

Kölner Juristen im 20. Jahrhundert

Herausgegeben von
STEFFEN AUGSBERG und
ANDREAS FUNKE

*Beiträge zur Rechtsgeschichte
des 20. Jahrhunderts*

74

Mohr Siebeck

Beiträge zur Rechtsgeschichte des 20. Jahrhunderts

herausgegeben von

Hans-Peter Haferkamp, Knut Wolfgang Nörr,
Joachim Rückert, Bernd Rüthers und Michael Stolleis

74



Kölner Juristen im 20. Jahrhundert

Beiträge zu einer Ringvorlesung an der Universität zu
Köln, Sommersemester 2010 und Wintersemester
2010/2011

Herausgegeben von
Steffen Augsberg und Andreas Funke

Mohr Siebeck

Steffen Augsberg, geboren 1976; Professor für Öffentliches Recht an der Justus-Liebig-Universität Gießen, von 2004–2011 Wissenschaftlicher Assistent an der Universität zu Köln.

Andreas Funke, geboren 1972; Professor für Öffentliches Recht an der Friedrich-Alexander-Universität Erlangen-Nürnberg, von 2005–2012 Akademischer Rat an der Universität zu Köln.

ISBN 978-3-16-152430-1 / eISBN 978-3-16-160410-2 unveränderte eBook-Ausgabe 2021
ISSN 0934-0955 (Beiträge zur Rechtsgeschichte)

Die Deutsche Bibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliographie; detaillierte bibliographische Daten sind im Internet über <http://dnb.dnb.de> abrufbar.

© 2013 Mohr Siebeck Tübingen. www.mohr.de

Das Werk einschließlich aller seiner Teile ist urheberrechtlich geschützt. Jede Verwertung außerhalb der engen Grenzen des Urheberrechtsgesetzes ist ohne Zustimmung des Verlags unzulässig und strafbar. Das gilt insbesondere für Vervielfältigungen, Übersetzungen, Mikroverfilmungen und die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronischen Systemen.

Das Buch wurde von Gulde-Druck in Tübingen gesetzt, auf alterungsbeständiges Werkdruckpapier gedruckt von der Buchbinderei Spinner in Ottersweier gebunden.

Inhaltsverzeichnis

| | |
|--|-----|
| Warum eigentlich „Kölner Juristen“? – statt einer Einleitung | 1 |
| <i>Sibylle Hofer</i> | |
| Andreas von Tuhr (1864–1925): Das Phänomen eines gelobten Begriffsjuristen | 5 |
| <i>Marc-Philippe Weller</i> | |
| Heinrich Lehmann (1876–1963): Ein Pionier des Privat- und Wirtschaftsrechts | 33 |
| <i>Stanley L. Paulson</i> | |
| Hans Kelsen (1881–1973): Das Ende der Reinen Rechtslehre? Zum Umbruch im Werk Hans Kelsens | 53 |
| <i>Hans-Jürgen Becker</i> | |
| Hans Planitz (1882–1954): Die Erforschung der Geschichte des deutschen Privat- und Vollstreckungsrechts und der Rechtsgeschichte der mittelalterlichen Stadt | 75 |
| <i>Gerd Irrlitz</i> | |
| Arthur Baumgarten (1884–1966): Ein deutscher Rechtsgelehrter | 101 |
| <i>Reinhard Mehring</i> | |
| Carl Schmitt (1888–1985): Sinnwandel eines Semesters – vom Agon mit Kelsen zum Probelauf des „Kronjuristen“ | 137 |
| <i>Annette Weinke</i> | |
| Hermann Jahrreiß (1894–1992): Vom Exponenten des völkerrechtlichen „Kriegseinsatzes“ zum Verteidiger der deutschen Eliten in Nürnberg | 163 |

Thorsten Hollstein

Hans Carl Nipperdey (1895–1968): Kölner Rechtswissenschaftler,
Präsident des BAG und juristisches Chamäleon? 197

Jens Kersten

Hans Peters (1896–1966): Methodenwandel durch Unrechtserfahrung 211

Michael Pawlik

Ulrich Klug (1913–1993): Skeptische Rechtsphilosophie und
liberales Strafrecht 225

Autorenverzeichnis 243

Personenregister 245

Warum eigentlich „Kölner Juristen“? – statt einer Einleitung

Die Idee, sich mit „Kölner Juristen“ auseinanderzusetzen, entstammt unserer gemeinsamen Assistentenzeit an der Universität zu Köln. Damals kursierte dort bereits seit geraumer Zeit die Anekdote, ein Student habe in der mündlichen Prüfung im Ersten Staatsexamen, befragt nach Carl Schmitt, geantwortet: „Dazu fällt mir nur Klettenberg ein.“ Nun mag man dies natürlich als interessante und aufschlußreiche Vermengung immerhin rudimentärer Kenntnisse mit Lokalkolorit (Klettenberg ist ein Stadtteil von Köln) betrachten, und auch der Wahrheitsgehalt der Geschichte ist unbekannt. Dennoch bestätigte es unseren Eindruck, daß unter dem Druck der Prüfungs- und Examensorientierung nicht nur die Grundlagenfächer allgemein leiden, sondern insbesondere auch eine Vertrautheit mit den hinter den (mehr oder weniger bekannten) dogmatischen Anleitungen und theoretischen Konzeptionen stehenden Personen und ihrer Lebenswirklichkeit kaum mehr gewonnen wird. Um hier (etwas) Abhilfe zu schaffen, hatten wir bereits ein Lektüreseminar durchgeführt, in dem einige wichtige juristische Texte gemeinsam gelesen und diskutiert wurden und in dem jeder Teilnehmer mindestens einen der behandelten Autoren in einem kurzen Eingangsreferat vorstellte. Indes war dieses Seminar naturgemäß auf eine kleine Gruppe von Studierenden begrenzt, und es betraf auch keineswegs nur Juristen, die in Köln gewirkt hatten oder eine besondere Verbindung zur Kölner Universität besaßen. Bei näherer Betrachtung ergab sich an dieser Stelle eine Verbindungslinie zu weiteren Defiziten bzw. Desiderata:

(1) Die Universität zu Köln (einschließlich ihrer Juristischen Fakultät) hat, so jedenfalls unsere Wahrnehmung, ihrer besonderen und hochinteressanten Geschichte, ihrer fachlichen Qualität und gegenwärtigen Bedeutung zum Trotz ein gewisses Image- bzw. Identifikationsproblem. Erstaunlicherweise ist ausgerechnet in einer Stadt, die sich wie kaum eine andere in Deutschland durch einen ausgeprägten, bisweilen verblüffenden Lokalpatriotismus auszeichnet und als dessen Bestandteil zumal die rasche und intensive „Colonisierung der Lebenswelt“ von Neubürgern pflegt, die emotionale Verbindung zur Universität überschaubar. Der speziellen Situation einer Massenuniversität in einer Großstadt entspricht es ersichtlich, daß viele Studierende keine sehr enge Beziehung zu ihrer alma mater aufbauen. Aus unserer Sicht war es an der Zeit, diesem Manko entgegenzuwirken. Insoweit erschien die Erinnerung an vergangene

Zeiten und Personen nicht nur als eine „im heutigen akademischen Unterricht viel zu wenig ausgeschöpfte Quelle charakterbildender Berufsethik“, wie es schon Gustav Radbruch in seiner „Einführung in die Rechtswissenschaft“ vermerkte, sondern auch als weitgehend ungenutzte Chance universitätsinterner Identitätsstiftung. Gerade eine große und damit notgedrungen etwas unpersönlichere Fakultät wie die Kölner müßte davon profitieren können. Gleichzeitig ließe sich – so unsere Hoffnung – durch die Öffnung nach außen auch über die Universitätsangehörigen hinaus die Bedeutung von Fakultät und Universität verdeutlichen.

(2) Neben diese regionalen Spezifika trat ein disziplinärer Aspekt: Die Rechtswissenschaft gehört an unseren Universitäten traditionell zu den teilnehmerstarken Fächern; gerade in den Anfangssemestern gehen damit aber häufig Zweifel hinsichtlich der Studienwahl einher. Das Jurastudium hat keinen allzu guten Ruf, und unter den Jurastudierenden sind viele, die sich eher aus pragmatischen Gründen denn aus echtem Interesse an Rechtsproblemen für das Fach entschieden haben. Hieraus folgt für die Lehrenden eine besondere Aufgabe und Verpflichtung. Auch insoweit erschien uns die stärkere Historisierung und Personalisierung sinnvoll, denn, um noch einmal Radbruch zu zitieren, nichts vermag „den jungen Juristen seiner Wissenschaft besser seelisch nahe zu bringen, als die Lektüre der Biographien großer Juristen“.

(3) Schließlich läßt sich eine im engeren Sinne fachliche Erwägung anführen. Zunehmend wird auch in der Rechtswissenschaft erkannt, wie wichtig Kontextualisierungen sind. In einem bestimmten situativen *setting* und im Hinblick auf eine spezifische Problemstellung entwickelte Lösungsansätze lassen sich besser verstehen und letztlich auch nur dann sinnvoll generalisieren und für neue Verwendungszusammenhänge operationalisieren, wenn der Entstehungskontext nicht vergessen bzw. kontinuierlich wieder in Erinnerung gerufen wird. In diesem Sinne ist es selbstredend von großer Bedeutung, die allgemein-historischen, aber auch die konkret-individuellen Hintergründe von nach wie vor prägenden Gedanken zu erörtern.

Auf der Basis dieser Überlegungen haben wir die Grundstrukturen einer Ringvorlesung erarbeitet, die sich über zwei Semester erstrecken und in personeller Zuordnung wichtige Entwicklungen der Rechts- und Fakultätsgeschichte verdeutlichen sollte. Rasch zeigte sich dabei, daß die vergleichsweise kurze Geschichte der Kölner Juristischen Fakultät reichhaltiges Anschauungsmaterial für gleichermaßen persönlich interessante wie fachlich innovative und bis in die Gegenwart hinein fortwirkende juristische Denker liefert.

Erfreulicher- und dankenswerterweise haben sich die aktuellen Mitglieder der Juristischen Fakultät sofort und vorbehaltlos mit der Idee identifiziert; nicht zuletzt hat die Fakultät auch die finanziellen Mittel zur Verfügung gestellt, um nicht nur die Vorlesungsreihe selbst, sondern namentlich auch die Publikation zu ermöglichen. Zu danken haben wir zuvörderst dem seinerzeitigen Dekan,

Herrn Professor Dr. Thomas Weigend. Hervorzuheben ist ferner die überaus wertvolle und maßgebliche Unterstützung durch Herrn Professor Dr. Hans-Peter Haferkamp, Inhaber des Kölner Lehrstuhls für Bürgerliches Recht, Neuere Privatrechtsgeschichte und Deutsche Rechtsgeschichte. Er insbesondere hat sich innerhalb der Fakultät unserer Ausgangsidee angenommen und mit Rat und Tat deren Umsetzung sowie schließlich auch die Veröffentlichung dieses Bandes vorangetrieben. In mindestens einer Hinsicht ist zudem das Endergebnis inhaltlich-strukturell entscheidend durch ihn geprägt: Unserer ursprünglichen Vorstellung nach sollte die Ringvorlesung gewissermaßen „mit Bordmitteln“, also letztlich durch die Gruppe der ohnehin in Köln Lehrenden bestritten werden. Herr Haferkamp wies indes – mit Recht – darauf hin, daß eine solche Auswahl zwar, soweit sie ehemalige Schüler und/oder Lehrstuhlnachfolger umfaßte, den Vorteil sachlicher und persönlicher Nähe besäße. Demgegenüber litte jedoch die für eine (auch) kritische Würdigung vorteilhafte wissenschaftliche Distanz. In der Tat sollte es ja nicht um eine einseitige, die Leistungen der Kölner Jurafakultät nur lobend hervorhebende „Festschrift“ gehen, sondern die Ringvorlesung zielte auf eine objektive, auch die Schattenseiten berücksichtigende Auseinandersetzung mit zentralen Gestalten und Gedanken. Letztlich entstammen daher die Referenten nicht aus dem Kreis der Schüler. Statt dessen ist es erfreulicherweise gelungen, von außerhalb Kölns vorzügliche und mit der konkreten Materie besonders vertraute Wissenschaftler zu gewinnen. Ihnen wurden von unserer Seite aus zwar die zu behandelnden Personen vorgeschlagen, im übrigen erfolgten aber keinerlei vereinheitlichende Vorgaben. Bewußt wurden ferner auch Nichtjuristen als Referenten einbezogen. Ihre Beteiligung verdeutlicht, daß die „Kölner Juristen“ nicht nur innerhalb der Zunft beachtet werden und Bedeutung besitzen. Die besondere Sachkenntnis, die große Gestaltungsfreiheit und die infolge der disziplinären Offenheit und Pluralität gegebene Vielfalt sowohl der methodischen Herangehensweisen als auch der Präsentationsformen ergaben eine überaus fruchtbare Kombination. Gerade in den an die Vorträge anschließenden Diskussionen erwies sich ferner der Verkoppelungscharakter einer an der Universität zu Köln angesiedelten, aber mit auswärtigen Vortragenden besetzten Veranstaltungsreihe als zusätzlich bereichernd. Daß im Publikum häufig auch Personen saßen, die die thematisierten Juristen noch persönlich kennengelernt hatten, ermöglichte es, die interne und die externe Beobachterperspektive abzugleichen.

Ein paar knappe Anmerkungen zur Gestaltung der Ringvorlesung und dieses daraus hervorgegangenen Bandes sind geboten. Die Auswahl der hier vorgestellten Personen folgt keinem strengen Schema; insbesondere wäre es falsch, sie als Qualifizierung im Sinne einer Bestenauslese zu verstehen. Die „Kölner Juristen“ werden durch die hier versammelten Personen und Gedanken nicht umfassend, aber auch nicht im engeren Sinne repräsentativ abgebildet. Das folgt schon aus der doppelten zeitlichen Begrenzung: Einerseits bleibt die Gruppe auf

das 20. Jahrhundert beschränkt. Damit soll keinesfalls der – natürlich falsche – Eindruck erzeugt werden, eine für uns Heutige interessante und anschlussfähige Historie sei nur in der Nahzeitperspektive gegeben. Aber im Sinne der oben genannten Erwägungen und zumal im Interesse einer gewissen Geschlossenheit der Darstellung erschien uns diese Begrenzung doch vorzugswürdig. Andererseits darf aus der Tatsache, daß nur bereits verstorbene Persönlichkeiten berücksichtigt werden, nicht auf eine Mißachtung der Verdienste der Lebenden geschlossen werden. Zu berücksichtigen ist ferner die institutionelle Begrenzung: Zu den Kölner Juristen im Sinne dieses Bandes zählen nur solche, die an der Universität zu Köln gelehrt haben. Auch wenn damit keine Beschränkung auf die Gruppe der Professoren verbunden ist, rechtfertigt sich der damit verbundene Ausschluß von Richtern, Rechtsanwälten und anderen juristischen Funktionsträgern aus der speziellen universitären (Identifikations-)Orientierung. Ein gewisses Manko ist indes nicht zu verkennen: Die Auswahl schließt keine Juristin mit ein. Das ist teilweise zeitgeschichtlich zu erklären. Das 20. Jahrhundert erweist sich als defizitär hinsichtlich der Beteiligung von Frauen an juristischen Berufen, gerade auch innerhalb der Universität. Auf der anderen Seite gab es aber doch grundsätzlich in Betracht kommende Professorinnen. In unserem Zeitrahmen fanden sich indes keine passenden, den genannten Auswahlkriterien entsprechenden Referenten. Das mag zugleich als Ansatzpunkt dienen, die „Kölner Juristen“ zeitlich und personell weiterzudenken.

Abschließend ist den Referenten bzw. Autoren sehr herzlich zu danken. Ohne sie hätte das Projekt wohl niemals und schon gar nicht in der jetzt vorliegenden Form durchgeführt werden können. Es war für uns gleichermaßen erstaunlich wie erfreulich, wie schnell sie sich für die zugrunde liegende Idee begeistern konnten und mit welch ungewöhnlichem Einsatz und Engagement sie ihre Vorträge gestaltet und verschriftlicht haben. Wir sind glücklich und dankbar, daß sie den „Kölner Juristen“ zu der vorliegenden Form verholfen haben.

Steffen Augsberg & Andreas Funke

Andreas von Tuhr (1864–1925) Das Phänomen eines gelobten Begriffsjuristen

Sibylle Hofer

I. Forschung und Lehre zu drei Rechtsordnungen

Nachdem die Kölner Universität im Jahr 1919 wieder begründet worden war, konstituierte sich die Rechtswissenschaftliche Fakultät am 9. Januar 1920. Zu diesem Tag wurden auch die ersten Professoren berufen¹. Unter ihnen war Andreas von Tuhr². Der stand damals an einem Wendepunkt seines Lebens, das ihn schon an fünf juristischen Fakultäten und zur Beschäftigung mit drei Rechtsordnungen geführt hatte.

1. *Studium des gemeinen Rechts*

Geboren wurde Andreas von Tuhr 1864 in *St. Petersburg*³, wohin seine Vorfahren von Danzig her ausgewandert waren⁴. Die Verbindung zur Jurisprudenz war ihm sozusagen in die Wiege gelegt worden: Sein Vater (Nikolai von Tuhr), der im russischen Staatsdienst tätig war, hatte Rechtswissenschaft studiert, und seine Mutter (Katharina Wilhelmine v. Schneider) entstammte einer Juristenfamilie⁵. Auch Andreas von Tuhr entschied sich später für ein Studium der Jurisprudenz, und zwar in Deutschland, wo die Familie seit 1875 in Baden-Baden lebte⁶. Wie damals üblich, absolvierte er das Studium an verschiedenen Orten, und zwar in Heidelberg, Leipzig und Straßburg. Die wichtigste Station war dabei

¹ *Hans-Jürgen Becker*, 600 Jahre Rechtswissenschaft in Köln; in: Festschrift der Rechtswissenschaftlichen Fakultät zur 600-Jahr-Feier der Universität zu Köln, Köln u. a. 1988, 3–30, 13f.

² Außerdem wurden berufen: Fritz Stier-Somlo; Godehard Ebers, Heinrich Lehmann und Hans Planitz (*Becker*, wie Fn. 1, 14f.). Aus dieser Gruppe wurde Stier-Somlo zum Dekan und von Tuhr zum Vertreter der Fakultät im Senat gewählt (*Heinrich Lehmann*, Rechtswissenschaftliche Fakultät, in: Universität Köln 1919–1929, 129–148, 130).

³ Sein Geburtsdatum war der 14. Februar 1864, bzw. nach dem damals in Russland noch geltenden Julianischen Kalender der 2. Februar 1864.

⁴ Zu den Vorfahren vgl. *Johanna Von der Mühl-von Tuhr*, Erinnerungen an Professor Andreas v. Tuhr, Zeitschrift für Schweizerisches Recht (ZSR) 73 (1954), 409–436, 409f.

⁵ *Andreas B. Schwarz*, Andreas von Tuhr, Zürich 1938, 9.

⁶ *Schwarz*, wie Fn. 5, 10.

für von Tuhr Heidelberg, da er dort derjenigen Person begegnete, die er als seinen Lehrer bezeichnete: Ernst Immanuel Bekker⁷. In Heidelberg begann von Tuhr dann auch seine wissenschaftliche Karriere mit Promotion (1885) und Habilitation (1888). Die Habilitationsschrift war dem Notstand im Zivilrecht gewidmet – ein Thema, das der Autor entsprechend der damaligen Rechtslage in Deutschland nach gemeinem (römischen) Recht abhandelte⁸. Das römische Recht wurde dann auch prägend für seine Forschung und Lehre. Von Tuhr führte an allen Universitäten, an denen er tätig war, Veranstaltungen zum römischen Recht durch. Und bei seinen Untersuchungen zum geltenden Recht bildeten das römische Recht sowie dessen wissenschaftliche Bearbeitung im 19. Jahrhundert ebenfalls eine wichtige Grundlage. Nicht selten wird Andreas von Tuhr daher auch als später Vertreter des Pandektismus bezeichnet⁹.

2. Erste Begegnung mit dem Schweizer Recht

Seine erste Professur erhielt von Tuhr in der Schweiz. Von 1891 bis 1898 war er als Professor für römisches Recht an der Universität Basel tätig¹⁰. Allerdings hielt er dort keineswegs nur Vorlesungen zu diesem Rechtsgebiet, sondern auch zum schweizerischen Obligationenrecht¹¹, das 1881/83 eine einheitliche Kodifizierung für die gesamte Schweiz erfahren hatte¹². Die Veröffentlichungen jener Zeit waren ebenfalls sowohl dem römischen als auch dem Schweizer Recht gewidmet¹³. Daneben kam von Tuhr als nebenamtlicher Richter am Basler Appellationsgericht mit der juristischen Praxis in unmittelbare Berührung¹⁴.

⁷ Schwarz, wie Fn. 5, 12. Auch Nikolai von Tuhr hatte Kontakt zu Bekker gehabt (vgl. Philipp Heck, Andreas von Tuhr, AcP 125 (1926), 257–262, 257). Zu Bekkers Werk *Maximiliane Kriechbaum*, Dogmatik und Rechtsgeschichte bei Ernst Immanuel Bekker, Ebelsbach 1984.

⁸ Die Gutachten in von Tuhrs Habilitationsverfahren hatten E. I. Bekker und Otto Karlowa verfasst (Schwarz, wie Fn. 5, 13).

⁹ Vgl. etwa unten Zitat bei Fn. 165; sowie Schwarz, wie Fn. 5, 40.

¹⁰ In Basel hatte von Tuhr zunächst die Position eines außerordentlichen Professors inne, nach zwei Jahren wurde er zum ordentlichen Professor ernannt.

¹¹ Übersicht über von Tuhrs Vorlesungstätigkeit in Basel bei Urs Fasel, Auf den Spuren von Tuhrs, in: FS E. Bucher, Bern 2009, 129–144, 134f.

¹² Das Obligationenrecht (OR) war 1881 verabschiedet worden und 1883 in Kraft getreten.

¹³ Romanistische Arbeiten der Basler Zeit von Tuhrs waren insbesondere der Aufsatz „Zur Schätzung des Schadens in der Lex Aquilia“ (1892) sowie das Buch „Actio in rem verso, zugleich ein Beitrag zur Lehre von der Geschäftsführung“ (1895), das von Tuhr E. I. Bekker widmete. Zum Schweizer Obligationenrecht verfasste von Tuhr in Basel eine Aufsatzreihe über „die Mängel des Vertragsschlusses nach schweizerischem Obligationenrecht“ (ZSR 15 (1896), 178–319; 16 (1897), 1–32; 17 (1897), 1–67). Zusammenstellungen der Veröffentlichungen finden sich bei Ronald Kunz, Geschichte der Basler Juristischen Fakultät 1835–2010, Basel 2011, 272f.; sowie in den Nachrufen von Heck, wie Fn. 7, 261f.; und Fritz Fleiner, Andreas von Tuhr, Schweizerische Juristen-Zeitung (SJZ) 1925/26, 214–216, 216.

¹⁴ Schwarz, wie Fn. 5, 17f.; Präsident des Gerichts war damals der Germanist Andreas Heusler.

3. Forschungen zum BGB

Andreas von Tuhr wäre am liebsten in Basel geblieben. Die Schweiz war jedoch Ende des 19. Jahrhunderts aus der Sicht Russlands ein Staat, in dem sich vornehmlich radikale Gegner des Zarenreichs aufhielten¹⁵. Daher hätte ein Verbleiben in Basel auch Auswirkungen auf von Tuhrs Verhältnis zu seinem Heimatland gehabt, wie seine Tochter berichtete: „Aber damals brauchte es dazu (sc. zum weiteren Verbleib in Basel) einer speziellen kaiserlichen Erlaubnis, wenn man als ältester Sohn, und daher der einzige Erbe, in Rußland Güter besaß. Die Schweiz galt als Hochburg des sogenannten Nihilismus, und wer sich hier auf Lebenszeit niederließ, brach mit der Heimat“¹⁶. Einen solchen Bruch wollte von Tuhr auf jeden Fall vermeiden. Er fühlte sich eng mit Russland verbunden, was er unter anderem dadurch dokumentierte, dass er zeitlebens die russische Staatsangehörigkeit behielt¹⁷. Daher verließ von Tuhr 1898 die Schweiz und ging an die (deutsche) Universität *Straßburg*, nachdem er beim russischen Zaren die Erlaubnis eingeholt hatte, diese Professur annehmen zu dürfen¹⁸.

Der Wechsel nach Straßburg brachte für von Tuhr eine grundlegende Veränderung im Hinblick auf seine Lehr- und Forschungstätigkeiten mit sich. Diese bezogen sich nun auf das BGB, das kurz zuvor verabschiedet worden war und am 1. Januar 1900 in Kraft trat. Nach dem gemeinen Recht und dem schweizerischen Obligationenrecht war das BGB die dritte Rechtsordnung, deren Untersuchung sich von Tuhr zuwandte. Angeblich soll dieser Umstand auch die Wahl der neuen Wirkungsstätte beeinflusst haben. Es wird berichtet, dass sich von Tuhr damit zwingen wollte, das neue deutsche Recht kennenzulernen. Auf das Angebot, in Basel Vorlesungen über das deutsche BGB zu halten, soll von Tuhr entgegnet haben, „wer denn ‚eine so spröde Materie‘ durchzuackern Lust verspüren würde, ohne dazu genötigt zu sein“¹⁹. Ob selbst gezwungen oder nicht, auf jeden Fall setzte sich von Tuhr in Straßburg intensiv mit dem BGB auseinander. Davon zeugt insbesondere sein Handbuch „Der Allgemeine Teil des Deutschen Bürgerlichen Rechts“, das in drei Bänden 1910, 1914, 1918 erschien²⁰. An der Straßburger Universität, die ihn 1918 zum Rektor wählte,

¹⁵ Vgl. *Peter Collmer*, Die Schweiz und das Russische Reich 1848–1919, Zürich 2004, 290 ff.

¹⁶ *Von der Mühl-von Tuhr*, wie Fn. 4, 429.

¹⁷ Die russische Staatsangehörigkeit gab von Tuhr auch nicht auf, als er infolge seiner Professur in Strassburg die deutsche Staatsangehörigkeit erhielt (*Schwarz*, wie Fn. 5, 10). Auch in seiner wissenschaftlichen Arbeit hielt er Kontakt zu Russland. So verfasste Andreas von Tuhr etwa Aufsätze zum russischen Staatsrecht („Zur Auflösung der Duma“ (DJZ 1907, 729–733), „Das Staatsrecht des heutigen Russlands“ (SJZ 1925/26, 83–85)) und verfolgte auch die romanistische Forschung in Russland, wie etliche Rezensionen belegen (dazu *Kunz*, wie Fn. 13, 270 f. m. w. N.).

¹⁸ Urkunde im Universitätsarchiv Zürich.

¹⁹ *Schwarz*, wie Fn. 5, 18 f. (ohne Quellenangabe).

²⁰ Näheres zu diesem Werk s. u. bei Ziff. II. Außerdem verfasste von Tuhr etliche Aufsätze zum BGB (zu Schriftenverzeichnissen s. o. Fn. 13).

fühlte sich von Tuhr sehr wohl; Rufe nach Dorpat, Kiel und Göttingen schlug er aus²¹.

Hatte von Tuhr in seiner Rektoratsrede vom 1. Mai 1918 noch der Hoffnung Ausdruck gegeben, dass Deutschland „siegreich und unversehrt“ aus dem Weltkrieg hervorgehen werde²², so wurde diese Erwartung kurz darauf durch den Einmarsch der Franzosen zerstört. Diese erklärten den Unterricht an der deutschen Universität für beendet und enthoben den Rektor Andreas von Tuhr am 30. November 1918 seines Amtes²³. Wie alle deutschen Professoren musste von Tuhr die Stadt verlassen und sich eine neue Wirkungsstätte suchen. Die von seiner Familie herausgegebene Gedächtnisschrift vermerkte dazu: „Als letzter Rektor der deutschen Universität Strassburg überschritt er mit den Seinen kurz vor Weihnachten 1918 den Rhein; er hat diesen Tag als den Zusammenbruch seiner Lebensarbeit innerlich nie überwunden“²⁴.

4. Rückkehr zum Schweizer Recht

Von Tuhr ging zunächst nach *Halle*, wo er jedoch nur ein Semester blieb, da er inzwischen einen Ruf an die Universität *Köln* erhalten hatte. Als von Tuhr im Sommersemester 1920 in Köln Vorlesungen zum römischen Recht und zum bürgerlichen Recht hielt²⁵, war allerdings schon klar, dass auch Köln für ihn nur eine Durchgangsstation sein würde; hatte er doch zu diesem Zeitpunkt bereits einen Ruf der Universität Zürich angenommen²⁶. Damit entging von Tuhr auch den wenig erfreulichen Lebensumständen, die er in Köln nach dem Bericht seiner Tochter vorfand: „Infolge der Besetzung und wegen der damals noch vollständig unbekanntenen Inflation schien das Leben um so unerträglicher, als ein Teil des Gehalts in Wohnung und Heizung bestand. Diese Wohnung war aber ein eben ausgenommenes Schmugglernest, wo Frau und Tochter nicht allein bleiben konnten, ohne belästigt zu werden, und sich nachts wüste Szenen

²¹ *Von der Mühlh-von Tuhr*, wie Fn. 4, 431 f.

²² *Andreas von Tuhr*, Grundlagen und Ausbau des bürgerlichen Gesetzbuchs, Strassburg 1918, 3.

²³ Vgl. dazu *Bernd Schlüter*, Reichswissenschaft, Frankfurt/M. 2004, 496f. Die Straßburger Universität war für die Franzosen ein Symbol ihrer Niederlage von 1871.

²⁴ N. N., Zur Erinnerung an Andreas von Tuhr, Basel 1926 (ohne Seitenzahlen). Vgl. auch die sehr persönliche Schilderung der Entlassung der deutschen Professoren von *Otto Lenel*, Die Universität Strassburg, Freiburg 1921, 24f.; sowie *Schlüter*, wie Fn. 23, 496.

²⁵ Laut Vorlesungsverzeichnis der Universität zu Köln führte Andreas von Tuhr im Sommersemester 1920 folgende Veranstaltungen durch: Vorlesung „Geschichte des römischen Rechts“ (4-stündig); Vorlesung „System des römischen Rechts“ (4-stündig); „Anfängerübung im römischen Recht“ (2-stündig); „Übung im Bürgerlichen Recht für Vorgerückte“ (2-stündig) sowie „Bürgerliches Recht“ für Teilnehmer des Studiums der kommunalen und sozialen Verwaltung (2-stündig).

²⁶ Den Kölner Personalakten ist zu entnehmen, dass von Tuhr bereits im Februar 1920 (d. h. nur einen Monat nach seiner Ernennung) mit der Universität Zürich verhandelte.

abspielten, so dass von Tuhr bedauerte, den gleichzeitigen Ruf nach Würzburg ausgeschlagen zu haben²⁷.

Der Wechsel nach *Zürich* bedeutete für von Tuhr auch eine Rückkehr zum Schweizer Zivilrecht, mit dem er sich bereits in Basel beschäftigt hatte. Allerdings war inzwischen eine Veränderung der Rechtslage erfolgt, da 1912 das Zivilgesetzbuch (ZGB) in Kraft getreten war, was auch eine Revision des Obligationenrechts (OR) zur Folge gehabt hatte²⁸. In Lehre und Forschung konzentrierte sich von Tuhr in Zürich auf das schweizerische Obligationenrecht²⁹. Kurz vor seinem Tod im Jahr 1925 vollendete er eine zweibändige Darstellung des Allgemeinen Teils dieses Gesetzes³⁰. Die Zueignung des Werkes – „Dem Andenken der deutschen Universität Straßburg gewidmet von ihrem letzten Rektor“ – belegte dabei noch einmal von Tuhrs Verbundenheit mit seiner früheren Wirkungsstätte.

II. „Der Allgemeine Teil des Deutschen Bürgerlichen Rechts“ (1910, 1914, 1918)

1. Ruhmesgeschichte

Von Karl Binding erhielt Andreas von Tuhr den Auftrag, für das Systematische Handbuch der deutschen Rechtswissenschaft ein Werk über den Allgemeinen Teil des BGB zu verfassen³¹. Diesem Auftrag kam er mit einer umfangreichen Untersuchung von fast 2000 Seiten nach, die in drei Bänden 1910, 1914 und 1918 erschien. Von Zeitgenossen wurde das Werk hoch gelobt. Philipp Heck stellte 1926 fest: „Unter den zahlreichen, zum Teil ausgezeichneten Darstellungen unseres bürgerlichen Rechts nimmt es die erste Stelle ein“³².

Der Ruhm des Werkes hielt an. Dies belegt nicht zuletzt der Umstand, dass zunächst die Kurzfassung, die von Tuhr 1923 für die Reihe „Enzyklopädie der Rechtswissenschaften“ verfasst hatte³³, mehrfach (unverändert) neu aufgelegt

²⁷ *Von der Mühl-von Tuhr*, wie Fn. 4, 434.

²⁸ Die Revision des OR war zeitgleich mit dem ZGB am 1. Januar 1912 in Kraft getreten.

²⁹ Daneben hielt er in Zürich auch wiederum Vorlesungen zum römischen Recht, *Schwarz*, wie Fn. 5, 30.

³⁰ Zu diesem Werk s. u. bei Ziff. III.

³¹ *Schwarz*, wie Fn. 5, 20f., wies darauf hin, dass sich der Herausgeber „in einer Zeit, die an ruhmreichen älteren Zivilisten noch so reich gewesen ist, (sc. dafür entschieden habe), den für die Wissenschaft des neuen bürgerlichen Rechts theoretisch wichtigsten Teil in die Hände des für eine solche Leistung noch nicht endgültig erprobten Verfassers zu legen“.

³² *Heck*, wie Fn. 7, 258.

³³ *Andreas von Tuhr*, *Bürgerliches Recht. Allgemeiner Teil; Enzyklopädie der Rechts- und Staatswissenschaften* Bd. VII, 1923.

wurde³⁴. 1957 erfolgte ein (unveränderter) Neudruck des dreibändigen Hauptwerks. Und auch heute noch, d. h. 100 Jahre nach der ersten Veröffentlichung, wird von Tuhrs Handbuch immer noch in Schrifttumsverzeichnissen von Lehrbüchern zum BGB erwähnt³⁵. Medicus empfiehlt es mit den Worten: „Von den älteren Werken nach meinem Urteil die am tiefsten eindringende Darstellung des Allgemeinen Teils“³⁶. Dabei merkt er an, dass der Name des Autors häufig falsch als „Thur“ geschrieben werde – ein Fehler, der tatsächlich nicht nur in studentischen Hausarbeiten, sondern auch in wissenschaftlichen Abhandlungen immer wieder festzustellen ist.

2. Bekenntnis zur Begriffsjurisprudenz

Schlägt man das viel gerühmte Lehrbuch auf, so fällt ins Auge, dass der Verfasser im Vorwort mehrfach die Bedeutung von Begriffen hervorhebt³⁷:

„Gewisse Vorgänge des Lebens sind (sc. in den Rechtssätzen) nach einem für das Recht maßgebenden Kriterium zu Begriffen zusammengefasst. (...) Während aber auf diesen Gebieten (sc. Psychologie, Geschichte, Wirtschaftslehre) die Begriffe nur Erkenntniswert haben, kommt den vom Recht aufgestellten Begriffen reale Bedeutung, vis ac potestas, zu.“³⁸

„Auf beiden Gebieten (sc. Rechtsprechung und Wissenschaft) prävaliert die logische Tätigkeit: genaue Feststellung der Begriffe, die das Gesetz oft nur mit einem Worte bezeichnet; und Subsumption der vielgestaltigen Erscheinungen des Lebens unter diese Begriffe. Daher ist die Jurisprudenz stets wesentlich ein *Operieren mit Begriffen* gewesen.“³⁹

„Aber die Lebensverhältnisse sind meines Erachtens der Hintergrund für die eigentlich juristische Betrachtung, welche es *in erster Linie* mit den rechtlichen *Begriffen und deren Konsequenzen* zu tun hat.“⁴⁰

„Die dogmatische Forschung kann nur in der Weise erfolgen, daß man die zahllosen im Gesetz aufgestellten Begriffe miteinander vergleicht und auf Grund gemeinsamer Kri-

³⁴ Von Tuhr, Bürgerliches Recht, wie Fn. 33, 2. unveränderte Auflage 1926 (ND 1927); 3. unveränderte Auflage 1928; 4. unveränderte Auflage 1932.

³⁵ So etwa in den Lehrbüchern zum Allgemeinen Teil von Helmut Köhler; Bernd Rütters/Astrid Stadler oder Hans Brox.

³⁶ Dieter Medicus, Allgemeiner Teil des BGB, 10. Aufl., Heidelberg 2010, Rn. 50.

³⁷ Dem Vernehmen nach vertrat Andreas von Tuhr damit eine grundsätzlich andere Position als sein Vater Nikolai von Tuhr. Philipp Heck berichtete nämlich, sein Onkel Nikolai von Tuhr habe die Ansicht vertreten, dass er keinen Wert auf konstruktive Entdeckungen lege. „Die Hochschätzung der begrifflichen Konstruktionen sei eine Eigentümlichkeit der deutschen Rechtswissenschaft, die bei anderen Nationen nicht als Vorzug, sondern als Schwäche gelte“ (Philipp Heck, Begriffsbildung und Interessenjurisprudenz, Tübingen 1932, 33, Fn. 2).

³⁸ Andreas von Tuhr, Der Allgemeine Teil des Bürgerlichen Rechts, Bd. I (BGB I), Leipzig 1910, VII (Hervorhebung nicht im Original).

³⁹ Von Tuhr, BGB I, wie Fn. 38, VIII (Hervorhebung nicht im Original).

⁴⁰ Von Tuhr, BGBI, wie Fn. 38, XI (Hervorhebung nicht im Original).

terien zu höheren Begriffen zusammenfaßt, um dadurch einen Überblick über das gesamte Gebiet zu gewinnen.“⁴¹

Diese Zitate erzeugen Unbehagen. Liest man von einer „realen Bedeutung“ von Begriffen, von „höheren Begriffen“ und „Operieren mit Begriffen“, kommt einem sofort das Stichwort „Begriffsjurisprudenz“ in den Sinn, dem ein negativer Klang anhaftet. Wird doch vielfach angenommen, „dass Begriffsjurisprudenz die Todsünde der juristischen Methode schlechthin ist“⁴². Eine derartige Einschätzung ist die Folge leidenschaftlicher und pointierter – und damit eingängiger und nachhaltig wirkender – Polemiken, die Ende des 19. Jahrhunderts aufkamen. 1884 hatte Rudolf von Jhering in seinem Werk „Scherz und Ernst in der Jurisprudenz“ den Ausdruck „Begriffsjurisprudenz“ folgendermaßen charakterisiert: „(...) so ist damit jene Verirrung unserer heutigen Jurisprudenz gemeint, welche, den praktischen Endzweck und die Bedingungen der Anwendbarkeit des Rechts außer Acht lassend, in demselben nur einen Gegenstand erblickt, an dem das sich selber überlassene, seinen Reiz und Zweck in sich selber tragende logische Denken sich erproben kann (...)“⁴³. Damit waren die zentralen Vorwürfe ausgesprochen, die bis heute mit dem Ausdruck „Begriffsjurisprudenz“ verbunden werden: Entscheidungen werden allein aufgrund begrifflicher Konstruktion gefunden, ohne dass dabei die Lebensverhältnisse berücksichtigt werden. Als Repräsentanten einer solchen Rechtswissenschaft erwähnte Jhering unter anderem Georg Friedrich Puchta⁴⁴. Ausschlaggebend war dafür, dass Puchta den Begriff als „ein lebendiges Wesen“ bezeichnet und betont hatte, dass eine systematische Kenntnis des Rechts eine Erforschung der Rechtssätze erfordere, bei der „die Abstammung eines jeden Begriffs durch alle Mittelglieder, die an seiner Bildung Antheil haben, auf und abwärts zu verfolgen“ sei⁴⁵.

Puchtas Untersuchungen wurden auch zu Beginn des 20. Jahrhunderts von Vertretern der Interessenjurisprudenz und der sog. Freirechtslehre als Inbegriff einer abzulehnenden Begriffsjurisprudenz hingestellt. Da Puchta einmal von einer „Genealogie der Begriffe“ gesprochen hatte, wurde ihm vorgeworfen, juristische Fragen allein mittels einer „Begriffspyramide“ beantwortet zu haben⁴⁶. Heck kennzeichnete eine solche Vorgehensweise als „Inversionsverfahren“. Darunter verstand er die Begründung von neuen Rechtssätzen aus Begrif-

⁴¹ Von Tuhr, BGBl, wie Fn. 38, XIII (Hervorhebung nicht im Original).

⁴² Eugen Bucher, Was ist die ‚Begriffsjurisprudenz‘?, Zeitschrift des Bernischen Juristenvereins (ZBJV) 102 (1966), 274–304, 282.

⁴³ Rudolf von Jhering, Scherz und Ernst in der Jurisprudenz, 1. Aufl. 1884, 13. Aufl. 1924, 347.

⁴⁴ Zu Jherings Kritik an Puchta vgl. Hans-Peter Haferkamp, Georg Friedrich Puchta und die ‚Begriffsjurisprudenz‘, Frankfurt/M. 2004, 37 ff.

⁴⁵ Georg Friedrich Puchta, Cursus der Institutionen, 1. Bd., 4. Aufl., Leipzig 1853, 101 (§ 33).

⁴⁶ Vgl. Haferkamp, wie Fn. 44, 94 ff. Zum Puchtazitat s. Fn. 45.

fen, die zuvor aus positiven Rechtssätzen hergeleitet worden seien. Diese „produktive Verwertung der Ordnungsbegriffe“ berücksichtige nicht, dass der Gesetzgeber bei seiner Regelung Interessenkonflikte entschieden habe. Hecks Lösung lautete daher: „Neue Normen können die Lebensbedürfnisse nur befriedigen, wenn sie ebenso wie die Gesetznormen durch Untersuchung und Wertung der beteiligten Interessen gewonnen werden“⁴⁷.

1909 erreichten die Angriffe gegen die Begriffsjurisprudenz einen Höhepunkt durch Ernst Fuchs' Buch „Die Gemeenschädlichkeit der konstruktiven Jurisprudenz“, Ernst Stampes kritischen Aufsatz „Rechtsfindung durch Konstruktion“⁴⁸ sowie Philipp Hecks Beitrag „Was ist diejenige Begriffsjurisprudenz, die wir bekämpfen?“⁴⁹. Trotzdem – oder gerade deswegen – betonte von Tuhr im ersten Band seiner Darstellung des Allgemeinen Teils, die im Jahr darauf veröffentlicht wurde, die Bedeutung von Begriffen. Als Reaktion wären eigentlich heftige Angriffe seitens der Vertreter der Freirechtslehre bzw. der Interessenjurisprudenz zu erwarten gewesen, die gerne jede begriffliche Argumentation ihrer Zeitgenossen zur Zielscheibe von Kritik machten. Solche Angriffe blieben jedoch damals ebenso aus wie heute. Damit drängt sich die Frage auf, wie von Tuhr es geschafft hat, der Polemik gegenüber der Begriffsjurisprudenz zu entgehen. Eine Antwort verlangt einen genaueren Blick in sein Werk.

3. Argumentationsmethoden

a) Die Bedeutung des Begriffs „subjektives Recht“

Es gibt vor allem zwei Ansätze für eine grundsätzliche dogmatische Behandlung des Zivilrechts. Zum einen können inhaltliche Prinzipien in den Mittelpunkt gestellt werden. Ein Beispiel dafür sind etwa Eugen Hubers Erläuterungen zum ZGB, bei denen der Verfasser die Rechtssätze insbesondere auf die Grundgedanken Freiheit und Gemeinschaft zurückführt⁵⁰. Eine andere Möglichkeit besteht darin, sich an Rechtsbegriffen zu orientieren. Von Tuhr hat in allen seinen Werken diese zweite Methode verfolgt. Eine Konsequenz davon war, dass die Vertragsfreiheit bzw. Privatautonomie im Handbuch zum Allgemeinen Teil des BGB nur nebenbei erwähnt⁵¹ und stattdessen der Begriff des

⁴⁷ Philipp Heck, Grundriß des Schuldrechts, Tübingen 1929, 475. Ähnlich ders., Was ist diejenige Begriffsjurisprudenz, die wir bekämpfen?, DJZ 1909, 1458–1461, 1459.

⁴⁸ DJZ 1909, 418–422.

⁴⁹ DJZ 1909, 1458–1461.

⁵⁰ Vgl. dazu Sibylle Hofer, Die prinzipielle Konzeption des ZGB, in: Berner Kommentar, Materialien zum ZGB, Bd. I, Bern 2009, 9–33.

⁵¹ Eine dieser Erwähnungen findet sich im Abschnitt „Nachgiebiges und zwingendes Recht“ (von Tuhr, BGB I, wie Fn. 38, 25): „Die allgemeine Befugnis des Rechtssubjektes, seine Beziehungen zu anderen Menschen durch Vertrag zu bestimmen (Vertragsfreiheit) ist im Gesetz nicht ausdrücklich ausgesprochen, sondern als selbstverständlich vorausgesetzt (...). Man kann von einer durch das Gesetz gewährten Privatautonomie sprechen in dem

subjektiven Rechts betont wird: „Der zentrale Begriff des Privatrechts und zugleich die letzte Abstraktion aus der Vielgestaltigkeit des Rechtslebens ist das Recht des Subjekts, das ‚subjektive Recht‘“⁵². Diesem Thema widmete von Tuhr fast die Hälfte des ersten Bandes seines Handbuchs.

Das subjektive Recht definierte von Tuhr als Willensherrschaft⁵³, wobei er unter Berücksichtigung von Jherings Kritik hinzufügte, dass die subjektiven Rechte nicht verliehen würden, „damit das Subjekt sich das Vergnügen mache, seinen Willen auszuüben, sondern weil der Gesetzgeber es für angemessen hält, die Sorge für die Lebensgüter und deren Verwendung und Schutz dem Menschen selbst zu überlassen“⁵⁴. Mit der Funktion der subjektiven Rechte beschäftigte sich von Tuhr dann allerdings nicht näher. Das subjektive Recht hat in seiner Darstellung vielmehr primär eine *systematische Bedeutung*. Von Tuhr unterteilte die subjektiven Rechte in Herrschaftsrechte (Sachenrechte, Forderungen, Familienrechte, Rechte an immateriellen Gütern) und sog. sekundäre Rechte (Gestaltungsrechte, Verwaltungsrechte/Machtbefugnisse). Dabei begnügte sich von Tuhr nicht mit einer Erwähnung der verschiedenen subjektiven Rechte; vielmehr ging er auch näher auf deren Inhalt sowie rechtliche Eigenschaften ein⁵⁵. So charakterisierte er etwa bei den Sachenrechten die beschränkten dinglichen Rechte⁵⁶ und sprach bei den Forderungsrechten auch bereits die Frage der Leistung an Dritte an⁵⁷. Aus der Gruppe der Gestaltungsrechte widmete er den Aneignungsrechten⁵⁸ sowie den Aufhebungsrechten⁵⁹ sogar eigene Kapitel. Eingehend setzte sich von Tuhr auch mit dem Anwartschaftsrecht⁶⁰ als „Zwischenstadium“ bei der Entstehung eines subjektiven Rechts auseinander⁶¹. Damit führen die Ausführungen zu den subjektiven Rechten weit über das

Sinne, daß das Rechtssubjekt über die Gestaltung seiner subjektiven Rechte innerhalb der gesetzlichen Schranken nach eigenem Willen verfügen kann“. Vgl. auch *ders.*, Der Allgemeine Teil des Deutschen Bürgerlichen Rechts, II. Bd., 1. Hälfte (BGB II/1), Leipzig 1914, 143, Fn. 1: „Die freie Selbstbestimmung auf dem Gebiete des Privatrechts kann man Privatautonomie nennen“.

⁵² *Von Tuhr*, BGB I, wie Fn. 38, 53. Diese Bemerkung wird beispielsweise zitiert von *Medicus*, wie Fn. 36, Rn. 70, oder *Helmut Coing*, Zur Geschichte des Begriffs ‚subjektives Recht‘, in: *ders.*, Zur Geschichte des Privatrechtssystems, Frankfurt/M. 1962, 32.

⁵³ *Von Tuhr*, BGB I, wie Fn. 38, 56.

⁵⁴ *Von Tuhr*, BGB I, wie Fn. 38, 58. Ein solcher Kompromiss zwischen den verschiedenen Begriffsbestimmungen des subjektiven Rechts war zu dieser Zeit üblich, vgl. *Ludwig Raiser*, Der Stand der Lehre vom subjektiven Recht im Deutschen Zivilrecht, JZ 1961, 465–473, 465.

⁵⁵ *Von Tuhr*, BGB I, wie Fn. 38, XIII.

⁵⁶ *Von Tuhr*, BGB I, wie Fn. 38, 135 ff.

⁵⁷ *Von Tuhr*, BGB I, wie Fn. 38, 142 f.

⁵⁸ *Von Tuhr*, BGB I, wie Fn. 38, 171 ff.

⁵⁹ *Von Tuhr*, BGB I, wie Fn. 38, 195 ff. Diese Rechte bezeichnete von Tuhr auch im Anschluss an Bekker als „negative Rechte“.

⁶⁰ *Von Tuhr*, BGB I, wie Fn. 38, 180 ff.

⁶¹ *Von Tuhr*, BGB I, wie Fn. 38, 63.

Gebiet des Allgemeinen Teils des BGB hinaus; sie stellen eine Art Allgemeiner Teil vor der Darstellung des Allgemeinen Teils dar, bei dem entsprechend der Zielsetzung von Tuhrs ein „Überblick über das gesamte Gebiet“⁶² des Zivilrechts erfolgt.

An einem Punkt erhielt der Begriff des subjektiven Rechts aber auch eine unmittelbar praktische Bedeutung, und zwar bei der Auslegung von § 823 Abs. 1 BGB⁶³. Nach Einführung des BGB war in der deutschen Rechtswissenschaft umstritten, ob ein (allgemeines) Persönlichkeitsrecht als „sonstiges Recht“ im Sinne von § 823 Abs. 1 BGB anzuerkennen sei⁶⁴. Damit wurde eine Diskussion des 19. Jahrhunderts fortgesetzt, in deren Mittelpunkt die Frage gestanden hatte, ob das Persönlichkeitsrecht ein subjektives Recht darstelle⁶⁵. Einer der Befürworter dieser Ansicht war Otto Gierke gewesen. Er hatte das allgemeine Persönlichkeitsrecht sogar als subjektives „Grundrecht“ bezeichnet, „das alle besonderen subjektiven Rechte fundamentiert und in sie alle hineinreicht“⁶⁶. Die Gegenposition war besonders pointiert von Friedrich Carl von Savigny vertreten worden. Savigny hatte ein allgemeines Persönlichkeitsrecht auf der Basis seiner Definition des subjektiven Rechts als „Gebiet unabhängiger Herrschaft des individuellen Willens“⁶⁷ abgelehnt, weil sich die Willensherrschaft nicht auf die eigene Person beziehen könne. Zur Illustration hatte er darauf hingewiesen, dass ansonsten auch ein Recht auf Selbstmord anerkannt werden müsse⁶⁸. Von Tuhrs Ausführungen zum Persönlichkeitsrecht lagen ganz auf dieser Linie. Auch von Tuhr wollte das Persönlichkeitsrecht nicht als subjektives Recht anerkennen und begründete dies primär begrifflich. Dabei wies er insbesondere darauf hin, dass diesem Recht die meisten Anzeichen fehlten, die ansonsten für ein subjektives Recht kennzeichnend seien: Leib und Leben etwa stünden dem Berechtigten von Natur aus zu und würden ihm nicht erst verliehen; es fehlten Regelungen über Entstehung und Beendigung des Rechts; außerdem gebe es keine Möglichkeit zur Übertragung oder zum Verzicht⁶⁹.

⁶² S. o. Zitat bei Fn. 41.

⁶³ Vgl. von Tuhr, BGB I, wie Fn. 38, 53.

⁶⁴ Zu dieser Diskussion Staudinger/*Theodor Löwenfeld*, Bd. I, 9. Aufl., München u. a. 1925, Vorbemerkung zum 1. Titel, Ziff. II 4.

⁶⁵ Zu dieser Diskussion *Diethelm Klippel*, Historische Wurzeln und Funktionen von Immaterial- und Persönlichkeitsrechten im 19. Jahrhundert, ZNR 1982, 132–155, 137 ff., 144 ff.; *Robert Scheyhing*, Zur Geschichte des Persönlichkeitsrechts im 19. Jahrhundert, AcP 58 (1959/60), 503–525, 513 ff.; *Dieter Leuze*, Die Entwicklung des Persönlichkeitsrechts im 19. Jahrhundert, Bielefeld 1962.

⁶⁶ *Otto Gierke*, Deutsches Privatrecht, Bd. 1, Leipzig 1895, 703.

⁶⁷ *Friedrich Carl von Savigny*, System des heutigen römischen Rechts, Bd. I, Berlin 1840, 334.

⁶⁸ *Savigny*, wie Fn. 67, 336. Bucher, der ansonsten immer wieder die Bedeutung von Begriffen für das juristische Denken betont, bezeichnete diesen Gedankengang Savignys als ein „Beispiel verfehelter begriffsjuristischer Argumentation innerhalb der Pandektenlehre“ (*Bucher*, wie Fn. 42, 282).

⁶⁹ *Von Tuhr*, BGB I, wie Fn. 38, 151. Nicht als Argument ließ von Tuhr gelten, dass § 823

Allerdings beschränkte sich von Tuhr bei seiner Argumentation nicht auf den Begriff des subjektiven Rechts. Vielmehr bemerkte er auch: „Vor allem aber besteht, soweit die positiven Vorschriften des Gesetzes uns verlassen, die größte Unsicherheit über den Inhalt und Umfang dieser Rechte“⁷⁰. Nachdrücklich warnte von Tuhr vor der Gefahr unübersehbarer Haftungen im Falle der Anerkennung eines allgemeinen Persönlichkeitsrechts. Um diese Gefahr zu demonstrieren, wies er darauf hin, dass auch ein objektiv unbegründeter Entmündigungsantrag⁷¹ oder die Schädigung eines Hausstands durch eine unbegründete Vindikation⁷² zu einer Haftung aus § 823 Abs. 1 BGB führen müssten, wenn das allgemeine Persönlichkeitsrecht unter den Begriff „sonstiges Recht“ subsumiert werde.

b) Berücksichtigung der Lebensverhältnisse

Die Analyse der Position zum allgemeinen Persönlichkeitsrecht hat bereits gezeigt, dass von Tuhr sehr wohl auch die praktischen Auswirkungen seiner begrifflichen Konstruktionen berücksichtigte. Dabei handelt es sich keineswegs um einen Sonderfall. Von Tuhr nahm immer wieder bei der Entscheidung von Einzelfragen auf die Lebensverhältnisse und insbesondere auf die praktischen Konsequenzen einer Konstruktion Bezug. Gelegentlich scheinen die praktischen Konsequenzen sogar der eigentliche Grund für eine dogmatische Konstruktion gewesen zu sein. In seinem Vortrag über „Grundlagen und Ausbau des bürgerlichen Gesetzbuchs“ wies von Tuhr darauf hin, dass über die Frage, ob eine Norm analog anzuwenden sei, nicht logische Argumente, sondern „die Angemessenheit des durch die Analogie gewonnenen Resultats“ entscheide⁷³. Dieser Ansatz erklärt beispielsweise die Ausführungen zur Sicherungsübereignung. Dazu vertrat von Tuhr die Ansicht, dass solche Eigentumsübertragungen „nach Analogie des Pfandrechts zu behandeln“ seien⁷⁴. Ebenso wie § 1205 BGB deutlich mache, dass der Schuldner bei einer Pfandrechtsbestellung nicht im Besitz der verpfändeten Sache bleiben dürfe, sei die Vereinbarung eines Besitzkonstituts im Rahmen einer Sicherungsübereignung unzulässig. Es mag zunächst erstaunen, dass von Tuhr entgegen der Rechtsprechung und der schon zu

Abs. 1 BGB für die Verletzung bestimmter persönlicher Rechtsgüter eine Haftung anordne. Er entgegnete, dass nicht alle Rechtsgüter, die das Gesetz schütze, als subjektive Rechte gelten könnten (a.a.O., 149).

⁷⁰ Von Tuhr, BGB I, wie Fn. 38, 151; ähnlich 153. Stattdessen empfahl von Tuhr, a.a.O., 152f., eine Lösung über § 826 BGB, soweit es um Verletzungen persönlicher Rechtsgüter gehe, die nicht ausdrücklich in § 823 Abs. 1 BGB erwähnt seien.

⁷¹ Von Tuhr, BGB I, wie Fn. 38, 152.

⁷² Von Tuhr, BGB I, wie Fn. 38, 157 (im Zusammenhang mit Kritik an der Rechtsprechung zum eingerichteten Gewerbebetrieb).

⁷³ Von Tuhr, Grundlagen, wie Fn. 22, 18.

⁷⁴ Von Tuhr, BGB II/2, wie Fn. 75, 196. Vgl. auch *ders.*, Grundlagen, wie Fn. 22, 24.

seiner Zeit herrschenden Lehre⁷⁵ die Zulässigkeit von Sicherungsübereignungen mit Hinweis auf das Faustpfandprinzip ablehnte. Seine Konstruktion wird jedoch verständlich, wenn man ihr Motiv berücksichtigt. Es ging von Tuhr nämlich offensichtlich darum, Gläubiger vor Unklarheiten im Hinblick auf die Eigentumsverhältnisse und damit auf die Vermögenslage des Schuldners zu schützen: „M. Er. hat die Rechtsprechung, indem sie trotz des Widerspruchs, der anfänglich in der Literatur erhoben wurde, am formalen Unterschied zwischen Übereignung und Verpfändung festhielt, mit unglücklicher Hand einen Rechtszustand geschaffen, der von redlichen Kreditgebern als unerträglich empfunden wird und zu zahllosen Prozessen mit unberechenbarem Ausgang führt“⁷⁶. Die Analogie zum Pfandrecht wurde somit deutlich durch das gewünschte praktische Ergebnis motiviert.

Als weiteres Beispiel dafür, dass von Tuhr die Lebensverhältnisse sehr genau im Blick hatte, seien seine Ausführungen zu übermäßigen Einschränkungen der persönlichen oder wirtschaftlichen Freiheit erwähnt. Von Tuhr ging auf dieses Thema gleich zweimal in seinem Allgemeinen Teil des BGB ein, wodurch es eine besondere Betonung erhielt⁷⁷. In Frage standen dabei Grenzen der Vertragsfreiheit, womit die Darlegungen auch indirekt eine Auseinandersetzung mit dem Prinzip der Privatautonomie enthalten⁷⁸. In Rechtsprechung und Lehre war schon damals allgemein anerkannt, dass vertragliche Vereinbarungen nicht zu einer Knechtung des Schuldners oder zu einer Aufhebung seiner freien Lebensbetätigung führen dürfen. Dem schloss sich von Tuhr an. Er sprach dabei von einem „Grundsatz des ungeschriebenen Rechts“⁷⁹ bzw. einem „allgemeinen Prinzip“⁸⁰, das zwar im Gesetz nicht ausgesprochen werde, aber zahlreichen Rechtssätzen zugrunde liege (z. B. dem Konkurrenzverbot in § 74 HGB oder dem Verbot von Übertragungen künftigen Vermögens, § 310 BGB⁸¹) und somit der Rechtsordnung „immanent“ sei⁸². Allerdings lehnte von Tuhr die übliche

⁷⁵ Nachweise bei *Andreas von Tuhr*, Der Allgemeine Teil des Deutschen Bürgerlichen Rechts, II. Bd., 2. Hälfte (BGB II/2), Leipzig 1918, 195.

⁷⁶ *Von Tuhr*, BGB II/2, wie Fn. 75, 196f. In Grundlagen, wie Fn. 22, 24, bemerkte von Tuhr, dass durch Sicherungsübereignungen „die Sicherheit des Kredits in weitestem Maße untergraben“ werde. Dementsprechend lobte er später am Schweizer Recht Art. 717 Abs. 1 ZGB („Bleibt eine Sache infolge eines besondern Rechtsverhältnisses beim Veräußerer, so ist der Eigentumsübergang Dritten gegenüber unwirksam, wenn damit ihre Benachteiligung oder eine Umgehung der Bestimmungen über das Faustpfand beabsichtigt worden ist“); vgl. *Andreas von Tuhr*, Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts, 1. Halbbd. (OR I), Tübingen 1924, 181.

⁷⁷ *Von Tuhr*, BGB II/1, wie Fn. 51, 181ff.; BGB II/2, wie Fn. 75, 36ff.

⁷⁸ Eine solche Perspektive auf die Vertragsfreiheit war durchaus zeittypisch, vgl. *HKK/Hofer*, Bd. II/1, vor § 241. Das Prinzip Vertragsfreiheit, Rn. 25, Fn. 121.

⁷⁹ *Von Tuhr*, BGB II/2, wie Fn. 75, 37.

⁸⁰ *Von Tuhr*, BGB II/1, wie Fn. 51, 182.

⁸¹ Heute § 311b Abs. 2 BGB. Weitere Beispiele s. *von Tuhr*, BGB II/2, wie Fn. 75, 37.

⁸² *Von Tuhr*, BGB II/1, wie Fn. 51, 183. Von Tuhr lag dabei ganz auf der Linie Jherings, der den objektiven Freiheitsgehalt der Institute als eine Schranke der Autonomie hervorhe-

Anwendung von § 138 BGB bei übermäßigen vertraglichen Bindungen ab. Dies begründete er damit, dass „in vielen Fällen (...) die übermäßige Bindung eine nicht sowohl als unsittlich empfundene, als vielmehr eine aus sozialen und ökonomischen Gründen nicht zu duldende Erscheinung des Wirtschaftslebens“ sei⁸³. Vor allem aber störte von Tuhr, dass der „durch das Gebiet der Moral führende Umweg“⁸⁴ die Gerichte oft dazu veranlasse, „bei Überschreitung des zulässigen Maßes der Bindung totale Ungültigkeit des Vertrages auszusprechen“⁸⁵. Demgegenüber vertrat er den Standpunkt: „Meines Erachtens braucht die Ungültigkeit solcher Verträge nicht weiter zu gehen als ihr Grund: ungültig ist die Bindung des Schuldners nur soweit, als sie das erlaubte Maß überschreitet“⁸⁶. Von Tuhr sprach sich somit für eine geltungserhaltende Reduktion aus. Dabei stellte er die in § 74 HGB vorgesehene Rechtsfolge als Ausdruck eines allgemeinen Grundsatzes hin, der auch auf andere Fälle übermäßiger Bindung zu übertragen sei. Anlass für diese Konstruktion, die sich grundlegend von derjenigen der herrschenden Meinung unterschied, war der Blick auf die Lebensverhältnisse. Von Tuhr ging nämlich davon aus, dass eine geltungserhaltende Reduktion „den Interessen der Parteien besser entsprechen würde“ als eine vollständige Unwirksamkeit der Verträge⁸⁷. Von Tuhrs Ausführungen zu übermäßigen Vertragsbindungen waren somit maßgeblich durch eine Berücksichtigung der Interessenlage geprägt⁸⁸. Diese Perspektive findet sich auch an anderen Stellen seiner Darstellung. So beantwortete von Tuhr etwa die Frage, welche Bedeutung der gesetzlichen Fiktion einer Willenserklärung zukomme, mit der Regel: „In dieser Beziehung muß man meines Erachtens zwei Gruppen innerhalb der fingierten Willenserklärungen unterscheiden, deren Abgrenzung in

hoben hatte (dazu *Sibylle Hofer*, *Freiheit ohne Grenzen?*, Tübingen 2001, 63 ff.). Gleichzeitig entsprach das von von Tuhr aufgestellte Prinzip einem Grundsatz, der Eugen Huber besonders am Herzen gelegen hatte und der auch in das Schweizer Zivilgesetzbuch aufgenommen wurde (Art. 27 Abs. 2: „Niemand kann sich seiner Freiheit entäußern oder sich in ihrem Gebrauch in einem das Recht oder die Sittlichkeit verletzenden Grade beschränken“; dazu *Sibylle Hofer*, Art. 27 ZGB – die späte Entdeckung einer vermeintlichen Lücke, recht 2008, 58–63). Das ZGB trat zwar erst 1912 in Kraft, es war jedoch bereits 1907 verabschiedet worden und damit zum Zeitpunkt, als von Tuhr sein Werk zum BGB verfasste, bereits bekannt. Erstaunlicherweise erwähnte von Tuhr auch später in seiner Darstellung des Schweizer Rechts Art. 27 ZGB nicht (vgl. *von Tuhr*, OR I, wie Fn. 76, 226 f.).

⁸³ *Von Tuhr*, BGB II/2, wie Fn. 75, 38; ähnlich BGB II/1, wie Fn. 51, 183 f.

⁸⁴ *Von Tuhr*, BGB II/1, wie Fn. 51, 183.

⁸⁵ *Von Tuhr*, BGB II/2, wie Fn. 75, 38 f.

⁸⁶ *Von Tuhr*, BGB II/1, wie Fn. 51, 185; ähnlich BGB II/2, wie Fn. 75, 38 f.

⁸⁷ *Von Tuhr*, BGB II/2, wie Fn. 75, 39, In BGB II/1, wie Fn. 51, 185, erwähnte von Tuhr, dass eine vollständige Unwirksamkeit eine unverdiente Härte für solche Gläubiger bedeuten würde, die sich entschuldbar über das Maß des Zulässigen geirrt hätten.

⁸⁸ Auch die Frage, inwieweit Freiheitseinschränkungen als zulässig anzusehen seien, sollte im Übrigen nach von Tuhrs Ansicht durch eine Interessenabwägung beantwortet werden. Je schutzwürdiger das Interesse des Gläubigers sei, umso weiter könne die Bewegungsfreiheit des Schuldners eingeschränkt werden; *von Tuhr*, BGB II/1, wie Fn. 51, 183.

Ermanglung einer gesetzlichen Bestimmung durch Abwägung der entgegengesetzten typischen Interessen zu finden ist“⁸⁹.

c) Strikte Gesetzesbindung

Da von Tuhr durchaus die Interessenlage berücksichtigte, ist es nicht erstaunlich, dass er die zeitgenössische Interessenjurisprudenz nicht grundsätzlich ablehnte. Wie deren Vertreter erkannte er an, dass den gesetzlichen Regelungen Interessenabwägungen und -bewertungen zugrunde lägen⁹⁰. Auch den Richtern billigte er solche Abwägungen zu⁹¹, wobei er allerdings dieser Vorgehensweise eine klare Grenze setzte:

„Nur soweit das Gesetz ausdrücklich oder durch seinen unfertigen Zustand dem Ermessen des Richters Raum gewährt, hat der Richter dasselbe auszuüben, dann allerdings im Sinne der Interessenabwägung“⁹².

Eine Berücksichtigung der Interessen war nach von Tuhrs Ansicht somit – abgesehen von gesetzlichen Verweisen auf das richterliche Ermessen – allein bei Gesetzeslücken zulässig⁹³. Nur wenn keine gesetzliche Regelung zu finden sei, habe der Richter „die im Rechtsverhältnis vorkommende typische Verteilung der Interessen zu würdigen, eine Mittellinie zu suchen, die beiden Teilen nach Möglichkeit gerecht wird, und so zu verfahren, wie der Gesetzgeber bei Normierung des Tatbestandes verfahren würde“⁹⁴. In diesem Zusammenhang distanzierte er sich von der „Theorie der sog. freien Rechtsfindung“⁹⁵. Ausdrücklich lehnte er die Annahme ab, dass der Richter das Gesetz eng zu interpretieren habe, um einen weiten Spielraum für eigene Interessenbewertungen zu erreichen, und betonte, dass Gerichte auf keinen Fall *contra legem* entscheiden dürften⁹⁶. Gegen solche Vorgehensweisen sprach aus von Tuhrs Sicht vor allem, dass darin eine Gefahr für die Rechtssicherheit liege⁹⁷. Er hob hervor, dass jede In-

⁸⁹ Von Tuhr, BGB II/1, wie Fn. 51, 424.

⁹⁰ Vgl. von Tuhr, BGB I, wie Fn. 38, VII, VIII, X, XI.

⁹¹ Vgl. von Tuhr, BGB I, wie Fn. 38, VIII (bei Fn. 1), wo von Tuhr bemerkte, dass Philipp Heck und Max Rümelin die Interessenabwägung als Aufgabe des Richters „zu Recht“ betonten.

⁹² Von Tuhr, BGB I, wie Fn. 38, X.

⁹³ Von Tuhr, BGB I, wie Fn. 38, VIII.

⁹⁴ Von Tuhr, BGB I, wie Fn. 38, 42. Der letzte Halbsatz dieses Zitats nahm – ohne dies zu belegen – einen Gedanken auf, der in Art. 1 ZGB niedergelegt wurde („Kann dem Gesetze keine Vorschrift entnommen werden, so soll der Richter nach Gewohnheitsrecht und, wo auch ein solches fehlt, nach der Regel entscheiden, die er als Gesetzgeber aufstellen würde“). Diese Bestimmung wurde in der deutschen Methodendiskussion immer wieder als muster-gültig hervorgehoben (vgl. Sibylle Hofer, Das schweizerische Zivilgesetzbuch und das Problem der Gesetzeslücken, ZNR 2010, 189–207).

⁹⁵ Später sprach er auch von „zügelloser Freirechtsfindung“ (Andreas von Tuhr, Rezension zu Ludwig Ennecerus, Bürgerliches Recht, ZSR 1925, 349–350, 349).

⁹⁶ Von Tuhr, BGB I, wie Fn. 38, IX. Vgl. auch *ders.*, Grundlagen, wie Fn. 22, 20ff.

⁹⁷ Das Gewicht, das von Tuhr diesem Aspekt zumaß, hat sich auch beim Persönlichkeits-

teressenabwägung vom Standpunkt des Betrachters abhängen⁹⁸. Im Vorwort zum Allgemeinen Teil stellte er die rhetorische Frage, „was vorzuziehen sei: eine feste, vielleicht hin und wieder nicht ganz zweckentsprechende Regel, nach der der Bürger sich richten kann und gerichtet wird, oder eine wechselnde und unberechenbare Interessenabwägung durch den Richter“. Diese Frage gab ihm Gelegenheit zu folgender Feststellung: „Vom sozialen und politischen Standpunkt scheint mir die Unzufriedenheit mit dem Inhalt des Gesetzes weniger bedenklich (denn es kann geändert werden) als das Gefühl, von einer Interessenwertung seitens des Richters abzuhängen, deren Resultate von Außenstehenden als Willkür empfunden werden müssen“⁹⁹.

Bei der Forderung nach strikter Gesetzesbindung ging von Tuhr sogar so weit, Ergänzungen bzw. Einschränkungen des Wortlauts einer Norm aufgrund des Gesetzeszwecks grundsätzlich abzulehnen:

„Denn es kommt oft vor, daß der Gesetzgeber mit Rücksicht auf die ‚Praktikabilität‘ des Rechts den Tatbestand einer Vorschrift nicht nach dem legislativen Zweck, sondern nach äußeren Merkmalen abgrenzt, um dem Richter festere Anhaltspunkte zu geben und ihm die Untersuchung schwerer zu konstatierender Umstände zu ersparen. Diese Absicht des Gesetzgebers darf nicht dadurch vereitelt werden, daß man bei der Auslegung die gesetzlichen Merkmale durch die *ratio legis* verdrängt“¹⁰⁰.

Als Beispiel verwies von Tuhr darauf, dass § 1 AbzG¹⁰¹ zwar den Schutz „kleiner Leute“ bezwecke. Der Gesetzgeber habe jedoch darauf verzichtet, eine Anwendung der Norm von der sozialen und ökonomischen Lage des Käufers abhängig zu machen, um dem Richter die „mißliche Feststellung“ zu ersparen, ob der Käufer zum Kreis der geschützten Personen gehöre. Daher sei eine einschränkende Auslegung der Norm abwegig¹⁰². Im Handbuch zeigt sich diese Einstellung insbesondere bei den Ausführungen zu § 181 BGB. Obwohl eine Begrenzung bzw. Erweiterung des Anwendungsgebiets dieser Bestimmung unter Hinweis auf den Gesetzeszweck schon damals herrschende Meinung war, lehnte von Tuhr eine derartige Auslegung mit den Worten ab: „Aber maßgebend für den Geltungsbereich von § 181 BGB ist *nicht* die *ratio legis*, sondern der Inhalt

recht gezeigt, s. o. bei Ziff. II 3a. Vgl. auch die Bemerkung in BGB I, wie Fn. 38, 54 „die Wohltat der Rechtssicherheit“.

⁹⁸ Von Tuhr, BGB I, wie Fn. 38, X.

⁹⁹ Von Tuhr, BGB I, wie Fn. 38, XI. Vgl. auch *ders.*, Grundlagen, wie Fn. 22, 21 f.

¹⁰⁰ Von Tuhr, Grundlagen, wie Fn. 22, 15 f.

¹⁰¹ § 1 Abs. 1 AbzG (1894) lautete: „Hat bei dem Verkauf einer dem Käufer übergebenen beweglichen Sache, deren Kaufpreis in Teilzahlungen berichtet werden soll, der Verkäufer sich das Recht vorbehalten, wegen Nichterfüllung der dem Käufer obliegenden Verpflichtungen vom Verträge zurückzutreten, so ist im Falle dieses Rücktritts jeder Teil verpflichtet, dem anderen Teil die empfangenen Leistungen zurückzugewähren. Eine entgegenstehende Vereinbarung ist nichtig.“

¹⁰² Von Tuhr, Grundlagen, wie Fn. 22, 16 Fn. 13. Als Vertreter der gegenteiligen Ansicht erwähnt er dabei Eugen Ehrlich.