrolle. Zur Rechtsprechung des [ROHG] (1870–1879), in: *ZHR* 150 (1986), p. 87 ss., hier p. 116.

damit noch nicht ausgelotet, geschweige denn geklärt. Doch die Selbstverständlichkeit, mit der die Richter des obersten deutschen Gerichts seit den 1870er Jahren ihre offensive Judikatur betrieben und sich als Teil des Gesetzgebungsmechanismus betrachteten, liefert einen weiteren Grund, warum Bülow's „Gesetz und Richteramt“ 1885 nicht als spektakulär wahrgenommen wurde. So unzeitgemäß die Abhandlung für Zivilprozeß- und Staatsrechtslehre war,<sup>147</sup> so unauffällig harmonierte sie mit dem längst gefestigten Selbstverständnis führender Justizpraktiker: Es ist kein Zufall, daß der frühere ROHG-Präsident Pape nach dem Erscheinen von „Gesetz und Richteramt“ eine Sitzung der 1. BGB-Kommission mit einem Referat über Bülow's Thesen eröffnete,<sup>148</sup> aber eben keine weiteren Aktivitäten zu Bülow's Verteidigung folgen ließ. Stattdessen schrieb das Reichsgericht 1889 ein Urteil, in dem jedenfalls die Steuerungsfunktion der Judikatur explizit, aber selbstverständlich ohne Bezug auf Bülow formuliert wurde: Es sei, so der 1. Zivilsenat des RG, „nicht die Aufgabe des Gesetzgebers, für jedes sich gestaltende Lebensverhältnis eine besondere Norm zu setzen.“<sup>149</sup> Schon durch die Person des damaligen Senatspräsidenten stand dieser Satz ganz in der Kontinuität früherer ROHG-Entscheidungen: Dem 1. Zivilsenat des RG saß 1889 jener Carl Drechsler vor, der 1870–79 als Vizepräsident des Reichsoberhandelsgerichts judiziert hatte.<sup>150</sup>

Und wendet man sich Bülow's Etatismus zu, so läßt sich ein Gleichklang mit der Rechtsprechung vermutlich nur deshalb nicht umfassend konstatieren, weil insoweit Detailstudien noch Mangelware sind. Doch hat Andreas Thier kürzlich für das Nachbarschaftsrecht herausgearbeitet, wie just ab 1882 (drei Jahre vor der Publikation von Bülow's Schrift!) die liberale Nachbarrechtskonzeption durch ein „tendenziell etatistisches Modell der nachbarlichen Streitschlichtung“ abgelöst wurde.<sup>151</sup> Erst recht aus dem Blickwinkel der Praktiker aus Legisla-

<sup>147</sup> Dazu oben bei Fn. 50 ss.

<sup>148</sup> Dieser Hinweis bei BÜLOW, Verhältnis (Fn. 2), Sp. 771 Fn. 3 a. E. Zu Heinrich Pape vgl. ROSEMARIE JAHNEL, Kurzbiographien, in: WERNER SCHUBERT, *Materialien zur Entstehungsgeschichte des BGB*, Berlin 1978, p. 69 ss., hier p. 79 s. m. w. N.

<sup>149</sup> Urteil des 1. Zivilsenats v. 2. 2. 1889, RGZ 24 (1890), p. 45 ss., hier p. 49.

<sup>150</sup> Zu Drechsler's Funktion als Präsident des 1. Zivilsenats von 1879–97 vgl. SCHAAF, Besetzung der Senate, in: *Fünfzig Jahre Reichsgericht*, hg. von ADOLF LOBE, Berlin 1929, p. 389. Zu Drechsler's Biographie HENNE, Rechtsharmonisierung (Fn. 140), p. 343 Fn. 34 m. w. N.

<sup>151</sup> Vgl. ANDREAS THIER, Nachbarrecht und Industrielle Revolution – actio negatoria und Aufopferungsanspruch in der Rechtsprechung des 19. und 20. Jahrhunderts, in:

tive und Judikative konnte keine Rede von Zäsur oder Diskussionsbeginn sein.

## 7. Was bleibt, auch ohne „Bülow-Mythos“?

Wie Labands „Staatsrecht“ mit der „nationalkonservativen Hauptströmung der Zeit bei Bürgertum und Staatsapparat harmonierte“, <sup>152</sup> so lag auch in Bülow's „Gesetz und Richteramt“ viel von ebendiesem Glauben an die rechtsordnende Macht des Staates, gleich ob sie sich in der Arbeit von Legislative oder Jurisdiktion äußerte. In dieser Perspektive sind die von Bülow vertretenen Thesen gleichsam repräsentativ für die Justizpolitik der arrivierten Nationalliberalen. <sup>153</sup> Doch sind sie wie gezeigt weder Zäsur oder Diskussionsbeginn noch gar ein Beitrag, der kurzerhand aus seinem monarchistischen Entstehungshintergrund gelöst und in die Gegenwart transportiert werden kann. <sup>154</sup> Hier sind also Historisierungen geboten. <sup>155</sup> Doch immerhin darf man „Gesetz und Richteramt“ nach Jherings Plazet als Auszug aus dem nicht erschienenen dritten Band vom „Zweck im Recht“ lesen. <sup>156</sup>

Noch der Rekonstruktion bedarf jedoch die Rezeption von Bülow's kurzer Abhandlung im 20. Jahrhundert. Daß Bülow schon 1906 allgemein und wie gezeigt gegen seinen Willen als „Vorkämpfer der richterlichen Rechtsschöpfung“ galt, <sup>157</sup> scheint vor allem auf eine

*Das BGB und seine Richter. Zur Reaktion der Rechtsprechung auf die Kodifikation des deutschen Privatrechts (1896–1914)*, hg. von ULRICH FALK und HEINZ MOHNHAUPT (im Satz).

<sup>152</sup> STOLLEIS, Geschichte (Fn. 123), Bd. 2, p. 345.

<sup>153</sup> Damit sind sie allerdings keine „anti-liberale Polemik“, wie VOSSIUS (Grundlagen [Fn. 8], p. 181) behauptet – diese These läßt sich wohl nur vertreten, wenn man noch immer von einer „greisenhaften Gewaltenteilungslehre“ (SIMON, Unabhängigkeit [Fn. 4], p. 107) ausgeht. Wenn ein Gegner Bülow's benannt werden soll, so ist er in der Justizstaatslehre zu finden: Deren Ansatz, vorrangig wohlerworbene Rechte der Bürger umfassend durch die (ordentliche) Gerichtsbarkeit vor dem Staat zu schützen, war aber 1885 schon weitgehend überholt.

<sup>154</sup> Letzteres aber bei RÜTHERS, Auslegung (Fn. 4), p. 474: Bei der heutigen normerzeugenden Rolle der Gerichte „handelt es sich um eine Zusammenordnung zweier Gewalten in einem durch die Verfassung geregelten System [...]“. Oskar Bülow hat das in die treffende Formel gefaßt [...] – sicherlich nicht, denn von der heutigen Regelungswirkung einer Verfassung ging Bülow nun gerade nicht aus.

<sup>155</sup> Wie sie z. B. beim angeblichen „Superpositivisten Bergbohm“ schon fortgeschritten sind; zusammenfassend jetzt BERTHOLD KASTNER, Karl Magnus Bergbohm – Werk und Wirkung, in: ARSP 84 (1998), p. 232 ss.

<sup>156</sup> Dazu oben bei Fn. 114.

<sup>157</sup> GÄNGEL, MOLLNAU, Gesetzesbindung (Fn. 2), p. 305.

Vernachlässigung seines *Etatismus* zurückzugehen. Wird nämlich die von Bülow postulierte Rechtsschöpfung ohne ihren etatistischen Ausgangspunkt rezipiert, ist „Gesetz und Richteramt“ kompatibel mit Postulaten der freirechtlich motivierten Debatte. Dies zeigte sich z. B. 1912 in Carl Schmitts früher Studie „Gesetz und Urteil“.<sup>158</sup> Schmitt konnte bei seinen Überlegungen zur „Richtigkeit“ eines Urteils mehrfach auf Bülow zurückgreifen, indem er z. B. bei der *contra-legendem*-Frage auf die schon von Bülow herausgearbeitete Unvermeidlichkeit der richterlichen Rechtsschöpfung hinwies.<sup>159</sup> Auf der Strecke blieb dabei jedoch, daß Bülow aufgrund seines etatistischen Ausgangspunkts eine zu Schmitts damals zentraler Fragestellung konträre These geliefert hatte. Die von Bülow postulierte Verschmelzung von Gesetz und Richteramt als notwendig und harmonisch korrespondierende Teilsubjekte der Rechtsfindung hatte es ihm nämlich ermöglicht, eine ausschließlich *formale* Antwort auf die „Richtigkeit“ eines Urteils zu finden: „Jedes Ergebnis, zu dem [der Richter] gelangt, ist im voraus vom Staate als das *richtige* genehmigt, mit Rechtskraft bedacht!“<sup>160</sup> Hingegen entfaltete Schmitt in seiner Abhandlung *materiale* und Legitimitätskriterien für die „Richtigkeit“ eines Urteils,<sup>161</sup> so daß der grundsätzliche Widerspruch zwischen Schmitt und Bülow durch Schmitts zustimmende Zitate eher verdeckt wird. Schmitts Bezug auf Bülow ist also ein Beispiel für einen Bülow-Mythos, der auf der Vernachlässigung von Bülows *Etatismus* aufbaute. Zur Vermeidung von Mißverständnissen sei schließlich darauf hingewiesen, daß der hier konstatierte Bülowsche *Etatismus* eine adäquate Beschreibung nur vor dem Hintergrund der damaligen Zeit liefert: Wird beispielsweise wie in der Weimarer Republik eine Staatsgerichtsbarkeit thematisiert, meint *Etatismus* etwas grundsätzlich anderes.

Einer ausführlicheren Analyse von Bülows Werk muß zudem vorbehalten bleiben, ob bei ihm ein „Rückgriff [...] auf die konstruktive Begriffsjurisprudenz, die sich aus der Historischen Schule verselbständigt hatte“, konstatiert werden kann.<sup>162</sup> Bülows hier akzentuierte

<sup>158</sup> Berlin 1912 (2., unveränderte Auflage München 1969).

<sup>159</sup> SCHMITT, Gesetz und Urteil (Fn. 158), p. 115 Fn. 1; im Hinblick auf die Vernachlässigung von Bülows *Etatismus* ähnlich Schmitts Hinweis auf Bülow p. 78 Fn. 1.

<sup>160</sup> Gesetz und Richteramt, p. 36; Hervorhebung von den Verfassern.

<sup>161</sup> SCHMITTS Ausgangsfrage war: „Welches normative Prinzip liegt der modernen Rechtspraxis zugrunde?“ (Gesetz [Fn. 158], p. 1).

<sup>162</sup> So zuletzt DUVE, Normativität (Fn. 8), p. 56; ähnlich p. 58 Fn. 157 in Fortführung einer im Jahre 1908 (!) von RÜMELIN, Nekrolog (Fn. 8), p. 10 s. vorgebrachten These, die

Äußerungen lassen sich jedenfalls nur schwer mit üblichen Argumentationssträngen der Begriffsjurisprudenz in Einklang bringen. Zu klären wäre also, ob nicht, wiederum aus den Zeiten der Freirechtsschule, noch ein weiterer „Bülow-Mythos“ überdauert hat.

vor allem durch STINTZING, LANDSBERG, Geschichte (Fn. 120), Bd. III/2, p. 954 aus dem Jahre 1910 [!] weite Verbreitung erfahren hat. Bei VOSSIUS (Grundlagen [Fn. 8]) wird Bülow gleich mit einem Bündel eher widerstreitender Etikettierungen versehen: Neben der „Konstruktionsjurisprudenz“ (p. 137) wird er mit dem Neukantianismus der 1870er Jahre (p. 148) und einer „naturalistische[n] Methode“ (p. 157, 161 und 226) in Verbindung gebracht.