

Schriften zur Rechtsgeschichte

Band 216

Das Gäubahn-Gutachten

Der Einzelfall als Katalysator und Korrektiv
in Rudolf von Jherings Rechtsdenken

Von

Benedikt Bachmann



Duncker & Humblot · Berlin

BENEDIKT BACHMANN

Das Gäubahn-Gutachten

Schriften zur Rechtsgeschichte

Band 216

Das Gäubahn-Gutachten

Der Einzelfall als Katalysator und Korrektiv
in Rudolf von Jherings Rechtsdenken

Von

Benedikt Bachmann



Duncker & Humblot · Berlin

Die Juristische Fakultät der Georg-August-Universität Göttingen hat diese Arbeit
im Jahre 2022 als Dissertation angenommen.

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in
der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten
sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

Alle Rechte vorbehalten
© 2023 Duncker & Humblot GmbH, Berlin
Satz: Klaus-Dieter Voigt
Druck: CPI books GmbH, Leck
Printed in Germany

ISSN 0720-7379
ISBN 978-3-428-18837-6 (Print)
ISBN 978-3-428-58837-4 (E-Book)

Gedruckt auf alterungsbeständigem (säurefreiem) Papier
entsprechend ISO 9706 ☺

Internet: <http://www.duncker-humblot.de>

*Für Florian,
den Adler unter Menschen.
Du wirst vermisst.*

Inhaltsverzeichnis

A. Einleitung	11
I. Zielsetzung	11
II. Das Gäubahn-Gutachten als Untersuchungsgegenstand	16
1. Problem der Neutralität von Parteigutachten	18
2. Jherings Integrität als Parteigutachter	21
III. Vorgehensweise	25
B. Die historische Schule	33
I. Kritik an der historischen Schule	34
1. Ein Überblick	34
2. Die Methode	36
3. Das Verhältnis zwischen Theorie und Praxis	41
4. Das Richterbild	44
II. Würdigung der Kritik anhand konkreter Beispiele	45
1. Friedrich Carl von Savigny (1779–1861)	46
2. Georg Friedrich Puchta (1798–1846)	51
3. Bernhard Windscheid (1817–1892)	55
4. Zusammenfassung	66
C. Jherings Rechtsdenken	70
I. Jherings Kritik an der Historischen Schule	70
II. Die Wandlung Jherings	77
1. Am Anfang	77
2. Erste Entwicklungsstufe	78
a) Die Analyse	81
b) Die Konzentration	82
c) Die Konstruktion	83
3. Zweite Entwicklungsstufe	86
4. Besonderheit Jheringschen Rechtsdenkens	95
5. Einordnung der Wandlung	104
a) Inhaltlich	107
b) Zeitlich	113
6. Jherings Motivation und Begabung	115
D. Sachverhalt	121
I. Entwicklung des schweizerischen Eisenbahnwesens	121

II. Klägerin	124
III. Beklagte	126
1. Gründung und Entwicklung	126
2. Motivation der S. C. B.	128
a) Beurteilung des Wasserfallenbahnprojekts	129
b) Die Gäubahn als Verhandlungsmasse?!	131
IV. Konzessionserwerb und Übertragung	134
V. Vertragsstörung	140
1. Bau der Wasserfallenbahn	140
2. Verhandlungen und Fristverlängerungsgesuche	145
a) 1. Fristverlängerungsgesuch	146
b) Konferenz	146
c) 2. Fristverlängerungsgesuch	148
d) Taktieren der S. C. B.	151
e) 3. Fristverlängerungsgesuch	154
E. Prozessvorbereitung und Klageerhebung	156
I. Konstituierung des Schiedsgerichts	156
II. Einführung in den Gutachtenstreit	158
III. Rechtsfragen	161
F. Die Handlungs- und Gerichtsstandsfähigkeit eines Comités	163
I. Rechtsansicht der Beklagten	163
II. Jherings gutachterliche Erörterung	166
1. Praktische Konsequenz der gegnerischen Theorie	166
2. Begriffsbestimmung eines Comités	169
3. Stellvertretungskonstruktion	170
a) Stellvertretung im römischen Recht	172
aa) Der Grundsatz	172
bb) Durchbrechung des Grundsatzes	173
cc) Ausnahmen vom Grundsatz	177
dd) Grund für die Ablehnung	180
b) Stellvertretung im 19. Jahrhundert	183
c) Jherings Beitrag	189
aa) Abstraktionsprinzip	190
bb) Abgrenzung zwischen Stellvertreter und Bote	192
cc) Offenkundigkeitsprinzip	194
4. Anwendung auf den konkreten Fall	195
G. Erfordernis eines Vermögensinteresses	199
I. Rechtsansicht der Beklagten	199
II. Stand des wissenschaftlichen Diskurses	202

III. Jherings gutachterliche Stellungnahme	204
1. Überprüfung des angeblichen Geldwerterfordernisses	205
2. Darstellung der Problematik auf Basis des römischen Rechts	209
a) Straffunktion des Geldes	209
b) Satisfaktionsfunktion des Geldes und Interessenbegriff	211
aa) Zweck in einer fremden Person	211
bb) Zweck in eigener Person	214
c) Entgegenstehende Quellenzeugnisse	218
3. Schutzbereich des geltenden Rechts	221
4. Erfordernis des Interessennachweises	223
H. Befreiung durch höhere Gewalt	226
I. Unmöglichkeit durch Zeitablauf und Fälligkeit	229
J. Verfahrensabschluss	231
K. Schluss	233
I. Bedeutung der Praxis für die Theorie	233
II. Bedeutung der Theorie für die Praxis	235
III. Ergebnis	236
Römische Rechtsquellen (Anhang I)	240
I. Corpus Juris Civilis	240
1. Codex	240
2. Digesten	243
3. Institutionen	293
II. Gaius Institutionen	297
III. Pauli Sententiae V.2.2	299
Transkriptionen (Anhang II)	300
Literaturverzeichnis	336
Stichwortverzeichnis	373

Abkürzungsverzeichnis

AcP	Archiv für die civilistische Praxis
ArchRWPhil.	Archiv für Rechts- und Wirtschaftsphilosophie
BAR	Schweizerisches Bundesarchiv
BBl	Schweizerisches Bundesblatt
DJZ	Deutsche Juristen-Zeitung
DRiZ	Deutsche Richterzeitung
Jhb. f. Dogm.	Jahrbücher für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts
JZ	JuristenZeitung
Krit. Blätter	Kritische Blätter civilistischen Inhalts
Krit. Zs. ges. Rechtsw.	Kritische Zeitschrift für die gesammte Rechtswissenschaft
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
NZZFolio	Neue Züricher Zeitung Monatsbeilage
Oxford J. Leg. Stud.	Oxford Journal of Legal Studies
SBB	Schweizerische Bundesbahnen
S. C. B.	Schweizerische Centralbahn Gesellschaft
W. F. B.	Wasserfallenbahn
ZeUP	Zeitschrift für Europäisches Privatrecht
ZfPW	Zeitschrift für die gesamte Privatrechtswissenschaft
ZGeschRW	Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft
ZHR	Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht und Wirtschaftsrecht
ZRG GA	Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte – Germanistische Abteilung
ZRG RA	Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte – Romanistische Abteilung
ZRph	Zeitschrift für Rechtsphilosophie

A. Einleitung

I. Zielsetzung

„Was Kant für die spekulative Philosophie,
Was A. Smith für die Nationalökonomie,
Das ist Jhering für die Rechtswissenschaft.
Die Universalgeschichte der Jurisprudenz zerfällt in zwei
Perioden: *bis* Jhering und *seit* Jhering!
Der ‚Geist des Römischen Rechts‘ ist die ‚Vernunftkritik‘
Der Jurisprudenz.
Er bezeichnet nicht minder als jene den Uebergang vom
Dogmatismus zum *Kriticismus*,
Von der *Kenntnis* zur *Erkenntnis* des Rechts!“¹

Rudolf von Jhering² (22.08.1818–17.09.1892)³ gilt als der brillianteste Romanist seiner Generation⁴, einer der bedeutendsten Repräsentanten deutscher Pandektenwissenschaft⁵ und Rechtswissenschaft überhaupt⁶ bzw. des 19. Jahrhunderts.⁷ Er wird beschrieben als besonders talentierter Jurist⁸, als „Genie“⁹, welches die Wertbestimmungen der Jurisprudenz völlig relativierte¹⁰, die Rechtsbildung von

¹ *Jonge*, AKM, 1 (1893), S. 63; vgl. a. a. O., S. 67.

² Zu der Schreibweise seines Namens s. *Seinecke*, ZRG GA, 130 (2013), S. 242 Fn. 14.

³ Einblicke in Jherings Biografie bieten *Wieacker*, ZRG RA, 86 (1969), S. 2–11 und *Rückert*, Professor, in: Rückert (Hrsg.), Lexikon 2003, S. 209–213; eine Kurzzusammenfassung *Smith*, Political Science Quarterly, 4 (1895), S. 664 Fn. 1; private Details seines Lebens schildert *Kunze*, Lebensbild, in: Behrends (Hrsg.), Jhering² 1992, S. 11–28; einen Überblick bzgl. Jherings Bibliographie verschafft *Losano*, Studien 1984, S. 207–273.

⁴ *Whitman*, Legacy 1990, S. 211.

⁵ *Falk*, Jhering, in: Stolleis (Hrsg.), Juristen 1995, S. 324; *Haferkamp*, Begriffsjurisprudenz 2011, S. 2.

⁶ *Landsberg*, Geschichte 1910, S. 788; *Mitteis*, Jhering, Rudolf, in: Historische Commission bei der königl. Akademie der Wissenschaften (Hrsg.), Biographie 1905, S. 664.

⁷ *Falk*, NJW, 11 (2008), S. 719; *Wieacker*, Privatrechtsgeschichte² 1967, S. 450; *Nörr*, Hegel 1991, S. 37; *Duxbury*, Oxford J. Legal Stud., 1 (2007), S. 24; *Dreier*, Rechtslehre, in: Behrends (Hrsg.), Privatrecht 1993, S. 111.

⁸ *Rückert*, Professor, in: Rückert (Hrsg.), Lexikon 2003, S. 214; *Falk*, Pandektistik, in: Cancik/Schneider et al. (Hrsg.), DNP 2002, S. 48; *Eucken*, Beilage zur Allgemeinen Zeitung, 30.12.1883, S. 5329.

⁹ *Eck*, Feier 1893, S. 38; vgl. a. a. O., S. 19; vgl. *Hommel*, Methode, in: *Wieacker/Wollschläger* (Hrsg.), Erbe 1970, S. 115.

¹⁰ *Larenz*, Methodenlehre⁶ 1991, S. 48.

Realfaktoren abhängig machte und dem Recht eine soziale Funktion zuwies, wodurch er befruchtend auf die Rechtspraxis einwirkte.¹¹ Durch die Auseinandersetzung mit den Realfaktoren des Rechts begründete Jhering die soziologische Rechtswissenschaft¹² und den „gesellschaftlichen Utilitarismus“.¹³ Indem er das Recht auf Werte und Zwecke bezog und auf die Funktion des Rechts innerhalb des praktischen Lebens abstellte¹⁴, wandte er sich einer pragmatischen Jurisprudenz zu¹⁵ und legte damit die theoretische Basis sowohl für die Freiheitslehre als auch die Interessenjurisprudenz.¹⁶ Daher gilt Jhering als Gründer der Freirechtslehre¹⁷ und Ahnherr der Interessenjurisprudenz.¹⁸ So gibt Heck, dessen Interessenjurisprudenz ein nachhaltiger Erfolg beschieden war¹⁹, an, dass er die entscheidenden Anregungen für seine dogmatische Richtung Jhering verdanke²⁰, dieser dieser habe ihn „zum Interessenjuristen gemacht“.²¹ Des Weiteren ging die teleologische Begriffsbildung von ihm aus²², was sich darin widerspiegelt, dass es bis in die heutige Zeit kaum Untersuchungen über die teleologischen Ele-

¹¹ *Hollerbach*, Ihering, in: Historische Kommission bei der Bayerischen Akademie der Wissenschaften (Hrsg.), Biographie 1974, S. 123 f.; zustimmend *Wolf*, Rechtsdenker⁴ 1964, S. 660.

¹² *Losano*, Studien 1984, S. 58 u. 154; *Klemann*, Wandlung, in: Mohnhaupt (Hrsg.), Rechtsgeschichte 1991, S. 150; *Kantorowicz*, Yale Law Journal, 43 (1934), S. 1241. Zumindest einen wichtigen Beitrag geleistet zu haben, gestehen ihm zu *Tönnies*, Soziologie, in: Tönnies (Hrsg.), Kritiken 1926, S. 91 und *Trappe*, Rechtssoziologie 1968, S. 9. Von reichen Anregungen spricht *Radbruch*, Rechtsphilosophie 1948, S. 17. Vgl. zudem *Weber*, Wirtschaft 1956, S. 15, der als anerkannter Soziologe noch 1956 auf Jherings Ausführungen über Brauch und Sitte Bezug nimmt.

¹³ *Zweigert*, Entwicklung, in: Wieacker/Wollschläger (Hrsg.), Erbe 1970, S. 242.

¹⁴ *Dahm*, Recht 1963, S. 129. Kritisch *Rückert*, JuS, 11 (1992), S. 903.

¹⁵ *Larenz*, Methodenlehre⁶ 1991, S. 49.

¹⁶ *Marx*, Interessenjurisprudenz, in: Kaufmann/Hassemer (Hrsg.), Rechtsphilosophie 1977, S. 98; *Radbruch*, Einleitung, in: Rusche (Hrsg.), Kampf 1965, S. 10; *Schlosser*, Privatrechtsgeschichte¹⁰ 2005, S. 166 f.; vgl. *Heck*, Begriffsbildung 1932, S. 51.

¹⁷ *Kantorowicz*, Yale Law Journal, 43 (1934), S. 1241. Nach *Behrends*, „Rechtsgefühl“, in: Behrends (Hrsg.), Jhering 1986, S. 92 f., wird diese Zuordnung der Geschichte des Freirechts jedoch nicht gerecht.

¹⁸ *Boehmer*, Grundlagen 1951, S. 138; *Haft*, Sprache, in: Kaufmann/Hassemer (Hrsg.), Rechtsphilosophie⁵, S. 244; *Zippelius*, Rechtsphilosophie⁴ 2003, S. 67; *Schönfeld*, Puchta und Hegel, in: Larenz (Hrsg.), Rechtsidee 1930, S. 61; *Heck*, Interessenjurisprudenz 1933, S. 12; *Wischmeyer*, Zwecke 2015, S. 91; vgl. *Jansen/Reimann*, ZEuP (2018), S. 114. Kritisch *Duxbury*, Oxford J. Legal Stud., 1 (2007), S. 23; vgl. *Dreier*, Rechtstheorie, in: Behrends (Hrsg.), Privatrecht 1993, S. 113.

¹⁹ *Fezer*, JZ, 17 (1985), S. 763.

²⁰ *Heck*, AcP, 92 (= NF 42) (1902), S. 441; vgl. *Falk*, Jhering, in: Stolleis (Hrsg.), Juristen 1995, S. 326.

²¹ *Heck*, Begriffsbildung 1932, S. 32

²² *Radbruch*, Einleitung, in: Rusche (Hrsg.), Kampf 1965, S. 10; *Fikentscher*, Methoden 1976, S. 279 f.; *Wesenberg*, Privatrechtsgeschichte² 1969, S. 152; *Behrends*, Durchbruch, in: Loos (Hrsg.), Rechtswissenschaft 1987, S. 229; *Heck*, Interessenjurisprudenz 1933, S. 12; *Lange*, Wandlungen 1927, S. 100.

mente des Rechts gibt, die ohne eine Fußnote zu Jhering auskommen.²³ Aufgrund seiner teleologischen Methodik prägte er mittelbar die Rechtsvergleichung, obgleich er die intensive rechtvergleichende Forschung nicht mehr miterlebte.²⁴ Zudem erschloss er der rechtsgeschichtlichen Forschung durch seine Analyse des Geists des römischen Rechts sowie nachfolgend durch seine Untersuchung des dem Recht innewohnenden Zwecks völlig neue Horizonte.²⁵ Auch wird ihm zugesprochen, Mitbegründer der Lehre vom Allgemeinen Persönlichkeitsrecht zu sein²⁶ sowie die Reformbewegungen im Bereich des deutschen Rechts nach 1900 überhaupt erst ermöglicht²⁷ und die grundlegende Veränderung des Rechtsunterrichts durch das Abhalten praktischer Übungen initiiert zu haben.²⁸

Diese ihm zugeschriebene „bahnbrechende Bedeutung“²⁹ als „PROMETHEUS“³⁰, „Reformator der Jurisprudenz“³¹ und Columbus juristischer Methodik³², ohne den „das Verständnis von der Rechtswissenschaft als Wertjurisprudenz nicht denkbar und darstellbar“³³ ist, könnte größer kaum sein.³⁴ So zählt

²³ *Wischmeyer*, Zwecke 2015, S. 54.

²⁴ *Zweigert*, Entwicklung, in: Wieacker/Wollschläger (Hrsg.), Erbe 1970, S. 243; vgl. *Jansen/Reimann*, ZEuP (2018), S. 117. Nach *Fikentscher*, Methoden 1976, S. 152, war Jhering einer der Begründer der Rechtsvergleichung, der diese mit nachfolgendem Satz einläutete, a. a. O., S. 197: „Niemand wird von der Ferne holen, was er daheim ebenso gut oder besser hat, aber nur ein Narr wird die Chinarinde aus dem Grunde zurückweisen, weil sie nicht auf seinem Krautacker gewachsen ist [...]“, *Jhering*, Geist⁹ 1953, S. 8 f.

²⁵ *Behrends*, Durchbruch, in: Loos (Hrsg.), Rechtswissenschaft 1987, S. 228 f.; *Whitman*, Legacy 1990, S. S. 221 f.; *Wieacker*, ZRG RA, 86 (1969), S. 36.

²⁶ *Landsberg*, Geschichte 1910, S. 179.

²⁷ *Wolf*, Rechtsdenker⁴ 1964, S. 660; vgl. *Landsberg*, Geschichte 1910, S. 794.

²⁸ *Hirsch*, Reformator, in: Hirsch/Rehbinder (Hrsg.), Rechtssoziologie 1984, S. 54; *Fikentscher*, Methoden 1976, S. 272; *Landsberg*, Geschichte 1910, S. 813; vgl. *Hollerbach*, Ihering, in: Historische Kommission bei der Bayerischen Akademie der Wissenschaften (Hrsg.), Biographie 1974, S. 123 f.; vgl. *Jhering*, Zivilrechtsfälle 1847, S. VII f.; vgl. *Knütel*, Rudolf von Jhering und die Freude am Rechtsfall, GROM, 35 (2018), S. 53 u. 71 f. Nach *Wolf*, Rechtsdenker⁴ 1964, S. 657, hat Jhering damit einen von Leibniz stammenden Vorschlag realisiert.

²⁹ *Rümelin*, Windscheid 1907, S. 4; vgl. *Wolf*, Rechtsdenker⁴ 1964, S. 652.

³⁰ *Fürst Leo Gallitzin* zitiert nach *Eck*, Feier 1893, S. 41; dem Fürsten widmete Jhering den ersten Band des Zwecks im Recht, *Jhering*, Zweck² 1884, S. V.

³¹ *Jonge*, AKM, 1 (1893), S. 70.

³² *Jonge*, AKM, 1 (1893), S. 68. Kritischer *Rückert*, Professor, in: Rückert (Hrsg.), Lexikon 2003, S. 225, der von „allzu effektvollen Schlagworte[n]“ spricht.

³³ *Schlosser*, Privatrechtsgeschichte¹⁰ 2005, S. 167; ähnlich *Landsberg*, Geschichte 1910, S. 819.

³⁴ Deutlich kritischer *Wolf*, Rechtsdenker⁴ 1964, S. 656 ff., der zwar über mehrere Seiten hinweg Jherings Leistungen würdigt, jedoch im Kontrast dazu geradezu resignativ mit den Worten schließt: „Mehr war ihm nicht gegeben [...]“, a. a. O., S. 664. Ähnlich *Wieacker*, ZRG RA, 86 (1969), S. 36, der seine Erinnerungstunde an Jhering beinahe gönnerhaft mit Vergils Worten beendet: „Großes gewollt haben ist groß genug.“