

GNEIST ALS ZIVILRECHTSLEHRER

DIRK EßER*

Wie Sie wissen, fanden die politischen Ideen Gneists¹ auch in Japan einige Beachtung. Als das japanische Kaiserreich am Anfang der achtziger Jahre des 19. Jahrhunderts eine Verfassung plante, entsandte es Delegierte nach Europa. Während zweier langer Aufenthalte in Berlin zwischen Mai 1882 und Februar 1883 berieten sie sich auch mit Gneist und hörten Vorlesungen seines Schülers Albert Mosse, der dann 1886-1889 in Tokio als Berater der japanischen Regierung wirkte. Nach Aufzeichnungen Ito Hirobumis und Ito Miyojis soll Gneist 1882 empfohlen haben, eine abgewandelte preußische Verfassung mit verstärkter Monarchie und geschwächtem Parlament zu oktroyieren. Er empfahl auch, die wohlhabenden Schichten zur Selbstverwaltung heranzuziehen und als oberstes beratendes Gremium einen Staatsrat aus Ministern, hohen Beamten und dem Adel zu ernennen. Nach den Forschungsergebnissen meines akademischen Lehrers Klaus Luig waren die Empfehlungen Gneists für Japan im Ergebnis nicht modern genug.² Von einem gewissen Einfluß Gneists auf die Verfassung von 1889 ist dennoch auszugehen.

Ich will diese Ihnen bestens bekannten Dinge nicht vertiefen. Mein Thema ist das Zivilrecht Gneists. Gneist hat nur einen kleinen Ausschnitt des Privatrechts schriftstellerisch bearbeitet, jedoch als Universitätslehrer auf diesem Gebiet jahrzehntelang mit großem Einfluß gewirkt. Als Grundlage meiner Untersuchung, die in den Jahren zwischen 1992 und 2000 entstanden ist, dienen daher auch nicht seine Publikationen, sondern der Text einer Mitschrift, die ein Kölner Student von der Pandektenvorlesung Gneists um die Mitte des 19. Jahrhunderts in Berlin angefertigt hat. Den bislang nicht zugänglichen Text des Manuskripts habe ich gleichzeitig ediert.

Auch das bestens erforschte Wirken Gneists auf dem Gebiet des Staats- und Verwaltungsrechts kann ich deswegen hier nicht darstellen. Allerdings möchte ich zunächst kurz den Lebensweg Gneists skizzieren.

* Dr. Dirk Eßer ist Richter am Landgericht Köln und war vom 4. bis 29. Oktober 2005 als Gastwissenschaftler im Rahmen des "Project on Development of the Pervasive Method in Teaching Legal Ethics (Program to promote advancement education in graduate law school)" an der Hitotsubashi Universität tätig. Dieser Vortrag, gehalten am 21. Oktober 2005, beruht auf seiner Dissertation "Gneist als Zivilrechtslehrer. Die Pandektenvorlesung des Wintersemesters 1854/55. Mit kommentierter Edition der Vorlesungsnachschrift von Robert Esser. Rechts- und Staatswissenschaftliche Veröffentlichungen der Görres-Gesellschaft, Neue Folge, Band 105, Paderborn (u.a.) 2004". Seine sonstigen Vorträge werden separat als Anhang des Schlußberichts des Projekts veröffentlicht.

¹ Die ausführlichsten Arbeiten sind: Schiffer, Rudolf von Gneist (1929), und Hahn, Rudolf von Gneist (1995). — Siehe ferner Landsberg, Geschichte der deutschen Rechtswissenschaft, Bd. 3/2 (1910), Text S. 963-975, Noten S. 402-405; Heymann, Hundert Jahre Berliner Juristenfakultät, in: Deutsche Juristen-Zeitung 1910, Sp. 1103-1194 (1152 ff.); Luig, Gneist und die japanische Verfassung von 1889, in: Kulturvermittler zwischen Japan und Deutschland (1990), S. 50-77 (bes. S. 62-70); Stolleis, Geschichte des öffentlichen Rechts, Bd. 2 (1992), S. 385-388 (m. w. N.).

² Luig, Gneist und die japanische Verfassung von 1889, in: Kulturvermittler zwischen Japan und Deutschland (1990), S. 50-77 (besonders S. 70 ff.) mit Hinweisen auf die Literatur zum Thema (S. 77). Vgl. auch Ando, Die Entstehung der Meiji-Verfassung (2000), S. 59-68.

A. Gneists Leben und Werk

1. Akademische Laufbahn

Als Friedrich Carl von Savigny im Jahre 1842 zum preußischen Staats- und Justizminister bestellt wurde, beendete er seine Arbeit als akademischer Lehrer an der Berliner Universität. Seinen Lehrstuhl für Römisches Recht übernahm, dem Wunsch Savignys entsprechend, sein Schüler Georg Friedrich Puchta. Puchta hatte den Lehrstuhl bis zu seinem Tode im Jahre 1846 inne. Zu denjenigen Rechtslehrern, die nach 1842 die von Savigny seit der Universitätsgründung in Berlin im Jahre 1812 veranstalteten Pandektenvorlesungen fortsetzten, zählte neben Puchta, Rudorff, Dirksen und Keller auch der Privatdozent Gneist, der zum Zeitpunkt des Ausscheidens Savignys aus der Fakultät 26 Jahre alt war. Gneist veranstaltete zunächst Repetitorien und Examinatorien zum römischen Recht. Seit dem Wintersemester 1844/45 war er auch mit den regulären Pandekten- sowie den davon zumeist getrennten Erbrechtsvorlesungen beauftragt, die er bis Mitte der siebziger Jahre durchführte.

Gneist, 1816 geboren, absolvierte sein rechtswissenschaftliches Studium (1833-1836) mit größtem Erfolg. 1838, also bereits fünf Jahre nach Beginn seines Studiums wurde Gneist unter dem Rektorat des Savigny-Gegners Eduard Gans promoviert; als Dissertation lieferte er eine in lateinischer Sprache verfaßte Arbeit aus dem Bereich des römischen Obligationenrechts ab. Die Habilitation folgte im Jahr danach; Gneist, erst 23 Jahre alt, legte hierzu eine Abhandlung über die Syndikatsklage in Latein sowie eine Arbeit über das Kriminalrecht nach deutschen Rechtsbüchern in deutscher Sprache vor.

Seinen Einstand als Universitätslehrer gab Gneist als Privatdozent noch im folgenden Wintersemester mit Vorlesungen über Straf-, Strafprozeß- und Zivilprozeßrecht. In den nachfolgenden Jahren stellte zunächst das römische Privat- und Prozeßrecht den Schwerpunkt seiner Tätigkeit als akademischer Lehrer dar. Bereits 1850 veranstaltete Gneist jedoch die erste staatsrechtliche Vorlesung („Über das constitutionelle Princip nach englischem Staatsrecht“). Das öffentliche Recht trat, was die Anzahl der Vorlesungen anbetrifft, noch in den fünfziger Jahren gleichwertig neben das Privatrecht und erlangte spätestens mit Aufgabe der Pandekten- und Erbrechtsvorlesungen in den siebziger Jahren die führende Position. Gneist hat jedoch auch, und zwar vom Beginn seiner akademischen Laufbahn bis zu seinem Tode, mit besonderem Interesse stets Straf- und Strafprozeßrecht gelehrt. So schreibt er im Jahre 1884 an einen strafrechtlichen Kollegen, der ihm eines seiner Bücher zugesandt hatte: „... werde mich bemühen, das Werk nach besten Kräften für meine Strafrechts-Vorlesungen zu verwenden, von denen ich jetzt im 48. Jahre noch immer nicht loslassen kann, nachdem ich meine übrigen Vorlesungen längst dem Staatsrecht geopfert habe“. Er stellt sich daher als ein akademischer Lehrer mit einem Spektrum an Rechtsgebieten dar, das sicherlich seinesgleichen sucht.

Obwohl diese Vielseitigkeit, begleitet von großem Lehrerfolg, bereits frühzeitig zutage trat, blieb die Mitgliedschaft in der Berliner Juristenfakultät Gneist noch lange vorenthalten. Zwar wurde er im Jahre 1845 zum außerordentlichen (und bis Ende 1851 unbesoldeten) Professor ernannt, die Bestellung zum Ordinarius erfolgte jedoch erst 1858. 1845 hatte Gneist einen Ruf nach Kiel, 1848 einen weiteren Ruf nach Greifswald abgelehnt. Daß er trotz dieser Verbundenheit mit Berlin und der Universität, an der er selbst studiert hatte, offensichtlich Schwierigkeiten hatte, sich als voll anerkanntes Mitglied der Fakultät durchzusetzen, zeigt

bereits die Tatsache, daß er sich im Jahre 1846 vergeblich um den Lehrstuhl Jherings, mit dem er sich während dessen Berliner Zeit als Privatdozent (1843-1845) angefreundet hatte, in Rostock bemühte.³

Möglicherweise ist die Verweigerung der Berufung *Gneists* zum ordentlichen Professor auf politische Gründe im Zusammenhang mit seiner Beteiligung an den Berliner Ereignissen von 1848 zurückzuführen. Zumindest offiziell wurden jedoch von Seiten der juristischen Fakultät noch im Jahre 1855 Zweifel an der wissenschaftlichen Eignung des Privatdozenten als Begründung dafür angeführt, warum man die Bewerbung *Gneists* um eine Stelle als ordentlicher Professor auch 16 Jahre nach dessen Habilitation nicht befürworten wollte. Die Argumentation *Gneists*, der in seiner Bewerbung darauf hingewiesen hatte, daß seine Vorlesungen außergewöhnlich gut besucht seien, wurde von der Fakultät nicht anerkannt. Man bezweifelte, ob „es die höheren Eigenschaften eines Lehrers, die wissenschaftliche Tiefe und Gediegenheit, der Sporn zur Überwindung der nicht verschwiegenen Schwierigkeiten, die Entwicklung und Veranschaulichung der Rechtsregeln, oder das Gegenteil von diesem allen ist, was die große Menge in seine Vorlesungen zieht“.⁴ Auch aufgrund der Veröffentlichungen *Gneists* wollte man seine Bewerbung nicht unterstützen. An dem aus seiner Dissertation hervorgegangenen Buch über „Die formellen Verträge des neueren römischen Obligationenrechts“ (Berlin 1845) vermißte man die nötige Selbständigkeit; die seither erschienenen Werke seien teils „politische Broschüren, theils wenigstens nicht eigentlich und ausschließlich juristischen Inhalts (...); theils endlich bloße im wissenschaftlichen Verein gehaltene und daher mehr schönwissenschaftliche Vorträge“.⁵ *Gneists* Gesuch wurde dementsprechend abgelehnt.

Noch vor Beginn der Neuen Ära beim Regierungsantritt König Wilhelms I. im Jahre 1858 versuchte *Gneist* erneut, eine ordentliche Professur zu erlangen. Zwischenzeitlich hatte er offenbar an der Fakultät großen Einfluß erlangt. Seine Bewerbung war jetzt erfolgreich: angesichts des fortdauernden großen Lehrerfolges sowie des zwischenzeitlich erschienenen Buches über englisches Verfassungs- und Verwaltungsrecht konnte die Fakultät ihre Argumentation nun nicht mehr aufrecht halten und widersetzte sich der Beförderung des jungen Kollegen nicht länger. Allerdings ist auch das Gutachten vom 5. Mai 1858 nicht frei von Kritik. Insbesondere die Tendenz *Gneists*, die Darstellung des englischen Rechts und seiner geschichtlichen Entwicklung für Preußen unmittelbar rechtspolitisch fruchtbar zu machen, stieß auf das Mißbehagen seiner Kollegen.

Rudolf *Gneist* wurde endlich am 20. Juli 1858 — gleichzeitig mit dem Germanisten Georg Beseler — zum ordentlichen Professor an der Königlichen Friedrich-Wilhelms-Universität in Berlin ernannt. Damit war er endlich ganz in die Fakultät integriert.

War nach seiner Installation als Ordinarius auch *Gneists* Stellung in der Fakultät gefestigt, so gab es offenbar in der Regierung zunächst noch Vorbehalte gegen ihn. 1861 fühlte sich *Gneist* nach Kellers Tod durch die — gegen den Antrag der Fakultät erfolgte — Berufung von Karl Georg Bruns auf den neu zu besetzenden romanistischen Lehrstuhl desavouiert, wie er — seit 18 Jahren de facto „erster Pandektist“ der Berliner Universität — in einem Brief an

³ Vgl. Schiffer, Rudolf von *Gneist* (1929), S. 13 sowie den Brief *Gneists* an *Jhering* vom 17. August 1846, in: Behrends (Hrsg.), Rudolf von *Jhering* (1992), S. 106 f.

⁴ Gutachten der Juristischen Fakultät für das Unterrichtsministerium vom 20. April 1855, teilweise abgedruckt bei Lenz, Geschichte der Königlichen Friedrich-Wilhelms-Universität zu Berlin, Bd. 2/2 (1918), S. 284 f.

⁵ Quelle: siehe oben Fußnote 4.

Mittermaier äußerte. Gneist sah den Grund für die Berufung von Bruns in „reiner Liebhaberei und Savignyschem Schul-Parteiwesen“.⁶ Bruns sollte das Doppelte von Gneists Gehalt beziehen. Gneist erwog einen Wechsel nach Heidelberg. Wegen seines großen Lehrerfolges konnte Kultusminister Bethmann-Hollweg allerdings dazu bewogen werden, ihn durch Bewilligung einer Zulage in Berlin zu halten.

Seine Vorlesungen führte Gneist trotz der verschiedenen anderen Aufgaben bis ins hohe Alter fort. Erst vier Wochen vor seinem Tod ließ sich der schwerkranke 79jährige von seiner Verpflichtung zu Vorlesungen im Wintersemester 1895/96 befreien.

Eine „Schule“ hat der Universitätsprofessor Gneist nicht begründet; unter seinen zahlreichen Schülern seien hier nur Hugo Preuß (1860-1925), maßgeblicher Urheber der Weimarer Reichsverfassung und im Jahre 1919 kurzzeitig Reichsinnenminister, sowie Max Weber (1864-1920) erwähnt, der von Gneists Staatsrechtsvorlesungen besonders beeindruckt war.

2. Wirken als Praktiker

Nach der Tätigkeit als Referendar und Assessor begann Gneists Laufbahn in der Rechtspraxis im Jahre 1847. Am 22. Januar wurde er zum — unbezahlten — „Hilfsarbeiter“ beim Preußischen Obertribunal ernannt; seinen Lebensunterhalt verdiente er einstweilen als Privatdozent und Privatrepetitor junger Adeliger; bis 1851 war auch die außerordentliche Professur, die Gneist 1845 erhalten hatte, nicht mit einem Gehalt verbunden. Gneists Zuständigkeit als Hilfsrichter beim Obertribunal erstreckte sich auf die Berichterstattung in Ehescheidungs-, Erbschafts- und Strafsachen im 1. Senat und im Plenum des Obertribunals. Als ihm 1848 die Versetzung nach Greifswald angeboten wurde, stellte er ein Gesuch auf Zusicherung einer Stelle als Rat am dortigen Oberappellationsgericht; diese wurde vom Justizministerium am 7. August 1848 abgelehnt. Ende 1849 kündigte das Ministerium auch die Hilfsarbeiterstellung Gneists beim Berliner Obertribunal. Zur Begründung dieser Entscheidung wurde darauf verwiesen, Gneist sei durch andere Geschäfte überlastet gewesen. Der eigentliche Grund dafür dürfte aber das politische Engagement des jungen Juristen im Umfeld der Revolution von 1848 gewesen sein. Gneist zog selbst die Konsequenzen und beantragte die Entlassung aus dem Justizdienst, die daraufhin am 19. Dezember 1849 ausgesprochen wurde.

Erst nach der Gründung des Preußischen Oberverwaltungsgerichts erlangte Gneist wieder ein Amt in der Justiz: am 3. November 1875 wurde ihm als Nebenamt eine Stelle als Rat und stellvertretender Vorsitzender am Oberverwaltungsgericht übertragen.

In der Zwischenzeit beschränkte sich Gneists richterliche Tätigkeit auf seine von 1858 bis 1895 dauernde Mitgliedschaft in der Juristischen Fakultät der Berliner Universität, die bis gegen Ende des 19. Jahrhunderts als Spruchkollegium wirkte.⁷ Aufgrund des schwindenden Aufgabenbereichs der Spruchkollegien war dieses Gremium in den Augen Gneists alleine nicht tauglich, die für ihn unabdingbare Verzahnung von Wissenschaft und Praxis durch Tätigkeit der Rechtslehrer in der Rechtsanwendung hinreichend zu gewährleisten. Nach dem Tode

⁶ Brief vom 30.7.1861, s. Hahn (Hrsg.), Briefwechsel Mittermaier-Gneist (2000), S. 127.

⁷ Seckel, Zur Geschichte der Berliner Juristenfakultät als Spruchkollegium, in: Lenz, Geschichte der Königlich-Friedrich-Wilhelms-Universität zu Berlin, Bd. 3 (1910), S. 448-479.

seines Freundes Beseler, des letzten Ordinarius des Spruchkollegiums, im Jahre 1888 oblag Rudolf von Gneist noch annähernd sieben Jahre als dienstältestem Mitglied die Leitung des Kollegiums.

3. Staats- und Verwaltungsrecht

Zum Schwerpunkt der wissenschaftlichen Tätigkeit des Juristen Gneist entwickelte sich bereits frühzeitig, nämlich seit Anfang der fünfziger Jahre, das öffentliche Recht. Auf die Einzelheiten kann ich hier nicht eingehen. Wichtig ist allerdings, dass Gneists öffentlich-rechtlichen Arbeiten die 1850 entwickelte Gesellschaftstheorie Lorenz von Steins (1815-1890) zugrunde liegt,⁸ nach der ein natürlicher Gegensatz zwischen „Staat“ und „Gesellschaft“ besteht. Dieser ergibt sich aus der Doppelnatur des Menschen als sittliches und wirtschaftliches Wesen. Unter „Gesellschaft“ wird dabei der in Klassen gegliederte Organismus menschlichen Zusammenlebens verstanden, dessen Ordnungsprinzipien der Erwerb und Besitz von Gütern sind. Der „Staat“ hingegen ist der persongewordene Organismus des allgemeinen Willens. Er strebt, von seinem Prinzip der sittlichen Pflicht gegen das Ganze ausgehend, nach Freiheit und persönlicher Entwicklung eines jeden Einzelnen. Die „Gesellschaft“, die auf dem (Klassen-)Interesse als grundlegendem Prinzip basiert, behindert diese Entwicklung durch die Bildung unterschiedlicher Klassen und deren Ringen um Behauptung und Herrschaft. In seiner 1872 erstmals erschienenen Schrift „Der Rechtsstaat“ führt er die Zustände in Preußen in der Zeit von 1849 bis 1858 darauf zurück, daß sich die gesellschaftlichen Partei-Interessen im konstitutionellen Staat „an die Stelle des Rechts“ gesetzt hatten.

Gneist, der als Teil einer „sozialwissenschaftlich ausgreifenden Juristentradition“ (Nipperdey)⁹ auf diesen Theorien Steins aufsetzte, sah nun im Recht und besonders im öffentlichen Recht das Mittel, um den Gegensatz zwischen Staat und Gesellschaft aufzulösen. Diesem Ziel dienten seine gesamten staats- und verwaltungsrechtlichen Konzepte. In erster Linie gilt dies für den Gedanken der Selbstverwaltung. Dieser wurde von Gneist bereits 1849, also noch ohne Beeinflussung durch die Gesellschaftslehre Lorenz von Steins, am Beispiel der Laienbeteiligung an der Rechtsprechung¹⁰ entwickelt. Unter „Selbstverwaltung“ ist nach Gneists „altmodisch wertbezogen“ (Nipperdey)¹¹ begründeter Lehre indes nicht die auf einem eigenen Recht beruhende Autonomie, besonders von Gemeinden und anderen Körperschaften, zu verstehen. Der Gedanke einer solchen — *demokratischen* — Selbstverwaltung, wie sie dem deutschen und französischen Liberalismus im 19. Jahrhundert bereits vorschwebte, war Gneist eher suspekt. Er entwickelte dagegen das Programm einer *obrigkeitlichen* Selbstverwaltung, durch welche den einflußreichsten Repräsentanten der

⁸ Hauptwerk: Die Geschichte der sozialen Bewegung in Frankreich von 1789 bis auf unsere Tage, 3 Bände, 1850; vgl. etwa Loening, Rudolf v. Gneist. Ein Nachruf, in: [Münchener] Allgemeine Zeitung, Beilage Nr. 179, S. 4, sowie — auch mit Nachweisen zum aktuellen Forschungsstand — Hahn, Rudolf von Gneist (1995), S. 60 ff.

⁹ Deutsche Geschichte 1800-1866 (1993), S. 522.

¹⁰ Gneist, Die Bildung der Geschworenengerichte in Deutschland mit besonderer Rücksicht auf England und Frankreich nebst einem Gesetzentwurf, Berlin 1849. Zu Gneists Selbstverwaltungslehre wohl am ausführlichsten: Heffter, Die deutsche Selbstverwaltung im 19. Jahrhundert (1950), S. 372-403. Vgl. auch Redlich, Englische Lokalverwaltung (1901), S. 745-790.

¹¹ Nipperdey, Deutsche Geschichte 1866-1918, Bd. 1 (1990), S. 660.

„Gesellschaft“ (im Sinne Lorenz von Steins) verbindlich aufgegeben wurde, statt ihrer eigenen Klasseninteressen nunmehr das auf das allgemeine Wohl gerichtete Prinzip des „Staats“ zur Verwirklichung zu bringen. Das Mittel dafür war die Aufzwingung von Ehrenämtern durch den Staat an den Adel und das höhergestellte Bürgertum. Das Ehrenamt in der Selbstverwaltung beruht demnach nicht auf einem *Recht* seines Inhabers, sondern wird vom Staat oktroyiert und ist demnach Ausdruck der *Pflicht* des Amtsinhabers gegenüber der Gemeinschaft. Vorbild ist auch hier England: „Deutschlands Zukunft beruht, wie Englands ganze Geschichte, auf der Mäßigung und dem Gemeinsinn der besitzenden Klassen“.¹² Gneists Konzept der *zwangsweisen* Übertragung von Ehrenämtern zeigt allerdings eine gewisse Skepsis, was seine Einschätzung der Frage angeht, wieweit Mäßigung und Gemeinsinn in den besitzenden Klassen verbreitet sind.

Neben der Inpflichtnahme der gesellschaftlichen Kräfte für die staatlichen Interessen war jedoch in den Augen Gneists auch eine Begrenzung der Machtsphäre des Staates erforderlich. Ein Mittel zur Erreichung dieses Zieles war die Selbstverwaltung, durch die dem Berufsbeamtentum ein starker ehrenamtlicher Verwaltungszweig zur Seite gestellt werden sollte. Weiter war jedoch nach Gneist erforderlich, daß sich alle staatliche Tätigkeit nach Recht und Gesetz ausrichte. So widmete er einen großen Teil seines schriftstellerischen Werkes dem „Rechtsstaat“. Dessen wesentliches Merkmal war für Gneist eine „Regierung des Staates nach Gesetzen und durch Gesetze“,¹³ d. h. eine Regierung durch „Staatseinrichtungen, die auf Gesetzen ruhen und durch Gesetze verbürgt sind“. Dies erforderte die Kontrolle der staatlichen Tätigkeit durch eine eigene Verwaltungsjurisdiktion. Diese sollte zwar nicht in erster Linie dem Rechtsschutz des Einzelnen gegen die staatlichen Gewalten dienen, sondern vielmehr „staatsintern“ die Einhaltung des objektiven Rechts und insbesondere die Unparteilichkeit der Verwaltungstätigkeit gewährleisten. Dadurch wird die Ablehnung der sogenannten „justizstaatlichen“ Richtung¹⁴ der deutschen Staatsrechtswissenschaft durch Gneist verständlich. Diese von Otto Bähr repräsentierte Schule forderte die Übertragung der Verwaltungsjurisdiktion auf die ordentlichen Gerichte. Letztere erschienen aber Gneist als nicht geeignet für die Tätigkeit auf öffentlich-rechtlichem Gebiet, da ihren Mitgliedern die für die Entscheidung von Verwaltungssachen erforderliche Fachkenntnis fehlte. Stattdessen sollten für Verwaltungssachen eigene Spruchkörper geschaffen werden, die in den unteren Instanzen organisatorisch in die Verwaltung integriert sein sollten. Damit konnte man auch den Widerspruch der Bähr'schen Konzeption zur Doktrin der Gewaltenteilung vermeiden, weil sich die Verwaltung gewissermaßen selbst kontrollierte. Lediglich die letzte Instanz, der Verwaltungsgerichtshof, sollte als unabhängiges Gericht konstituiert werden.

¹² Gneist, Adel und Ritterschaft in England, 2. Abdruck (1853), S. 44.

¹³ Loening, Rudolf v. Gneist. Ein Nachruf, in: [Münchener] Allgemeine Zeitung 1895, Beilage Nr. 180, S. 2.

¹⁴ Zu dieser Diskussion Wichardt, Die Rechtsprechung des Königlich Preußischen Oberverwaltungsgerichts zur Vereins- und Versammlungsfreiheit (1976), S. 12 ff. sowie ausführlich Kohl, Das Reichsverwaltungsgericht (1991), S. 16 ff., ferner Ogorek, Richterkönig oder Subsumtionsautomat? (1986), S. 328 ff. Die Bezeichnung „justizstaatliche Richtung“ hält von Unruh für unzutreffend: Verwaltungsgerichtsbarkeit im Verfassungsstaat (1984), S. 36.

4. Politische Karriere

Neben die theoretischen Arbeiten auf dem Gebiete des öffentlichen Rechts stellte Gneist von Beginn an sein Engagement als Politiker in seiner Heimatstadt Berlin sowie auf preußischer und Reichsebene.

Dieses Engagement begann am 15. Mai 1845 mit der Wahl Gneists in die Berliner Stadtverordnetenversammlung. Während der Revolution von 1848 wirkte Gneist in diesem Gremium zunächst eher mäßigend: als am 10. Juni 1848 die Stadtverordnetenversammlung ihre Stellung als — gemeinsam mit dem Magistrat — alleinige Vertretung der Einwohnerschaft Berlins proklamierte, erfolgte dies gegen die Stimme Gneists, der den politischen Anspruch der Verordneten zwar begrüßte, das kommunale Gremium für einen solchen Schritt jedoch für zu schwach hielt.

Die Auflösung der Bürgerwehr, die Verlegung der preußischen Nationalversammlung nach Brandenburg sowie der Verfassungsoktroi vom 5. Dezember 1848 stießen jedoch auf den Widerstand Gneists, der gehofft hatte, der politische Konflikt zwischen Regierung und Nationalversammlung lasse sich gleichsam als Rechtsfall erledigen, und es bestehe eine Chance, Krone, Regierung und Nationalversammlung auf den Weg der Legalität und des Kompromisses zu führen. Die Gründe für seine Ablehnung der genannten Schritte des Ministeriums Brandenburg-Manteuffel legte Gneist dem Prinzen Wilhelm persönlich dar, als er mit einer Delegation der Stadtverordnetenversammlung in Potsdam um Vermittlung des Prinzen bat. Konsequenterweise protestierte die Stadtverordnetenversammlung am 12. November 1848 ebenfalls auf Gneists Initiative gegen diese Schritte und verlangte die Abberufung des Ministeriums Brandenburg-Manteuffel.

Dagegen konnte Gneist am 15. November 1848 eine ablehnende Note der Stadtverordneten an die preußische Nationalversammlung bezüglich des von dieser geplanten Steuerverweigerungsbeschlusses durchsetzen. Wie Gneist über die rechtliche Seite der Steuerverweigerung dachte, ist nicht bekannt; politisch hielt er diese Maßnahme jedenfalls für falsch, sie war in seinen Augen ein untaugliches Mittel, eine „kraftlose Geste“.

Gneists wenig pragmatische Vorgehensweise am Ende des Jahres 1848 hatte zur Folge, daß er es sich mit beiden Seiten verdarb: von Seiten der Regierung wurde ihm die exponierte Beteiligung an der Revolution vorgeworfen, die Opposition verübelte ihm das Eintreten gegen die Steuerverweigerung. Als er dann im Februar 1849 als Kandidat der Linken bei den Wahlen zur preußischen Nationalversammlung scheiterte, bedeutete dies eine Unterbrechung der politischen Karriere Gneists für rund zehn Jahre. Auf den Verlust seines Amtes als Hilfsrichter beim Obertribunal wurde bereits hingewiesen.

Erst der Beginn der Neuen Ära, die durch die Übernahme der Regentschaft durch den Prinzen Wilhelm im Oktober 1858 eingeläutet wurde, nahm Gneist seine politische Tätigkeit wieder auf. Während langer Jahre nahm er gleichzeitig Abgeordnetenmandate auf kommunaler, Landes- und Reichsebene wahr. Er war erneut Berliner Stadtverordneter (1858-1875), Mitglied des Preußischen Abgeordnetenhauses, des Preußischen Staatsrates (ab 1884) und des Reichstages.

Während der Diskussion um die Auflösung der Landwehr und des preußischen Verfassungskonfliktes (1862-1866) nahm Gneist, der im Abgeordnetenhaus zunächst der liberalen Fraktion, später dem linken Zentrum angehörte, trotz moderater liberaler Haltung

(Nipperdey)¹⁵ die Rolle eines „geistigen Führers der Opposition“ wahr. Er lieferte sich scharfe Auseinandersetzungen mit der Regierungsseite, darunter ein berühmt gewordenes Rededuell mit dem Kriegsminister von Roon.¹⁶

Nach Beendigung des Verfassungskonfliktes im Jahre 1866 löste sich über unüberwindbaren Gegensätzen die Fortschrittspartei auf; Gneist trat der neugegründeten Nationalliberalen Partei bei. In der Folgezeit überdeckte seine „gouvernementale Ausrichtung ... allmählich den partizipatorischen Ausgangspunkt des politischen Liberalismus“, und Gneist wurde Gefolgsmann Bismarcks, den er bei dessen großen innenpolitischen Feldzügen gegen Sozialdemokratie und katholische Kirche unterstützte. Er wurde 1867 vom Wahlkreis Elberfeld-Barmen in den konstituierenden Reichstag gewählt und von Bismarck häufig als Berater hinzugezogen. Er stimmte der Deutschen Reichsverfassung von 1871 zu. Die Berufung in ein hohes Staatsamt blieb dem Politiker Gneist jedoch versagt, obwohl er zweimal, 1871 und 1878, als neuer preußischer Kultusminister im Gespräch war. Immerhin blieb Gneist auch im Kaiserreich stets politisch aktiv, während viele Wissenschaftler die Politik zunehmend Berufspolitikern überließen. Im Frühjahr 1888 erteilte er dem Prinzen Wilhelm, als dessen Thronbesteigung wegen des hohen Alters seines Großvaters und der Krankheit seines Vaters absehbar wurde, Privatunterricht über rechtliche und staatswissenschaftliche Fragen, vor allem über die Machtbefugnisse des Kaisers. Bismarck, der Gneist für diese Aufgabe vorgeschlagen hatte, mußte allerdings offenbar zunächst einen gewissen Widerstand Kaiser Wilhelms I. überwinden, der gegen Gneist wegen „früherer divergierender politischer Anschauungen“ (Prinz Wilhelm) — also seiner Rolle im Revolutionsjahr 1848/49 — Vorbehalte hatte. Wilhelm erwies sich indes in Gneists Augen als nicht besonders gelehrig.¹⁷

Für soziale Belange setzte sich Gneist, anders als es Stolles' Bemerkung¹⁸ vermuten läßt, nicht erst mit der „Entdeckung“ der sozialen Frage durch die Reichspolitik 1881 ein. Die Liste seiner Publikationen zeigt, daß er dem Aspekt der staatlichen Fürsorge bereits frühzeitig seine Aufmerksamkeit schenkte. Schon 1872 zählte er zudem zu den Gründern des „Vereins für Socialpolitik“, dessen erster Präsident er zwei Jahre lang war; dem Centralverein für das Wohl der arbeitenden Klassen gehörte er seit 1851 an und stand ihm von 1869 bis 1895 vor.¹⁹

5. Gneist als Zivilrechtler

Im Gegensatz zur reichen öffentlich-rechtlichen Gneist-Literatur fehlte es völlig an Untersuchungen über sein Wirken auf dem Gebiet des Zivilrechts, in welchem er seine wissenschaftliche Laufbahn begonnen hat. Dies hat seinen Grund wohl vorwiegend darin, daß Gneist trotz seiner langjährigen Vorlesungstätigkeit weder ein Lehrbuch der Pandekten noch ein sonstiges für das breite Publikum bestimmtes zivilrechtliches Werk veröffentlicht hat.

¹⁵ Nipperdey, *Deutsche Geschichte 1866-1918*, Bd. 2 (1992), S. 35, 37

¹⁶ S. die Auszüge aus dem Protokoll der Sitzung des Abgeordnetenhauses vom 5. Mai 1865 bei Schiffer, *Rudolf von Gneist* (1929), S. 125-130, den Bericht bei Poschinger, *Bismarck und die Parlamentarier*, Bd. 1 (1894), S. 321 f. sowie Wehler, *Deutsche Gesellschaftsgeschichte*, Bd. 3 (1995), S. 276: „... Gneist, dessen ‚Landwehrliberalismus‘ längst unerbittlicher Opposition gewichen war ...“.

¹⁷ Vgl. Röhl, *Wilhelm II.* (1993), S. 766.

¹⁸ Stolles, *Geschichte des öffentlichen Rechts*, Bd. 2 (1992), S. 388.

¹⁹ Zu beiden Vereinen und Gneists Rolle in ihnen: Hahn, *Rudolf von Gneist* (1995), S. 226 ff.; Luig, *Soziale Monarchie*, in: *SZGerm* 1994, S. 469 f.; zu Funktion und Einfluß des Vereins für Socialpolitik auch Rückert, *Autonomie des Rechts* (1988), S. 50.

Gneist hat zu Beginn seiner Laufbahn drei Veröffentlichungen zum Zivilrecht hervorgebracht, die streng genommen zusammengehören. Sie alle beschäftigen sich mit dem Thema „abstrakte Schuldverträge“. Zunächst erschien im Jahre 1838 seine Dissertation, die Gneist in den folgenden Jahren zu einer Monographie umgearbeitet hat, die 1845 unter dem Titel „Die Formellen Verträge des neueren römischen Obligationenrechts in Vergleichung mit den Geschäftsformen des griechischen Rechts“ erschien. Wie bereits erwähnt, stieß dieses Werk nicht nur auf Zustimmung. Von Seiten der Fakultätskollegen etwa wurde Gneist mangelnde Originalität vorgeworfen. Auf die Kritik reagierte Gneist im Jahre 1858 mit einer wiederum in lateinischer Sprache verfaßten, 16 Seiten umfassenden Schrift.

Einige weitere Veröffentlichungen Gneists berühren das Privatrecht lediglich am Rande, etwa seine — von ihm selbst als „Studentenbuch“²⁰ bezeichnete — synoptische Ausgabe der Institutionen Justinians und Gaius²¹ oder die Arbeiten zur obligatorischen Zivilehe²² und zur Prüfungskompetenz des Richters.²³ Mit den zuletzt genannten Beiträgen verfolgte Gneist in erster Linie rechtspolitische Zwecke.

Gneist hat sich in der Mitte seines Lebens sehr eindeutig vom Privatrecht abgewandt. Diese Abwendung war nach seinen eigenen Worten auch eine Abkehr von der historischen Schule, von deren Hauptvertretern (vor allem Savigny, aber auch Rudorff, Dirksen, Homeyer, von Lancizolle) er ausgebildet worden war. 1888 sagte er über die historische Schule:

„Ihre Lehren waren richtig und sind es noch heute; nur umfaßten sie nicht die ganze Wahrheit.“²⁴

In einer Rede anlässlich der Feier seines 70. Geburtstags im Juli 1886 führte Gneist aus:

„Ich bin vielmehr schrittweise auf ganz andere Wege und Abwege gekommen. Durch die Familientradition war ich zunächst in die juristische Praxis gekommen und hatte durch eigenthümlich persönliche Beziehungen schon in den letzten Regierungsjahren Friedrich Wilhelms III. eine nähere Einsicht in die Lage unserer Staatsverwaltung erhalten, die mich aus tiefster Überzeugung in eine Reformbewegung hineinzog, eine Zeitlang der historischen Rechtsschule entfremdete und in Widerspruch mit der damals herrschenden Richtung in der Juristenwelt brachte (...) Statt den stillen rechtshistorischen Studien zu leben, habe ich fast ein halbes Jahrhundert mich mitten in den Wogen einer politisch bewegten Zeit befunden und habe unter den schwersten Wendungen unseres Verfassungslebens sogar mitten in der Brandung stehen müssen.“²⁵

Es war somit wohl der Drang, unmittelbar wahrnehmbare Veränderungen zu bewirken, der Gneist in die näher an der Rechtspolitik gelegenen Gebiete des öffentlichen Rechts führte.

²⁰ Brief an Mittermaier vom 30.4.1858, s. Hahn (Hrsg.), Briefwechsel Mittermaier — Gneist (2000), S. 115.

²¹ *Institutionum et regularum iuris romani syntagma* (1858). Eine zweite Auflage erschien im Jahre 1880.

²² Referate über den Antrag, die Civilehe als einzig berechnete Eheschließungsform anzuerkennen und das *connubium* zwischen Christen und Nichtchristen freizugeben, in: Verhandlungen des 8. Deutschen Juristentages Heidelberg 1869, Bd. 2, S. 29-41, 329-338.

²³ Gutachten über die Gesetzgebungsfrage: „ob der Richter auch über die Frage zu befinden hat, ob ein Gesetz verfassungsmäßig zu Stande gekommen“, in: Verhandlungen des Vierten Deutschen Juristentages Mainz 1863, Bd. 1, S. 212-239.

²⁴ Schiffer, Rudolf von Gneist (1929), S. 65.

²⁵ Weite Teile dieser Rede sind abgedruckt bei Liebmann (Hrsg.), Die juristische Fakultät der Universität Berlin (1910), S. 128 f.

Daneben dürfte aber auch eine gewisse Enttäuschung über die Entwicklung in der Wissenschaft vom gemeinen Recht eine Rolle gespielt haben. In einem Gesuch Gneists an den preußischen Kultusminister vom 10. April 1873 heißt es:

„Der Rückschritt in eine völlige Trennung der Theorie von der Rechtsanwendung macht sich in einer neusten Richtung der Romanisten geltend als völlige Losreißung von dem praktischen gemeinen Recht und ziemlich willkürliche Konstruktion eines modernen *jus gentium* unter dem Namen Pandecten. Ich gestehe, daß ich als 30jähriger Pandecten-Lehrer keine volle Befriedigung mehr in diesen Arbeiten finde.“

Die Ursache für die von ihm beklagte Fehlentwicklung war, wie aus diesem Schreiben hervorgeht, für Gneist hauptsächlich der Rückgang der Verbindung der an der Universität gelehrten Rechtswissenschaft mit der Praxis im Richteramt.

Hat Gneist auch nur einen kleinen Ausschnitt des Privatrechts schriftstellerisch bearbeitet, so war sein Wirken auf diesem Gebiet doch sicher sehr viel bedeutender, als es danach erscheinen mag. Eine ganze Generation von Juristen ist an Deutschlands bedeutendster Universität von Gneist eben auch im Privatrecht ausgebildet worden.

Die Pandektenvorlesung hat Gneist zwischen dem Wintersemester 1844/45 und dem Wintersemester 1868/69 in insgesamt 24 Semestern veranstaltet, davon viermal mit Einbeziehung des Erbrechts. Dazu kommen 29 separate Erbrechtovorlesungen zwischen dem Wintersemester 1843/44 und dem Wintersemester 1875/76 sowie weitere Lehrveranstaltungen.

B. Die Quelle: Pandektenvorlesung des Wintersemesters 1854/55

Die von Robert Esser aufgezeichnete Vorlesung umfaßt das gesamte Pandektenrecht, also auch das Erbrecht. Dies bedarf gesonderter Erwähnung, denn organisatorisch waren die Pandektenvorlesung und die Erbrechtovorlesung selbständige Veranstaltungen, die bisweilen auch von unterschiedlichen Dozenten abgehalten wurden. Für die Erbrechtovorlesung waren auch eigene Vorlesungszeiten reserviert, nämlich drei Wochenstunden (Mittwoch 11-13 Uhr, Samstag 11-12 Uhr), während die Pandektenvorlesung täglich von 9 bis 11 Uhr stattfand.²⁶ Insgesamt ergibt sich damit eine Wochenstundenzahl von 13 oder 15. Geht man von einer Vorlesungszeit von rund fünf Monaten aus, so beträgt die Gesamtdauer der Vorlesung zwischen 260 und 300 Stunden. Das würde bedeuten, daß etwa 4 Seiten der Mitschrift eine Vorlesungsstunde betreffen.

Gneist hat aber mit hoher Wahrscheinlichkeit die organisatorische Trennung von Pandekten- und Erbrechtovorlesung nicht eingehalten. Dafür spricht einmal die Integrierung des Erbrechtsteils in die fünf Bände der Pandektenmitschrift durch Robert Esser, und zwar als vierter Band. Genauerer Aufschluß läßt sich aber durch eine Betrachtung der sogenannten Exkurse erzielen, die in fortlaufender Numerierung die gesamte Mitschrift durchziehen. Die Zählung der Exkurse spricht dafür, daß Gneist zunächst Sachen-, Obligationen- und

²⁶ Verzeichniß der Vorlesungen, welche von der Friedrich-Wilhelms-Universität zu Berlin im Winterhalbjahre vom 16. October 1854 bis zum 24. März 1855 gehalten werden, Berlin 1854. Ob die Pandektenvorlesung auch samstags stattfand, läßt sich dem Vorlesungsverzeichnis nicht entnehmen.

Familienrecht, dann die Allgemeinen Lehren (Exkurse 31-33) und erst zum Schluß das Erbrecht (Exkurse 36-42; die Exkurse 34 und 35 werden im Manuskript nicht erwähnt) vorgetragen hat. Im Manuskript Brecht ist diese Reihenfolge auch bei der Anordnung der einzelnen Teile der Vorlesung bei der Bindung berücksichtigt worden. Schließlich gibt es noch ein weiteres Indiz: auf der Titelseite des Erbrechts-Bandes lautet die Überschrift „Erbrecht nach Prof. Gneist“ — ganz wie in Band 1 „Pandekten nach Prof. Gneist“, während in den übrigen Bänden nur das Rechtsgebiet angegeben ist. Es liegt also der Schluß nahe, daß Gneist die Vorlesungen als — organisatorische — Einheit behandelt, dabei aber das Erbrecht erst am Ende, also nach den Allgemeinen Lehren vorgetragen hat.

Für die Annahme, daß das Manuskript durchgehend auf unmittelbarer Mitschrift während der Vorlesung, möglicherweise sogar auf direktem Diktat des Dozenten beruht, spricht auch der Umstand, daß es in juristischen Vorlesungen um die Mitte des 19. Jahrhunderts durchaus nicht unüblich war, daß der Dozent den Studenten regelrecht diktierte. So heißt es in einem autobiographischen Bericht Victor Ehrenbergs über die Göttinger Institutionenvorlesung von E. O. Hartmann:

„Er diktierte die ganze Stunde hindurch ohne Geist und Originalität (...); man bekam ein sogenanntes gutes, d. h. umfangreiches Heft.“²⁷

Über die Leipziger Pandektenvorlesung von Wächter und Schmidt berichtet Ehrenberg:

„Wächter las vormittags täglich zwei Stunden über den Allgemeinen Teil der Pandekten und die Lehre vom Besitz, Schmidt nachmittags ebenfalls zwei Stunden über die besonderen Teile der Pandekten; es war bei den sächsischen Studenten Stil, beide nebeneinander zu hören, und leider ließ auch ich mich dazu bestimmen, In den letzten Wochen wurde von jedem noch eine Stunde täglich zugelegt. So habe ich denn ein langes, langes Wintersemester hindurch wöchentlich 24stündig und schließlich 36stündig die Pandekten über mich ergehen lassen müssen, und zwar wiederum als Diktat Wort für Wort; konnten die Zuhörer nicht folgen, so wurde mit den Füßen gescharrt, und dann wiederholte der Vortragende den letzten Satz. Dabei wurde das lederne Lehrbuch von Arndts zugrunde gelegt, und von Wächter bekam man noch gratis einen großen Stoß gedruckter Beilagen“.²⁸

Die so in den Vorlesungen entstehenden Hefte wurden von den Hörern zumeist wie Lehrbücher benutzt;²⁹ ein weiteres Indiz für eine hohe Authentizität des Inhalts. Im

²⁷ Planitz (Hrsg.), Selbstdarstellungen, Bd. 1 (1924), S. 59.

²⁸ Planitz (Hrsg.), Selbstdarstellungen, Bd. 1 (1924), S. 60. Max Rümelin berichtet: bei „Goldschmidt, der die ganze Stunde ununterbrochen diktierte, bekam man ein gutes mit allem wissenswerten Positiven angefülltes Heft im Handels- und Wechselrecht, aber nichts weiter“, s. Planitz (Hrsg.), Selbstdarstellungen, Bd. 2 (1925), S. 176. Auch an anderen Fakultäten scheint das Diktieren des Vorlesungsstoffes um die Jahrhundertmitte üblich gewesen zu sein. Jentsch berichtet von einer vermutlich in Breslau besuchten Vorlesung im Fach katholische Theologie, in welcher der Dozent gemurmelt und gelispelt habe, so daß man, wenn ein Wagen die Straße passierte, nichts mehr verstand. Dann sei das Nachschreiben schwierig gewesen. „Wir pflegten dann ins Heft zu bemerken: hier fährt ein Wagen durch.“; s. Jentsch, Wandlungen des Ich im Zeitenstrom, 4: Die Universität. Professoren, in: Die Grenzboten 54/1 (1895), S. 78-87. Der Name des Verfassers ergibt sich aus Bd. 54/3 (1895), S. 428. Klemperer (Curriculum vitae. Erinnerungen 1881-1918, Bd. 1, S. 271) berichtet, selbst um 1900 sei in München in philologischen Vorlesungen noch diktiert worden.

²⁹ Vgl. Rückert, Autonomie des Rechts (1988), S. 36.

vorliegenden Fall der Mitschrift von Robert Esser ist das Manuskript sogar noch in der folgenden Generation verwendet worden.

Auch der zeitliche Umfang der Vorlesung läßt den Schluß zu, daß die von Robert Esser erstellte Mitschrift unmittelbar während der Vorlesung erstellt worden ist. Wie bereits gezeigt wurde, hat die Vorlesung insgesamt, also unter Einschluß des Erbrechts, einen zeitlichen Umfang von 260 bis 300 Stunden gehabt. Daraus ergibt sich, daß etwa vier Seiten der Mitschrift pro Vorlesungsstunde entstanden sein müßten. Es erscheint, auch angesichts des äußeren Erscheinungsbildes der Nachschrift, durchaus denkbar, daß der Text der Nachschrift in der entsprechenden Zeit diktiert worden sein kann.

C. Das Zivilrecht Gneists

Ich möchte Ihnen die Pandektenvorlesung und deren Inhalt anhand dreier Beispiele näher vorstellen. Dafür habe ich die Passagen über die Rezeption des römischen Rechts, den Streit über die Rechtsnatur des Besitzes sowie einige Fragen des Eherechts ausgewählt.

1. Rezeption und praktische Bedeutung des römischen Rechts

Gneist beginnt mit der Rezeption des römischen Rechts und legt in diesem Zusammenhang besonderes Gewicht darauf, daß das römische Recht nicht als „Eindringling“ bezeichnet werden kann. Außerdem sind durch die Übernahme des römischen Rechts nicht — wie dem römischen Recht oft vorgeworfen wird — deutsche „Freiheiten“ erloschen, weil das römische Recht nur das Güterrecht „beherrscht“, nicht aber die anderen Rechtsgebiete.

Daß mit dem Untergang Roms das römische Recht nicht ebenfalls verschwunden ist, bezeichnet Gneist als Folge des Grundsatzes der Germanen, jedes Volk nach seinem Recht leben zu lassen. So konnte das römische Recht in den europäischen Nachfolgestaaten des römischen Reiches in Geltung bleiben und später in Bologna „wiederentdeckt“ werden, was zu seiner Rezeption durch die Wissenschaft und dazu führte, daß die Universitäten zum Organ der Rechtsfortbildung wurden.

Die Rezeption in Deutschland wird als notwendige Folge verschiedener Umstände dargestellt. Zum einen spielt dabei in den Augen Gneists die unzureichende Regelung des Vertragsrechts im deutschen Recht, das sich an die Erfordernisse eines Handelsstaats nicht anzugleichen vermochte, eine große Rolle. Auf der anderen Seite wird die Bedeutung des römischen Rechts als einer gemeinsamen rechtlichen Grundlage für das durch das Lehnswesen zersplitterte Deutschland hervorgehoben.

Das römische Recht ist mithin nicht nach Deutschland „eingedrungen“, sondern wurde „nach bester Überzeugung aufgenommen“. Damit handelt es sich um ein „einheimisches Recht für Familien- und Vermögensrecht“.

Weitere Ausführungen zur Rezeption sind Gneists Referat zum Gewohnheitsrecht beim Deutschen Juristentag des Jahres 1864 zu entnehmen.³⁰ Diese Untersuchung knüpft nahtlos

³⁰ Referat zur Frage: Soll von der Gesetzgebung das Gewohnheitsrecht als gültige Rechtsquelle anerkannt werden, und bejahenden Falls, in welchem Umfange?, in: Verhandlungen des 5. Deutschen Juristentages Braunschweig 1864, Bd. 2, S. 84-92.

an die kursorische Darstellung des Themas in der hier beschriebenen rund zehn Jahre älteren Vorlesung, so wie sie von Robert Esser mitgeschrieben wurde, an. Auch hier betont Gneist den Umstand, daß die Rezeption des fremden Rechts als Folge der „Bedürfnisse unserer gesellschaftlichen Zustände“ anzusehen sei; es habe der Schaffung eines einheitlichen Privatrechts bedurft „als der lebendigsten und nachhaltigsten Grundlage eines großen Staatswesens“. Das durch die Rezeption gewonnene gemeine deutsche Recht erscheint als die „solideste und nachhaltigste Grundlage unserer Einheit“, bei deren Schaffung die spezifisch deutschen Rechtsinstitute bewahrt und integriert worden sind. Beispielhaft erwähnt Gneist das eheliche Güterrecht und das Recht der väterlichen Gewalt sowie ausdrücklich auch Teile des Vermögensrechts, „sofern etwas Nationales, z. B. im Gesinderecht, im Verhältnis der arbeitenden Klassen, dabei im Spiele ist“. Der Vorgang der Rezeption in Deutschland erscheint als vorbildlich, insbesondere auch im Vergleich zu den entsprechenden Entwicklungen in Frankreich und England. Insgesamt nimmt Gneist in seiner Beurteilung der Rezeption eine Gegenposition zu Beseler ein, der sie als Bruch in der organischen Entwicklung des Volksrechts ansah.³¹

In der Vorlesung folgt sodann eine Schilderung der Bedeutung der Glossatoren für die Geltung der einzelnen Teile der justinianischen Gesetzessammlung in Deutschland. Anschließend nimmt Gneist eine Einordnung des römischen Rechts in „unser ganzes Recht in bezug auf Vermögen und Familien“ vor; er thematisiert also das Verhältnis des römischen zum deutschen Privatrecht, wobei seine Ausführungen sich in diesem Zusammenhang nur auf die Situation in Gebieten ohne Kodifikation beziehen.

Als Grundsatz gilt hier für Gneist die Ebenbürtigkeit des deutschen Privatrechts, das vor allem auf dem Gebiet des Sachenrechts seine Bedeutung behalten hat. Da das deutsche Privatrecht aber „mehr partikularrechtlich“ ist, ergeben sich bei der genauen Bestimmung der Rangfolge unter den einzelnen Teilen des geltenden Rechts Schwierigkeiten: Das römische (= gemeine) Recht ist subsidiär, weicht also im Konfliktfall einer Regelung durch „Willkühr“ (gemeint ist hier: Satzung), Stadtrecht oder Landrecht. Gleichzeitig sollen diese partikularen Rechte unter dem gemeinen Recht stehen, weshalb der Ausdruck „subsidiär“ nicht recht passe.

In dem schon erwähnten Juristentags-Referat aus dem Jahr 1864 erscheint die „Zurückdrängung der fremden Rechte in die Stellung eines subsidiären Rechts“ im 17. und 18. Jahrhundert als Geburtsstunde des „eigentlichen praktischen Gemeinen Privatrechts“, welches niemals mit dem reinen römischen Recht identisch war.

Ob es für Gneist ein neben dem römischen Recht stehendes „gemeines deutsches Privatrecht“ gibt, bleibt — auch unter Berücksichtigung des Juristentags-Referates — letztlich offen; jedenfalls ist das Resultat der Rechtsentwicklung bis zum Beginn der Kodifikationsbewegung im 18. Jahrhundert ein gemeines Privatrecht aus deutschen und römischen Elementen.

Gneist stimmt also zur Zeit der Vorlesung 1854/55 wie auch zehn Jahre danach mit der Ausgangsposition der historischen Rechtsschule überein, wonach Ebenbürtigkeit zwischen deutschem Privatrecht und Pandekten besteht.³² Auch das Programm der Schule, grundsätzlich auf eine gemeinsame Darstellung der gesamten Rechtsregeln zu verzichten und

³¹ Kern, Georg Beseler (1982), S. 378.

³² Vgl. Coing, Europäisches Privatrecht, Bd. 2 (1989), S. 50.

die Teile streng voneinander zu trennen,³³ findet in Gneists Vorlesung seine Entsprechung, und zwar vor allem in den programmatischen Ausführungen der Einleitung, aber zum Beispiel auch in dem vollständigen Verzicht auf die Darstellung des originär deutschrechtlichen Instituts des Erbvertrages.

Die Ausführungen zu Berechtigung und Folgen der Rezeption können aber durchaus als Reaktion auf den Programmaufsatz Reyschers „Ueber das Daseyn und die Natur des deutschen Rechtes“ aus dem Jahre 1839, der den Bruch zwischen Germanisten und Romanisten auslöste, gesehen werden. Reyscher hatte die Aufopferung der Vorliebe für das „fremde“ römische Recht und die Zurückführung des gesamten Rechts auf eine einheimische Grundlage gefordert und damit die nationale Komponente der deutschen Germanistik begründet.³⁴ Gneist dagegen nimmt, ohne Reyscher zu erwähnen, das römische Recht vor dem Vorwurf in Schutz, nach Deutschland „eingedrungen“ zu sein. Es ist kein fremdes, sondern „nach bester Überzeugung aufgenommenes“, im Ergebnis „einheimisches“ Recht. Damit bezieht Gneist in der nach dem Kodifikationsstreit zwischen Thibaut und Savigny zweiten großen rechtspolitischen Auseinandersetzung des Jahrhunderts, bei der Germanisten und Romanisten um die Berechtigung der Rezeption und um das Verhältnis zwischen römischem und deutschem Recht stritten, eindeutig Stellung für das römische Recht.

Die Erklärung Gneists für die Kodifikationsbewegung des 18. und 19. Jahrhunderts ähnelt sodann stark seiner Begründung für die Rezeption des römischen Rechts: die Kodifikationen sind für Gneist Folge eines mangelhaften Rechtszustandes, der aber nur auf der Ebene der Einzelstaaten beseitigt werden konnte, weil das Reich aufgrund seiner Schwäche zu einer solchen gesetzgeberischen Leistung nicht imstande war. Es wird auch deutlich, daß es für die Schaffung einer Kodifikation in Gneists Augen einer Rechtfertigung bedarf: ein solches Bedürfnis trat etwa dort auf, wo „ein Konglomerat ursprünglich getrennter Theile Deutschlands sich vereint zu einem neuen großen Staatswesen“. Ferner erscheint auch die Überwindung von Resten des Feudalismus, von denen das Privatrecht durchzogen war, als Motor für eine durchgreifende Revision des Privatrechts in den großen deutschen Ländern. Dabei betont Gneist, daß vom „deutschen Element“ des Privatrechts mehr erhalten als abgeschafft wurde.

Das römische Recht verlor durch die Schaffung der Kodifikationen zwar seine Bedeutung als gemeinsames geltendes positives Recht; seine Funktion als gemeinsames Recht der Wissenschaft hat es hingegen behalten.

Die Bedeutung des römischen Rechts besteht also vor allem darin, daß es das „Muster der wissenschaftlichen Behandlungsweise des Rechts“ und damit das „formelle Bildungsmittel des juristischen Verstandes“ geblieben ist. Auch in den Ländern mit Kodifikation verkörperte das Pandektenrecht damit die Theorie des Privatrechts.³⁵ Seine weitere Funktion, nämlich diejenige als geltendes Recht in den deutschen Staaten ohne Kodifikation, tritt demgegenüber in den Hintergrund. Dies ist schon deshalb verständlich, weil Gneist seine Vorlesung in Berlin,

³³ Luig, Die Theorie der Gestaltung eines nationalen Privatrechtssystems aus römisch-deutschem Rechtsstoff, in: Wissenschaft und Kodifikation, Bd. 1 (1974), S. 217-248 (S. 220 ff.).

³⁴ Coing, Europäisches Privatrecht, Bd. 2 (1989), S. 50; Luig, Die Theorie der Gestaltung eines nationalen Privatrechtssystems aus römisch-deutschem Rechtsstoff, in: Wissenschaft und Kodifikation, Bd. 1 (1974), S. 229 ff.

³⁵ Vgl. Zimmermann, Heutiges Recht, Römisches Recht und heutiges römisches Recht, in: Rechtsgeschichte und Privatrechtsdogmatik (1999), S. 6.

also im Geltungsbereich des preußischen Allgemeinen Landrechts, hält. Dazu kommt für Gneist noch, daß sich offenbar auch in seinem eigentlichen Geltungsbereich das römische Recht nicht überall „wirklich durchgesetzt“ hat. Vom römischen Recht beherrscht sind nämlich nur die Städte und die freien Bauerngüter, während auf dem Land, im Bereich des Lehnswesens und der unfreien Bauerngüter das germanische Recht gilt. Daß die Funktion des Pandektenrechts als geltendes Recht in anderen deutschen Ländern nicht völlig ausgeblendet wurde, mag naheliegend darauf zurückgeführt werden, daß die Vorlesung auch für Studenten aus solchen Ländern attraktiv gestaltet werden sollte.

Es bleibt danach festzuhalten, daß die Vorlesung nach dem ihr von Gneist vorangestellten Programm weniger das geltende Recht als die „wissenschaftliche Behandlungsweise“ des Rechts zum Thema hat.

Wie die Analyse der Vorlesung im einzelnen zeigen wird, verfolgt Gneist die zu Beginn skizzierten Zielsetzungen nicht konsequent. Es werden sowohl überholte und weggefallene (und damit für das geltende Recht unbeachtliche) römische Rechtsregeln behandelt, als auch nicht ursprünglich römischrechtliche Teile des geltenden Rechts. Gneist liegt damit insgesamt auf der Linie des romanistischen Zweiges der historischen Rechtsschule, dessen Vertreter dazu neigten, „das Pandektenrecht unter Einschluß der Modifikationen durch Reichsgesetze und Gewohnheitsrecht für das in Deutschland geltende Privatrecht schlechthin zu halten und alles andere den Partikularrechten zuzuweisen“.³⁶ Zusätzlich behandelt Gneist überdies in vielen Fragen die Regelungen der Kodifikationen, besonders des preußischen Allgemeinen Landrechts.

2. Die Rechtsnatur des Besitzes

Gneist sieht die Stellung des Besitzes im „heutigen Römischen Recht“ als ein „unvollkommen dingliches Recht“, das innerhalb des Systems der Rechte an den Anfang zu stellen ist, weil es „als Mittel des Eigentumserwerbs im Leben erscheint“. Dies weicht natürlich ab von der Auffassung Savignys, der im Besitz kein Recht, sondern nur ein factum erblickte. Beinahe genau so weit entfernt ist Gneist aber auch von Puchta, für den der Besitz zwar ein Recht, aber nicht ein dingliches, sondern eines der Persönlichkeit ist. Die überaus heftige, die erste Jahrhunderthälfte beherrschende Diskussion über das Wesen des Besitzes, die von Savigny und Puchta auf der einen und dem Hegelianer Eduard Gans auf der anderen Seite erbittert geführt wurde, erwähnt Gneist nicht.³⁷ Lediglich die Argumentation Puchtas gegen die Position Savignys wird ausführlich dargestellt, wobei Gneist nicht darauf eingeht, daß die Bemühungen Puchtas dahin gingen, Savigny vor den Angriffen von Gans in Schutz zu nehmen, indem er dessen als unhaltbar erkannte Position, der Besitz sei nur ein factum, modifizierte und im Ergebnis in ihr Gegenteil verkehrte.

Wie kommt nun Gneist zu seiner Einordnung des Besitzes in das Sachenrecht, die in den Lehrbüchern der Zeit noch nicht unbedingt üblich war? Die Standpunkte von Savigny und Puchta erscheinen ihm offenbar angreifbar, und die römischen Juristen schweigen zu der Frage, weil sie nur *Rechtsverhältnisse* in ihr System eingeordnet haben, die eine zivile Klage

³⁶ Luig, Die Theorie der Gestaltung eines nationalen Privatrechtssystems aus römisch-deutschem Rechtsstoff, in: Wissenschaft und Kodifikation, Bd. 1 (1974), S. 224 f.

³⁷ Braun, Der Besitzrechtsstreit zwischen Savigny und Gans, in: Quaderni Fiorentini 9 (1980), S. 457-506.

begründen, so daß der Besitz und etwa auch das Pfandrecht unberücksichtigt blieben. Die Aufgabe der Einordnung stellt sich also nunmehr für das „heutige Römische Recht“. In dieser Situation darf aber der Einfluß des deutschen Rechts nicht unberücksichtigt bleiben, und hier ist der Besitzbegriff wesentlich bestimmt durch die Spolienklage, in welcher Besitz und Eigentum nicht scharf voneinander abgegrenzt sind. Durch die enge Verbindung zum Eigentum ist die Beziehung zum Sachenrecht hergestellt: der Besitz erscheint im Leben vorwiegend als Mittel zum Eigentumserwerb.

Die Beantwortung der Frage, ob der Besitz für Gneist ein Recht ist oder nicht, ergibt sich dann aus den Ausführungen zum Subjekt des Besitzes in § 2: nur Rechtsfähige können Besitz haben. Dies folgt aus „dem Wesen des Besitzes“; der Besitz ist also für Gneist ein Recht, und zwar ein „unvollkommen dingliches Recht“. Außerdem ist Besitz „ausschließliche Herrschaft“, ein gleichzeitiger Besitz mehrerer Personen an derselben Sache also nicht möglich, allenfalls Mitbesitz nach ideellen Quoten.

Ein typisches Beispiel für Gneists Argumentationsweise enthält § 3. Die Frage geht dahin, ob es einen gesonderten Besitz an Bestandteilen einer zusammengesetzten Sache gibt. Diese Frage ist zu verneinen, weil es für die einzelnen Bestandteile an einem gesonderten animus domini fehlt. Bei der Ersitzung von verbauten Einzelteilen ergibt sich daraus aber ein Problem: hätte man die beweglichen Sachen nicht verbaut, so könnte man sie in drei Jahren ersitzen. Durch den Einbau hören sie auf, eigenständige Sachen zu sein, die Ersitzungszeit scheint sich auf zehn Jahre zu verlängern. Für diesen Fall bestimmt D. 41.3.30.1, daß eine Ersitzung der Baumaterialien weiterhin in drei Jahren erfolgen kann. Die Erklärung dafür liegt, so Gneist, darin, daß ein Besitzverlust durch den Einbau nicht erfolgt; es fehlt an einem in contrarium agere. Diverse andere Erklärungsversuche für die Digestenstelle lehnt Gneist ab — mit der Begründung, die vorgeschlagenen Differenzierungen seien „zu künstlich“. Die Folge davon ist: „Wir bleiben daher bei den entwickelten einfachen Rechtsprinzipien.“

Hier begegnet damit bereits zum zweiten Mal eine für die gesamte Pandektenvorlesung charakteristische Argumentationsweise. Dem Umstand, daß eine Problemlösung „natürlich“ ist, kommt für Gneist entscheidender Wert zu. Der negativ besetzte Gegenbegriff dazu ist „künstlich“. Eng verbunden mit diesen Begriffen ist das Gegensatzpaar „einfach“ und „zerstückelt“, wie es bereits im Zusammenhang mit dem Gewohnheitsrecht zu sehen war. Als weiteres Beispiel sei die Auseinandersetzung Gneists mit der Streitfrage um die Rechtsnatur der „aufhebenden Bauservituten“ erwähnt. Ohne Diskussion in der Sache werden die drei zu dieser Frage vertretenen Meinungen behandelt: eine Sichtweise scheidet aus, weil sie „von den Meisten verworfen“ wird. Eine zweite scheint „möglich aber künstlich“. Der dritten schließlich folgt Gneist mit dem Argument: „diese Meinung ist die natürlichste und hat die meisten Anhänger“. Künstlich heißt aber auch: ohne Stütze in den Quellen, wie dem Text des Manuskripts im Zusammenhang mit dem Unterschied von servitutes rusticae und urbanae zu entnehmen ist: „Allein es läßt sich eine Stelle die dies sagt nicht anführen; es ist also eine künstliche Meinung“.

Hier bestätigt sich eindrucksvoll die Einschätzung Schiffers, der — vielleicht aus eigener Anschauung von Gneists Vorlesungen — Gneist charakterisiert als „Feind der Begriffsjurisprudenz, der ‚Reinzucht des Begrifflichen‘ und jener dialektischen Auslegung, die ihre Konstruktionen mehr nach Art einer mathematischen Gleichung als nach der Rücksicht auf die praktische Brauchbarkeit macht“. Demgegenüber, so Schiffer, ist das Recht für Gneist „lebende Kraft, Lebensäußerung, Lebensgestaltung“ und Exponent einer nicht

beweisbedürftigen sittlichen Weltordnung.³⁸ Auch wenn zur Zeit der Vorlesung des Jahres 1854/55 die Kritik an der Begriffsjurisprudenz noch nicht öffentlich formuliert und Gegenstand wissenschaftlicher Auseinandersetzung war, wird die wesensmäßige Abneigung Gneists gegenüber einer strengen Begrifflichkeit, feinen Distinktionen und Übereinstimmung mit einem systematischen Konstrukt als oberstem Gebot in den hier zitierten Passagen der Vorlesung bereits deutlich. Das Recht muß für ihn „natürlich“ und „praktisch“ sein.

3. Eherecht

Gneist beginnt das Familienrecht mit einer Bestimmung des Begriffs der Ehe:

„Die Ehe ist eine sittliche, alle Lebensverhältnisse durchdringende Gemeinschaft, zwischen Mann und Frau. Die Ehe ist kein willkürliches, vom Staat geschaffenes Institut, sondern hat ihren Grund in der Sittlichkeit des Menschen ... Die Ehe hat also keinen Zweck sondern ist ihrer selbst wegen da, ein Verhältniß ohne das die Menschheit nicht bestehen kann. Die Ehe ist daher kein Rechtsverhältniß, das sittliche Gefühl der Menschen hat sie erzeugt.“

Die Ehe bildet also gleichsam den Prototyp der von Savigny angenommenen natürlichen Rechtsinstitute. Die Annahme eines Zwecks der Ehe, wie z. B. der Arterhaltung, ist damit natürlich nicht vereinbar; als von der Natur vorgegebenes Rechtsinstitut sind die Ehe als solche wie auch der Bestand der einzelnen Ehe unabhängig davon, ob sie irgendeinem konkreten Zweck dienen.

Gneist meint, Kant habe die These verfochten, die Ehe sei „eine Gemeinschaft zum Zweck der Kindererzeugung“. Dies ist so nicht richtig. Vielmehr bezeichnet Kant die Ehe als „Verbindung zweier Personen verschiedenen Geschlechts zum lebenswierigen wechselseitigen Besitz ihrer Geschlechtseigenschaften“.³⁹ Zum angeblichen Zweck der Kindererzeugung heißt es dort:

„Der Zweck, Kinder zu erzeugen und zu erziehen, mag immer ein Zweck der Natur sein, zu welchem sie die Neigung der Geschlechter gegeneinander einpflanzte; aber daß der Mensch, der sich verehlicht, diesen Zweck sich vorsetzen müsse, wird zur Rechtmäßigkeit dieser seiner Verbindung nicht gefordert; denn sonst würde, wenn das Kinderzeugen aufhört, die Ehe sich zugleich von selbst auflösen.“

Es kann also keine Rede davon sein, daß Kant die Fortpflanzungsabsicht der Partner als konstitutives Element der Ehe ansieht; das Gegenteil ist der Fall. Die Ursache für die unzutreffende Darstellung dieses Punktes durch Gneist ist offensichtlich: Gneist ist, was sein Verständnis der Auffassung Kants angeht, von den Ausführungen Savignys beeinflusst. Dieser betont, daß der Fortpflanzungstrieb des Menschen als Bestandteil seines sittlichen Wesens in der Ehe gleichsam kultiviert werde und schreibt sodann:

„Hierin hat Kant gefehlt, welcher in der Ehe den bloß natürlichen Bestandtheil (den Geschlechtstrieb) zum Gegenstand eines obligatorischen Rechtsverhältnisses machen

³⁸ Schiffer, Rudolf von Gneist (1929), S. 65 f.

³⁹ Kant, Metaphysik der Sitten, Rechtslehre §§ 24-26, Akademie-Ausgabe (1968), S. 277.

wollte, wodurch das Wesen derselben gänzlich verkannt und herabgewürdigt werden mußte“.⁴⁰

An anderer Stelle heißt es:

„Ihm [Kant] ist Vertrag nur diejenige vereinigte Willkühr zweyer Personen, wodurch Eigenthum veräußert (S. 98), oder eigentlich diese Veräußerung vorbereitet wird, da ihre Vollendung doch erst in der Tradition stattfindet (S. 103). ... Dennoch behandelt er sogar die Ehe als Vertrag, und zwar indem er eine Art von Eigenthum jedes Ehegatten an der Person des anderen (ein auf dingliche Art persönliches Recht) annimmt, welches dann wieder nur durch das Zusammentreffen des Vertrags mit der Tradition (*copula carnalis*) wirklich erworben werden kann (S. 110. 111). Die Ehe ist ihm daher recht eigentlich ein obligatorischer Vertrag, und er erklärt sie ausdrücklich (S. 107) als ‚die Verbindung zweyer Personen verschiedenen Geschlechts zum lebenswierigen wechselseitigen Besitz ihrer Geschlechtseigenschaften.‘“⁴¹

Die oben zitierte Stelle, an welcher sich Kant ausdrücklich und eindeutig *gegen* die Annahme des Kindererzeugungszwecks als Voraussetzung der Ehe ausspricht, wird dagegen von Savigny nicht erwähnt.

Ein *Rechtsinstitut* ist die Ehe trotz ihres natürlich-sittlichen Ursprungs, weil der Staat ein Interesse an Sicherheit darüber hat, ob eine Ehe besteht oder nicht. Dies wiederum ergibt sich daraus, daß die Ehe alle Lebensverhältnisse betrifft und daher auch vielfältigen Bezug zum Recht hat.

Als nationales Institut des römischen Rechts hat sich das Eherecht der justinianischen Gesetzbücher nicht rezipieren lassen. Daher ist geltendes Eherecht „nicht das römische sondern das kanonische, durch neuere Zustände modifizirt. Im kanonischen ist aber ein Theil des römischen Eherechts konservirt“.

Nach diesen Vorbemerkungen werden sodann die Bedingungen der Ehe, die Eheschließung, die persönlichen Ehwirkungen und die Aufhebung der Ehe dargestellt. Dabei werden die liberalen rechtspolitischen Positionen Gneists bei seinen Ausführungen zur Zivilehe und zur Ehescheidung am offenbarsten:

Weil die Ehe ein Rechtsinstitut ist, bildet ihre Eingehung einen Vertrag. Dies läßt sich mit dem Begriff des „Vertrages im weiteren Sinne“ zwanglos begründen: danach ist Vertrag „jede Uebereinstimmung über Entstehung eines Rechtsverhältnisses“. In Abweichung zu den „älteren philosophischen Schulen“, also insbesondere und ausdrücklich zu Kant, wird nochmals betont, daß die Beschränkung des Vertragsbegriffs auf obligatorische Verträge ein Irrtum ist. Daraus folgt für die Ehe, daß sie sich nicht in einzelne Verpflichtungen aufgliedern läßt, und natürlich erst recht das Fehlen der Klagbarkeit und Erzwingbarkeit einzelner Verpflichtungen aus der Ehe. Der Vertragscharakter hat aber zur Folge, daß sämtliche Voraussetzungen gültiger Willenserklärungen zur Wirksamkeit einer Ehe vorliegen müssen.

Die gültigen Willenserklärungen der Eheleute müssen erst seit dem Konzil von Trient (1545-1563) in einer bestimmten Form abgegeben werden; im Mittelalter war dagegen die Eingehung der Ehe wie auch im römischen Recht formfrei möglich. Die Rolle des Pfarrers in

⁴⁰ Savigny, System, Bd. 1 (1840), S. 347 f.

⁴¹ Savigny, System, Bd. 3 (1840), S. 318 f. Die Seitenangaben beziehen sich auf: Kant, *Metaphysische Anfangsgründe der Rechtslehre* (1797).

der katholischen Kirche ist aber eine passive, das Wesentliche sind die Erklärungen der Eheleute (die sich nach katholischer Lehre das Ehesakrament gegenseitig spenden). Eine zwingende Mitwirkung des Geistlichen hat erst das protestantische Kirchenrecht entwickelt. Dies ist laut Gneist der Grund für die Differenzen zwischen Staat und Kirchen in der Frage der Gültigkeit von Ehen. Weil dieser Zustand unhaltbar ist, gibt es nur eine Abhilfe:

„Das einzige Mittel solche Konflikte zu heben ist eine Gesetzgebung des Staats für alle Unterthanen verschiedenen Glaubens, und zugleich muß man eine unabhängige Form haben, von den verschiedenen Kirchen, und das führt zur Civilehe“.

Bereits in dieser Vorlesung wird Gneist also zum engagierten Verfechter der obligatorischen Zivilehe, die sich in Preußen 1874, im Deutschen Reich ein Jahr später durchgesetzt hat.⁴² Die die obligatorische Zivilehe befürwortenden Beschlüsse des Heidelberger Juristentages des Jahres 1869,⁴³ zu deren Zustandekommen Gneist als Referent maßgeblich beigetragen hat, dürften ebenfalls als Meilensteine auf dem Weg zur gesamtdeutschen obligatorischen Zivilehe angesehen werden.

Bei der Darstellung der Scheidung und ihrer historischen Entwicklung seit dem antiken römischen Recht wird überaus deutlich, daß Gneist für eine liberale Handhabung der Ehescheidung, die vor allem im Interesse einer geordneten Kindererziehung oft notwendig ist, eintritt.

Gegenüber der ursprünglich beliebig möglichen Scheidung des römischen Rechts war es der Einfluß der römischen Kirche, der eine Eingrenzung der Möglichkeiten der Scheidung zur Folge hatte. Der Höhepunkt dieser Tendenz war im 12. Jahrhundert erreicht, als auch das Papsttum zu seiner größten Machtfülle gekommen war. Die Ehe wurde zum Sakrament, eine Trennung der Eheleute hatte die Unmöglichkeit einer erneuten Eheschließung zur Folge. Diese Entwicklung war schließlich einer der Hauptgründe der Reformation; nach protestantischem Recht, das den sakramentalen Charakter der Ehe leugnete, wurde sodann unter bestimmten Voraussetzungen eine echte Ehescheidung, also dem Bande nach, möglich. Im Lauf der Zeit wurde die Ehescheidung erleichtert;⁴⁴ so fügte das preußische ALR den vier Scheidungsgründen des protestantischen Kirchenrechts acht weitere hinzu, unter anderem die Möglichkeit der einverständlichen Scheidung, solange die Ehe kinderlos ist (ALR II 1 § 716), sowie den Fall der „unüberwindlichen Abneigung“ bei einem Ehegatten, faktisch also Scheidung wegen Zerrüttung der Ehe (ALR II 1 §§ 717-718b). Diese Entwicklung wird von Gneist begrüßt, wie aus der Art der Darstellung eindeutig hervorgeht.

Restriktive Scheidungsgesetze wie die in England und Frankreich geltenden führen dagegen, so Gneist, nicht zu einer Rettung der Ehe, sondern dazu, daß „die Eheleute auseinanderlaufen, Konkubinate eingehen“. Einen Mißbrauch der Möglichkeit der Ehescheidung will Gneist nicht erkennen; deswegen wendet er sich gegen die zur Zeit der Vorlesung in der Ersten Kammer des preußischen Parlaments diskutierten Scheidungsgesetzentwürfe,⁴⁵ durch welche die Scheidungsgründe erheblich eingeschränkt werden sollten. In diesem Zusammenhang wird die politische Gegnerschaft Gneists zu seinem

⁴² Vgl. Conrad, Zur Einführung der Zwangszivilehe in Preußen und im Reich (1874/75), in: Festschrift für Heinrich Lehmann zum 80. Geburtstag (1956), Bd. 1, S. 115.

⁴³ Verhandlungen des 8. Deutschen Juristentages Heidelberg 1869, Bd. 2, S. 340 f.

⁴⁴ Vgl. Mikat, Ehe, in: HRG I (1971), Sp. 826 f.

⁴⁵ Dazu ausführlich Buchholz, Eherecht zwischen Staat und Kirche (1981), S. 29 ff.

Fakultätskollegen Friedrich Julius Stahl besonders deutlich; Stahl war im Parlament ein herausragender Befürworter einer rigorosen Streichung von Scheidungstatbeständen.

Der Verfasser der Nachschrift bemerkt in einer Randnotiz, daß er einer Parlamentsverhandlung über diese Frage am Semesterende beigewohnt hat. Möglicherweise handelt es sich dabei um die Generaldebatte in der Ersten Kammer, die am 13. März 1855 (also am Ende des Wintersemesters) stattfand und in der Stahl einen Gesetzentwurf der Justizkommission im Plenum vorstellte. Es ist zu vermuten, daß die Studenten von Gneist zur Teilnahme aufgefordert worden waren; dieser war — wie dargestellt — in der Reaktionsdekade nicht selbst Abgeordneter.

D. Ergebnisse

Mit der Bezeichnung der hier behandelten Vorlesung mit „Pandekten“ ist nicht alles gesagt. Gneist geht in mehrerlei Hinsicht über eine bloße Pandektenvorlesung hinaus. Vor dem Hintergrund der Geltung des preußischen ALR am Ort der Vorlesung hebt er zunächst die Funktion des Pandektenrechts als Muster der wissenschaftlichen Behandlungsweise des Rechts hervor. Danach war am ehesten zu erwarten, daß sich der Dozent auf die Darstellung des Pandektenrechts beschränkt — allenfalls modifiziert durch den Umstand, daß die Funktion der Pandekten als das geltende Recht der kleineren Staaten Deutschlands ebenfalls betont wurde — vielleicht um die Vorlesung für nichtpreußische Studenten attraktiv zu machen. Dies hätte erwarten lassen, daß nicht mehr in „Geltung“ befindliche Teile des römischen Rechts in der Vorlesung keine Behandlung erfahren.

Beide Beschränkungen werden nicht befolgt: es werden zum einen teilweise auch überholte Stellen des römischen Rechts behandelt — an anderen Stellen wird genau dies abgelehnt unter Hinweis auf die fehlende Relevanz für das „heutige Recht“. Soweit stimmt das Vorlesungsprogramm mit der herrschenden Auffassung der Romanisten zum Gegenstand der Pandektenvorlesung überein. Zum anderen finden aber — wiederum nicht durchgängig — auch die Regelungen der Kodifikationen, insbesondere des ALR, Eingang in die Vorlesung. Hierbei ist hervorzuheben, daß Gneist die Regelungen des ALR, wo er sie darstellt, zumeist ausdrücklich lobt und sie als vorbildliche Lösung der Probleme darstellt, die die Rechtswissenschaft ohne Eingriff des Gesetzgebers nicht hat lösen können.

Gneist kann, was die Zeit der hier behandelten Vorlesung (1854/55) betrifft, seinem wissenschaftlichen Ausgangspunkt entsprechend als Vertreter der historischen Rechtsschule bezeichnet werden. Dabei erscheint er nicht als Schüler oder Gefolgsmann eines bestimmten Vertreters dieser Schule. Die am häufigsten zitierten Lehrbücher sind die von Savigny, Puchta und Vangerow; allein daraus läßt sich nicht folgen, Gneist stehe diesen dreien oder einem von ihnen besonders nahe. Sehr häufig nämlich lehnt Gneist die zitierte Auffassung ab, was ausdrücklich auch für seinen Lehrer Savigny gilt.

Die Diskussion über die Begriffsjurisprudenz hat Mitte der 50-er Jahre noch nicht eingesetzt. Gneist zählt aber bereits zu dieser Zeit nicht zu den Befürwortern ausgefeilter Begrifflichkeit, insbesondere nicht, wenn diese als Selbstzweck betrieben wird. Ihm geht es in erster Linie um Einfachheit und praktische Brauchbarkeit der Resultate. Damit sind „spitzfindige Distinktionen“ und „künstliche Meinungen“ nicht vereinbar; wichtig ist, ob eine Meinung „natürlich“ ist, wobei hiermit der Umstand bezeichnet wird, daß sie sich zwanglos

aus den Quellen ableiten läßt. Charakteristisch ist daher die Formulierung: „Wir bleiben beim einfachen Satze“. Im Grundsatz unbeliebt ist jede Form der Ausnahme von einer Regel; durch Degradierung der nicht zwingend notwendigen Ausnahmen zur „Scheinausnahme“ wird ihre Anzahl auf das Unvermeidliche beschränkt.

Mit der gebotenen Zurückhaltung läßt sich folglich sagen, daß Schiffers aus einer späteren Warte vorgenommene Charakterisierung Gneists als eines „abgesagten Feindes der Begriffsjurisprudenz“ durch die Analyse dieser Vorlesung bestätigt wird.

Zum Kodifikationsstreit zwischen Thibaut und Savigny nimmt Gneist nicht Stellung. In der Ende der 30er-Jahre des 19. Jahrhunderts entfachten Auseinandersetzung zwischen Germanisten und Romanisten um die Rolle des römischen Rechts und die Berechtigung der Rezeption nimmt er Stellung für das römische Recht, das für ihn kein fremdes, sondern aufgrund der Notwendigkeit der Rezeption einheimisches Recht Deutschlands ist. Eine gewisse Distanz zu den Lehren der historischen Rechtsschule — von deren uneingeschränkter Befolgung sich Gneist im Laufe seines Lebens nach eigenem Bekunden entfernte — ist gleichwohl bereits zu diesem frühen Zeitpunkt spürbar: den Inhalt des Gesetzes entnimmt Gneist nicht immer nur den „reinen“ römischen Quellen, vielmehr werden auch die Ergebnisse der Zeit von Accursius bis zum Usus Modernus herangezogen. Oft kommt ihnen große Bedeutung zu. Trotz des romanistischen Ausgangspunktes geht Gneist an vielen Stellen auf Regelungen germanischen Ursprungs ein, die vielfach überholtes römisches Recht ersetzen und zumeist einen Fortschritt bewirkten. Sofern sich in diesem Zusammenhang eindeutig als „sozial“ zu bezeichnende Veränderungen ergeben haben, wie etwa bei der Ausdehnung des Besitzschutzes auf den Mieter, erfährt dies Gneists Zustimmung.

Davon abgesehen argumentiert Gneist im Grundsatz nicht offen mit rechtspolitischen Postulaten. Der Begriff „liberal“ wird nur als Gegenbegriff zum Begriff der wörtlichen Auslegung verwandt. Die Vorlesung ist demnach für den vornehmlich als Rechtspolitiker im Gedächtnis gebliebenen Gneist nicht der Ort, an dem Rechtspolitik betrieben werden sollte. Dabei ist allerdings in Rechnung zu stellen, daß die Vorlesung in der Reaktionsdekade stattfand, zu einer Zeit also, in der Gneist „politisch kaltgestellt“ (Hahn) war. Umso mehr verwundert es, daß es eine gewichtige Ausnahme vom Fehlen rechtspolitischer Forderungen Gneists gibt, nämlich seine Ausführungen zur obligatorischen Zivilehe, zu den Ehehindernissen und zur Ehescheidung, letztere offensichtlich veranlaßt durch einen zur Zeit der Vorlesung im preußischen Parlament behandelten Gesetzentwurf, der die Streichung von Scheidungstatbeständen vorsah. Hier zeigt sich Gneist auch in der Vorlesung bereits als der liberale Rechtspolitiker der 60-er und 70-er Jahre; auch ist in der Heftigkeit der Ausdrucksweise im Zusammenhang mit obligatorischer Zivilehe und Ehescheidung bereits einiges von seiner Ablehnung jedenfalls der *katholischen* Kirche zu spüren.

Zu dem genannten Bild passen schließlich auch die in der Analyse der Vorlesung zutage getretenen äußeren Merkmale des Vortrags: der Vorlesung liegt eine — gemessen an den Pandektenlehrbüchern — vollständige und klar nachvollziehbare Struktur zugrunde. Wo bereits die Struktur der Vorlesung das Pandektenrecht verläßt, ist dies der Gliederung zu entnehmen. Wichtigen und intensiv behandelten, vielleicht aber nicht unbedingt im Zentrum des Interesses liegenden Passagen ist die Behandlung in „Exkursen“ vorbehalten, deren Inhalt das Manuskript nicht immer wiedergibt (vielleicht hat Gneist den Besuch der Vorlesung freigestellt, wenn ein solcher Exkurs an der Reihe war).

Ferner ist die verwendete Sprache einfach und deutlich; die Anfertigung der Mitschrift

konnte über den beachtlichen Umfang von mehr als 1.200 Seiten in gleicher Intensität durchgehalten werden.

Die Vorlesung zeichnet sich zudem durch große Quellennähe aus. Allein rund 750 verschiedene Stellen aus dem *Corpus Iuris Civilis* werden zitiert, dazu zahlreiche Stellen aus dem kanonischen Recht sowie aus dem preußischen Allgemeinen Landrecht — eingehende Ausführungen zum Inhalt einzelner Stellen, etwa die Schilderung der in ihnen behandelten Fälle, bleiben dabei allerdings die Ausnahme. Sparsamer ist Gneist mit Literaturangaben; zumeist werden den entsprechenden Kapiteln knappe Angaben über die aktuellen wegweisenden Arbeiten zu dem jeweiligen Thema vorangestellt. Zitate aus anderen Büchern als den Werken Savignys, Puchtas und Vangerows sind dagegen eher eine Seltenheit. Dies spiegelt zum einen die Bedeutung wider, die die Quellentexte für Gneist haben, zum anderen sein wenig ausgeprägtes Interesse an den zeitgenössischen Meinungskämpfen. Mit letzteren behelligt Gneist die Studenten nur höchst ausnahmsweise.

Ebenso wenig wie der detaillierten Befassung mit einzelnen Streitfragen oder Problemen gilt Gneists Interesse der Abstrahierung von Rechtssätzen und Einpassung in ein kunstvolles System. Dem entspricht die Hintanstellung der allgemeinen Lehren nicht nur in der Gesamtvorlesung, sondern auch in den einzelnen Teilen. Gneist geht es um das Konkrete. Sein Ziel ist es offensichtlich, in seinen Studenten eine konkrete, greifbare Vorstellung von den besprochenen Rechtsinstituten zu erzeugen.

Vieles spricht dafür, daß Gneists berufliche und politische Schwierigkeiten in der Zeit nach 1848 ausschließlich politische Gründe hatten. Beurteilt werden kann aber die Frage, ob das Gutachten der Fakultätskollegen vom 20. April 1855, das die Verweigerung seiner Beförderung zum ordentlichen Professor zur Folge hatten, inhaltlich zutreffen konnte. Die Analyse der Vorlesung aus dem Wintersemester 1854/55, das dem genannten Gutachten unmittelbar voranging, ist dabei für die Beurteilung der Frage nach der „wissenschaftlichen Tiefe und Gediegenheit“ der vermittelten Lehre nicht sehr ergiebig. Die Bewertung von Gneists Qualitäten in diesem Bereich bleibt also den Rechtsgebieten vorbehalten, in denen er seine Hauptwerke publizierte. Die Vorlesung zeigt aber mit großer Deutlichkeit, daß Gneist jedenfalls eines beherrschte: die „Entwicklung und Veranschaulichung der Rechtsregeln“. Dies bewirkte seinen Lehrerfolg. Hieran zu zweifeln verbot sich den Fachkollegen, vorausgesetzt, sie hatten sich einen eigenen Eindruck vom Vortrag Gneists gebildet.

Ebensowenig konnte gegenüber der Pandektenvorlesung eingewandt werden, sie sei „politisch“ oder „schönwissenschaftlich“, wie dies gegenüber einem Teil von Gneists frühen Veröffentlichungen ins Feld geführt worden war. Mit politischer Argumentation hielt sich Gneist womöglich bewußt weitgehend zurück. Mit der Vokabel „schönwissenschaftlich“ war der Vorwurf der Populärwissenschaftlichkeit gemeint; sie bezog sich auf Gneists Vorträge im wissenschaftlichen Verein. „Schönwissenschaftlich“ im Sinne der Verbreitung nutzloser akademischer Diskussionen war die Vorlesung jedenfalls nicht.

Die inhaltlichen Argumente, die 1855 gegen Gneists Beförderung angeführt wurden, werden durch die Analyse der Pandektenvorlesung, wie zu erwarten war, somit nicht gestützt. Es verfestigt sich daher das Bild, daß es rein politische Gründe waren, die den Rechtswissenschaftler und Rechtspolitiker Gneist nach der Revolution von 1848 für zehn Jahre ins universitäre und politische Abseits beförderten.