

Professor Dr. Dr. Dr.h.c.mult. *Michael Martinek**

OTTO VON GIERKE (1841–1921) LEBEN UND WERK EINES GROSSEN DEUTSCHEN JURISTEN

Dieser Beitrag würdigt Leben und Werk von Otto Friedrich von Gierke, der im Jahre 1841 im preußischen Stettin geboren wurde, 1921 in Berlin starb und der vorbehaltlos als einer der führenden Repräsentanten der germanistischen Schule historischer Rechtswissenschaft in Gegenüberstellung zur romanistisch orientierten historischen Rechtsschule des 19. Jahrhunderts in der Gefolgschaft von Friedrich Carl von Savigny anerkannt ist. Nach einem Überblick über die biographischen Daten und äußeren Lebensumstände von Gierkes wird die sogenannte „Organtheorie“ erläutert, wonach der Staat und die Verbände als real erkennbare Gemeinwesen zu verstehen sind, die jenseits der menschlichen Individualexistenz eine besondere Dimension menschlicher Gattungsexistenz offenbaren. Auf dieser Grundlage hat Otto von Gierke die Lehre von der Verbandsperson und die Genossenschaftslehre entwickelt, die im Privatrecht und im Öffentlichen Recht des ausgehenden 19. Jahrhunderts in Deutschland eine bemerkenswerte Ausstrahlungskraft erzielt haben. Wissenschaftstheoretisch hat sich von Gierke besonders als scharfer Kritiker der „individualistischen“ Romanisten und auch des ersten Entwurfs des Deutschen Bürgerlichen Gesetzbuchs von 1888 profiliert. Der Beitrag stellt die Hauptwerke Otto von Gierkes näher vor und würdigt Werk und Persönlichkeit dieses großen deutschen Juristen, der mit seiner bewundernswerten Schaffenskraft eine Vielzahl von wegweisenden, in der Lehre und Forschung bis heute grundlegenden Veröffentlichungen hervorgebracht hat. Herausragenden Einfluss hat sein wissenschaftliches Werk besonders auf die theoretischen Grundlagen des modernen Föderalismus und der dezentralisierten politisch-administrativen Systeme. Der Beitrag lädt dazu ein, sich näher mit dem Werk Otto von Gierkes und mit seinen Originalschriften zu beschäftigen.

Schlüsselwörter: Germanistische Schule, Organtheorie, Genossenschaftstheorie, Genossenschaftsrecht, Verbandstheorie, Entstehung des BGB, Soziallehre, Deutscher Juristentag, Pandektenrecht, Johannes Althusius, Privatrechtsgeschichte.

* Ord. Professor, Universität des Saarlandes, Saarbrücken, Deutschland
e-mail: lehrstuhl.martinek@mx.uni-sb.de

I. EINLEITUNG

Otto von Gierke gehört zu den bedeutendsten Vertretern der „Germanisten“ des ausgehenden 19. und des beginnenden 20. Jahrhunderts in Deutschland, also zu den Rechtswissenschaftlern mit einer besonderen Ausrichtung an der germanischen Rechtsgeschichte. Man stellt die „Germanisten“ den „Romanisten“ mit ihrer Orientierung am klassischen römischen Recht und seiner Rezeption gegenüber.¹ Die besondere Bedeutung *von Gierkes* beruht dabei gleichermaßen auf seinen wegweisenden Forschungsleistungen in unterschiedlichsten Interessen- und Arbeitsgebieten wie auch auf der Vielzahl seiner Veröffentlichungen. Er beschäftigte sich mit dem Staatsrecht ebenso wie mit dem Privatrecht, und er beleuchtete die Rechtsgebiete sowohl historisch als auch philosophisch. Deshalb kann eine Darstellung des Lebens und des Werkes *von Gierkes* immer nur eine schwache Ahnung von seiner wahren Größe vermitteln. Der folgende Bericht widmet sich zunächst der Biographie *von Gierkes*, wobei freilich auch auf die hinter den äußeren Lebensdaten stehende Person *von Gierkes* eingegangen wird. Anschließend wird seine wohl größte Errungenschaft, die organische Theorie, dargestellt. Es folgen inhaltliche Überblicke zu seinen weiteren Werken, darunter zunächst eine Darstellung seiner Beteiligung am Deutschen Juristentag, eine kurze Inhaltsangabe seiner Kritik am Ersten Entwurf des deutschen Bürgerlichen Gesetzbuches sowie eine Zusammenfassung seines Werk über *Johannes Althusius*, einem deutschen Rechtsphilosophen des späten 16. bzw. frühen 17. Jahrhunderts, das *Ernst Landsberg* einmal als „eine der originellsten und bedeutsamsten literärgeschichtlichen Studien (...), die wir besitzen“ bezeichnet hat.

II. DER ÄUSSERE LEBENSLAUF

Otto Gierke wurde am 11. Januar 1841 in Stettin als ältestes von fünf Kindern geboren.² Sein Vater, *Julius Gierke*, war Rechtsbeistand der Stadt Stettin („Stadtsyndikus“), später sogar preußischer Minister für Landwirtschaft, dann Präsident am Appellationsgericht in Bromberg. Die Mutter *Otto Gierkes*, *Therese*, stammte aus der pommerschen Juristenfamilie *Zi-*

1 Schlosser, H., 2001, *Grundzüge der neueren Privatrechtsgeschichte*, 9. Aufl., Heidelberg, § 6 II.

2 Leben und Werk *Otto von Gierkes* sind entnommen: Stutz, U., 1922, Erinnerung an *Otto von Gierke*, *Savigny-Zeitschrift, Germ. Abt.* 43. Band (1922), S. VII ff.; Haack, T., 1996, *Gierkes Kritik am Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuches*, Dissertation, Göttingen, S. 13 ff.; Kleinheyer, G., Schröder, J., 1989, *Juristen aus fünf Jahrhunderten*, Heidelberg, 3. Auflage, S. 96 ff.; Wolf, E., 1966, *Die Großen Deutschen*, Frankfurt, S. 220 ff.

telmann. *Gierke* besuchte zunächst in Stettin, dann in Bromberg die Schule. Als seine Eltern im Jahre 1855 beide an Cholera starben, zogen die verwaisten Kinder zu Justizrat *Otto Zitelmann*, einem Bruder der Mutter, der selbst mehrere Kinder hatte. *Gierke* besuchte noch zwei Jahre lang das Marienstiftgymnasium in Stettin, bevor er 1857 seine Schulausbildung am Gymnasium abschloss.

Sein Studium begann der damals Sechzehnjährige in Berlin an der berühmten Humboldt-Universität. Bereits nach einem Semester wechselte er für drei Semester nach Heidelberg, wo er einer Studentenverbindung beitrug, der Burschenschaft Alemannia, die ihn nach den deutsch-nationalen Idealen der Zeit der Frankfurter Paulskirche geistig wie auch politisch prägte. Im Jahre 1859 wechselte er zurück nach Berlin. Hier traf *Gierke* auf den auch politisch tätigen Germanisten *Georg Beseler*, der ihn mit seiner Idee von der einheitlichen deutschen Rechtsentwicklung beeinflusste.³ *Gierke* bemühte sich aber schon zu Studienzeiten, seinen Lehrer *Georg Beseler* an Originalität zu übertreffen.⁴ In einem Seminar *Beseler*s tat *Gierke* sich durch die ambitionierte Erforschung einiger aus germanischer Zeit überlieferter Rechtsfiguren hervor.⁵ Noch im sechsten Semester reichte *Gierke* bei *Beseler* seine Dissertation „De debitis feudalibus“ (Über Lehensverpflichtungen) ein. Sie behandelte das Recht der Lehensverhältnisse, der Fideikommisses sowie das Privatfürsten- und Stammesgüterrecht, alles Themenbereiche, die bis zuletzt Lieblingsgebiete *Gierkes* geblieben sind.⁶ Am 21.8.1860 promovierte *Gierke* 19-jährig zum Doktor der Jurisprudenz.

Auf die Promotion folgte zunächst das obligatorische Militärjahr, dann erst der juristische Vorbereitungsdienst. Am 27. Juni 1865 wurde *Gierke* in Berlin zum Gerichtsassessor ernannt. Er begann ungefähr zur selben Zeit, sich auf seine Habilitation vorzubereiten. Das Thema wählte er in Absprache mit *Georg Beseler*. Es lautete: „Die deutsche Genossenschaft“, und es sollte seinen Verfasser auch nach Ablieferung der Habilitationsschrift noch ein Leben lang in Bann ziehen.⁷ Als der junge Gerichtsassessor 1866 bei Beginn des preußisch-österreichischen Krieges einrücken musste, verpflichtete er sich als Landwehrlieutenant der Artillerie. In dieser Stellung war *Gierke* am 3. Juli 1866 an der Schlacht bei Königgrätz beteiligt, welche mit dem Sieg des preußischen Heeres unter der Führung von *Moltke* über die sächsisch-österreichischen Truppen die deutsche Frage in Richtung

3 Wolf, E., 1966, S. 221.

4 Stutz, U., 1922, S. XIV.

5 Wolf, E., 1966, S. 224.

6 Stutz, U., 1922, S. XII.

7 Vgl. *Gierke*, O., 1902, S. 3 f.

auf einen Nebeneinander von Deutschland und Österreich entschied. Weniger als ein Jahr später, Anfang April 1867, legte *Gierke* seine 1100-seitige Habilitation über die Rechtsgeschichte der deutschen Genossenschaft vor, welche sich durch eine außerordentliche Originalität auszeichnete.⁸ Zum Abschluss gebracht wurde das Habilitationsverfahren mit der Antrittsvorlesung in lateinischer Sprache am 27. Mai 1867 über den Unterschied der Handwerkerzünfte in jüngerer und späterer Zeit. Nach Abhaltung des Probe-Kollegs wurde *Gierke* Privatdozent in Berlin. Er dozierte im Wechsel deutsche Reichs- und Rechtsgeschichte, deutsches Privatrecht nebst Lehens-, Wechsel- und Handelsrecht, sowie Staatsrecht.⁹ Im Jahre 1868 erschien der erste Band von *Gierkes* Werk zum Genossenschaftsrecht. Der vierte Teil, ein Werk von tausend Seiten, sollte erst 19 Jahre später, im Frühjahr 1887, veröffentlicht werden. Zu dem von *Gierke* als fünftem Teil geplanten Werk, der die Geschichte der Verbandstheorie im 19. Jahrhundert umfassen sollte, kam es nicht mehr. Stattdessen veröffentlichte er die von ihm gefundenen Ergebnisse im Rahmen eines erweiterten Vorwortes, als die ersten drei Bände 1913 neu ausgegeben wurden.

Als im Juli 1870 der deutsch-französische Krieg ausbrach, verpflichtete sich *Gierke* wieder als Landwehrartillerieoffizier. Beim Feldzug in Frankreich unterstand *Gierke* einem hessischen Regiment. Für die zeitweise Vertretung seines Hauptmannes erhielt er vor Mézières das eiserne Kreuz, eine angesehene Auszeichnung für besondere militärische Verdienste. Zeitgleich erteilte ihn der Ruf an die Universität Zürich, den *Gierke* aber ablehnte, als man ihn am 9. März 1871 zum außerordentlichen Professor der Universität Berlin ernannte. Wenig später, im Frühjahr 1872, wurde *Gierke* zum Breslauer Ordinariat vorgeschlagen und am 13. Dezember 1872 ernannt. Hier begann sein wohl fruchtbarster Schaffensabschnitt.¹⁰ *Gierke* trat dem Verein für Socialpolitik bei und wurde bald darauf Vorsitzender und Vizepräsident. In ihm strebte er eine Verbindung konservativ-patriarchischer Traditionspflege mit rechtspolitischen Reformversuchen an. Auch persönlich bahnten sich Neuerungen an. *Gierke* heiratete am 3. April 1873 *Lili Loening*, die liebevoll und treu bis zum Schluss für ihn sorgte.¹¹ Aus der Ehe gingen drei Söhne und drei Töchter hervor. Seit 1873 hielt *Gierke* Vorlesungen vor größerer Zuhörerschaft über das alte und das neue Reich mit besonderem Blick auf das Deutsche Recht sowie auf die Jugend und das Altern des Rechts. Im Jahre 1874 begann *Gierke* eine Studie über die Grundbegriffe des Staatsrechts und die

8 Stutz, U., 1922, S. XIV.

9 Stutz, U., 1922, S. XV.

10 Stutz, U., 1922, S. XVI.

11 Stutz, U., 1922, S. XVI.

neueren Staatsrechtstheorien; das Werk wurde übrigens 1915 in unveränderter Form nachgedruckt. *Gierke* wehrte sich in diesem Werk gegen die formalistischen Bestrebungen im Recht und trat für pragmatische Methoden ein, welche seiner Ansicht nach der Sache und der Geschichte besser gerecht würden.¹² Seine Forderungen waren dabei insbesondere auf eine geschichtlich und sozial orientierte Staatslehre gerichtet.¹³ Der Staat sei mehr als ein formaler Apparat, er sei eine lebendige („organische“) Gemeinschaft. Diese Sichtweise schließe den Vergleich des Staates mit einer leblosen Maschine aus.¹⁴

Gierke wurde 1875 als einziger Vertreter des Kirchenrechts nach Berlin in die außerordentliche Generalsynode entsandt. Dies war die Zeit des so genannten Kulturkampfes, eine Zeit, die gerade in Preußen von großen Zerwürfnissen zwischen dem Staat, den Parteien und der katholischen Kirche geprägt war und die in der strikten Trennung von Staat und Kirche gipfelte. *Gierkes* Amt brachte ihm daher viele Anfeindungen ein, so dass er es im Jahre 1878 gerne an *Siegfried Brie* abtrat. *Gierke* vertiefte sich nun in die mittelalterliche Kanonistik. Später, im Jahre 1911, erhielt er übrigens auf diesem Gebiet einen Ehrendokortitel und in demselben Jahr außerdem einen Ehrendokortitel für Philosophie. Im Jahre 1878 verfasste *Gierke* für den Deutschen Juristentag ein Gutachten über das Studium der Rechtswissenschaft, in dem er zu einem achtsemestrigen Studium riet.¹⁵ Anschließend begann er in Breslau die „Sammlung der Untersuchungen zur Deutschen Staats- und Rechtsgeschichte“, die heute mehr als 130 Werke unterschiedlichster Richtungen enthält. Im Jahre 1880 veröffentlichte er selbst in den „Untersuchungen“ einen Beitrag zu der im Jahre 1603 von *Johannes Althusius* entwickelten, dem Naturrecht vorangehenden Staatslehre auf calvinistischer Grundlage und betont dabei die Bedeutung des Naturrechts für die Entwicklung der Rechtswissenschaft.¹⁶ Das Werk war so begehrt, dass es noch zweimal, 1902 und 1913, neu aufgelegt wurde. In den Jahren 1882/83 bekleidete *Gierke* die Würde eines Rector magnificus. Die aus diesem Anlass 1883 gehaltene Rektoratsrede befasste sich mit Naturrecht und deutschem Recht.

Gierke erhielt 1884 einen Ruf an die Universität Heidelberg. Die Ernennung erfolgte am 11. Juli 1884 unter gleichzeitiger Verleihung des Ti-

12 Stutz, U., 1922, S. XVIII.

13 Wolf, E., 1966, S. 224.

14 Gierke, O., 1889, *Die soziale Aufgabe des Privatrechts*, Berlin, S. 8; Krupa, H., 1941, Genossenschaft und soziologischer Pluralismus, *Archiv für öffentliches Recht* (AöR) Bd. 32, S. 97 ff., 104 f.

15 Zur Beteiligung von *Gierkes* am *Deutschen Juristentag*, vgl. unten III 1.

16 Gurwitsch, G., 1923, *Gierke als Rechtsphilosoph*, *Logos XI*, S. 86 ff., 90.

tels Geheimer Hofrat, einer Ehrenbezeichnung, die an die Gelehrten erinnert, welche im Mittelalter den absoluten Herrschern an ihren Höfen als Berater zur Seite gestanden hatten. *Gierke* sollte an der Universität Heidelberg aber nur für drei Jahre bleiben. Während seiner sechs Semester an der Heidelberger Universität war er Mitglied der Badischen Historischen Kommission. Hieraus erwuchs ein Aufsatz über die badischen Stadtrechte und Reformpläne des 15. Jahrhunderts unter besonderer Berücksichtigung des Familiengüterrechts und Erbrechts, eines von zwei Werken *Gierkes* über ältere deutsche Rechtsquellen.¹⁷ Seit 1884 widmete sich *Gierke* vorrangig dem Recht der Personenverbände. Seine Studien resultierten in einer Veröffentlichung, in der er bewies, dass die Idee der Genossenschaft als realer Gesamtperson keine geschichtsmetaphysische Spekulation sei, sondern vielmehr ein Strukturgesetz der Wirklichkeit.¹⁸ Im Jahre 1887 wurde *Gierke* nach Berlin berufen, wo er seinen Doktorvater und Mentor *Beseler* ersetzen sollte. Die Ernennung erfolgte schon am 29. Juni 1887 unter gleichzeitiger Verleihung des Titels eines Geheimen Justizrats. So kehrte *Gierke* an die Universität zurück, an der sein Schaffen mit Promotion und Habilitation begonnen hatte.

Als der erste Entwurf zum Bürgerlichen Gesetzbuch 1888 veröffentlicht wurde, widmete *Gierke* ihm alle Aufmerksamkeit.¹⁹ Bereits ein Jahr später veröffentlichte er einen Gegenentwurf. Auch wenn dieser die zweite Fassung des Gesetzesentwurfes wesentlich beeinflusste,²⁰ wurde *Gierke* selbst – anders als sein Sohn – nie in eine der beteiligten Kommissionen aufgenommen oder in anderer Weise an der Ausarbeitung des Gesetzes beteiligt, was ihn kränkte.²¹ Man befürchtete, er wolle die Kommission zur Werbung für seine eigene Person missbrauchen.²² Durch den von ihm verfassten, viel beachteten Gegenentwurf beeinflusste *Gierke* das neue Gesetz gleichwohl in erheblichem Umfang. *Gierke* selbst wurde erst für die Neufassung des Handelsgesetzbuches hinzugezogen. Im Jahre 1895 schrieb *Gierke* bereits den ersten Band seiner erst 1917 vollendeten Darstellung des deutschen Privatrechts. Erste Ergebnisse seiner Studien über einen der deutschen Rechtsordnung innewohnenden Grundgedanken hatte er bereits am 5. April 1889 in einer Rede über „die soziale Aufgabe des Privatrechts“, die später auch unter diesem Titel veröffentlicht wurde, in Form eines Programms für die Anwender und Ausleger des neuen bürgerlichen Gesetzbuchs zusammengefasst.²³ Im Jahre 1903 erhielt *Gierke* unter ande-

17 Stutz, U., 1922, S. XXI.

18 vgl. hierzu unten, II 6.

19 Stutz, U., 1922, S. XXXIV.

20 Schlosser, H., 2001, S. 170.

21 Schlosser, H., 2001, S. 170.

22 Haack, T., 1996, S. 148.

23 Wolf, E., 1966, S. 225.

rem für seine Rolle bei der Erhebung der Universität zu Münster, welche nach langer Abhängigkeit als Akademie der Universität Freiburg erst 1902 zu einer eigenen Universität aufgewertet wurde, ehrenhalber den Doktor der Staatswissenschaft.²⁴ Für den deutschen Juristentag 1906 verfasste er ein weiteres Gutachten über die Haftung des Staates für die von seinen Beamten in der Ausführung ihrer Verpflichtungen verursachten Schäden.

Über sein ganzes Leben verteilt erwarb sich *Gierke* durch Teilnahme an internationalen Kongressen nicht nur national, sondern auch international einen herausragenden Ruf. Er erhielt Auszeichnungen in England, Italien und den Vereinigten Staaten. So wurde ihm 1909 an der Harvard University in Boston die Würde eines Dr. legum verliehen. Aber auch sein Erscheinungsbild, blond und groß gewachsen, erregte Aufsehen. Bei einem öffentlichen Auftritt auf dem Internationalen Historikertag 1903 in Rom wurde er deswegen von den Italienern als Verkörperung des Deutschtums bestaunt.²⁵ Am 27. Januar 1911 verlieh man *Gierke* den erblichen Adelstitel. 1915 wurde er zu einem der 30 stimmfähigen Ritter der Friedensklasse des Ordens Pour le Mérite, einer von *Kaiser Friedrich Wilhelm IV* gegründeten Vereinigung besonders verdienter Wissenschaftler, ernannt. *Otto von Gierke* wohnte die letzten dreißig Jahre seines Lebens mit seiner Frau in der Carmerstraße zu Charlottenburg. Er hatte, als er am 10. Oktober 1921 achtzigjährig an einer Lungenentzündung verstarb, der Universität Berlin insgesamt 70 Semester aktiv gedient.

III. VON *GIERKES* PERSÖNLICHE, POLITISCHE UND JURISTISCHE ANSCHAUNGEN

1. ZUR PERSON VON *GIERKES*

Der Mensch *Otto von Gierke* war ebenso ausgeglichen wie zuverlässig.²⁶ Seine Unabhängigkeit, Geradheit, Charakterfestigkeit und Rechtllichkeit waren über jeden Zweifel erhaben.²⁷ Alles, was er dachte, sagte und tat, zeugte von Ernsthaftigkeit und Selbstzucht.²⁸ So machte *von Gierkes* seinem Bekannten *Ulrich Stutz* zum Vorwurf, dass dieser statt rechts durch die zum Ausgang bestimmte Tür links durch die Eingangspforte die Universität verließ, obwohl außer den beiden weit und breit niemand zu sehen war, den das Verhalten *Stutzs* hätte in irgendeiner Weise behindern

24 Stutz, U., 1922, S. XXV.

25 Stutz, U., 1922, S. XXV.

26 Stutz, U., 1922, S. VII (XXIX).

27 Haack, T., 1996, S. 148; Stutz, U., 1922, S. VII (XXVI).

28 Stutz, U., 1922, S. VII (XXIX).

können.²⁹ *Otto von Gierke* gab nicht viel auf Äußerlichkeiten. Sein Auftreten mit ungelenkten Gebärden, die seine schweren Reden unterstrichen, glich dem eines Donnergottes.³⁰ Zu *von Gierkes* Freundeskreis gehörten klangvolle Namen wie *Adolph Wagner*, *Gustav Schmoller*, *Lujo Brentano*, *Wilhelm Dilthey* und *Alfred Dove*.³¹ Im Kreis dieser Intellektuellen entwickelte *von Gierke* viele seiner historisch-politischen Überlegungen.³²

2. VON GIERKES POLITISCHE ANSICHTEN

Otto von Gierke war von einer gewissen Anhänglichkeit an die preußische Monarchie und das deutsche Kaisertum beseelt.³³ Seine Losung war: „Mit Gott für König und Vaterland“.³⁴ Trotzdem war er ein entschiedener Gegner absolutistischer Bevormundung.³⁵ Er war preußischer Monarchist mit national-liberalen Zügen³⁶ und befürwortete die konstitutionelle Monarchie.³⁷ Er ging dabei von einem tradiert konservativen Staatsbegriff aus, in dem der Staat wohlwollend und neutral über den Klassen stand.³⁸ Er forderte daher eine starke Staatsgewalt, die nach innen Recht und Kultur unterstützt und nach außen Interessenvertretung und Schutz für das Staatsvolk ist.³⁹ Zugleich war *von Gierke* aber darauf bedacht, dass sich der Staat mit sozialem Geiste fülle.⁴⁰ Dieser soziale Aspekt beschränkte das an sich liberale Verfassungsbild *von Gierkes*,⁴¹ weshalb man ihn insgesamt der politischen Zielrichtung des sozialen Konservatismus zuordnen kann.⁴²

3. VON GIERKES ARBEITSWEISE

Wissenschaftlich verstand *von Gierke* es, in ein Meer literarischer Quellen verschiedenster Epochen und Strömungen einzutauchen und mit erstaunlicher Einfühlungsfähigkeit das für ihn Wesentliche herauszufil-

29 Stutz, U., 1922, S. VII (XXXf).

30 Stutz, U., 1922, S. VII (XXVII).

31 Stutz, U., 1922, S. VII (XXIII f); Wolf, E., 1966, S. 223.

32 Wolf, E., 1966, S. 223.

33 Krupa, H., 1941, S. 97 ff., 108.

34 Stutz, U., 1922, S. VII (XXX).

35 Krupa, H., 1941, S. 97 ff., 106.

36 Haack, T., 1996, S. 54; Wolf, E., 1966, S. 223.

37 Krupa, H., 1941, S. 97 ff., 107.

38 Haack, T., 1996, S. 55.

39 Gierke, O., 1889, *Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuches*, Leipzig, S. 5; Krupa, H., 1941, S. 97 ff., 106.

40 Stutz, U., 1922, S. VII (XXIV).

41 Wolf, E., 1966, S. 227; Haack, T., 1996, S. 105.

42 Haack, T., 1996, S. 54; Wolf, E., 1966, S. 223.

tern.⁴³ Seine Reden zeichneten sich dadurch aus, dass sie weit ausholten, sie waren ebenso breit wie tief angelegt. Dennoch waren sie verständlich, denn *von Gierke* ging einfach und in klaren Linien vor.⁴⁴ Inhaltlich waren seine Vorträge historisch und dogmatisch gründlich fundiert und erstaunlich vollständig.⁴⁵ Kein Satz war in ihnen überflüssig.⁴⁶ Seine Vorlesungen hielt *von Gierke* frei, wobei er sich den Inhalt der Reden zuvor im Tiergarten auf dem Weg zur Universität in einem selbst ausgearbeiteten, reich gegliederten und gewissenhaft geführten Heft durchzusehen pflegte.⁴⁷ Im Laufe seines Lebens änderte sich daran wenig. Allein die Arbeitszeiten verschoben sich. Während er in der Jugend vorwiegend nachts arbeitete, war er später ein Frühaufsteher, der abends zeitig die Arbeit abbrach.⁴⁸

4. VON GIERKES GRUNDANSICHTEN IN DER JURISTISCHEN LEHRE

Von Gierke war durch und durch Germanist. Seine germanische Haltung wurde nachhaltig durch seinen Doktorvater *Georg Beseler* geprägt, dessen Schüler und Geisteserbe *von Gierke* war und dessen Ideen er in einer Weise fortentwickelte, die ihn über seinen Lehrer hinauswachsen ließ.⁴⁹ So entwickelte *Gierke* aus den Vorgaben seines Lehrers *Beseler* die berühmte organische Theorie, welche von einer Vielheit in der Einheit ausgeht, bei der der einzelne in der Gemeinschaft aufgeht.⁵⁰ Die sich zu seinen Zeitenausbreitende Rechtseinheit empfand *von Gierke* als segensreich.⁵¹ Als Anhänger der Historischen Schule *Savignys*⁵² war *von Gierke* der Überzeugung, dass das Recht nicht in den Rechtsregeln sondern im Bewusstsein der Völker lebe.⁵³ Wirkliches Recht sei eine gewachsene und gelebte Ordnung, es solle den sozialen Ausgleich fördern und auf sittlicher Grundlage der Gerechtigkeit dienen.⁵⁴ Dabei war ihm

43 Blickle, D., 1995, *Otto Gierke als Referenz*, ZNR Bd. 17, S. 245 ff., 262; Stutz, U., 1922, S. VII (XIX).

44 Stutz, U., 1922, S. VII (XVIII).

45 Stutz, U., 1922, S. VII (XXVII).

46 Stutz, U., 1922, S. VII (XXXIII).

47 Stutz, U., 1922, VII (XXVII).

48 Stutz, U., 1922, S. VII (XIII).

49 Stutz, U., 1922, S. VII (XIII); Haack, T., 1996, S. 37.

50 Gierke, O., 1889a, S. 34; Gurwitsch, G., 1923, S. 86 ff., 99, 116; Haack, T., 1996, S. 68; Krupa, H., 1941, S. 97 ff., 99, 103; dazu noch unten, II 6.

51 Gierke, O., 1889b, S. 6.

52 Wolf, E., 1966, S. 220.

53 Savigny, F. C., 1956, *System des heutigen römischen Rechts*, Bd. I, Darmstadt, S. 15.

54 Wolf, E., 1966, S. 228.

die Kraft der gesetzgeberischen Tat bewusst. Der romanistischen Historischen Rechtsschule warf er daher vor, sie überschätze das Gewohnheitsrecht und unterschätze – anders als die Germanisten – die bewusste gesetzgeberische Tat.⁵⁵

Nach *Otto von Gierkes* Vorstellung war eine moderne Assoziation von unten nach oben aufgebaut.⁵⁶ Zugleich war nationale Einheit in seiner Vorstellung mehr als die Summe der Verträge, hinter denen sie sich verberge.⁵⁷ Über den einzelnen Vertrag sollten sich die gemeinsamen Wurzeln wölben, welche als höher stehende Verbundenheit für den Vertragsinhalt Gewähr bieten und eine darüber hinaus gehende Verantwortung des Einzelnen für andere Mitglieder der Gemeinschaft statuieren. Deswegen forderte er von der werdenden Rechtsordnung, dass sie volkstümlich die gewachsene Ordnung wiedergebe und zugleich sozial und sittlich sei, um ihrerseits Gewähr für die Einheit zu bieten.⁵⁸ Individualismus und gesellschaftliche Auflösung setzte er nahezu gleich.⁵⁹ Dementsprechend wehrte sich *von Gierke* gegen den atomisierenden und individualisierenden Ansatz der Romanistik.⁶⁰ Trotz äußerlicher Parallelen stand er der sozialistischen Denkrichtung aber kritisch gegenüber.⁶¹ Sein Ideenwelt beruht auf dem christlichen Gedanken an eine harmonievolle Gesellschaftsordnung, in der Klassenkampf kein Platz haben soll.⁶²

Vor dem Hintergrund der Historischen Schule bekannte sich *von Gierke* dazu, die juristische Methode bedürfe auch immer eines rechtsphilosophischen Elements.⁶³ Auch Rechtsphilosophie sei nur auf geschichtlichem Boden möglich.⁶⁴ Recht sei zwar in erster Linie, aber nicht ausschließlich positives Recht. Es existiere daneben eine Rechtsidee, welche man von der positiven Rechtsordnung unterscheiden könne und auch müsse. Rechtsidee und positives Recht stehen nach Ansicht *von Gierkes* in der Weise nebeneinander, dass sie sich überschneiden können, dies aber nicht immer tun.⁶⁵ Die beiden Gebiete lassen sich voneinander

55 Gierke, O., 1908, *Die historische Rechtsschule*, Berlin, S. 9 f.

56 Gierke, O., 1868, *Das Deutsche Genossenschaftsrecht*, Bd. I, Darmstadt, S. 652.

57 Krupa, H., 1941, S. 97 (105).

58 Wolf, E., 1966, S. 227.

59 Haack, T., 1996, S. 132.

60 Schlosser, H., 2001, § 6 II.

61 Gierke, O., 1889b, S. 25; Becker, C., 1995, Eher Brunner als Gierke?, *ZNR* Bd. 17, S. 264 ff., 266; Haack, T., 1996, S. 53.

62 Haack, T., 1996, S. 55; Schroeder, K-P., 1975, Anton Menger, *JuS*, S. 678, 679.

63 Gierke, O., 1961, *Labands Staatsrecht*, 2. Auflage Darmstadt, S. 22.

64 Gurwitsch, G., 1923, S. 86 ff.; Gierke, O., 1961, S. 16 ff.

65 Gierke, O., 1917, *Recht und Sittlichkeit*, *Logos* Bd. VI (1917), S. 211, 247.

sondern, aber eben nicht trennen.⁶⁶ Sie ergänzen und stärken einander.⁶⁷ Die Rechtsidee, auf die alles hinauslaufe, decke sich nicht mit der Idee des Schönen und des Guten oder mit einer religiösen Idee, so wie auch keine dieser Ideen von der anderen ableitbar sei.⁶⁸ Die Selbständigkeit der Rechtsidee hatten zuerst die Naturrechtler erkannt, wofür *von Gierke* sie honorierte.⁶⁹ Er wehrte sich aber zugleich gegen ihre bedingungslose Anwendung, da diese den Staatsgedanken in Frage stelle.⁷⁰ Die Rechtsidee könne immer nur hinter dem konkreten Gebilde stehen, in dem sie Form und Farbe gewonnen habe. Man müsse daher immer vorrangig das positive Recht befragen.⁷¹

5. VON GIERKES EINFLUSS AUF DAS ARBEITSRECHT

Eine der Materien, welche *von Gierke* in seinen Studien ausgiebig behandelt, ist das Arbeitsrecht. Hintergrund seiner intensiven Beschäftigung mit dem Arbeitsrecht war dabei seine Auffassung, das Arbeitsrecht sei Bestätigung und Ausfluss der freien Persönlichkeit.⁷² Bereits in seinem Werk zum Genossenschaftsrecht von 1868 wies *von Gierke* auf die Bedeutung der Eingliederung des Arbeitnehmers in den Betriebsorganismus hin.⁷³ Von seinem aus genossenschaftlichen Ideen entwickelten Sozialrecht ausgehend übte er in seinem 1888 erschienenen Gegenentwurf zum Bürgerlichen Gesetzbuch Kritik am bestehenden und am geplanten Arbeitsrecht und versuchte, dessen weitere Entwicklung zu beeinflussen. Er unterschied als einer der ersten zwischen dem Werkvertrag, bei welchem ein Erfolg geschuldet ist, und dem Dienstvertrag, der auf die Erbringung eines Wirkens gerichtet ist.⁷⁴ Anders als im Werkvertrag sei das dienstvertragliche Wirken des Arbeitnehmers stets mit dessen Persönlichkeit verbunden.⁷⁵ Grundlage des Dienstvertrages sei daher der deutschrechtliche Treudienstvertrag, welcher als Vertrag mit personenrechtlichem Einschlag die gegen-

66 Gierke, O., 1917a, S. 211, 220.

67 Gierke, O., 1917a, S. 211, 232.

68 Gierke, O., 1917a, S. 211, 244.

69 Gierke, O., 1917a, S. 211, 245.

70 Gierke, O., 1958, *Althusius, fünfte Ausgabe*, Meisenheim, S. 317.

71 Gierke, O., 1961, S. 22, 94; ähnlich: Gierke, O., 1917a, S. 211, 232, 250.

72 Gierke, O., 1914, *Die Wurzeln des Dienstvertrages*, in *Festschrift für Heinrich Brunner*, Leipzig, S. 37, 38.

73 Gierke, O., 1868, S. 1036 ff.; siehe auch ders., 1895, *Deutsches Privatrecht*, Bd. I, München, S. 697 ff.

74 Gierke, O., 1917, *Deutsches Privatrecht*, Bd. III, Leipzig, S. 591.

75 Gierke, O., 1914, S. 37, 38, 49.

seitige Treue und nicht den Dienst selbst in den Mittelpunkt stellte.⁷⁶ *Otto von Gierke* ging jedoch in Modifikation zum Treudienstvertrag davon aus, dass beim Arbeitsvertrag nicht allein die Person des Dienstverpflichteten der Vertragsgegenstand sei.⁷⁷ Im Dienstvertrag seien vielmehr personenrechtliche und schuldrechtliche Elemente verwoben,⁷⁸ weshalb es um mehr als um einen bloßen Verkauf der Ware „Arbeit“ gehe.⁷⁹

Otto von Gierke bekämpfte ab 1887 die im ersten BGB-Entwurf vorgenommene individualistische Ausgestaltung des Dienstvertragsrechts und unterstrich die soziale Aufgabe, die dem Bürgerlichen Gesetzbuch zukommen solle.⁸⁰ Ähnlich äußerte er sich in einer Reihe von Abhandlungen, die zum Teil in seinem „Deutschen Privatrecht“, zum Teil in der Reihe zu den „Untersuchungen“ erschienen, zum Teil auch in einer Festschrift für Heinrich Brunner (1917). Die im germanischen Recht geltende „Gemeinschaft kraft herrschaftlicher Gewalt“, deren Hintergrund die sachgemäße Betriebsführung war, habe auch für das Gesinde gegolten.⁸¹ Wegen der Gemeinschaft, auf welcher der Vertrag basierte, sei mit dem Herrenrecht aber auch immer eine Herrenpflicht einhergegangen.⁸² Diesen Pflichten des Gewaltinhabers zu Schutz und Fürsorge stand nach der Vorstellung *von Gierkes* eine Treue- und Gehorsamspflicht der Gewaltunterworfenen gegenüber, die Bestandteil des Arbeitsvertrages sein sollte.⁸³ Dies könne im heutigen Dienstvertrag nicht anders sein. Auch heute entstehe im Dienstverhältnis eine personenrechtliche Verbundenheit, welche sich, in der Form eines umfassenden Arbeitnehmerschutzrechts, in Unterlassungspflichten des Arbeitgebers beim Abschluss von Arbeitsverträgen und in positiven Handlungspflichten zur Beschäftigung, Lohnzahlung usw. äußere.⁸⁴ Die innere Verbundenheit zwingt insbesondere auch zu einer Ersatzpflicht des Dienstherrn für erlittene Schäden des Angestellten bei der Ausführung seiner Arbeiten.⁸⁵ Derartige Pflichten waren dem römischen Recht fremd. Und obwohl das Bestehen derartiger Fürsorgepflichten des Arbeitgebers zur Zeit der Schaffung des Bürgerlichen Gesetzbuches so-

76 Gierke, O., 1917b, S. 593; Gierke, O., 1914, S. 37, 38, 55; Jobs, F., 1968, *Gierke und das moderne Arbeitsrecht*, Dissertation, Frankfurt, S. 54 f.; Haack, T., 1996, S. 98.

77 Gierke, O., 1917b, S. 609 f.; Gierke, O., 1914, S. 37 ff., 53 ff.

78 Gierke, O., 1914, S. 37 ff., 48, 52, 56.

79 Gierke, O., 1889b, S. 104.

80 Gierke, O., 1889b, S. 192; *ders.*, 1889a, S. 10, 13.

81 Gierke, O., 1895, S. 698 ff.; Gierke, O., 1917b, S. 593 f., 609, 679 f.; Gierke, O., 1889a, S. 31; Gierke, O., 1914, S. 37, 57.

82 Gierke, O., 1917b, S. 37 ff., 57.

83 Gierke, O., 1889b, S. 247; Gierke, O., 1895, S. 701; Gierke, O., 1917b, S. 594.

84 Gierke, O., 1914, S. 37 ff., 63.

85 Gierke, O., 1889b, S. 193, 247; Gierke, O., 1889a, S. 31.

wohl der Anschauung der damaligen Rechtsprechung⁸⁶ als auch der herrschenden Ansicht in der Literatur entsprach,⁸⁷ hatte man in dem ersten Entwurf von ihnen abgesehen. Dass sie in der zweiten Kommission dann aber doch in den Entwurf aufgenommen wurden⁸⁸ war nicht zuletzt ein Verdienst von Gierkes.⁸⁹

Otto von Gierke nahm im Rahmen der Kritik am ersten Entwurf des Bürgerlichen Gesetzbuches 1888 auch zu den Kündigungsfristen Stellung. Der Entwurf sah hier eine einheitliche, zweiwöchige Kündigungsfrist für Arbeitsverhältnisse vor. Dies hielt von Gierke insbesondere bei Arbeitsverhältnissen höherer Ordnung für zu kurz bemessen.⁹⁰ Das Preußische Allgemeine Landrecht, welches vor dem BGB in weiten Teilen Deutschlands galt, hatte z.B. für Erzieher, Sekretäre, Kapläne und andere, die mit erlernten Wissenschaften und schönen Künsten im Hause Dienste leisteten, eine Kündigungsfrist von einem Viertel Jahr vorgesehen.⁹¹ Eine derartige Privilegierung der Dienste höherer Ordnung findet sich heute wieder in § 620, 622 BGB. Die Ursache für seine Einführung in das BGB war dabei erneut von Gierkes Kritik.⁹² Darüber hinaus kritisierte er am bestehenden Schadensersatzrecht jenes Fundament von Gerechtigkeits-erwägungen, das noch heute unter den Begriffen der „betrieblich verursachten Arbeit“ und des „innerbetrieblichen Schadensausgleichs“ das Arbeitsrecht kennzeichnet.⁹³ Diese Rechtsfiguren, welche dem Arbeitnehmer Schadensersatzansprüche gegen den Arbeitgeber geben bzw. ihn von leicht fahrlässig verursachten Schäden freistellen, wurden erst in den 30er Jahren des 20. Jahrhunderts, unter Zugrundelegung der Ausführungen von Gierkes, allgemein anerkannt.⁹⁴ *Otto von Gierke* war in seinen arbeitsrechtlichen Ansichten seiner Zeit in vielerlei Hinsicht weit voraus. Er plädierte schon 1916 für die Einführung von Mindestlöhnen.⁹⁵ Er sprach sich darüber hinaus wegen der engen Beziehung zwischen den Beteiligten am Dienstvertrag schon damals für eine Hemmung der Verjährung für die Dauer der Beschäftigung bei Ansprüchen zwischen Arbeitnehmer und Arbeitgeber aus,⁹⁶ eine Forderung, mit der er damals nicht durch-

86 RGZ 8, 149 (150).

87 Haack, T., 1996, S. 102.

88 Jobs, F., 1968, S. 44.

89 Haack, T., 1996, S. 103.

90 Gierke, O., 1889b, S. 246.

91 Haack, T., 1996, S. 97, dort Fn. 374.

92 Jobs, F., 1968, S. 42 f.

93 Jobs, F., 1968, S. 46.

94 Jobs, F., 1968, S. 105 f.; RAG ARS 30, 1; 37, 269; 41, 55; 46, 136.

95 Gierke, O., 1917b, S. 613 a.E., dort insbes. Fn. 95.

96 Gierke, O., 1889b, S. 177.

zudringen vermochte (§ 196 Abs. 1 Nr. 8 BGB a.F.), und auch bis heute nicht durchgedrungen ist.

Schon in seiner Abhandlung zum Genossenschaftsrecht von 1868 wies *von Gierke* auf die Wichtigkeit der Arbeitervereine hin, die sich in Deutschland seit 1848 gebildet hatten, und er befürwortete sie.⁹⁷ Weil die Berufsverbände damals keine staatlich anerkannte Satzungsautonomie besaßen,⁹⁸ qualifizierte er die von den Arbeiterverbänden ausgehandelten Tarifverträge dogmatisch als im Bürgerlichen Gesetzbuch nicht geregelte schuldrechtliche Verträge. Die Berufsverbände sollten diesen Vertrag im eigenen Namen und nicht im Namen ihrer Mitglieder abschließen.⁹⁹ Mangels gesetzlicher Anordnung echter kollektiver Wirkung war der Inhalt der Tarifverträge, wie *von Gierke* als einer der ersten zutreffend erkannte, in vollem Umfang abdingbar.¹⁰⁰ Nur wenn bei Abschluss des Arbeitsvertrages nichts Anderes vereinbart wurde sollte ihr Inhalt als „übliche Vergütung“ über die Vorschrift § 612 Abs. 2 BGB zum vereinbarten Lohn werden.¹⁰¹ Auf der Grundlage dieser Feststellung *von Gierkes* wurde bald darauf die Satzungsautonomie der Berufsverbände und die Verbindlichkeit der ausgehandelten Tarifabschlüsse eingeführt.¹⁰²

6. DIE ORGANISCHE THEORIE

Um die Lehre vom Recht der menschlichen Verbände grundlegend zu reformieren, entwickelte *von Gierke* seine „organischer Theorie“ oder auch „Organtheorie“.¹⁰³ Nach dieser Theorie sind der Staat und die Verbände sinnlich nicht wahrnehmbare und doch mit geistigen Mitteln als ‚wirklich‘ erkennbare Gemeinwesen, welche die menschliche Gattungsexistenz über der Individualexistenz offenbaren.¹⁰⁴ Er trennt dabei nicht zwischen Genossenschaft und Gemeinschaft, sondern vereinigt in seinen Begriffen von Assoziation, Genossenschaft und Einung das Naturwüchsige (Gemeinschaft) und das Rationale (Gesellschaft).¹⁰⁵ Eine Genossenschaft im Sinne *von Gierkes* ist eine Vereinigung, die von den Individuen willentlich zur Verwirklichung gemeinsamer Werte geschaf-

97 Gierke, O., 1895, S. 901; Krause, H., 1970, Der deutschrechtliche Anteil, *JuS*, S. 313, 315.

98 Gierke, O., 1917b, S. 604.

99 Gierke, O., 1917b, S. 603 f.; Gierke, O., 1914, S. 37 ff., 66.

100 Gierke, O., 1917b, S. 603.

101 Gierke, O., 1917b, S. 623; Gierke, O., 1914, S. 37 ff., 66 f.

102 Jobs, F., 1968, S. 69 f.

103 Gierke, O., 1887, *Die Genossenschaftstheorie und die deutsche Rechtsprechung*, Berlin, S. 4.

104 Gierke, O., 1902, S. 13, 15; Krupa, H., 1941, S. 97 ff., 105.

105 Blicke, D., 1995, S. 245, 263, dort Fn. 115.

fen wird.¹⁰⁶ Die Genossenschaft kommt durch einen schöpferischen Gesamttakt zustande.¹⁰⁷ Daher bedarf es einer staatlichen Kreation der Körperschaftspersönlichkeit zu ihrer Entstehung gar nicht.¹⁰⁸ Weil die juristischen Personen damit nicht bloß im Wege des Hoheitsaktes genehmigte Fiktion sind,¹⁰⁹ bevorzugt *von Gierke* die Bezeichnung „Verbandsperson“. Er meint, der Ausdruck „juristische Person“ sei nicht korrekt, da doch auch die Persönlichkeit des Individuums eine juristische sei.¹¹⁰ Die Verbandsperson besitzt eine vollgültige Realität, welcher der Einzelne untergeordnet ist, und sie steht gleichberechtigt neben der Einzelperson.¹¹¹ *Otto von Gierke* spricht daher von den menschlichen Gemeinwesen als Realitäten.¹¹² Die Verbandsperson geht aus ihren Mitgliedern hervor, und Einheit und Vielheit binden und beschränken sich gegenseitig.¹¹³ Einheit und Vielheit sind füreinander da und in ihrer gegenseitigen Bedingtheit Zweck und Mittel zugleich.¹¹⁴ Weil das Individuum stets als Glied eines höheren Ganzen und damit im Dienste der Allgemeinheit handelt, kann auch jedes Glied die Einheit vollgültig vertreten.¹¹⁵ Je nach der Stoßrichtung des Handelns unterscheidet *von Gierke* zwischen dem Individual- und dem Sozialrecht. Während das Individualrecht die Beziehung der Verbandsperson nach außen regelt, bestimmen sich die inneren Beziehungen der Mitglieder untereinander nach dem Sozialrecht.¹¹⁶ Das Bestehen eines Sozialrechts macht dabei die Besonderheit der organischen Theorie gegenüber den individualistischen Theorien aus, denn eines Sozialrechts bedarf es nur, weil zwischen der Verbandsperson und den Einzelpersonen nach der Verbandstheorie eine Wechselbeziehung besteht, welche die Gegner dieser Theorie ablehnen.¹¹⁷ Die Unterscheidung zwischen Sozial- und Individualrecht ist nicht mit derjenigen zwischen öffentlichem und Privatrecht gleichzusetzen.¹¹⁸ Der Verband kann privatrechtlich strukturiert sein oder öffentlich-rechtlich. Die Eigenschaft des gegliederten Ganzen schreibt

106 Krupa, H., 1941, S. 97 ff., 99; Blicke, D., 1995, S. 245 ff., 263.

107 Gierke, O., 1902, S. 32.

108 Gierke, O., 1889b, S. 148.

109 Gierke, O., 1889b, S. 145; Gierke, O., 1902, S. 5.

110 Gierke, O., 1895, S. 469, Anm 3; Gurwitsch, G., 1923, S. 86, 119.

111 Gierke, O., 1902, S. 13; Gierke, O., 1889a, S. 34; Gierke, O., 1889b, S. 145.

112 Gierke, O., 1889b, S. 145.

113 Gierke, O., 1889b, S. 145; Gierke, O., 1895, S. 458; Gierke, O., 1868, Bd. II, S. 36, 40.

114 Gierke, O., 1868, S. 906.

115 Krupa, H., 1941, S. 97 ff., 111; Gurwitsch, G., 1923, S. 86 ff., 104.

116 Gierke, O., 1902, S. 28; Gurwitsch, G., 1923, S. 86, 121; Haack, T., 1996, S. 69, 71.

117 Gierke, O., 1895, S. 26; Gierke, O., 1868, Bd. II, S. 28 f.; Gurwitsch, G., 1923, S. 86, 120.

118 Gurwitsch, G., 1923, S. 86, 129; Krupa, H., 1941, S. 97 ff., 99; Haack, T., 1996, S. 70.

die organische Theorie von Gierkes gleichermaßen dem Staate, der Kirche wie der kleinsten Gemeinschaft und der losesten Genossenschaft zu.¹¹⁹ Das Individualrecht, das auf die Verbandsperson wirkt, kann außerdem zugleich Sozialrecht einer Verbandsperson höherer Ordnung sein, wenn sich ein Verband in einen höheren eingliedert.¹²⁰

Die höchste dieser Vereinigungen ist der Staat. Dieser unterscheidet sich von den übrigen Wesenheiten allein durch seine Autonomie, da er als die höchste Stufe der Vereinigung nicht selbst den Regeln eines anderen Systems unterliegt.¹²¹ Mit der Konzeption des Staates als höchstem Verein ist von Gierkes Staatslehre naturgemäß von unten nach oben, hierarchisch-vertikal aufgebaut. Der repräsentative Verfassungsstaat ist dabei weder eine reine Genossenschaft noch eine reine Herrschaft noch ein obrigkeitsrechtliches Staatswesen, sondern er ist ein die genossenschaftliche Grundlage (Staatsbürgerschaft) und die obrigkeitliche Spitze (Monarchie) organisch, d.h. nicht als Summe, sondern als eine neue Einheit verbindendes Gemeinwesen.¹²² Der repräsentative Verfassungsstaat ist die Organisation des gesamten Volkes – Herrscher und Beherrscher – zur politischen und juristischen Einheit,¹²³ was von Gierkes Staatsbegriff von dem der Assoziationstheorie unterscheidet, wie sie etwa Cole und Laski vertreten.¹²⁴ Weil der Staat eine Synthese von Herrschaft und freier Einung ist, gilt für ihn ebenfalls die allgemeine Gesetzmäßigkeit. Daher handelt das Individuum stets im Dienst des Staates.¹²⁵ Als Glieder des Ganzen werden den Einzelpersonen in diesem inneren Zusammenhang eigenartige Rechte und Pflichten zuteilt.¹²⁶

Mit seiner Soziallehre wuchs von Gierke über die Ansichten seiner Zeitgenossen weit hinaus, deren Erfassung sich in den äußerlichen Erscheinungen von Vereinigungen erschöpfte.¹²⁷ Seine Erkenntnis, dass sich aus der Verbundenheit ein Sozialrecht gibt, welches dem Einzelnen Rechte und Pflichten zuteilt, ermöglichte es, gesellschaftliche Phänomene in rechtliche Begriffe zu fassen; dies ist gewiss eine seiner größten Errungenschaften.¹²⁸ Man kann mit Hilfe seiner Unterscheidung zwischen In-

119 Gierke, O., 1902, S. 4.

120 Gierke, O., 1889a, S. 34; Gierke, O., 1895, S. 27, 473; ähnlich auch Gierke, O., 1902, S. 22.

121 Gierke, O., 1895, S. 475; Krupa, H., 1941, S. 97 ff., 102; Gierke, O., 1868, S. 832.

122 Gierke, O., 1889a, S. 8; Gierke, O., 1868, S. 833; Krupa, H., 1941, S. 97 ff., 104 f.

123 Gierke, O., 1868, S. 576.

124 Krupa, H., 1941, S. 97 ff., 111.

125 Krupa, H., 1941, S. 97 ff., 111 f.; Wolf, E., 1966, S. 228.

126 Gierke, O., 1889a, S. 11.

127 Jobs, F., 1968, S. 39.

128 Jobs, F., 1968, S. 38.

dividual- und Sozialrecht die einzelnen geschichtlichen Epochen losgelöst vom Staatsbegriff nach der Stärke der Verquickung von Sozial- und Individualrecht einordnen.¹²⁹ Dies führte zu der Erkenntnis, dass zum Beispiel im Mittelalter nicht öffentliches und Privatrecht, sondern öffentliches und Sozialrecht gleichgesetzt waren.¹³⁰

IV. DIE HAUPTWERKE VON GIERKES

Da von Gierke eine schwer überschaubare Anzahl von Veröffentlichungen herausgebracht hat, sollen im Folgenden schlaglichtartig einzelne seiner Werke herausgegriffen werden, die besonders wichtig sind und in besonderer Weise das Rechtsleben seiner Zeit beeinflusst haben. Man kann insoweit von seinen Hauptwerken sprechen. Hierzu gehören einmal eine Reihe von Gutachten für den Deutschen Juristentag, dann aber auch seine Schrift über *Johannes Althusius*, ferner sein Gegenentwurf zum ersten Entwurf des Bürgerlichen Gesetzbuches und seine Werke zum Genossenschaftsrecht sowie sein „Deutsches Privatrecht“.

1. VON GIERKES BETEILIGUNG AM DEUTSCHEN JURISTENTAG

Um in Fühlung mit den rechtspolitischen Fragen der Zeit zu bleiben und die Bedürfnisse der Zukunft zu erkennen, wirkte *von Gierke* regelmäßig am deutschen Juristentag mit.¹³¹ Der deutsche Juristentag war das bedeutendste Forum der juristischen Wissenschaft und Praxis in Deutschland, was insbesondere an der Mitarbeit hochrangiger Juristen lag. Auf dem deutschen Juristentag wurden grundsätzliche Fragen aller Rechtsgebiete diskutiert, was Anregung, Planung und Förderung zahlreicher Gesetzesvorlagen zur Folge hatte.¹³² Professoren wie *Franz von Liszt*, *Rudolf von Gneist* und *Friedrich Kahl* wirkten beim Juristentag mit und verhalfen ihm schon früh zu Einfluss und Bedeutung. Der Juristentag übte so auf die Gesetzgebung einen weitgehenden Einfluss aus, und er half, den deutschen Rechtspartikularismus zu überwinden. Wegen seines Einflusses auf die Gesetzgebung wurde der deutsche Juristentag zum Teil als juristisches „Vorparlament“ bezeichnet. Zunächst nahm *von Gierke* nur als Zuhörer teil, doch seit 1888 war er ständiges Mitglied der

129 Gurwitsch, G., 1923, S. 86, 130.

130 Gurwitsch, G., 1923, S. 86, 130.

131 Wolf, E., 1966, S. 224.

132 Fijal, A., 1991, *Geschichte der Juristischen Gesellschaft zu Berlin*, Berlin, 1859–1933, S. 24.

Deputationen, seit 1915 war er sogar deren Vorsitzender.¹³³ Zu den Zusammenkünften wurde *von Gierke* von seiner Gattin, oft aber auch von einem seiner Kinder begleitet.¹³⁴

Der Juristentag beschäftigte sich seit seinem sechsten Zusammentreffen 1867 in zunehmendem Maße mit Fragen der Schaffung eines Bürgerlichen Gesetzbuches. Gegenstand der Diskussionen waren dabei die Aufnahme einzelner privatrechtlicher Institutionen und deren jeweilige Ausgestaltung in dem geplanten Gesetzbuch. Hintergrund dieser Arbeit war das Selbstverständnis des Juristentages. Er selbst hatte es sich zur Aufgabe gemacht, an der Rechtsvereinheitlichung in Deutschland im Bereich Zivilrecht mitzuwirken.¹³⁵ Bereits im Jahre 1878 hatte *von Gierke* für den Juristentag ein Gutachten verfasst, in dem er reichseinheitliche Regeln für die Prüfung der deutschen Richter und Anwälte empfahl, unter anderem auch eine achtsemestrige Juristenausbildung an den Universitäten. Im Jahre 1888 behandelte ein weiteres Gutachten *von Gierkes* – mit eher mäßigem Erfolg¹³⁶ – seine Gedanken zur freien Körperschaftsbildung. Ein weiteres, zehn Jahre später verfasstes Gutachten, in dem er die Möglichkeit der Verfolgung dinglicher Rechte durch den mittelbaren Besitzer propagierte, war weitaus erfolgreicher.¹³⁷

Im sechsten und neunten Juristentag (1867 bzw. 1871) hatte man sich intensiv mit der Haftung des Staates für seine Beamten beschäftigt. Mit Ausnahme der Haftung des Staates für die Grundbuchbeamten nach § 12 der Grundbuchordnung sollte gemäß Art. 77 des Einführungsgesetzes zum BGB diese Frage der partikularen Landesgesetzgebung überlassen bleiben; eine reichseinheitliche Regelung fehlte. In Preußen bestand überwiegend keine Regelung, die eine Haftung des Staates begründet hätte. Ausnahmen bildeten das Rheinland, wo eine entsprechende Haftung gem. Art. 1384 code civil bestand, sowie Hessen, Sachsen-Weimar, Schwarzburg-Sondershausen und Reiß ältere Linie in denen eine Haftung des Staates vorgesehen war, während Mecklenburg und Anhalt jede Haftung ablehnten. Während man sich beim sechsten Juristentag in München 1867 im Grundsatz darauf einigte, dass der Staat für die Schäden haften sollte, welche die Beamten durch vorsätzliches oder culposes (schuldhaftes) Verhalten Dritten zufügen,¹³⁸ befasste man sich beim neunten Juristentag vorwiegend mit Fragen der Subsidiarität der Haftung. Man beschloss, der Staat

133 Stutz, U., 1922, S. VII (XXIV).

134 Stutz, U., 1922, S. VII (XXIV).

135 Conrad, H., 1960, *Hundert Jahre deutsches Rechtsleben*, Bd. 1, Karlsruhe, S. 1 (23).

136 Stutz, U., 1922, S. VII (XXIV).

137 Stutz, U., 1922, S. VII (XXIV).

138 Verhandlungen des 6. DJT, Bd. II, Tübingen (1867), S. 56.

solle bei der gesetzlichen Regelung dieser Frage das „Prinzip der direkten Haftungsverbindlichkeit des Staates zur Grundlage“ nehmen.¹³⁹ Trotzdem kam es nicht zu einer reichseinheitlichen Regelung. Die Frage wurde erst auf dem 28. Juristentag in Kiel 1906 wieder aufgegriffen. Grundlage für die Diskussion war unter anderem ein Gutachten *von Gierkes* über die Haftung des Staates für die von seinen Beamten in der Ausführung ihrer Verpflichtungen verursachten Schäden, in dem er zu dem Ergebnis kam, dass der Staat für die von den Beamten bei der Wahrnehmung hoheitlicher Aufgaben verursachten Schäden gemäß § 839 Abs. 1 BGB haften solle.¹⁴⁰ Zu demselben Ergebnis kam auch ein weiteres Gutachten des Professors *Herrnritt* aus Wien.¹⁴¹ Der Juristentag stellte daher einstimmig fest, dass ein dringendes Bedürfnis bestehe, die direkte Haftung des Staates für die von den Beamten bei der Ausübung hoheitlicher Gewalt zugefügten Schäden reichsgesetzlich zu regeln.¹⁴² Der Beschluss wurde drei Jahre später zumindest für Preußen durch das „preußische Gesetz über die Haftung des Staates und anderer Verbände für Amtspflichtverletzungen von Beamten bei Ausübung der öffentlichen Gewalt“ umgesetzt.¹⁴³ Das „Gesetz über die Haftung des Reichs für seine Beamten“, welches ein weiteres Jahr später verabschiedet wurde, übernahm die entsprechende Regelung. Man bezog sich in der Begründung des Gesetzentwurfes auf den Beschluss des 28. Juristentages.¹⁴⁴

2. VON GIERKES BEITRAG ZUM BGB

Kurze Zeit nach der Veröffentlichung des ersten Bandes zum „Deutschen Privatrecht“ erschien der erste Entwurf zum Bürgerlichen Gesetzbuch. *Otto von Gierke* setzte seinen gesamten Eifer daran, den vorliegenden Entwurf von einem germanistischen Standpunkt aus zu durchleuchten und seinen deutschrechtlichen Gehalt zu erforschen.¹⁴⁵ Mit dem hieraus entstandenen Gegenentwurf, der 1889 erschien, beeinflusste *von Gierke* wesentlich die weitere Entstehungs- und Entwicklungsgeschichte des Bürgerlichen Gesetzbuches.

In gleichsam aristotelischer Manier honorierte *von Gierke* in seinem Gegenentwurf zunächst die gewissenhafte, mühsame, ausdauernde Ar-

139 Verhandlungen des 9. DJT, Bd. III, Tübingen (1871), S. 26 ff.

140 Verhandlungen des 28. DJT, Bd. I, Tübingen (1905), S. 102–144.

141 Verhandlungen des 28. DJT, Bd. II, Tübingen (1906), S. 324–351.

142 Verhandlungen des 28. DJT, Bd. III, Tübingen (1907), S. 134.

143 Stutz, U., 1922, S. VII (XXIV).

144 Olshausen, T., 1910, *Der deutsche Juristentag*, Berlin, S. 184.

145 Stutz, U., 1922, S. VII (XXVIII).

beit, die in dem bisherigen Entwurf liege.¹⁴⁶ Seine Zustimmung war jedoch eher vor dem Hintergrund zu sehen, dass das Gesetz einen Schritt in Richtung der Rechtseinheit in Deutschland bringen sollte, die auch *von Gierke* so sehr ersehnte,¹⁴⁷ doch viel weiter ging seine Zuneigung zu dem Werk nicht. Im Gegenteil befürchtete er, der Entwurf sei so weit von den bestehenden sozialen Strukturen in Deutschland entfernt, dass er das Entstehen von Rechtseinheit eher verhindere als garantiere. Rechtseinheit sei ein zwingendes Durchgangsstadium zur tatsächlichen Einheit. Voraussetzung für eine Rechtseinheit sei aber die Akzeptanz bei der gegenwärtigen Bevölkerung im deutschsprachigen Raum. Die vom Entwurf begründete Rechtsordnung sei jedoch nicht sittlich, nicht sozial und auch nicht volkstümlich.¹⁴⁸ Der Gesetzgeber entledige sich eines Volksbewusstseins, missachte so die Bedürfnisse nationaler Rechtsbildung und schaffe Rechtsunsicherheit.¹⁴⁹ So sei das geplante Gesetz durchwegs römisch und kein bisschen deutsch.¹⁵⁰ Die Bestrebung, den Deutschen römisches Recht aufzuzwingen, sei mit dem Versuch vergleichbar, eine Eiche zum Apfelbaum zu machen.¹⁵¹ *Otto von Gierke* meint, das deutsche Volk habe sich nicht so verwandelt, dass es sich eine fremde Rechtsordnung aufzwingen lassen werde.¹⁵² Eine derartige Erschütterung könne sich Deutschland, dessen Einigung noch ganz am Anfang stehe, nicht leisten. Der Entwurf sei eine große Gefahr für die Rechtseinheit.¹⁵³ Daher bemühte sich *von Gierke* darum, den Entwurf dem bisher bestehenden deutschen Recht näher zu bringen. Der Entwurf müsse dem einfachen Manne einige der wesentlichen Grundideen offenbaren können.¹⁵⁴

In diesem Zusammenhang zielte *von Gierke* insbesondere auch auf die Sprache des Entwurfes, kritisierte wiederholt die vom Entwurf getroffene Verteilung zwischen Bundes- und Landesrecht, beschäftigte sich mit der unnötigen Ersetzung althergebrachten durch römisches Recht sowie mit dem Widerspruch vieler Vorschriften des Entwurfes zur allgemeinen Anschauung – was alles, zumal in der Summe, das allgemeine Verständnis nach seiner Ansicht erschwerte. Sein Schwerpunkt lag dabei auf der Kritik der Sprache. Hier bemängelte er die fehlende Kasuistik und die zahl-

146 Gierke, O., 1889b, S. 2.

147 Haack, T., 1996, S. 15; erkennbar auch in Gierke, O., 1889b, S. 367 f.

148 Wolf, E., 1966, S. 227.

149 Gierke, O., 1889b, S. 218.

150 Gierke, O., 1889b, S. 20.

151 Gierke, O., 1889b, S. 337.

152 Gierke, O., 1889b, S. 72 f.

153 Gierke, O., 1889b, S. VI, 4.

154 Gierke, O., 1889b, S. 573 f.

reichen Verweise.¹⁵⁵ Der Entwurf schaffe eine künstliche Sprache, welche in wesentlichen Teilen auf Begriffen basiere, die man aus dem römischen Recht einfach übersetzt habe.¹⁵⁶ Er missachte die Tatsache, dass Recht und Volkstum eine gewachsene Einheit seien,¹⁵⁷ wodurch das Gesetz der Lebendigkeit beraubt werde.¹⁵⁸ So verfehle der Entwurf das Ziel eines wahrhaft praktischen Gesetzbuches.¹⁵⁹ *Otto von Gierke* meint insgesamt, dass kein Gesetzbuch in alter oder neuer Zeit dem Volk in so planmäßiger Weise das Tor zum Verständnis der Rechtsordnung verriegelt habe.¹⁶⁰ Das Volk und die Juristen erschienen in dem Entwurf als Konkurrenten.¹⁶¹ In diesem „Juristendeutsch“ könne man sich nur heimisch fühlen, solange man vergesse, dass es sich dabei um ein deutsches Gesetzbuch handle, oder wenn man die Empfindung für das Gesunde und Natürliche zurückdränge.¹⁶² So nehme er einem die Lust an dem Zukunftsrecht.¹⁶³ Mit seiner Kritik in diesem Punkt brach er eine der bis dahin breitesten Diskussionen über die Rechtssprache vom Zaun.¹⁶⁴ Kein Wunder also, dass er hier auch Erfolge zu verzeichnen hatte. Bei der Ausarbeitung des zweiten Entwurfes des BGB legte man viel mehr Wert auf die Sprache, und sie wurde dem Wunsch *von Gierkes* entsprechend tatsächlich klarer und einfacher.¹⁶⁵

Daneben erkannte *von Gierke* sehr genau die soziale Aufgabe, die hinter einer solchen Kodifikation steht,¹⁶⁶ und versuchte deshalb, sich mit seinem Gegenentwurf insbesondere gegen den Substanzverlust ethischer Grundwerte sozialen Lebens zu wehren.¹⁶⁷ Er kritisierte die dem römischen Recht entstammende Tendenz des Entwurfes, jedes Rechtsverhältnis in eine Summe von Obligationen zwischen unverbundenen Individuen zu zerlegen.¹⁶⁸ Auch diese Kritik hatte in vielen Teilen Erfolg. Zum Beispiel kritisierte *von Gierke* im Schenkungsrecht, der Schenker habe gegenüber dem Beschenkten nicht einmal mehr das Recht auf den not-

155 Gierke, O., 1889b, S. 67, 273; ähnlich S. 198.

156 Gierke, O., 1889b, S. 36.

157 Gierke, O., 1889b, S. 9.

158 Gierke, O., 1889b, S. 36, 297.

159 Gierke, O., 1889b, S. 18.

160 Gierke, O., 1889b, S. 72.

161 Gierke, O., 1889b, S. 11.

162 Gierke, O., 1889b, S. 62.

163 Gierke, O., 1889b, S. 295.

164 Schwab, D., 2000, *Das BGB und seine Kritiker*, ZNR, Bd. 22, S. 325, ff., 330.

165 Schlosser, H., 2001, S. 188.

166 Gierke, O., 1889b, S. 5.

167 Wolf, E., 1966, S. 222.

168 Gierke, O., 1889b, S. 253.

dürftigsten Lebensunterhalt.¹⁶⁹ Eine dementsprechende Härtefallregelung findet sich heute in § 519 BGB. Die ersatzlose Abschaffung des altbewährten Reichswuchergesetzes, meinte *von Gierke*, öffne dem Zinswucher Tür und Tor.¹⁷⁰ Die Folgen des Wuchers werden heute immer noch in erster Linie über die Rechtsprechung gesteuert. Immer wieder wies *von Gierke* darauf hin, der Grundsatz „Kauf bricht Miete“ sei in Zeiten, in denen in den deutschen Städten eine akute Wohnungsnot herrsche, untragbar.¹⁷¹ Er entspreche weder der herrschenden Anschauung in der Rechtswissenschaft¹⁷² noch der deutschen Rechtstradition und sei in höchstem Maße unsozial.¹⁷³ In der Tat hatte nach dem Preußischen Allgemeinen Landrecht (1, Teil, 21. Titel, § 253) der Mieter die Mietwohnung bei einem Verkauf innerhalb eines Vierteljahres, nicht aber, wie der Entwurf es forderte, sofort mit Verkauf der Wohnung, zu räumen. Heute sieht das BGB lediglich eine ordentliche Kündigung aus Gründen des Eigenbedarfs vor, § 573 Abs. 2 Nr. 2 BGB, während der Grundsatz „Kauf bricht nicht Miete“ in § 566 BGB niedergelegt ist. Mit Bedenken betrachtete *von Gierke* die in dem Entwurf vorgesehene Möglichkeit, eine Bürgschaft formlos zu erklären (§§ 668 – 680).¹⁷⁴ Dies erhöhe das Risiko, sich übereilt zu verbürgen. Wie ein Blick auf den heutigen § 766 BGB zeigt, hatte *von Gierkes* Kritik auch in diesem Punkt Erfolg.

Otto von Gierkes Kritik beflügelte die Literatur und die Gesetzgebung noch über das Inkrafttreten des BGB hinaus. Entgegen der ausdrücklichen Fassung des Entwurfes sowie der herrschenden Literatur und Rechtsprechung seiner Zeit¹⁷⁵ forderte er schon damals die Schaffung einer Haftung wegen unerlaubter Handlung bei einem Eingriff in die Interessensphäre eines anderen, auch wenn dieser Eingriff nicht die im Gesetz aufgezählten „absoluten Rechtsgüter“ Leben, Körper, Gesundheit, Freiheit, Eigentum oder Ehre eines anderen verletze.¹⁷⁶ Eine derartige Haftung hätte dann auch das Persönlichkeitsrecht betroffen, womit sich wieder zeigt, dass *von Gierke* seiner Zeit voraus war. Es dauerte aber noch bis 1954, bis der Bundesgerichtshof einen deliktischen Schutz des allgemeinen Persönlichkeitsrechts anerkannte.¹⁷⁷ Darüber hinaus favorisierte *von Gierke* eine

169 Gierke, O., 1889b, S. 202.

170 Gierke, O., 1889b, S. 201.

171 Haack, T., 1996, S. 91.

172 Haack, T., 1996, S. 92.

173 Gierke, O., 1889b, S. 74, 238.

174 Gierke, O., 1889b, S. 258.

175 RGZ 69, 401 (403); Haack, T., 1996, S. 110.

176 Gierke, O., 1889b, S. 263; Gierke, O., 1889a, S. 27.

177 BGHZ 13, 334.

Vorschrift, die jegliche Rechtsausübung zum Schaden anderer verbietet.¹⁷⁸ Ein derartiges „Schikaneverbot“ findet sich heute in § 226 BGB. Dass das Grundeigentum nach der Vorstellung des Entwurfs bis zum Mittelpunkt der Erde reichen soll, hielt *von Gierke* angesichts der modernen unterirdischen Anlagen für ein Unding.¹⁷⁹ Auch die Abschottung des Luftraumes über dem Grundstück sei unerträglich.¹⁸⁰ Ein so verstandener Eigentumsbegriff entstamme nicht der deutschen Rechtsordnung, sondern einem Pandektenlehrbuch.¹⁸¹ Dass das Grundeigentum überhaupt beschränkt sei, ergebe sich nicht aus dem Entwurf selbst, sondern man erfahre es erst aus der Lektüre des Einführungsgesetzes, das nämlich in Art. 38 einen Vorbehalt zugunsten landesgesetzlicher Abbauberechtigungen statuiere.¹⁸² Man muss hierbei bedenken, dass das Eigentum nach Art. 9 Satz 2 der preußischen Verfassung von 1850 tatsächlich aus Gründen des öffentlichen Wohles nach Maßgabe des Gesetzes entzogen und beschränkt werden konnte, weshalb man sagen kann, dass dem Gesetzgeber das Eigentum niemals unverletzlich und absolut war.¹⁸³ Die heutige Ausgestaltung des Eigentums (§ 903 BGB) ist aber trotzdem näher an *von Gierkes* Vorstellung als an der des Entwurfes angelehnt, da der Aspekt der „Willkür“ des Eigentümers bei der Redaktion des § 903 BGB wegfiel und stattdessen eine Beschränkung durch die „Rechte Dritter“ eingeführt wurde.¹⁸⁴

Ähnlich erfolgreich war auch *von Gierkes* Kritik in Bezug auf die Behandlung des Gewohnheitsrechts durch den Entwurf zum BGB. Dessen § 1 ordnete an: „Auf Verhältnisse, für die das Gesetz keine Vorschriften enthält, finden die für rechtsähnliche Rechtsverhältnisse geltenden Vorschriften entsprechende Anwendung.“ Daneben bestimmte § 2, Gewohnheitsrecht finde dann Anwendung, wenn das Gesetz auf es verweise. Der Entwurf ging damit immerhin weiter als das Preußische Allgemeine Landrecht, dessen §§ 1 und 3 der Einleitung, Abschnitt 1, bestimmten, dass Gewohnheitsrecht nur dann rechtlich bedeutsam sei, wenn es in die Provinzialgesetzbücher Einzug erhalten habe. *Otto von Gierke* ging darüber hinaus, denn er sah den Verweis auf Gewohnheitsrecht gem. § 2 des Entwurfs als förderlich für eine bessere Akzeptanz der betreffenden Norm an.¹⁸⁵ Weil sich ein solcher Verweis, wie § 2 ihn forderte, aber in keinem

178 Gierke, O., 1889a, S. 14; ders., 1889b, S. 183, 263.

179 Gierke, O., 1889b, S. 101 f., 289.

180 Gierke, O., 1889b, S. 327.

181 Gierke, O., 1889a, S. 16 f.

182 Gierke, O., 1889b, S. 101.

183 Haack, T., 1996, S. 120.

184 Haack, T., 1996, S. 127.

185 Gierke, O., 1889b, S. 326.

Gesetz finde,¹⁸⁶ warf *von Gierke* dem BGB-Entwurf vor, er wolle das abändernde sowie das ergänzende Gewohnheitsrecht abschaffen.¹⁸⁷ Ebenso hielt er es für verfehlt, dass der BGB-Entwurf in § 1 die Ausfüllung der Lücken allein durch Analogie vorschrieb, weil so den juristischen Laien die Möglichkeit abgeschnitten würde, auf das geltende Recht Einfluss zu nehmen.¹⁸⁸ Da § 2 *de facto* keinerlei Anwendung habe, gelte neben dem ausdrücklichen Gesetzeswortlaut, wo auch die Analogie nicht helfe, nur Juristenrecht.¹⁸⁹ Eine Volkssitte, die zu Gewohnheitsrecht avanciere, könne rechtlich niemals Relevanz erlangen.¹⁹⁰ *Otto von Gierke* ging sogar so weit, dass er die Zulassung von Gewohnheitsrecht und autonomer Satzung als Rechtsquelle neben dem Gesetzbuch forderte.¹⁹¹ Dies sei schon deswegen erforderlich, weil der Gesetzgeber nicht in der Lage sei, mit dem fortschreitenden Wandel in der Rechtswirklichkeit mitzuhalten.¹⁹² Tatsächlich findet man im heutigen BGB zahlreiche generalklauselartige Verweise auf die Verkehrssitte, was sich für die Rechtsentwicklung durchaus als zuträglich erwiesen hat.

Hinzuweisen ist schließlich noch darauf, dass sich im Bürgerlichen Gesetzbuch heute das erst von den Germanisten ausgeformte Rechtsinstitut der gewillkürten direkten Stellvertretung findet (§§ 164 ff. BGB). Auch hat die Unterscheidung zwischen Körperschaft bzw. Verein und Gesamthand bzw. Gesellschaft ins BGB Einzug gehalten (z.B. §§ 21 ff. und § 705 ff.), die in der organischen Theorie *von Gierkes* eine zentrale Rolle spielte.¹⁹³ An *von Gierkes* Gegenentwurf fällt insgesamt auf, dass seine eher an tradierten Werten orientierte Position von einer starken Besorgnis der Zersplitterung der Nation beeinflusst war. Es fällt aber außerdem auf, dass er insoweit in vielen Punkten auf Resonanz stieß. Dies mag damit zusammenhängen, dass er in manchen Fragen durchaus mit dem Strom der herrschenden Ansicht schwamm.¹⁹⁴ In anderen Bereichen war er seiner Zeit indes voraus.¹⁹⁵ Dabei ist es wohl das Zusammenspiel von Gespür für das Vergangene und Gefühl für die Bedürfnisse der Gegenwart, welche *von Gierkes* Kritik gleichermaßen einzigartig wie auch erfolgreich machte.

186 Gierke, O., 1889b, S. 122.

187 Gierke, O., 1889b, S. 127.

188 Gierke, O., 1889b, S. 119.

189 Gierke, O., 1889b, S. 119.

190 Gierke, O., 1889b, S. 119.

191 Gierke, O., 1889b, S. 134.

192 Gierke, O., 1889b, S. 127.

193 Krause, H., 1970, S. 313, 318.

194 Haack, T., 1996, S. 102.

195 Gurwitsch, G., 1923, S. 86, 91; Krause, H., 1970, S. 313, 315; Wolf, E., 1966, S. 168, 227.

Bei der Ausarbeitung des zweiten Entwurfs achtete man verstärkt auf die Sprache, welche dann auch tatsächlich an Klarheit und Einfachheit gewann.¹⁹⁶ Zwar beruhte das Schuldrecht weiterhin fast ausschließlich auf römischem Recht, was sich bis heute nicht geändert hat.¹⁹⁷ Das Gesetz wurde aber insgesamt straffer, und es zeigte einige wenige soziale Fortschritte, welche von Gierke als „germanisch“ bezeichnet hätte. Ausschlaggebend hierfür war vor allem seine scharfe Kritik.¹⁹⁸ Eine Reihe neu eingefügter Generalklauseln, durch die auch das Gewohnheitsrecht in das materielle Gesetzesrecht einzufließen vermochte, bewirkten in den ersten 16 Jahren seiner Existenz eine inhaltliche Veränderung des BGB ohne Änderung des Wortlautes selbst.¹⁹⁹

3. VON GIERKE ÜBER ALTHUSIUS

Im Rahmen seiner Bestrebung, die naturrechtlichen Ideen umfassend zu würdigen, veröffentlichte von Gierke 1913 in den von ihm begründeten „Untersuchungen“ eine Abhandlung über den 1557 in Diedenshausen in der Grafschaft Witgenstein-Berleburg geborenen *Johannes Althusius*. Dieses Werk von Gierkes besticht durch seine interdisziplinäre Verknüpfung von Staatslehre, Staatsrecht, Philosophie und Historie.²⁰⁰ In der Abhandlung zeigte von Gierke deutlich die allmähliche Entwicklung vereinzelter Theorien zum Naturrecht auf.²⁰¹ Dabei gelang es ihm, ihre Bedeutung für die Lehre vom Staatsvertrag und von der Volkssouveränität sowie vom Repräsentationsprinzip und für die Idee des Föderalismus und des Rechtsstaates offen zu legen.²⁰² Darüber hinaus würdigte und kritisierte von Gierke die Arbeit der Naturrechtler, welche die Rechtsidee wieder entdeckten, durch die bedingungslose Anwendung derselben aber den Staatsgedanken an sich bedrohten.²⁰³

Althusius' große Errungenschaft bestand in einer auf calvinistischer Grundlage aufbauenden, dem Naturrecht voraneilenden Staatslehre.²⁰⁴ Nach *Althusius'* Vorstellung sind die Menschen von Natur aus frei und gleich,²⁰⁵ und sie besitzen eine Reihe unveräußerlicher Rechte, die für

196 Schlosser, H., 2001, S. 188.

197 Krause, H., 1970, S. 313, 319.

198 Schlosser, H., 2001, S. 170; Krause, H., 1970, S. 313, 318.

199 Schwab, D., 2000, S. 325 ff., 336.

200 Stutz, U., 1922, S. VII (XX).

201 Gierke, O., 1958, S. 80.

202 Gurwitsch, G., 1923, S. 86 ff., 90; Stutz, U., 1922, S. VII (XIX f.).

203 Gierke, O., 1958, S. 317.

204 Gierke, O., 1958, S. 56; Stutz, U., 1922, S. VII (XIXf).

205 Gierke, O., 1958, S. 29.

den Staat unantastbar sein müssen.²⁰⁶ *Althusius* präsentierte dabei eine Theorie vom Konsensualvertrag. Gemeinschaft geht nach seiner Vorstellung auf einen Vertrag zurück.²⁰⁷ Das Bedürfnis trieb die Menschen zur Vereinigung, und die Vereinigung vollziehe sich durch stillschweigenden oder ausdrücklichen Vertrag.²⁰⁸ *Althusius* vervollständige diese Theorie dadurch, dass er als erster das Staatsrecht in letzter Konsequenz mit zivilrechtlichen Begriffen beschreibt.²⁰⁹ Das Staatsrecht wurde damit zu einem bloßen Unterabschnitt des Gesellschaftsrechts.²¹⁰ Das rechtliche Fundament der Staatsgewalt sollte demnach der Herrschaftsvertrag sein,²¹¹ den *Althusius* juristisch scharf vom Gesellschaftsvertrag unterschied.²¹² So baute sich in *Althusius'* Lehre, anders als in der Vorstellung des Mittelalters, die Gesellschaft von unten nach oben auf.²¹³ Der Herrscher wurde zum bloßen Repräsentant des Volkes.²¹⁴ Es bestehe somit eine „Majestät des Volkes“,²¹⁵ welche den Widerstand gegen vertragsbrüchige Herrscher rechtfertige.²¹⁶ Vor diesem Hintergrund stattete er auch den Bürger- und den Bauernstand mit originären eigenen Rechten aus.²¹⁷ *Althusius* wendet sich so in seinen Werken gegen die absolutistische Bewegung.²¹⁸ Vielleicht auch deswegen versuchten *Halberstedt* und *Grotius* vergeblich, die Lehren *Althusius'* zu widerlegen.²¹⁹ *Althusius'* Werk wurde noch bis ins achtzehnte Jahrhundert hinein bekämpft.²²⁰

Das Bild, welches *Althusius* von den menschlichen Verbänden zeichnet, ist nach *von Gierkes* Auffassung somit organischer Natur.²²¹ Das Volk sei die kollektive Einheit aller,²²² und der Staat und das Recht seien miteinander gewachsen, füreinander bestimmt und ineinander gebunden.²²³ Damit entstehe auch das Recht nicht aus dem Willen sondern aus der Über-

206 Gierke, O., 1958, S. 112.

207 Gierke, O., 1958, S. 111.

208 Gierke, O., 1958, S. 21.

209 Gierke, O., 1958, S. 144.

210 Gierke, O., 1958, S. 103.

211 Gierke, O., 1958, S. 77.

212 Gierke, O., 1958, S. 76.

213 Gierke, O., 1958, S. 226.

214 Gierke, O., 1958, S. 28.

215 Gierke, O., 1958, S. 157.

216 Gierke, O., 1958, S. 3, 31.

217 Gierke, O., 1958, S. 218.

218 Gierke, O., 1958, S. 3, 29.

219 Gierke, O., 1958, S. 4 f. m.w.N.

220 Gierke, O., 1958, S. 7 f.

221 Gierke, O., 1958, S. 132.

222 Gierke, O., 1958, S. 167.

223 Gierke, O., 1958, S. 317.

zeugung.²²⁴ So habe *Althusius* bereits weit vor seiner Zeit festgestellt, dass die Legitimation des Staates und seiner Machtbefugnisse sich tatsächlich von einer Ermächtigung der Bürger ableitet.²²⁵ In seiner Abhandlung geht *von Gierke* wiederholt auf die vor *Althusius* bestehenden Theorien ein. Er meint, *Althusius* habe den Gedanken der Repräsentativverfassung allseitiger und systematischer als irgendeiner seiner Vorgänger durchgeführt.²²⁶ Er vergleicht *Althusius* Lehre aber auch mit denen namhafter Vertreter der Rechtsphilosophie, wie *Pufendorf*, *Thomasius*, *Grotius*, *Kant* und *Hobbes*. *Otto von Gierke* macht dabei auf die erstaunliche Ähnlichkeit zwischen *Althusius*' Lehre und der des später lebenden *Rousseau* aufmerksam.²²⁷ Er geht sogar so weit, *Rousseau* zu unterstellen, er habe von *Althusius* abgeschrieben.²²⁸ Dasselbe behauptet *von Gierke* über *Grotius*, bei dem er viele Wendungen *Althusius*' wiederentdeckt wissen will.²²⁹ Er meint, dies werde vor allem daraus ersichtlich, dass *Grotius* in weiten Teilen auf eine Begründung verzichte.²³⁰ Diese Begründungen fänden sich aber im Werk *Althusius*'.²³¹ Es sei tatsächlich *Althusius* gewesen, der die Vertragslehre zur Theorie erhoben habe.²³² Er habe die schöpferisch-geistige Leistung erbracht.²³³ *Otto von Gierkes* Werk resultierte in einer Reihe wissenschaftlicher Abhandlungen über die Parallelen zwischen dem Werk *Althusius*' und den Schriften von *Locke*, *Harrington*, *Montesquieu* und *Rousseau*.²³⁴

4. DAS DEUTSCHE GENOSSENSCHAFTSRECHT

Otto von Gierkes erstes Monumentalwerk war das „Genossenschaftsrecht“. Es handelte sich dabei um eine dogmen- und geschichtsbegriffliche Untersuchung.²³⁵ Er veröffentlichte die vier Bände des Werkes zwischen 1868 und 1917. Band I seines „Deutschen Genossenschaftsrechts“, der

224 Gierke, O., 1958, S. 318 f.

225 Gierke, O., 1958, S. 100.

226 Gierke, O., 1958, S. 217.

227 Gierke, O., 1958, S. 4.

228 Gierke, O., 1958, S. 9.

229 Gierke, O., 1958, S. 101.

230 Gierke, O., 1958, S. 101.

231 Gierke, O., 1958, S. 144.

232 Gierke, O., 1958, S. 76, 99.

233 Gierke, O., 1958, S. 76.

234 Blickle, D., 1995, S. 245, 253 mit Verweisen auf Friedrich, C. J., 1975, *Althusius und sein Werk im Rahmen der Entwicklung der Theorie von der Politik*, Berlin; G. Menk, 1988, *Johannes Althusius und die Reichsstaatslehre*, in Dahm, K.-W., Krawietz, W. (Hrsg.) *Die politische Theorie des Johannes Althusius*, Berlin, S. 255–300.

235 Landsberg, E., 1914, *Otto von Gierke, Savigny-Zeitschrift, Germ. Abt.*, 35. Band, S. 448, 449.

zugleich seine Habilitationsschrift ist, lässt sich als eine deutsche Rechtsgeschichte unter dem Gesichtspunkt des Genossenschaftsrechts bezeichnen.²³⁶ Der Band enthält die Grundlagen seines Geschichts- und Rechtsverständnisses, das als Ausgangspunkt allen Rechts den sozialen Verband vorsah. Er erläutert darin den Genossenschaftsbegriff, weist dessen Realität nach und setzt die Genossenschaft in ein Verhältnis zum Staat.²³⁷ Dabei assoziiert *von Gierke* immer Herrschaft mit Einheit und Genossenschaft mit Freiheit.²³⁸ In diesem Zusammenhang setzt sich *von Gierke* vertieft mit der organischen Theorie oder Organtheorie auseinander. Er legt in dem Werk dar, die Deutschen hätten schon immer in Verbandswesen gelebt. Die ursprünglich bestehenden herrschaftlichen Lehensverbände und genossenschaftlichen Sippen hätten sich im Verlaufe des Mittelalters zu so genannten Anstalten (herrschaftlich) und Körperschaften (genossenschaftlich) verdichtet.²³⁹ Er teilt das Mittelalter ein in das Frühmittelalter bis ca. 800, in dem die ursprüngliche Volksfreiheit herrschte, und dann eine zweite Periode bis etwa 1200 mit einem patrimonialen, feudalen Verfassungsprinzip mit Herrschaft über die Genossenschaft.²⁴⁰ Die Zeitspanne zwischen 1200 und den Bauernkriegen 1525 wird mit der gekorenen Genossenschaft auf allen Gebieten als „herrlichste Organisation“ beschrieben.²⁴¹ Eine vierte Periode sollte von 1525 bis 1806 dauern, bei der der Staat außer und über das Volk tritt.²⁴² Es ergeben sich damit zwei genossenschaftlich geprägte Perioden, die von zwei herrschaftlich geprägten durchkreuzt werden.²⁴³ Auffällig bei dieser Konstruktion ist, dass jede Periode in der anderen angelegt ist.²⁴⁴

Dem Werk zum Genossenschaftsrecht wurde 1873 ein zweiter Teil angefügt, der die Geschichte des deutschen Körperschaftsbegriffes wiedergab. *Otto von Gierke* deckte in diesem Band die Bedeutung des mittelalterlichen Rechts der Grundstücke für die Entstehung der abstrakten deutschen Rechtspersönlichkeit auf.²⁴⁵ Im Jahre 1881 folgte der dritte Teil. Er behandelt die Staats- und Korporationslehre des Altertums und des Mittelalters sowie deren Aufnahme in Deutschland im Vergleich zur Kanonistik und deren Korporationslehre.²⁴⁶ *Otto von Gierke* bewies, dass es

236 Stutz, U., 1922, S. VII (XV).

237 Stutz, U., 1922, S. VII (XII).

238 Blickle, D., 1995, S. 245, 246.

239 Blickle, D., 1995, S. 245.

240 Gierke, O., 1868, S. 8 f.

241 Gierke, O., 1868, S. 9.

242 Gierke, O., 1868, S. 10.

243 Blickle, D., 1995, S. 245, 246.

244 Blickle, D., 1995, S. 245, 246, 247.

245 Gierke, O., 1868, Bd. II, S. 30 f.; Stutz, U., 1922, S. VII (XIX).

246 Stutz, U., 1922, S. VII (XX); Wolf, E., 1966, S. 224.

richtig sei, an der Vorstellung einer selbständig neben dem Recht stehenden Rechtsidee festzuhalten.²⁴⁷ Hierbei machte er die Entdeckung, dass das italienische Recht germanische Gedanken in weit größerem Umfang in sich aufgenommen hat, als bisher angenommen.²⁴⁸ Von allergrößtem Interesse waren und sind aber seine Ausführungen über die mittelalterlichen Anschauungen von Staat und Kirche.²⁴⁹ Seit 1884 hatte *von Gierke* geplant, dem Genossenschaftsrecht einen vierten Band anzufügen, welcher die Staats- und Korporationslehre der Neuzeit beinhalten sollte. Schon bald stellte er fest, dass er die Verbandstheorie des 19. Jahrhunderts in einen separaten, fünften Band auslagern müsste. Der vierte Teil, ein Werk von tausend Seiten, wurde dann 1887 veröffentlicht. Dieser Band beinhaltet die Staats- und Korporationslehre in Theorie und Praxis bis zur Mitte des siebzehnten Jahrhundert.²⁵⁰ Er befasst sich primär mit dem Körperschaftsrecht, zu dessen besserem Verständnis sich *von Gierke* insbesondere mit dem Gemeinschaftsrecht auseinandersetzt.²⁵¹ Hierbei fokussiert er die Genossenschaftstheorie und die deutsche Rechtsprechung.²⁵² *Otto von Gierkes* Bemühungen um einen weiteren fünften Teil endeten damit, dass er den bereits vollendeten Teil über die naturrechliche Gesellschaftslehre 1913 den ersten drei Bänden als anastatischen Druck (d.h. in Vervielfältigung der alten Druckvorlage) anfügte.²⁵³ In diesem Abschnitt stellt er die naturrechtlichen Lehren von ihren Anfängen bis *Kant* und *Fichte* dar.²⁵⁴ Hier wird besonders deutlich, wie sich die verschiedenen mittelalterlichen Überlieferungen allmählich zu einer Einheitsströmung des Naturrechts zusammenfügen.²⁵⁵ In diesem Zusammenhang kommt *von Gierke* auch wieder auf *Althusius* sowie die Verbandstheorie im Gegensatz zu romanistischen Fiktionstheorie zu sprechen.²⁵⁶

5. DAS DEUTSCHE PRIVATRECHT

Das „Deutsche Privatrecht“, dessen drei Bände zwischen 1885 und 1917 entstanden, war *von Gierkes* zweites monumentales Hauptwerk. Es handelte sich hierbei um ein systematisches Handbuch der deutschen

247 Gurwitsch, G., 1923, S. 86, 90.

248 Stutz, U., 1922, S. VII (XXI).

249 Stutz, U., 1922, S. VII (XXI).

250 Landsberg, E., 1914, S. 448.

251 Stutz, U., 1922, S. VII (XXII).

252 Stutz, U., 1922, S. VII (XXII).

253 Stutz, U., 1922, S. VII (XXXIII).

254 Landsberg, E., 1914, S. 448, 450.

255 Landsberg, E., 1914, S. 448, 451.

256 Landsberg, E., 1914, S. 448, 452.

Rechtswissenschaft.²⁵⁷ In ihm versuchte *von Gierke*, ein System des deutschen, d.h. des nicht-römischen Privatrechts zu entwerfen. *Ulrich Stutz* bemerkte einmal, die Lektüre des Werkes, das insgesamt fast 3000 Seiten umfasst, gebe einem das Gefühl, das deutsche BGB sei bloß Schaum auf den Wellen des älteren Rechts.²⁵⁸ *Erik Wolf* bezeichnete das Werk als die reifste Leistung *von Gierkes* juristischem Können. Das Werk stieß in der wissenschaftlichen Welt auf ein so breites Interesse, dass es 1909 von *FredERIC William Maitland* in Teilen ins Englische und sogar 1914, also unmittelbar vor Kriegsausbruch, von *Jean du Pange* als Gesamtübersetzung ins Französische übertragen wurde. Nach seinem Tode erfolgte sogar eine Übersetzung des „Deutschen Privatrechts“ ins Japanische.

Im Jahre 1895 erschien der erste Band *von Gierkes* Deutschem Privatrecht, in dem er den Stoff des deutschen Rechts von einem germanistischen Standpunkt aus durchdrang. Er präsentierte in diesem ersten Band eine ausdifferenzierte Dogmatik des Genossenschafts- oder Sozialrechts. Er ordnete und fasste die fortlebenden Gedanken und Institutionen der deutschen Rechtsüberlieferung begrifflich.²⁵⁹ Er hoffte, hierdurch ein Fundament für das noch zu schaffende Bürgerliche Gesetzbuch zu legen.²⁶⁰ Das Werk behandelt dabei Themen, die *von Gierke* bereits zuvor in Werke gefasst hatte, wie das Verhältnis von Recht und Sittlichkeit,²⁶¹ gerade im Genossenschaftsrecht werden aber auch Themen behandelt, in deren Erforschung sich *von Gierke* wegen des ausstehenden vierten Teiles zum Genossenschaftsrecht noch befand.²⁶²

Der zweite Band zu dem Werk, eine Abhandlung über das Sachenrecht, erschien 1905. *Otto von Gierke* hatte diesen Band, der schon vor 1888 fertig war, überarbeiten und an die durch das Bürgerliche Gesetzbuch grundlegend veränderte Rechtslage anpassen müssen.²⁶³ Er umfasst das gesamte Dritte Buch des BGB und dessen geschichtliche Vorläufer, vorbehaltlich der dem Landesrecht zugewiesenen Materien.²⁶⁴ *Otto von Gierkes* erklärtes Ziel war es dabei, die deutsch-rechtlichen Gedanken, welche die Einführung des römisch-rechtlich geprägten BGB

257 Stutz, U., 1922, S. VII (XXVI).

258 Stutz, U., 1922, S. VII (XL).

259 Wolf, E., 1966, S. 225.

260 Gierke, O., 1895, S. VI; Stutz, U., 1922, S. VII (XXXVII).

261 erstmals erschienen in Logos Bd. VI (1917), S. 211 ff.

262 Stutz, U., 1922, S. VII (XXVIII).

263 Gierke, O., 1905, *Deutsches Privatrecht*, Bd. II, Leipzig S. V; Stutz, U., 1922, S. VII (XXXIX).

264 Stutz, U., 1922, S. VII (XXXIX).

überdauert hatten, offen zu legen, um das germanische Recht am Leben zu erhalten.²⁶⁵

Der dritte Band über das Recht der Schuldverhältnisse erschien 1917. In ihm stellt *von Gierke* erneut intensive Studien über das germanische Recht an.²⁶⁶ Allerdings beschäftigt er sich, stärker als in den Bänden zuvor, vornehmlich mit dem geltenden Recht.²⁶⁷ Er setzt beide Rechtsgebiete aber in ein Verhältnis zueinander.²⁶⁸ Er konzentriert sich dabei vor allem auf Gebiete, in denen das germanische Recht das neue Gesetzbuch inspiriert hat, scheut aber auch das römische Recht nicht.²⁶⁹ Auch dieser Band war von dem Gedanken an die weitere Rechtsentwicklung beseelt, für die *von Gierke* sich ein Erstarken des germanischen Gedankengutes erhoffte.²⁷⁰

Ein vierter Band des „Deutschen Privatrechts“ blieb unvollendet und unveröffentlicht. Es existieren lediglich fragmentartige Manuskripte über das Ehegüterrecht, sowie das Eltern- und Kindesrecht, welche jedoch über *von Gierkes* akribische Arbeitsweise Zeugnis ablegen.²⁷¹

V. SCHLUSSBETRACHTUNG

Das Werk *Otto von Gierkes* ist wahrhaft brilliant und monumental, auch wenn es sich heute wohl nicht mehr mit derselben Faszination und mit demselben Interesse lesen lässt wie das zu seiner Zeit der Fall war. Viele der Gedanken, die sich *von Gierke* zu Grundfragen des Rechts gemacht hat, sind aber heute noch so aktuell wie damals,²⁷² zumal er seiner Zeit in vielen Vorstellungen vorausgeeilt war.²⁷³ Auch wenn seine Lehren nie allgemein und in voller Breite vom Gesetzgeber oder von der Rechtswissenschaft angenommen wurden,²⁷⁴ gilt *von Gierke* doch bis heute als einer der bedeutendsten Germanisten und Sozialökonomien.²⁷⁵ Bei der Herausarbeitung der Typen der Vergesellschaftung hat er ein Niveau so-

265 Gierke, O., 1905, S. VII.

266 Gierke, O., 1917b, S. V.

267 Stutz, U., 1922, S. VII (XXXIX).

268 Gierke, O., 1917b, S. V.

269 Gierke, O., 1917b, S. VI.

270 Gierke, O., 1917b, S. VII.

271 Stutz, U., 1922, S. VII (XXXIX).

272 Haack, T., 1996, S. 56 f.

273 Gurwitsch, G., 1923, S. 86, 91; Krause, H., 1970, S. 313, 315; Haack, T., 1996, S. 57.

274 Stutz, U., 1922, S. VII (XLI).

275 Haack, T., 1996, S. 148.

zialgeschichtlicher Begriffsbildung geschaffen, das seither nicht mehr erreicht wurde.²⁷⁶ Wie kein anderer hat er der Rechtswissenschaft ihre sozialen Aufgaben bewusst gemacht.²⁷⁷ Insbesondere die zur Zeit von Gierkes geführte Grundwertdebatte hat heute noch tragende Bedeutung.²⁷⁸ Seine Werke sind, obwohl in der Vergangenheit angelegt, und dort überdies noch rechtshistorisch, doch vorausschauend und zukunftsweisend. Otto von Gierkes gesamtes historisches, philosophisches und politisches Denken galt immer der Rechtswissenschaft.²⁷⁹ So schafft er es noch heute, das Auge des Lesers zu schärfen, und er gibt ihm analytisches Werkzeug an die Hand, um aus der Vergangenheit Erkenntnisse für die heutige Rechtswissenschaft zu schöpfen. Diese Tatsache macht seine Werke heute noch äußerst lesenswert.

LITERATUR:

1. Becker, C., 1995, Eher Brunner als Gierke?, *ZNR* Bd. 17, S. 264 ff.
2. Blickle, D., 1995, Otto Gierke als Referenz, *ZNR* Bd. 17, S. 245 ff.
3. Conrad, H., 1960, *Hundert Jahre deutsches Rechtsleben*, Bd. 1, Karlsruhe.
4. Fijal, A., 1991, *Geschichte der Juristischen Gesellschaft zu Berlin*, Berlin.
5. Friedrich, C. J., 1975, *Althusius und sein Werk im Rahmen der Entwicklung der Theorie von der Politik*, Berlin.
6. Gierke, O., 1958, *Althusius*, fünfte Ausgabe, Meisenheim.
7. Gierke, O., 1868, *Das Deutsche Genossenschaftsrecht*, Bd. I, Darmstadt.
8. Gierke, O., 1954, *Das Deutsche Genossenschaftsrecht*, Bd. II, Darmstadt.
9. Gierke, O., 1895, *Deutsches Privatrecht*, Bd. I, München.
10. Gierke, O., 1905, *Deutsches Privatrecht*, Bd. II, Leipzig.
11. Gierke, O., 1917, *Deutsches Privatrecht*, Bd. III, Leipzig.
12. Gierke, O., 1889, *Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuches*, Leipzig.
13. Gierke, O., 1908, *Die historische Rechtsschule*, Berlin.
14. Gierke, O., 1961, *Labands Staatsrecht*, 2. Auflage, Darmstadt.
15. Gierke, O., 1917, *Recht und Sittlichkeit*, *Logos* Bd. VI, S. 211 ff.
16. Gierke, O., 1889, *Die soziale Aufgabe des Privatrechts*, Berlin.
17. Gierke, O., 1902, *Das Wesen der Menschlichen Verbände*, Berlin.
18. Gierke, O., 1914, *Die Wurzeln des Dienstvertrages*, in *Festschrift für Heinrich Brunner*, Leipzig.
19. Gurwitsch, G., 1923, Gierke als Rechtsphilosoph, *Logos XI*, S. 86 ff.

276 Blickle, D., 1995, S. 245, 248.

277 Schlosser, H., 2001, S. 168.

278 Haack, T., 1996, S. 59, 161.

279 Wolf, E., 1966, S. 221.

20. Haack, T., 1996, *Gierkes Kritik am Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuches*, Dissertation, Göttingen.
21. Jobs, F., 1968, *Gierke und das moderne Arbeitsrecht*, Dissertation, Frankfurt.
22. Kleinheyer, G., Schröder, J., 1989, *Juristen aus fünf Jahrhunderten*, 3. Auflage, Heidelberg.
23. Krause, H., 1970, Der deutschrechtliche Anteil, *JuS*, S. 313 ff.
24. Krupa, H., 1941, Genossenschaft und soziologischer Pluralismus, *Archiv für öffentliches Recht* (AöR) Bd. 32.
25. Landsberg, E., 1914, Otto von Gierke, *Savigny-Zeitschrift, Germ. Abt.*, 35. Band.
26. Menk, G., 1988, Johannes Althusius und die Reichsstaatslehre, in Dahm, K. W. Krawietz, W. (Hrsg.) *Die politische Theorie des Johannes Althusius*, Berlin.
27. Olshausen, T., 1910, *Der deutsche Juristentag*, Berlin.
28. Savigny, F. C., 1956, *System des heutigen römischen Rechts*, Bd. I, Darmstadt.
29. Schlosser, H., 2001, *Grundzüge der neueren Privatrechtsgeschichte*, 9. Aufl., Heidelberg.
30. Schroeder, K.-P., 1975, Anton Menger, *JuS*, S. 678 ff.
31. Schwab, D., 2000, Das BGB und seine Kritiker, *ZNR* Bd. 22.
32. Stutz, U., 1922, Erinnerung an Otto von Gierke, *Savigny-Zeitschrift, Germ. Abt.* 43. Band.
33. Verhandlungen des 6. DJT, Bd. II, Tübingen (1867).
34. Verhandlungen des 9. DJT, Bd. III, Tübingen (1871).
35. Verhandlungen des 28. DJT, Bd. I, Tübingen (1905).
36. Verhandlungen des 28. DJT, Bd. II, Tübingen (1906).
37. Verhandlungen des 28. DJT, Bd. III, Tübingen (1907).
38. Wolf, E., 1966, *Die Großen Deutschen*, Frankfurt.

OTTO VON GIERKE (1841–1921) LIFE AND WORK OF THE GREAT GERMAN LAWYER

Michael Martinek

SUMMARY

This contribution recalls the life and works of *Otto Friedrich von Gierke*, who was born in 1841 in Stettin (Prussia) and deceased in 1921 in Berlin and who is unreservedly acknowledged as one of the leading representatives of the Germanistic school of historical jurisprudence, as opposed to the Romanist theoreticians of 19th century juridical scholarship in the wake of *F. C. von Savigny*. In his career as a legal scholar and a law professor, *von Gierke* moved from Breslau (1871–1884) to Heidelberg (1884–1887) and finally to Berlin (1887–1921). His remarkable importance rests on his outstanding achievements in his jurisprudential re-

search and thought in a manifold variety of subject matters as well as on the sheer multitude of publications.

The present article resumes *von Gierke's* biographical data and facts. Afterwards, it aims at an introduction and explanation of *von Gierke's* probably most admirable achievement and success, namely his „organic theory“, according to which the ideal and desirable state organisation should consist of a network of co-operating associations and of subordinate groups. In his extensive writings *von Gierke* put special emphasis on the voluntary nature of constituting an association. His preference for the establishment of societal and economic life and order based on groups of individuals contributed to the theoretical foundations of decentralized political-administrative systems.

The following chapters are devoted to summarising descriptions of others of his major works, for instance his contributions to the German Lawyers' Association on question of legal education. Famous are his writings on the first draft of the German Civil Code, promulgated in 1888. Indeed, *von Gierke* was one of the sharpest critics of the „individualistic“ and „Roman“ first draft of the code. His observations and annotations initiated a considerable degree of improvements in the following legislative procedures, before the final version was set into force in 1900.

Particular attention has been paid to *von Gierke's* most noteworthy treatise on *Johannes Althusius*, a German philosopher of law of the outgoing 16th and the commencing 17th century who was a protagonist of the natural law theory and can also be regarded as an intellectual father of modern federalism. The major works on the Law of Associations (*Genossenschaftsrecht*) and of German Private Law (*Deutsches Privatrecht*) were widely acclaimed and gained enormous influence in and beyond Germany. The scholarly output of *von Gierke* appears truly brilliant and monumental. Many of his works can be studied today with the same fascination as it was the case in his days about a century ago. Until today *von Gierke* belongs to the most influential Germanists and socio-economists of Germany. It was him who drew the attention of his time and of his successors to the social impacts of the law and to the social responsibility of the lawyers. And it was him who prepared the awareness for a fundamental value system as inevitable basis for a country's legal system. This article invites to read the enlightening works of *von Gierke*.

Key words: German school, organic theory, theory of legal persons, drafting of the BGB, social theory, pandect law, Johannes Althusius, history of private law.

OTO FON GIRKE (1841–1921) ŽIVOT I DELO VELIKOG NEMAČKOG PRAVNIKA

Michael Martinek

REZIME

U ovom radu se podseća na život i rad Otoa Fridriha fon Girkea, koji je rođen 1841. godine u Štetinu (Pruska) a preminuo 1921. godine u Berlinu, koji je bio univerzalno priznat kao jedan od vodećih predstavnika nemačke škole istorijske jurisprudencije, nasuprot romanističkim pravnim teoretičarima 19. veka u vezi sa radom Savinjija. U toku karijere pravnog teoretičara i profesora prava, fon Girke se preselio iz Vroclava (1871–1884) u Hajdelberg (1884–1887) i konačno u Berlin (1887–1921). Njegov izvanredan značaj počiva na njegovim izuzetnim postignućima u pravnom istraživanju i teoriji u brojnim oblastima, kao i u samom obimu njegovih publikacija.

U ovom članku dati su biografski podaci i činjenice u vezi sa fon Girkeom. Nakon toga, u članku se prikazuje i objašnjava verovatno najveće fon Girkeovo dostignuće i uspeh, njegova „organska teorija“, prema kojoj idealna i poželjna organizacija države treba da se sastoji od mreže udruženja koja međusobno saraduju i podređenih grupa. U svojim obimnim delima fon Girke je posebno istakao dobrovoljnost osnivanja udruženja. Njegovo zalaganje za zasnivanje društvenog i ekonomskog života i protoka na grupama pojedinaca doprinelo je uspostavljanju teorijskih osnova decentralizovanih političko-upravnih sistema.

Naredna poglavlja su posvećena kratkim opisima njegovih drugih najvažnijih dela, na primer, njegovom doprinosu Nemačkom udruženju pravnika u vezi sa pitanjem pravničkog obrazovanja. Čuveni su njegovi radovi o prvom nacrtu Nemačkog građanskog zakonika, donetog 1888. godine. Fon Girke je zaista bio jedan od najoštrijih kritičara „individualističkog“ i „romanskog“ prvog nacrtu zakonika. Njegova zapažanja i beleške doveli su do značajnih poboljšanja u kasnijem zakonodavnom postupku pre nego što je konačna verzija stupila na snagu 1900. godine.

Posebna pažnja je posvećena fon Girkeovim poznatim radovima o Johanesu Altusijusu, nemačkom pravnom filozofu sa kraja 16. i početka 17. veka koji je bio predstavnik škole prirodnog prava i koji se takođe može smatrati intelektualnim ocem modernog federalizma. Važni radovi o pravu udruženja (*Genossenschaftsrecht*) i o nemačkom privatnom pravu (*Deutsches Privatrecht*) bili su široko priznati i imali su veliki uticaj kako u Nemačkoj tako i van njenih granica. Teorijski doprinosi fon Girkea su odista briljantni i značajni. Mnoga njegova dela mogu se danas izučava-

ti sa istim divljenjem kao i u vreme kada je on živeo, pre gotovo jednog veka. Sve do danas, fon Girke je jedan od najuticajnijih germanista i socio-ekonomista Nemačke. Upravo on je ukazao na društvenu odgovornost pravnika. On je takođe ukazao na to da je osnovni sistem vrednosti neophodan osnov pravnog sistema jedne države. Rad poziva da čitate prosvetljujuća dela fon Girkea.

Ključne reči: germanistička škola, organska teorija, učenje o pravnim licima, nastanak BGB-a, socijalna teorija, Deutscher Juristentag, pandektno pravo, Johannes Althusius, istorija privatnog prava.

Dostavljeno Redakciji: 7. decembra 2012. god.

Prihvaćeno za objavljivanje: 21. decembra 2012. god.