

OTTO VON GIERKES RECHTSHISTORISCHE GERMANISTIK ALS NATIONALE RECHTSGESCHICHTE

Ulrike Müßig

1. Die Bedeutung der rechtshistorischen Germanistik für die Formierung nationaler Rechtsgeschichte bei Gierke

Am 3. August 1903 hält Otto v. Gierke eine Rede anlässlich der Gedächtnisfeier zu Ehren König Friedrich Wilhelm III., mit dem Titel „Die historische Rechtsschule und die Germanisten“.¹ Diese ist Ausgangspunkt meiner Überlegungen, die ich in vier Abschnitte gliedere: 1) Die Bedeutung der rechtshistorischen Germanistik für die Formierung nationaler Rechtsgeschichte bei Gierke; 2) Das Spannungsfeld zwischen Germanistik und Romanistik als Motor für die Formierung einer nationalen deutschen Rechtsgeschichte; 3) Die Überhöhung der deutschen nationalen Rechtsgeschichte als Legitimationsgrundlage für eine neue – germanische – Staatsordnung in Abgrenzung von den Siegermächten des ersten Weltkriegs; 4) Schluss: Der preußische Staat als Verwirklichung des germanischen Staatsideals.

Mit dieser Rede von 1903 wollte Gierke keinen geschichtlichen Abriss über das germanische Recht geben, sondern kurz nach Inkrafttreten des Bürgerlichen Gesetzbuches am 1. 1. 1900 den Status und die Bedeutung der germanistischen Dogmatik sichern.² Die Germanisten – so Gierke – hätten „volksnäher, praktischer und rechtspolitischer als die Pandektisten gearbeitet“, besonders auch weil sie „geschichtlicher“ dachten.³ Gierkes Referenzpunkte sind die „nationale Wiedergeburt“⁴ im Vormärz und in der Revolution von 1848/49: „Inmitten der äußeren Zerissenheit des Volkes“, – so Gierke – „[ist es] der mächtige Flügelschlag des erwachenden einigenden Deutschtums. Ein neues politisches Denken und Fühlen, kraft dessen der germanische Freiheitsbegriff wieder aufleuchtet [...]“⁵ die die deutsche Nationalidee ausmachen. Er verknüpft den Gedanken des Nationalgefühls mit der Bedeutung der Wissenschaft, insbesondere mit der Gründung der Universität Berlin und dem damit einhergehenden Bedeutungsgewinn der historischen Rechtsschule: „Damals empfing die deutsche Wissenschaft ihre Eigenart, der sie die Fähigkeit verdankte, im Laufe des Jahrhunderts eine Führerstellung zu erringen“⁶ und stellt fest „dass eng mit den ersten Lebensregungen unserer Universität die Gründung der historischen Rechtsschule verknüpft ist“.⁷ Entscheidend für unser Konferenzthema ist die Aussage: „Hier [d.h. an der Humboldt-Universität Berlin]⁸ zuerst wurde der akademische Rechtsunterricht planmäßig im Sinne der geschichtlichen Rechtsansicht ausgestaltet und mit ihrem Geiste erfüllt. Die geschichtliche Rechtsansicht selbst freilich war älter. Sie hatte schon im letzten Drittel des 18. Jahrhunderts sich aus der beginnenden Gegenströmung gegen den naturrechtlichen Radikalismus emporgerungen.“⁹ Diese „Bankrott“-erklärung „des Vernunftrechts“¹⁰ ist der allgemein bekannte Ausgangspunkt¹¹ der historischen Rechtsschule: „selbstverständlich gilt uns, dass das wissenschaftliche Verständnis des Rechts nur aus seiner Geschichte

erschlossen werden kann“.¹² In die gleiche Richtung weisen Gierkes Aussagen, dass die „geschichtlich[e] Kontinuität der Rechtsbildung“,¹³ zeigt, „wie das Recht der Gegenwart um so lebensvoller ist, je fester es im Recht der Vergangenheit wurzelt“.¹⁴ Jedoch schlägt Gierke auch kritische Töne an, weil die historische Rechtsschule aus der Beschäftigung mit der Geschichte oft ein Dogma der Geschichte machte. Sie sog „aus der Liebe für das Alte eine Vorliebe für das Veraltete“¹⁵ und bot „mit ihrer grundsätzlichen Bekämpfung der Revolution auch Stützpunkte für die bald einsetzende Reaktion“.¹⁶ Dabei ist für Gierke Veränderung im Recht unabdingbar: „Ohne zeitweilige Verschiebung des Gleichgewichts hat sich noch nie eine große Gedankenumwälzung durchgesetzt.“¹⁷

Für Gierke lässt sich gegenwärtiges und zukünftiges Recht nur durch die Beschäftigung mit der Rechtsgeschichte verstehen und entwickeln. Dies hat er auch schon 1887 in seiner Habilitation zur Geschichte des Genossenschaftsrechts dargelegt.¹⁸ Diese ist zentral für die rechtshistorische Germanistik Gierkes, da sie beispielhaft ist für seinen methodischen Zugriff. Die Gesamthand als einzige nicht römischrechtliche Eigentumsform des BGB ist für ihn kein Rechtsinstitut, sondern ein deutschrechtliches „Rechtsprinzip“,¹⁹ d.h. ein „einer Fülle von Rechtsinstituten gemeinsames Gedankenelement“.²⁰ Die von der geltenden Dogmatik qualitativ erklärten Unterschiede zwischen der Bruchteils- und der Gesamthandsgemeinschaft werden in Gierkes Verständnis quantitativ. So nimmt Gierke Bruchteilsanteile am Gesamthandsvermögen an, die „im Gegensatz zu römischen Kommissionsanteilen das Gemeinschaftsverhältnis niemals erschöpfen und stets in stärkerem oder schwächerem Maße durch die gesamte Hand gebunden bleiben“.²¹ Das Rechtsprinzip der Gesamthand beherrscht die einzelnen Rechtsinstitute verschieden stark: „Alle wesentlichen Unterschiede der Handelsgesellschaft von der Gesellschaft des bürgerlichen Rechts lassen sich auf ein Plus von gesamter Hand zurückführen.“²² Auf dieser Grundlage wird er später den genossenschaftlichen Aufbau seines Staatsideals erklären.

Die quantitative Steigerung der Gesamthandsberechtigung gegenüber dem Miteigentum zu Bruchteilen liegt im personenrechtlichen Charakter der Gesamthand: „Alle gesamte Hand ist grundsätzlich zuerst Personenverbindung.“²³ Die personenrechtliche Gemeinschaft, den Oberbegriff der Gesamthand, beschreibt Gierke als eine Gemeinschaft „zu der mehrere Personen durch ein die Persönlichkeit als solches ergreifendes Rechtsverhältnis verbunden sind“.²⁴ Dieses besondere personenrechtliche Rechtsverhältnis der Gesamthänder zeichnet sich dadurch aus, dass es „nicht bloß äußere Beziehungen zwischen Rechtssubjekten herstellt, sondern die Rechtssubjektivität selbst in einen besonderen Zustand versetzt“.²⁵ Demnach beruht das Wesen dieser personenrechtlichen Gemeinschaft „auf der rechtlichen Ordnung eines Zusammenhanges, der das Fürsichsein der einzelnen Menschen in einem bestimmten Bereich aufhebt und durch Verbundenheit ersetzt“.²⁶ Dementsprechend unterscheidet Gierke die „Sondersphären“ der Beteiligten von der „Gemeinsphäre“,²⁷ in der nur ein „durch Verschmelzung der Willensgebiete geeinigter Gemeinschaftswille“²⁸ zählt. Diese „organische Verbindung“²⁹ der Gesamthänder erreicht nicht den Grad der „Verbandspersönlichkeit“³⁰ eines körperschaftlichen „Organismus“, nur die Stellung einer „Personeneinheit“.³¹ Dieses durch Gierke geprägte personenrechtliche Verständnis der Gesamthand ist in den Beratungen des zweiten Entwurfes des BGB für die gesamthänderische Struktur der Erbengemeinschaft, der Personenhandelsgesellschaft und der Ehegattengemeinschaft ausschlaggebend. Die Konzeption als personenrechtliche Gemeinschaft wird nicht nur zum tragenden Grundsatz der Gesamthandsbestimmungen

des BGB, sondern prägt auch Gierkes Vorstellungen von der Nation. Da der jeweilige Volksgeist ausschlaggebend für das Recht eines Volkes ist, wird die Beschäftigung mit den historischen Grundlagen des Rechts zur nationalen Rechtsgeschichte.

2. Das Spannungsfeld zwischen Germanistik und Romanistik als Motor der Formierung einer deutschen nationalen Rechtsgeschichte

Auch wenn Gierke die Trennung von Romanisten und Germanisten als „*unheilvolle Wendung im deutschen Rechtsleben*“³² bedauert, scheint er aus heutiger Perspektive gerade in dieser Trennung und in dem Konflikt beider Rechte seinen Beitrag zu einer Formierung nationaler Rechtsgeschichte geleistet zu haben. Savigny und Eichhorn, welcher Thema des morgigen Vortrages von Hans-Jürgen Becker sein wird, gründeten die Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft, in der aus Gierkes Sicht „*in den späteren Jahrgängen ein einseitiger Romanismus überwiegt und das einheimische Recht zurücktritt*“.³³ Daraus entwickelte sich die Notwendigkeit, die Zeitschrift in eine romanistische und eine germanistische Abteilung aufzuspalten, welche auch heute noch neben der kanonistischen Abteilung fortbestehen. Die Schriften in der neuen germanistischen Abteilung waren mit Gierkes Worten ein „*Signal zum Kampfe*“³⁴ für die Germanisten: Reyscher, Bluntschli, Beseler, Mittermaier und Christ schrieben über ihre geschichtliche Rechtsansicht. Und erst als diese führenden Köpfe ein Forum für ihre Thesen in einer eigenen Zeitschrift hatten, konnten sich ihre deutschrechtlichen programmatischen Schriften im wissenschaftlichen Diskurs behaupten. Erst aus diesem Konflikt, dem – in Gierkes Diktion – „*Ringen, der Verschmelzung und der Fortbildung der beiden Weltrechte*“,³⁵ konnte sich ein auf deutsche „Nationalität“ bezogenes rechtsgeschichtliches Verständnis entwickeln.

Für Gierke liegen Savignys Fehler in der Überbewertung des römischen Rechts: Savigny versuche, das reine Römische Recht wieder zu finden, er wolle „*den gegenwärtigen Zustand des Rechts allmählich von demjenigen (...) reinigen, was durch bloße Unkunde und Dumpfheit literarisch schlechter Zeiten, ohne alles wahrhaft praktische Bedürfnis, hervorgebracht worden ist*“.³⁶ Wenn nach Savigny „*das reine römische Recht von den Toten erstehen soll*“,³⁷ fallen Postglossatoren und die Praktiker des Usus modernus pandectarum durch das Raster seines historischen Purismus. Damit verkennt Savigny jedoch aus Gierkes Sicht, dass „*die Um- und Ausdeutung der Quellen mit allen ihren Irrtümern und Willkürlichkeiten der Belebungsprozess war, der allein das römische Recht befähigte, seinen neuen Anteil an der Weltherrschaft zu erringen*“.³⁸ Und natürlich macht die Opposition gegen das Naturrecht blind: „*Es entging ihm [Savigny] vor allem wieder, wieviel an germanischen Rechtsgedanken in naturrechtlicher Verkleidung erneuert war und wieviel an befruchtender Kraft gerade hieraus den naturrechtlichen Ideen zuströmte. So entartete auch die Abkehr vom Naturrecht zur Feindseligkeit gegen das wiedergeborene nationale Recht*“.³⁹ Diese Kritik sollte nicht ungehört verhallen. Während der Lübecker Germanistenversammlung 1847 kam es zu einer Annäherung zwischen Germanisten und Romanisten: „*Und sie erklärten sich einig mit den Germanisten in dem Streben nach dem großen Ziel eines deutschen Gesetzbuchs, von dem sie die Versöhnung der Gegensätze in höherer Einheit erhofften*“⁴⁰ und es „... überwog [in Gierkes Worten] im ganzen das Bewusstsein, dass Romanisten und Germanisten berufen seien, von verschiedenen Seiten

her in gemeinschaftlicher Arbeit zum Aufbau des nationalen Rechts zusammenzuwirken“.⁴¹ Das neue Ideal war die friedliche Koexistenz und Zusammenarbeit:⁴² „Die Romanisten werden fortfahren, die hohe Meisterschaft römischer Rechtskunst nach Möglichkeit für das geltende Recht zu verwerten. Die Germanisten aber werden nicht darauf verzichten, die selbstständige Eigenart der vaterländischen Rechtsgedanken zu vertreten und den deutschrechtlichen Gehalt unseres Rechtes im Sinne seiner volkstümlichen Ausgestaltung zu entfalten. Auch auf dem gemeinsamen Boden des errungenen einheitlichen Gesetzesrechts wird es so an Kampf nicht fehlen. Ohne Kampf kein Leben.“⁴³ Mit Blick auf Jaromir Čelakovský und seine Interessen an der Sozialgeschichte als Rechtshistoriker ist es wichtig hier zu ergänzen, dass Gierke aus der Perspektive des genossenschaftlichen Rechtsprinzips der Germanistik den Tropfen des sozialen Öls vom BGB-Gesetzgeber einforderte.

3. Die Überhöhung der nationalen Rechtsgeschichte als Legitimationsgrundlage für eine neue – germanische – Staatsordnung in Abgrenzung von den Siegermächten des ersten Weltkriegs

Das in Gierkes Habilitationsschrift grundlegende personenrechtliche Verständnis der Genossenschaft entsprach der Einheit von Privat- und Staatsrecht,⁴⁴ welche die Germanisten vertraten. Daher ist es für Gierke naheliegend seine privatrechtliche Genossenschaftstheorie als „*germanische[n] Staatsgedanke[n]*“⁴⁵ zu formulieren, wie sein (letzter) Vortrag vom 4. Mai 1919 betitelt ist. Unter dem Eindruck des verlorenen Weltkrieges führt die rechtshistorische Germanistik zu einer Überhöhung der nationalen Rechtsgeschichte als historisierende Legitimationsgrundlage für eine neue – germanische – Staatsordnung in Abgrenzung von den Siegerordnungen des ersten Weltkriegs.⁴⁶ Manche Passagen dieser Rede lesen wir heute nur mit Bauchgrimmen, wenn Gierke vom „*germanischen Staatsgedanken*“ und vom „*germanische[m] Kernvolk*“ spricht:⁴⁷ Und doch entwirft Gierke, ausgehend von seiner Grundthese, dass „*es nur die Wiederbesinnung auf unser Germanentum [war], die uns vor dem nationalen Zerfall rettete und uns zu neuer Blüte erhob*“⁴⁸, in seiner 1919-Rede eine Staatsverfassung, die auf Genossenschaft, auf Wahlkönigtum und Volksversammlung nach germanischem Vorbild gegründet ist. Dafür wird die nationale Rechtsgeschichte neu konstruiert. Gierke deutet das fränkische Königtum germanisch um und begründet ausführlich, warum das Reich Karl des Großen nicht „*verrömert*“⁴⁹ war. Die Germanen wurden nach Gierkes Vorstellungen in kleinen Verbänden regiert von einer regelmäßig zusammenkommenden Versammlung der freien wehrhaften Männer, die die Fürsten und den König wählte. Das Wesen des germanischen Staates sei die Genossenschaft gewesen: „*Der Gesamtheit gebührt die Feststellung der Rechtsordnung, der Obrigkeit ihre Verwirklichung.*“⁵⁰ In dieser Doppelqualität „gleichzeitig Volksstaat und Obrigkeitsstaat“⁵¹ unterschied sich Gierkes Bild der Germanischen Personenverbände fundamental vom römischen Staatsdenken im Entweder (Republik) – Oder (absolute Monarchie). Bei den Germanen sieht Gierke beide Staatsformen durch das Prinzip der Genossenschaft verbunden: Die „*Versöhnung von Volksfreiheit und Herrschergewalt*“ ist für Gierke „*kennzeichnendes Merkmal des germanischen Staatsgedankens*“.⁵² Damit sind für Gierke – wenig überraschend – nicht die Römer die Väter des Rechtsstaats, sondern die Germanen, denn der germanische Rechtsgedanke „*umfaßte und durchdrang alle menschlichen Beziehungen (...), er kannte keine rechtsfreie Gewalt*“.⁵³

Die persönliche Treue (angefangen von der Mannentreue im Hausverband bis zur königlichen Gefolgschaft) war der Kitt im genossenschaftlichen germanischen Staatsgefüge, im Unterschied zur Untertanentreue im Obrigkeitsstaat. Germanische Staatlichkeit äußerte sich nach Gierkes Verständnis in der Kriegsführung und in der Gerichtsgewalt; also dort, wozu die Volksversammlungen zusammenkamen. Ihr Niedergang ist für Gierke mit der Rezeption des gelehrten Rechts und dann vor allem mit der Renaissance besiegelt. Die antiken Staatsideale führten zum Verständnis von einer höchsten Gewalt, die von allen anderen Gewalten unabhängig war: *„Es war das Verhängnis des deutschen Volkes, dass die wundervolle Blüte seines nationalen Königreichs ihm den internationalen Beruf des Kaisertums aufzwang.“*⁵⁴ Die Begrifflichkeit *„aus der Rüstkammer der antiken Kulturwelt“*,⁵⁵ wie „Souveränität“ und „summa potestas“ *„bedrohte [den germanischen Staatsgedanken] mit dem Untergange“*,⁵⁶ gleiches gilt auch für das römischrechtlich geprägte neue Freiheitsideal, das *„an Stelle des germanischen Befriffes der sittlich und sozial gebundenen Freiheit“*⁵⁷ trat mit *„Beseitigung der das Individuum einschnürenden Abhängigkeitsverhältnisse herrschaftlicher wie genossenschaftlicher Herkunft, den Abbau der Privilegien, die Gleichheit vor dem Gesetz“*.⁵⁸ Die revolutionäre Freiheit in den Revolutionen des 18. Jahrhunderts sieht Gierke in der Konsequenz der römischrechtlichen Individualisierung: *„Das Todesurteil, das die französische Revolution über die Korporation verhängte und vollstreckte, war nur die letzte Konsequenz dieses den germanischen Staatsgedanken entwurzelnden Ansturms.“*⁵⁹

4. Schluss: Der preußische Staat als Verwirklichung des germanischen Staatsideals

Gierkes 1919-Rede „Der germanische Staatsgedanke“ verherrlicht die untergegangene preußische Monarchie: *„Deutsch war die Energie, mit der die germanische Vorstellung, dass jede Herrschaft in erster Linie Pflicht sei, in diesem Staate wirksam wurde.“*⁶⁰ Auch wenn der preußische Staat kein germanischer Volksstaat war, sondern eine aufgeklärt absolutistische Monarchie, hat er für Gierke sein germanisches Staatsideal verwirklicht: *„Allein den germanischen Charakter eines Rechtsstaats streifte er trotzdem niemals völlig ab, wahrte ihn vielmehr mit dem Wahlspruch des Sum cuique, mit der grundsätzlichen Anerkennung der Unabhängigkeit der Gerichte und mit der Bindung der Staatsgewalt selbst an unübersteigliche Schranken.“*⁶¹ Im Preußischen Allgemeinen Landrecht sieht Gierke die *„germanische Vorstellung von der Einheit allen Rechts, das gleichmäßig die Beziehungen der Individuen zueinander und die Lebensverhältnisse der menschlichen Verbände durchdringt und ordnet, zu voller Blüte entfaltet“*.⁶² Doch erst die Entwicklung von der absoluten hin zur konstitutionellen Monarchie vereint für Gierke die obrigkeitliche Herrschaft mit dem genossenschaftlichen Gemeinwesen.

Nach Gierkes programmatischer Abgrenzung gegenüber den Siegerordnungen nach dem verlorenen ersten Weltkrieg *„soll [ein neuer deutscher Staat] geschichtlich fundamentiert bleiben“*.⁶³ Dies erfordert die bundesstaatliche Form, ein organisch aufgebautes Gemeinwesen germanischer Prägung, also ein Volksstaat, Sozialstaatlichkeit (aber kein Sozialismus), Kulturstaatlichkeit und schließlich Rechtsstaatlichkeit. Auch wenn Gierke manches erschreckend nationalistisch formuliert,⁶⁴ ist sein Ideal die Wiederherstellung der preußischen Monarchie – mit verstärkten Elementen der Genossenschaft, des Konstitutio-

nalismus und des Sozialstaates. Gerade der letzte Aspekt macht ihn zu einem bedeutenden Zeitgenossen Jaromir Čelakovskýs.

Anmerkungen

- ¹ Friedrich Wilhelm III. war Stifter der Humboldt Universität Berlin, damals Friedrich Wilhelm Universität Berlin, welche 1809/1810 gegründet worden war. Vgl. Abdruck der Rede GIERKE, Otto: *Die historische Rechtsschule und die Germanisten*. Rede zur Gedächtnisfeier des Stifters der Berliner Universität König Friedrich Wilhelm III. in der Aula derselben am 3. August 1903. Berlin, 1903.
- ² SCHÄFER, Frank Ludwig: *Juristische Germanistik*. Frankfurt am Main, 2008, S. 4.
- ³ SCHÄFER, *ibid.* (Fn. 2), S. 5.
- ⁴ GIERKE, *Die historische Rechtsschule und die Germanisten*, *ibid.* (Fn. 1), S. 1.
- ⁵ GIERKE, *Die historische Rechtsschule und die Germanisten*, *ibid.* (Fn. 1), S. 4.
- ⁶ GIERKE, *Die historische Rechtsschule und die Germanisten*, *ibid.* (Fn. 1), S. 4.
- ⁷ GIERKE, *Die historische Rechtsschule und die Germanisten*, *ibid.* (Fn. 1), S. 5.
- ⁸ Savigny und Eichhorn hatten als eine der ersten einen Lehrstuhl an der neuen Universität inne.
- ⁹ GIERKE, *Die historische Rechtsschule und die Germanisten*, *ibid.* (Fn. 1), S. 5.
- ¹⁰ GIERKE, *Die historische Rechtsschule und die Germanisten*, *ibid.* (Fn. 1), S. 5 f.
- ¹¹ GIERKE, *Die historische Rechtsschule und die Germanisten*, *ibid.* (Fn. 1), S. 7.: „*In Fleisch und Blut ist uns die Erkenntnis übergegangen, dass das Recht ein geschichtliches Erzeugnis des menschlichen Gemeinlebens, sein Werden und Anderswerden ein Teilvorgang der Kulturentwicklung, sein jeweiliger Zustand durch die stete Wechselwirkung zwischen seiner ordnenden Kraft und den in allen anderen Funktionen des gesellschaftlichen Organismus lebendigen Kräften bedingt und bestimmt ist.*“
- ¹² GIERKE, *Die historische Rechtsschule und die Germanisten*, *ibid.* (Fn. 1), S. 7. Vgl. hierzu auch GIERKE, Otto: Besprechung von Sander, Paul: Feudalstaat und Bürgerliche Verfassung. *ZfR GA*, 28/1907, in welcher Gierke schreibt: „Indes kann doch ihrem Kern nach Verfassungsgeschichte nichts anderes als Rechtsgeschichte sein! Denn da Verfassung rechtliche Organisation eines gesellschaftlichen Ganzen ist und jede Verfassungsänderung sich durch Umwandlung der geltenden Rechtsätze vollzieht, bildet den Gegenstand der Verfassungsgeschichte das Vergehen von altem und das Werden von neuem Recht.“ (S. 612). Hierin unterstützt er Savigny, der auch sah „*Das Recht nämlich hat kein Dasein für sich, sein Wesen vielmehr ist das Leben des Menschen selbst, von einer besonderen Seite angesehen*“ (GIERKE, *Die historische Rechtsschule und die Germanisten*, S. 7) und „*Ist es denn möglich, die Gegenwart eines organischen Zustandes anders zu begreifen, als in Verbindung mit seiner Vergangenheit, d. h. anders als auf genetische Weise?*“ (GIERKE, *Die historische Rechtsschule und die Germanisten*, *ibid.* (Fn. 1), S. 7).
- ¹³ GIERKE, *Die historische Rechtsschule und die Germanisten*, *ibid.* (Fn. 1), S. 9.
- ¹⁴ GIERKE, *Die historische Rechtsschule und die Germanisten*, *ibid.* (Fn. 1), S. 9. „*Überlegenheit des organisch Gewordenen über das künstlich Gemachte und deckte die Nachteile eifriger Gesetzesfabriken auf*“ (GIERKE, *Die historische Rechtsschule und die Germanisten*, *ibid.* (Fn. 1), S. 9). Und ebda: „*forderte die Durchdringung der praktischen Arbeit am Recht mit geschichtlich geschultem Geist und wies die handwerksmäßige Berufsauffassung zurück*“.
- ¹⁵ GIERKE, *Die historische Rechtsschule und die Germanisten*, *ibid.* (Fn. 1), S. 9.
- ¹⁶ GIERKE, *Die historische Rechtsschule und die Germanisten*, *ibid.* (Fn. 1), S. 9.
- ¹⁷ GIERKE, *Die historische Rechtsschule und die Germanisten*, *ibid.* (Fn. 1), S. 10.
- ¹⁸ Der von der älteren Genossenschaftstheorie im Anschluss an Beselers „*System des gemeinen deutschen Privatrechts*“ artikulierte Gegensatz zwischen Gesamthand und Genossenschaft wird von den Germanisten des 19. Jahrhunderts als Unterscheidung nach Art der Rechtszuständigkeit in „*Personeneinheit*“ (GIERKE, *Deutsches Privatrecht*, Bd. II. Leipzig, 1895, § 36 III, 4, S. 940) der Gesamthandsgemeinschaft und „*Verbandspersönlichkeit*“ (GIERKE, *Die Genossenschaftstheorie und die deutsche Rechtsprechung*. Berlin, 1887, § 62 I, S. 481) der Genossenschaft fortgeführt.
- ¹⁹ GIERKE, *Die Genossenschaftstheorie und die deutsche Rechtsprechung*. Berlin, 1887, S. 342; ders., *Deutsches Privatrecht*, I. Bd. Leipzig, 1895, § 80 IV, S. 669; ders., *ArchBürgR* 19 (1901), S. 114, 117.
- ²⁰ GIERKE, *ibid.* (Fn. 19), Genossenschaftstheorie, S. 342.
- ²¹ GIERKE, *ibid.* (Fn. 19), Privatrecht, § 80 V 3, S. 677 f.
- ²² GIERKE, *ArchBürgR* 19 (1901), S. 114, 119.
- ²³ GIERKE, *ArchBürgR* 19 (1901), S. 114, 117 f.
- ²⁴ GIERKE, *ibid.* (Fn. 19), Privatrecht, § 79 I, S. 660.
- ²⁵ GIERKE, *ibid.* (Fn. 19), Privatrecht, § 79 I, S. 660.
- ²⁶ GIERKE, *ibid.* (Fn. 19), Privatrecht, § 79 II, S. 660.
- ²⁷ GIERKE, *ibid.* (Fn. 19), Privatrecht, § 79 II, S. 661.
- ²⁸ GIERKE, *ibid.* (Fn. 19), Privatrecht, § 79 II, S. 661.

- 29 GIERKE, *ibid.* (Fn. 19), *Privatrecht*, § 79 II, S. 661; ders., *Personengemeinschaften und Vermögensbegriffe in dem Entwurfe eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich*. Berlin, 1889 (18. Heft der Bekker-Fischerschen Beiträge zur Erläuterung und Beurteilung des Entwurfes eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich), S. 53 f.
- 30 GIERKE, *ibid.* (Fn. 19), *Privatrecht*, § 62 I, S. 481.
- 31 GIERKE, *Deutsches Privatrecht*, II. Bd. Leipzig, 1895, § 36 III, 4, S. 940.
- 32 GIERKE, *Die historische Rechtsschule und die Germanisten*, *ibid.* (Fn. 1), S. 10.
- 33 GIERKE, *Die historische Rechtsschule und die Germanisten*, *ibid.* (Fn. 1), S. 12.
- 34 GIERKE, *Die historische Rechtsschule und die Germanisten*, *ibid.* (Fn. 1), S. 13.
- 35 GIERKE, *Die historische Rechtsschule und die Germanisten*, *ibid.* (Fn. 1), S. 14.
- 36 GIERKE, *Die historische Rechtsschule und die Germanisten*, *ibid.* (Fn. 1), S. 14.
- 37 GIERKE, *Die historische Rechtsschule und die Germanisten*, *ibid.* (Fn. 1), S. 14.
- 38 GIERKE, *Die historische Rechtsschule und die Germanisten*, *ibid.* (Fn. 1), S. 15.
- 39 Der vorangehende Teil des Zitates lautet: „Noch weniger vermochte der erbitterte Gegner des Naturrechts die geschichtliche Bedeutung der naturrechtlichen Ideen zu würdigen. Er erwog nicht, dass das naturrechtliche Gedankensystem doch eben selbst das Ergebnis einer weltgeschichtlichen Bewegung und seine machtvolle Einwirkung auf das Leben genau so gut, wie etwa die Rezeption des römischen Rechts, ein nicht ungeschehen zu machendes Stück Rechtsgeschichte war. Darum entging ihm auch der positivrechtliche Gehalt, den die angeblich aus der abstrakten Vernunft geschöpften Lehren bargen.“ (GIERKE, *Die historische Rechtsschule und die Germanisten*, *ibid.* (Fn. 1), S. 15).
- 40 GIERKE, *Die historische Rechtsschule und die Germanisten*, *ibid.* (Fn. 1), S. 30.
- 41 GIERKE, *Die historische Rechtsschule und die Germanisten*, *ibid.* (Fn. 1), S. 31.
- 42 Vgl. hierzu auch MERTENS, Hans-Georg: *Otto von Gierke*. JuS, 1971, S. 508–511 (509): „Allerdings verkannte Gierke keineswegs die Bedeutung des römischen Rechts für die deutsche Rechtsentwicklung. Er war sich darüber im klaren, dass man die Folgen der Rezeption nicht mehr rückgängig machen und dass es nur noch darum gehen konnte, deutsches und römisches Recht miteinander in Einklang zu bringen. Deshalb hielt er die Rivalität zwischen Germanisten und Romanisten für wenig glücklich. Beide Richtungen rief er auf, gemeinsam zum Aufbau des nationalen deutschen Rechts zusammenzuwirken.“ Außerdem WOLF, Erik: *Große Rechtsdenker der deutschen Geistesgeschichte*. Tübingen, 1963, S. 681. Ordner Nr. 14: „(...) ergab sich für Gierke eine ablehnende Haltung gegenüber dem Geist des ‚*usus modernus pandectarum*‘, nicht aber gegenüber dem römischen Recht, dessen eigenwüchsige Art sowohl, als auch seine internationale Bedeutung er niemals verkannt hat.“
- 43 GIERKE, *Die historische Rechtsschule und die Germanisten*, *ibid.* (Fn. 1), S. 33.
- 44 Vgl. hierzu auch DILCHER, Gerhard: *Genossenschaftstheorie und Sozialrecht: Ein „Juristensozialismus“ Otto v. Gierkes? Quaderni Fiorentini*, 3–4, Milano, 1974–75, S. 319–365 (335 f.).
- 45 Vgl. Abdruck der Rede GIERKE, Otto von: *Der germanische Staatsgedanke*. Vortrag, gehalten am 4. Mai 1919. Berlin, 1919.
- 46 Zur Einordnung dieser Rede in Gierkes Lebenswerk bei DILCHER, *ibid.* (Fn. 44), S. 319–365 (345 ff). Ab S. 359 setzt Dilcher sich auch kritisch mit dem Nationalismus in Gierkes Denken auseinander, ordnet auch das Pathos Gierkes in die geschichtliche Realität ein. Denn Gierke sei gerade von der 1848er Revolution geprägt und „Ihm ist (nationale) Einheit und (genossenschaftliche) Freiheit noch untrennbar, sie ist bei ihm jenseits der Ratio im Gefühl verankert“, S. 360. Außerdem verteidigt ihn Dilcher weiter: „Den Rassismus hat er wissenschaftlich als unseriös abgelehnt, in seinem Leben, als Gatte einer Frau jüdischer Abstammung und Freund deutsch – jüdischer Gelehrter, ihn widerlegt,“ ebd.
- 47 GIERKE, *Der germanische Staatsgedanke*, *ibid.* (Fn. 45), S. 5. Ganz anders die Bewertung seines Zeitgenossen Stutz in einem Nachruf auf Gierke 1921, STUTZ, Ulrich: *Zur Erinnerung an Otto von Gierke*. Gedächtnisrede (28. November 1921). *ZfR GA*, 43/1922, S. XLIII: „Nur das möchte ich ihnen noch versichern, dass, was er noch am 4. Mai 1919 in seiner schönen, abgeklärten, tapferen Rede über den germanischen Staatsgedanken zum Ausdruck gebracht hat, bis zum letzten Atemzuge ihn beseelte, der Glaube oder doch die Hoffnung an die deutsche Zukunft.“ GIERKE, *Der germanische Staatsgedanke*, *ibid.* (Fn. 45), S. 5: „Sollen wir denn wirklich bei dem Neubau unseres Staates wieder, wie schon oft, uns von fremden Gedanken überfluten lassen? Sollen wir von neuem nicht nur, wie unsere bisherige Gepflogenheit war, den Franzosen, sondern jetzt sogar den Russen in sklavischer Gefolgschaft nachlaufen? Sind wir so geistesarm, dass wir aus uns selbst keinen einzigen geistigen Baustein für unsere Staatsverfassung zu schöpfen vermögen, sondern romanische und slavische Ideen blindlings herübernehmen müssen? Wir sind doch ein Volk mit mehrtausendjähriger Geschichte, das in Erfüllung seines weltumspannenden Kulturberufs auch das Staats- und Rechtsleben mit eigenen Gedanken befruchtet hat. Bevor wir fremde Weltgeister zu unseren Herren machen, sollten wir uns doch besinnen, ob nicht der germanische Staatsgedanke uns auch für die Zukunft höhere Werte zu bieten vermag.“
- 48 GIERKE, *Der germanische Staatsgedanke*, *ibid.* (Fn. 45), S. 9.
- 49 GIERKE, *Der germanische Staatsgedanke*, *ibid.* (Fn. 45), S. 13.
- 50 GIERKE, *Der germanische Staatsgedanke*, *ibid.* (Fn. 45), S. 7.
- 51 GIERKE, *Der germanische Staatsgedanke*, *ibid.* (Fn. 45), S. 7.
- 52 GIERKE, *Der germanische Staatsgedanke*, *ibid.* (Fn. 45), S. 8.

- 53 GIERKE, *Der germanische Staatsgedanke*, ibid. (Fn. 45), S. 8.
- 54 GIERKE, *Der germanische Staatsgedanke*, ibid. (Fn. 45), S. 14.
- 55 GIERKE, *Der germanische Staatsgedanke*, ibid. (Fn. 45), S. 17.
- 56 GIERKE, *Der germanische Staatsgedanke*, ibid. (Fn. 45), S. 17.
- 57 GIERKE, *Der germanische Staatsgedanke*, ibid. (Fn. 45), S. 18.
- 58 GIERKE, *Der germanische Staatsgedanke*, ibid. (Fn. 45), S. 18. Vgl. zum Gleichheitsprinzip bei Gierke auch DILCHER, ibid. (Fn. 44), S. 319–365 (363).
- 59 GIERKE, *Der germanische Staatsgedanke*, ibid. (Fn. 45), S. 18.
- 60 GIERKE, *Der germanische Staatsgedanke*, ibid. (Fn. 45), S. 19.
- 61 GIERKE, *Der germanische Staatsgedanke*, ibid. (Fn. 45), S. 20.
- 62 GIERKE, *Der germanische Staatsgedanke*, ibid. (Fn. 45), S. 20.
- 63 GIERKE, *Der germanische Staatsgedanke*, ibid. (Fn. 45), S. 25.
- 64 GIERKE, *Der germanische Staatsgedanke*, ibid. (Fn. 45), S. 28 f.: „Aber auch in der Zeit unserer tiefsten Erniedrigung darf der deutsche Staat nicht auf Macht verzichten. Wir müssen die Reste unserer zerschmetternen Wehrmacht sammeln und in Neuformation zusammenfügen (...). Denn nur wenn wir für unsern Staat das unentbehrliche Maß von Waffengewalt zurückgewinnen, können wir hoffen, der drohenden Vernichtung des deutschen Wesens durch innere und äußere Feinde zu trotzen (...). Nach außen müssen wir opferbereit und wagemutig unser Letztes dafür einsetzen, daß uns ein Friedensschluss erspart bleibe, der unsere Volk-sintegrität uns unsere nationale Ehre vernichtet und unseren wirtschaftlichen und finanziellen Ruin verewigt. Dann mag in naher oder ferner Zukunft das gesunkene Staatsgefühl neu erstarken und die deutsche Heldenkraft wieder erstehen. Bis die Zeit kommt, in der unser im Geiste des germanischen Staatsgedankens verjüngtes Gemeinwesen reif wird, dem deutschn Volke die ihm gebührende Machtstellung unter den Völkern, die Weltgeltung seiner großen Zeitalte, den Glanz von ‚Kaiser und Reich‘ zurückerobern (...). Was für uns schmachvolle Gegenwart ist, wird ihnen als vorübergehende dunkelste Episode deutscher Vergangenheit, als schwerste Prüfungs- und Läuterungszeit deutschen Wesens erscheinen.“

Otto von Gierke and his Legal Historic Germanistics as National Legal History

Ulrike Müssig

Summary

The author analyses Gierke's speech called "The German Historical School of Law and the Germanistics" given on 3rd August 1903 to celebrate the endowment of the Berlin University. On interpreting this source she divides her paper in following parts: 1) The impact of the German Historical Germanistics for the forming of National Legal History in Gierke's work. 2) The tension between Germanistics and Romanistics as a driving force for the forming of National German Legal History. 3) The overestimation of the National German Legal History as the legitimate platform for a new Germanic state order in the differentiation to the Triple Entente. 4) Conclusion: the Prussian state as the realization of the ideal German state. The paper also includes a thorough analysis of Gierke's theory of associations which was of great importance for the further development of the legal science in the past and present.