

# Wie pandektistisch war die Pandektistik?

Symposion aus Anlass des 80. Geburtstags  
von Klaus Luig  
am 11. September 2015

herausgegeben von  
Hans-Peter Haferkamp und Tilman Reppen

Mohr Siebeck

# Inhaltsverzeichnis

<i>Hans-Peter Haferkamp, Tilman Reppen</i> „Wie pandektistisch war die Pandektistik“? – Einleitung . . . . .	1
<i>Franz-Stefan Meissel</i> Joseph Unger und das Römische Recht – Zu Stil und Methoden der österreichischen „Pandektistik“ . . . . .	17
<i>Martin Avenarius</i> Rechtswissenschaft als „Dogma“. Die Ablösung der Dogmatik vom positiven Recht und die Weiterentwicklung des Rechtsdenkens in Russland . . . . .	35
<i>Marju Luts-Sootak</i> Zu der Universalität der Pandektenwissenschaft – am Beispiel der baltischen Privatrechtswissenschaft nach der Kodifikation von 1864 geprüft . . . . .	51
<i>Riccardo Cardilli</i> Das römische Recht der Pandektistik und das römische Recht der Römer . . . . .	83
<i>Ulrich Falk</i> Haftung des Konkursverwalters in der Rechtsprechung des Reichsgerichts vor 1900: „Höchste Ungerechtigkeit und Willkühr“? . . .	101
<i>Nils Jansen</i> Naturrechtsfäden im Gewebe pandektistischer Theoriebildung: drei Beispiele aus dem Recht der Schuldverhältnisse . . . . .	165
<i>Bondewijn Sirks</i> War Mühlenbruch ein Pandektist? . . . . .	185
<i>Joachim Rückert</i> Pandektistische Leistungsstörungen? . . . . .	205

<i>Thomas Rüfner</i> Pandektistik und Prozessrecht . . . . .	241
<i>Martin Schermaier</i> „... nicht mit Willkür ersonnen, sondern seit Jahrhunderten bereitet“: Die Auslegung römischer Quellen bei Savigny . . . . .	257
<i>Jan Schröder</i> Zur Aequitas/Billigkeit in der Rechtstheorie des 19. Jahrhunderts . . . . .	289
Autorenverzeichnis . . . . .	307

# Joseph Unger und das Römische Recht – Zu Stil und Methoden der österreichischen „Pandektistik“

*Franz-Stefan Meissel*

## I. Einleitung

Zu einer Tagung anlässlich des 80. Geburtstages Klaus Luigs beizutragen, ist für mich als österreichischen Privatrechtshistoriker eine besondere Ehre. Zunächst einmal, weil Luigs Schriften mich schon lange begleiten und er nicht nur zur Pandektistik<sup>1</sup>, sondern auch zur österreichischen Privatrechtsgeschichte allgemein<sup>2</sup> sowie speziell zu Unger als Dogmatiker<sup>3</sup> mit seinen Untersuchungen vielfach beigetragen hat.

Der zweite Grund der Freude war für mich das Tagungsthema: „Wie pandektistisch ist die Pandektistik?“ Eine Frage, die sich wahrscheinlich jeder von uns schon einmal gestellt hat, und auf die man sich belastbare Antworten wünschen würde, wenngleich und gerade weil man sie selber vielleicht noch gar nicht hat. – Nun hoffte ich insgeheim, als Gast des Auslands eher erst am Ende der Tagung zu sprechen und dann, schon belehrt von meinen Kolleginnen und Kollegen, auf sichererem Terrain meine eigenen Erkundigungen mitzuteilen. Die Regie der Kollegen Haferkamp und Reppen hat mir aber nun den ehrenvollen Platz ganz am Anfang zugewiesen, sodass ich mich nur mehr retten konnte, indem ich den Ausdruck Pandektistik in meinem Vortragstitel vorsichtshalber einmal unter Anführungszeichen setzte und damit die Frage vorläufig offen lasse, ob es denn eine „pandektistische“ Pandektistik in Österreich überhaupt gegeben hat und wenn dem so sei, ob Joseph Unger (1828–1913) als deren Repräsentant anzusehen wäre.

---

<sup>1</sup> Siehe nur den „klassischen“ lexikalischen Beitrag *Klaus Luig*, Pandektenwissenschaft, in: HRG<sup>1</sup>, Bd. III, Berlin 1984, Sp. 1422–1431.

<sup>2</sup> *Klaus Luig*, Franz von Zeiller und die Irrtumsregelung des ABGB, in: Forschungsband Franz von Zeiller (1751–1828), hrsg. von Walter Selb und Herbert Hofmeister, Wien – Graz – Köln 1980, S. 153–166, sowie in: Klaus Luig, Römisches Recht, Naturrecht, nationales Recht, Goldbach 1998, S. 455–468.

<sup>3</sup> Vgl. zur Zessionslehre Ungers *Klaus Luig*, Zur Geschichte der Zessionslehre, Köln–Graz 1966, S. 80, 83, 108 und 114.

„Pandektistische“ und „nicht-pandektistische“ Pandektistik: Als Genusbegriff ist hier an die gemeinrechtliche Zivilistik des 19. Jahrhunderts zu denken; die adjektivische Qualifikation nimmt dagegen wohl Bezug auf einen Idealtypus einer „Begriffs“- bzw. „Konstruktionsjurisprudenz“, wie er in der Privatrechtsgeschichte (beeinflusst von schon im 19. Jahrhundert auftretenden kritischen Stimmen – insbesondere von „Renegaten“ wie Jhering) polemisch gezeichnet wurde. Noch bei Wieacker finden wir demgemäß eine allgemeine Charakterisierung der Pandektenwissenschaft als wissenschaftlich positivistisch, apolitisch und angeblich neutral gegenüber „religiösen, sozialen und wissenschaftlichen (sic!) Wertungen“<sup>4</sup>. Als Beleg dafür dient dabei ein berühmtes Diktum Windscheids<sup>5</sup>, demzufolge „ethische, politische oder volkswirtschaftliche Erwägungen (...) nicht Sache des Juristen als solchen“ seien. Im Übrigen aber ist „der“ Pandektist, obgleich typusgemäß ohne metaphysische Inklinaton, angeblich damit beschäftigt, sich in einer Art Begriffshimmel zu bewegen; er werkt an einer „Begriffspyramide“, innerhalb welcher „der Stellenwert der Begriffe“ und „der logische Systemzusammenhang stets eine folgerechte Füllung positiver Gesetzeslücken durch ‚produktive Konstruktion‘“<sup>6</sup> erlaube und dabei die „Rechtssätze und ihre Anwendung ausschließlich aus System, Begriffen und Lehrsätzen der Rechtswissenschaft“<sup>7</sup> abgeleitet werden.<sup>8</sup> Das Material für die Begriffsbildung gewinnt der Pandektist Savignyscher Deszendenz dabei aus dem römischen Recht, der „Jurist als solcher“ ist damit gleichsam ein Geisteszwilling der *iuris consulti* der Antike.

Versteht man unter Pandektistik zunächst einmal, um auf unseren Genusbegriff zurückzukommen, den romanistisch ausgerichteten Zweig der Historischen Rechtsschule, so ist Unger, den man gerne als Vater/Begründer der historischen Rechtsschule in Österreich apostrophiert, zweifellos darin zu verorten. Er war ja jener Gelehrte, dem im Zuge der Thun-Hohensteinschen Universitäts-Reformen in der Mitte des 19. Jahrhunderts die Rolle zugeordnet war, Savignys Lehren in der Rechtswissenschaft des Habsburgerreiches umzusetzen und zur offiziellen Doktrin zu formen. Ungeachtet der Tatsache, dass schon vor 1848 die historische Rechtsschule auch auf Österreich durchaus eine gewisse

<sup>4</sup> Franz Wieacker, *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit*<sup>2</sup>, Göttingen 1996, S. 431.

<sup>5</sup> Bernhard Windscheid, *Die Aufgaben der Rechtswissenschaft* (1884), in: *Gesammelte Reden und Abhandlungen*, Leipzig 1904, S. 101.

<sup>6</sup> Wieacker, PRG<sup>2</sup> (wie Fn. 4) S. 436.

<sup>7</sup> Wieacker, PRG<sup>2</sup> (wie Fn. 4) S. 431.

<sup>8</sup> Zur Überholtheit dieser und ähnlicher Vorstellungen siehe nur die differenzierten Analysen von Ulrich Falk, *Ein Gelehrter wie Windscheid. Erkundungen auf den Feldern der sogenannten Begriffsjurisprudenz*, in: *Veröffentlichungen des Max Planck-Instituts für Europäische Rechtsgeschichte, Studien zur Europäischen Rechtsgeschichte*, Bd. 38, Frankfurt a. M. 1989; Hans-Peter Haferkamp, *Georg Friedrich Puchta und die „Begriffsjurisprudenz“*, Frankfurt a. M. 2004.

intellektuelle Ausstrahlung ausgeübt hatte<sup>9</sup>, muss eine Analyse der österreichischen Pandektistik bei Unger ansetzen, der wie kein anderer die österreichische Rechtswissenschaft in der zweiten Hälfte des 19. Jahrhunderts geprägt hat und daher zurecht als *praeceptor iurisprudentiae Austriacae* gewürdigt wurde, als „Lehrer der österreichischen Rechtswissenschaft“, der die österreichischen Juristen „aus der Periode der blossen Gesetzeskenntnis zu der höheren der Rechtswissenschaft geführt“ habe<sup>10</sup>.

Ungers Wirken als Rechtslehrer, Politiker und Richter<sup>11</sup> umfasst fast die gesamte lange Periode der Herrschaft Franz-Josephs (1848–1916); der Beginn ist

<sup>9</sup> Hinzuweisen ist insbesondere auf frühe Ansätze der Umsetzung von Ideen der Historischen Rechtsschule durch den in Wien tätigen Johann Baptist Anselm Kaufmann (vgl. *Theo Mayer-Maly*, Die Pflege des römischen Rechts in Wien während der ersten Hälfte des 19. Jahrhunderts, in: Studien zur Geschichte der Universität Wien II, Wien–Graz 1965, S. 41–60, 47 ff.; derselbe, J.B.A. Kaufmann, in: *Labeo* 11 [1965], S. 302 ff.) sowie dessen Nachfolger *Anton Hämberger*, dessen „Reines Römisches Privat-Recht“ (Wien 1834) bereits einen eigenen Abschnitt „Von Rechtsgeschäften“ enthielt (dazu *Mayer-Maly*, Pflege, S. 53).

<sup>10</sup> *Emil Schrutka von Rechtenstamm*, Joseph Unger als Lehrer der Österreichischen Rechtswissenschaft (= Nachruf), in: Neue Freie Presse vom 3. Mai 1913, S. 2.

<sup>11</sup> Zur Biografie Ungers siehe *S(alomon) Frankfurter*, Joseph Unger – Das Elternhaus – die Jugendjahre, Wien–Leipzig 1917; weiters *Franz Klein*, Joseph Unger †, in: *JBl* 1913, S. 215–216; *Moriz Wlassak*, Joseph Unger ein Nachruf, in: Almanach der Kaiserlichen Akademie der Wissenschaften, 1913, S. 491–492; *Emil Strobal*, Joseph Unger †. Gedenkrede, Jena 1914; *Egon Zweig*, Josef Unger in: Biografisches Jahrbuch und deutscher Nekrolog, Bd. 18, hrsg. von Anton Bettelheim, Berlin 1917, S. 187–213; *Anton Bettelheim*, Ein Jugendbrief Josef Ungers, in: Biographenwege, hrsg. von Anton Bettelheim, Berlin 1913, S. 192–197 = Österreichische Rundschau, Bd. 25 Heft 4 (1913), S. 315 ff.; *Gino Segré*, Sull'opera scientifica di Giuseppe Unger, in: *Rivista di diritto civile*, 1914, S. 585 ff. = *Segré*, Scritti giuridici I, 1930, S. 129–192; *Gustav Walker*, Zum 100. Geburtstage Josef Ungers, Wien 1928; *Waltraute Sixta*, Josef Unger als Sprechminister 1871–1879, Phil. Diss., Wien 1941 (leider ungenau und z. T. in unerträglichem NS-Jargon); *Hugo Sinzheimer*, Jüdische Klassiker der deutschen Rechtswissenschaft 2, Frankfurt a. M. 1953 (neu aufgelegt), S. 83–95.; *Hans Lentze*, Joseph Unger – Leben und Werk, in: Im Dienste des Rechtes in Kirche und Staat. Festschrift zum 70. Geburtstag von Franz Arnold, hrsg. von Willibald Maria Plöchl und Ingeborg Gampl, Wien 1963, S. 219–232; *Werner Ogris*, Die Historische Schule der österreichischen Zivilistik, in: Festschrift Hans Lentze, hrsg. von Nikolaus Grass und Werner Ogris, Innsbruck 1969, S. 449–496, insbes. ab S. 457 = Derselbe, in: Elemente europäischer Rechtskultur, hrsg. von Werner Ogris, Wien 2003, S. 345–401 insbes. ab S. 355; *Herbert Hofmeister*, Zum 70. Todestag Josef Ungers am 2.5.1983, in: *RZ* 1983, S. 119–120; *Barbara Dölemeyer*, Josef Unger (1828–1913), in: Juristen, hrsg. von Michael Stolleis, München 1995, S. 628–629; *Jan Schröder*, *Joseph Unger*, in: Deutsche und europäische Juristen aus neun Jahrhunderten<sup>4</sup>, hrsg. von Gerd Kleinheyer und Jan Schröder, Heidelberg 1996, S. 431–434; *Wilhelm Brauneder*, Joseph Unger, in: *HRG*<sup>1</sup>, Bd. 5, Berlin 1998, Sp. 483–487; *Mario G. Losano*, Briefwechsel Jherings mit Unger und Glaser, Engelsbach am Main 1996, bes. S. 43–56; *Gunter Wesener*, Josef Unger, in: *Juristas universales*, hrsg. von Rafael Domingo, Madrid–Barcelona 2004, S. 382–385; *Bernhard Martin Scherl*, Einleitung, in: Joseph Unger, Aufsätze und kleinere Monographien Bd. I, hrsg. von Bernhard Martin Scherl, Hildesheim 2005, S. 7–85; *Gernot Posch*, Joseph Unger, in: Gelebtes Recht, hrsg. von Gerhard Strejcek, Wien 2012, S. 316–324; *Franz-Stefan Meissel*, Joseph Unger. Der Jurist als „politischer Professor“, in: Universität – Politik – Gesellschaft (650 Jahre Universität Wien – Aufbruch ins neue Jahrhundert, Bd. 2), hrsg. von Mitchell Ash und Josef Ehmer, Wien 2015, S. 209–216.

aber unmittelbar mit den Universitätsreformen des katholisch-konservativen Ministers des Kultus und des Unterrichts Leo Graf Thun-Hohenstein in den Jahren nach der 1848er Revolution verknüpft. Bevor wir deshalb auf einige ausgewählte Schriften Ungers näher eingehen und untersuchen, welche Rolle die Argumentation mit Quellen des römischen Rechts dabei jeweils einnimmt, gilt es kurz jenen faszinierenden universitätspolitischen Top-Down-Prozess zu beschreiben, in welchem ausgerechnet dem liberalen, aus jüdischer Familie stammenden Unger der Part zugedacht war, im Sinne der historischen Rechtsschule ein wissenschaftliches, zugleich aber auch konservatives Fundament der Juristenausbildung zu schaffen.

## II. Joseph Unger und die Thun-Hohensteinsche Reform

Die Universitätsreformen Thun-Hohensteins wurden schon mehrfach ausführlich beschrieben<sup>12</sup> (nicht zuletzt durch den Anfang dieses Jahres verstorbenen Werner Ogris, dessen ich hier mit Wehmut gedenken möchte). Diesen Meistererzählungen ist wenig hinzuzufügen: Nach den revolutionären Ereignissen des Jahres 1848 gingen dem Kaiserhaus nahestehende einflussreiche Kreise in Wien davon aus, dass das Aufbegehren insbesondere der studentischen Jugend durch die naturrechtliche Prägung der österreichischen Rechtswissenschaft in der ersten Hälfte des 19. Jahrhunderts<sup>13</sup> mitverursacht worden sei. Ähnlich wie in der Perspektive des jungen Savigny wurde damit ein Zusammenhang zwischen Naturrecht und Revolution (zunächst 1789, nun 1848) hergestellt. Gegen solches revolutionäres Gedankengut sollte eine rechtshistorische „Pandektenkur“ die akademische Jugend immunisieren. Zugleich aber ging es um einen Modernisierungsschub der Wissenschaft, der durch eine offensive Orientierung an den Trends der fortschrittlicheren deutschen Universitäten (Stichwort: Humboldt'sche Reformen) ausgelöst werden sollte.

Pointiert und prägnant hat Thun-Hohenstein seine Anliegen im Bereich der Rechtswissenschaft in einer Rede anlässlich einer Sub-Auspiciis-Promotion 1852 zum Ausdruck gebracht:

---

<sup>12</sup> *Hans Lentze*, Die Universitätsreform des Ministers Graf Leo Thun-Hohenstein (ÖAW, Phil.-hist. Klasse, Bd. 239, 2. Abhandlung), Graz-Wien 1962; *Werner Ogris*, Die Universitätsreform des Ministers Graf Leo Thun-Hohenstein (Wiener Universitätsreden, Neue Folge 8) 1999 = neu abgedruckt in: *Elemente europäischer Rechtskultur*, hrsg. von Werner Ogris, Wien 2003, S. 333–344; *Thomas Simon*, Die Thun-Hohensteinsche Universitätsreform und die Neuordnung der juristischen Studien- und Prüfungsordnung in Österreich, in: *Juristenausbildung in Osteuropa bis zum 1. Weltkrieg*, hrsg. von Zoran Pokrovac, Frankfurt a.M. 2007, S. 1–24.

<sup>13</sup> Dass ausgerechnet der obrigkeitlich unterdrückten und kümmerlichst ausgestatteten Rechtswissenschaft des Vormärz dieser Vorwurf gemacht wurde, entbehrt nicht der Ironie.

„Während in Deutschland durch den großen Rechtslehrer Savigny und andere eine mächtige Schule gegründet, und Rechtsgelehrsamkeit wahrhaft gefördert wurde, während diese Schule auch in Frankreich eine tiefere Bearbeitung des dortigen Rechts hervorrief, musste die juristische Literatur in Österreich bedauerlicherweise zurückbleiben (...) Wir sind aufgewachsen in blinder Anbetung des ABGB, wir lernten es (...) betrachten (...) als ein juridisches Evangelium. (...) Aus diesem Zustand des juristischen Schlafes hat uns das verhängnisvolle Jahr 1848 aufgerüttet, nachdem es uns tatsächlich bewiesen hat, wie nahe die Gefahr liegt, durch die Berufung auf hohle Phrasen des so genannten Naturrechts zu den größten Ungerechtigkeiten verleitet zu werden“<sup>14</sup>.

Während allerdings das politische Ziel der Schaffung eines konservativen, anti-progressiven Bollwerks gründlich misslingen sollte (dahin gestellt sei hier, ob dies überhaupt je das eigentliche Motiv war, oder ob dies von manchen im reaktionären Klima der frühen 1850er Jahre nur vorgeschoben wurde), so ist für den Prozess einer zeitkonformen Verwissenschaftlichung und Modernisierung der Universitäten zu konstatieren, dass die Reform des Ministers Thun im Laufe der zweiten Hälfte des 19. Jahrhunderts tatsächlich enorme Aufschwünge brachte: den Anschluss an die internationale Forschung (durchaus nicht nur die deutsche, was wir hier beobachten können, ist eine erste Globalisierung in der Zeit von 1850–1870<sup>15</sup>), methodische Offenheit und nicht zuletzt eine größere Selbständigkeit und Prestige universitärer Tätigkeit.

Wie aber kam Joseph Unger ins Spiel? Aus verschiedenen Gründen schien er keine naheliegende Wahl<sup>16</sup> für die Rolle als Champion einer antirevolutionär und national-konservativ ausgerichteten Rechtswissenschaft mit Savigny als Leitstern. 1852, im Jahr der soeben zitierten Rede Thuns, promovierte Unger an der Universität Wien in Rechtswissenschaften, zuvor hatte er bereits (1850) mit einer – von ihrer universalhistorischen Ausrichtung her offensichtlich von Gans inspirierten – Arbeit über *Die Ehe in ihrer welthistorischen Entwicklung* den philosophischen Doktorgrad (in Königsberg) erlangt. Als Promotionsvater fungierte dabei der Hegelianer Rosenkranz. Autodidaktisch hatte sich Unger zwar auch mit Savignys *System des heutigen römischen Rechts* (1840–1849) beschäftigt, dessen acht Bände er angeblich „wie einen Roman“<sup>17</sup> verschlang, in seiner philosophischen Doktorarbeit verfolgte er aber einen geschichtsphiloso-

<sup>14</sup> Leo Graf Thun-Hohenstein, Rede zur Sub-Auspiciis-Promotion des Dr. Julius Fierlinger vom 11. Mai 1852, Thun-Nachlass D 165; zitiert nach Lars Graf von Thun und Hohenstein, Bildungspolitik im Kaiserreich: Die Thun-Hohensteinschen Reformen insbesondere am Beispiel der Juristenausbildung in Österreich, Juristische Dissertation, Universität Wien 2014, S. 212.

<sup>15</sup> Vgl. etwa Duncan Kennedy, Three Globalizations of Law and Legal Thought, in: The New Law and Economic Development, hrsg. von David M. Trubek und Alvaro Santos, Cambridge 2006, S. 19–73, 25–37.

<sup>16</sup> Vgl. bereits Jakob Stagl, Die Rezeption der Lehre vom Rechtsgeschäft in Österreich durch Joseph Unger, in: Zeitschrift für Europäisches Privatrecht 2007, S. 37–55, 44 f.

<sup>17</sup> Ernst Landsberg, Geschichte der deutschen Rechtswissenschaft Bd. 3/2 (Neudruck), Aalen 1978, S. 918; vgl. dazu Losano, Briefwechsel Jherings (wie Fn. 11) S. 47, Fn. 13.

phisch-spekulativen Zugang. Der Göttinger Althistoriker Wilhelm Karl August Drumann hatte der Promotion in seinem Votum folglich nur mit dem Vorbehalt zugestimmt, dass im Diplom keine „Erwähnung historischer Kenntnisse“ erfolge. Lentze charakterisiert die Schrift zutreffend als „nicht tief wissenschaftlich, eher in journalistischer Manier, sodass sich alles plastisch zu einem Gesamtbild rundet“<sup>18</sup>. Tatsächlich gelangt Unger in seinem Ehe-Essay zwar zur Verteidigung der Monogamie, spricht sich aber zugleich für die prinzipielle Auflösbarkeit der Ehe aus – eine liberale rechtspolitische Positionierung, die ihm prompt von katholischer Seite Kritik einträgt<sup>19</sup>, als ruchbar wird, dass Thun-Hohenstein ihn zum Außerordentlichen Professor des Zivilrechts an der Universität Prag berufen hat.

Für konservativ-reaktionäre Zeitgenossen ist Unger aber noch aus einem anderen Grund suspekt: Bei der Revolution 1848 hatte sich Unger im Aktivistenkreis rund um Adolph Fischhof (1816–1893) im Zentrum des Geschehens befunden. Er war im Studentenkomitee, im Zentralkomitee der Akademischen Legion und fungierte als zweiter Schriftführer des Ausschusses der Studierenden sowie Mitglied des Ende Mai 1848 gebildeten sogenannten „Sicherheitsausschusses“<sup>20</sup>; Unger formulierte auch den von Pillersdorf angeregten schriftlichen Entwurf der Studentenschaft zur Änderung des Wahlgesetzes.<sup>21</sup> Unter den Revolutionären gehörte er aber zu den mäßigenden Kräften. So dürfte der anlässlich der Abreise des Kaisers an die Arbeiter gerichtete Aufruf vom 18. Mai 1848, sich wieder dem Tagewerk zuzuwenden, von Unger nicht nur mitunterfertigt, sondern auch von ihm verfasst worden sein.<sup>22</sup>

Insgesamt agierte Unger so besonnen, dass er nur wenige Jahre später auch von Konservativen wie Leo Graf Thun-Hohenstein (1811–1888) und dem frühen Savigny-Schüler Anton von Salvotti (1789–1866)<sup>23</sup> protegiert und maßgeblich gefördert wurde. Für Unger sprach dabei nicht nur, dass er mittlerweile zum Katholizismus konvertiert war, sondern vor allem, dass er mit außerge-

<sup>18</sup> *Hans Lentze*, FS Arnold (wie Fn. 11) S. 219–232, 223.

<sup>19</sup> Augsburger Post-Zeitung vom 28. August 1853: „Was soll man endlich sagen, wenn Herr Unger (...) dem heiligen Evangelisten Matthäus ‚quod Deus coniunxit, homo non separat‘ entgegen behauptet: ‚Jede eheliche Gesetzgebung muss Ehetrennung gestatten‘ (...) Und mit diesen Ansichten wird man im katholischen Österreich Professor des Zivilrechts.“ Thuns anonyme Verteidigung Ungers findet sich dann in der Wiener Zeitung vom 14. September 1853.

<sup>20</sup> *Frankfurter*, Unger (wie Fn. 11) S. 54 unter Berufung auf Moritz Smets; vgl. *Heinrich Reschauer/Moritz Smets*, Das Jahr 1848 (Geschichte der Wiener Revolution 2), Wien 1872, S. 324–327, 402–406.

<sup>21</sup> *Frankfurter*, Unger (wie Fn. 11) S. 54.

<sup>22</sup> *Egon Zweig*, Josef Unger, in: Biografisches Jahrbuch und deutscher Nekrolog, Bd. 18, S. 187–213, 189.

<sup>23</sup> Zu Salvotti siehe *Karl Hugelmann*, Salvotti, Anton von, in: Allgemeine Deutsche Biographie 31, hrsg. von der Historischen Kommission bei der Bayerischen Akademie der Wissenschaften, München–Leipzig 1890, S. 772–779.

wöhnlicher geistiger Beweglichkeit, brillantem Intellekt und großer Redebegabung ausgestattet war und damit in der Lage schien, gerade auf die anzusprechende akademische Elite einzuwirken.

### III. Römisches Recht und pandektistische Methodik in ausgewählten Schriften Ungers

1853 beantragt Unger mit einer Schrift über den Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuches für das Königreich Sachsen die *venia legendi* an der Universität Wien, und zwar für „das österreichische allgemeine Gesetzbuch in vergleichender Darstellung mit dem römischen, germanischen und altösterreichischen Rechte und mit den Gesetzgebungen des Auslandes“.<sup>24</sup> Darin spiegelt sich bereits Ungers Programm: eine auf der Höhe der Zeit stehende, systematische Darstellung des geltenden österreichischen Privatrechts, die sowohl die historischen Grundlagen als auch die Rechtsvergleichung einbezieht, wie er dies insbesondere in seiner Prager Antrittsrede „Über die wissenschaftliche Behandlung des österreichischen gemeinen Privatrechts“ am 3. Oktober 1853 näher zum Ausdruck bringt. Diese ist es wert, näher referiert zu werden.

Methodisch bekennt sich Unger hier im Hinblick auf das positive Recht zu einer Vorgangsweise, die nicht entsprechend der Legalordnung Paragraph auf Paragraph exegetisch kommentiert, sondern einen „systematischen“ Zugang verfolgt und dabei die aus einer Vielzahl von Rechtsregeln konstituierten „Rechtsinstitute“ erforscht. Puchta und Savigny dienen ihm dabei als Gewährsleute<sup>25</sup>, so zitiert er aus Savignys System:

„Es hat daher die einzelne Rechtsregel ihre tiefere Grundlage in der Anschauung des Rechtsinstituts, und wenn wir nicht bei der unmittelbaren Erscheinung stehen bleiben, sondern auf das Wesen der Sache eingehen, so erkennen wir in der That, dass jedes Rechtsverhältnis unter einem entsprechenden Rechtsinstitute als seinem Typus steht und (...) von diesem beherrscht wird“<sup>26</sup>.

Unger selbst sieht es als Aufgabe der Rechtswissenschaft,

„aus den einzelnen Paragraphen des Gesetzbuches jedes Rechtsinstitut nach all seinen Seiten und Besonderheiten so zu reconstruieren, wie es vor den Augen des Gesetzgebers stand. Während daher der Gesetzgeber analytisch zu Werke geht, und aus der Idee des von ihm gewollten Rechtsinstituts heraus die einzelnen Begriffe und Sätze durch Abstraction gewinnt, muß umgekehrt der wissenschaftliche Jurist synthetisch verfahren, indem er durch die Zusammenstellung und organische Gruppierung der einzelnen Geset-

<sup>24</sup> *Frankfurter*, Unger (wie Fn. 11) S. 4.

<sup>25</sup> *Josef Unger*, Über die wissenschaftliche Behandlung des österreichischen gemeinen Privatrechts, Wien 1853, S. 9 = Nachdruck in: Unger, Aufsätze und kleinere Monographien I, hrsg. von Bernhard Martin Scherl, Hildesheim 2005, S. 273–303 (hier 281).

<sup>26</sup> *Savigny*, System des heutigen römischen Rechts I, Berlin 1840, S. 5.

zesstellen das Rechtsinstitut selbst wieder herstellt. Daher läßt sich die rein wissenschaftliche Thätigkeit gerade da am allerwenigsten entbehren, wo es förmliche Gesetzbücher gibt.“<sup>27</sup>

Ziel müsse es sein, „zur Kenntniss der Natur der Sache, der ratio iuris, als der, aus dem ganzen Zusammenhang der geltenden Rechts-Bestimmungen herfließenden Prinzipien“<sup>28</sup> zu gelangen.

Unger wendet sich aber keineswegs gegen die exegetische Methode als solche, sondern nur gegen ihren angeblichen Exklusivitätsanspruch – und er beruft sich immer wieder auch zustimmend auf seinen Lehrstuhlvorgänger Michael Schuster, der bereits 1818 auf die Notwendigkeit einer systematischen Methode hingewiesen habe.<sup>29</sup> Daher formuliert Unger als Zielrichtung, das österreichische bürgerliche Recht in Form eines (pandektistisch ausgerichteten) wissenschaftlichen Systems darzustellen, sind doch auch – wiederum beruft sich Unger hier auf Savigny – „alle Rechtsinstitute (...) zu einem System verbunden und können nur in dem großen Zusammenhang dieses Systems, in welchem deren organische Natur erscheint, vollständig begriffen werden“<sup>30</sup>.

Die Relevanz der Rechtsgeschichte wird von Unger dann erst zweitrangig nach dem im Vordergrund stehenden Bekenntnis zum pandektistischen Systemzugang angeführt: Eher floskelhaft spricht er davon, dass „alles Gewordene nur aus seinem Werden begriffen werden könne und dass daher auch das geschichtliche Element im Recht zu berücksichtigen“ sei. Hier bekennt er sich auch zu einem überpositiven Rechtsbegriff, bei dem das Gesetz bloß als „das Organ des Rechts“, als „Erkenntnis-, nicht als Entstehungsgrund des Rechtes“ anzusehen sei.<sup>31</sup>

Dennoch fällt auf, dass Unger in der Folge den vernunftrechtlichen Rechtsbegriff und den Rechtsbegriff der historischen Rechtsschule (Recht als das „Erzeugnis des innersten geheimnisvoll wirkenden Volksgeistes“<sup>32</sup>) nebeneinander stellt, ohne letzterem Priorität einzuräumen. Zugleich plädiert er auch für einen gründlichen Unterricht im römischen Recht, weist diesem aber eine doppelte Bedeutung zu: Zum einen zeige dieser, in welchem Maße Übereinstimmung zwischen dem römischen Recht und dem geltenden österreichischen Recht bestehe, zum anderen aber entdecke man dabei auch die Abweichungen. Im Fall solcher Abweichungen sei aber nicht das Gesetz zu korrigieren, sondern vielmehr zu erforschen, aus welchen Gründen der Gesetzgeber eigene Wege gegangen sei und wie man diese konsequent weitergehen könne. Keineswegs gehe es darum, Grundsätze des wissenschaftlich erforschten „reinen römischen Rechts“

<sup>27</sup> Unger, *Wissenschaftliche Behandlung* (wie Fn. 25) S. 10.

<sup>28</sup> Unger, *Wissenschaftliche Behandlung* (wie Fn. 25) S. 12.

<sup>29</sup> Unger, *Wissenschaftliche Behandlung* (wie Fn. 25) S. 6, 13 und öfter.

<sup>30</sup> Unger, *Wissenschaftliche Behandlung* (wie Fn. 25) S. 15.

<sup>31</sup> Unger, *Wissenschaftliche Behandlung* (wie Fn. 25) S. 18.

<sup>32</sup> Unger, *Wissenschaftliche Behandlung* (wie Fn. 25) S. 18.

durch gezwungene Auslegung in die neuen Gesetzbücher zu übertragen und diese auf diese Weise „zurückzuromanisieren“.<sup>33</sup>

Bemerkenswert erscheint auch, dass sich Unger ganz affirmativ zu Bluntschlis Ansatz bekennt, demzufolge auch dort, wo die juristische Praxis im Laufe der Zeit vom römischen Recht – sei es auch irrtümlich – abgewichen sei, „ein Kern modernen Rechtsgefühls enthalten“ sein könne: „ihre römischen Irrthümer waren zuweilen deutsche Wahrheiten“.<sup>34</sup> Unger merkt dazu an, dass auch die Forschungen der „römischen Civilisten“ nur dann von praktischer Bedeutung seien, „wenn sie die innere Natur der Sache, das rationale nicht aber das nationale Element im römischen Rechte aufhellen“.<sup>35</sup>

Neben dem römischen Recht gilt es nach Unger aber auch das deutsche Recht, sowie die Praxis der Zeit vor der Kodifikation zu erforschen, ja auch die Bildungsgeschichte der Redaktoren (Martini, Zeiller) und damit letztlich – ohne dass Unger es ausspricht – das naturrechtliche Ideenumfeld. Dazu gesellt sich in dem ambitionierten Programm des damals gerade 25-jährigen die Rechtsvergleichung, das Studium der Kodifikationen der übrigen Länder, welches nicht nur erlaube, Gemeinsamkeiten und Unterschiede zu erkennen, sondern das auch der Fortentwicklung des Rechts dienlich sei. Zu all dem müsse aber die Philosophie des Rechts hinzutreten:

„Diese Philosophie ist daher weder jenes ideale Naturrecht, welches von allen gegebenen Verhältnissen absieht und sich seinen Inhalt willkürlich gibt. Es ist auch nicht jene sogenannte Philosophie des positiven Rechts, welche in der Vergleichung des positiven Rechts mit Prinzipien besteht, welche man sich selbst ausgedacht hat, und alles gewordene Recht an einem Maßstab mißt, der nicht in ihm, sondern außer ihm, in der Idee des Beschauers liegt. Es ist vielmehr jene Philosophie, welche sich innig an das Gegebene anschließt, welche sich in das Positive vertieft, um aus dem Concreten das Allgemeine, aus dem bunten Spiel der Erscheinungen das Wesen herauszufinden, um in dem Wechselnden und sich Wandelnden den treibenden Gedanken zu begreifen.“<sup>36</sup>

Sich auf Feuerbach beziehend meint Unger, dass die Rechtswissenschaft damit nicht „schaffend, sondern bildend“<sup>37</sup> wirken müsse, der Rechtstoff könne von ihr lediglich geformt und geistig belebt werden: Rechtswissenschaft ordnet den Stoff, sie schafft ihn aber nicht.

Erweist sich Unger hier als „pandektistischer“ Pandektist? Zwar beruft er sich auf Savigny und Puchta, er tut dies aber eklektisch, auch Feuerbach, Eichhorn und Bluntschli, sowie der Prager Vorgänger Schuster werden prominent zitiert; was das römische Recht anbelangt, so steht dieses neben dem deutschen Recht und der Kodifikationsgeschichte, über allem aber schwebt eine nicht sehr

<sup>33</sup> Unger, *Wissenschaftliche Behandlung* (wie Fn. 25) S. 21.

<sup>34</sup> Johann Caspar Bluntschli, *Deutsches Privatrecht*, München 1864, S. XIV.

<sup>35</sup> Unger, *Wissenschaftliche Behandlung* (wie Fn. 25) S. 23.

<sup>36</sup> Unger, *Wissenschaftliche Behandlung* (wie Fn. 25) S. 26.

<sup>37</sup> Unger, *Wissenschaftliche Behandlung* (wie Fn. 25) S. 26.

genau definierte „Philosophie des Rechts“. Im Zweifel sei weder *pro jure romano* zu entscheiden, noch auf das deutsche Recht als solches zu rekurrieren, sondern im Geiste des österreichischen Gesetzbuches<sup>38</sup> eine Lösung zu suchen.

Rechtsdogmatik ist ein anspruchsvolles Geschäft bei Unger, aber der Dogmatiker steht nicht über dem Recht, sondern soll dieses nur erhellen.<sup>39</sup> Eine einseitige Pandektisierung<sup>40</sup> kann ich in diesem Wissenschaftsprogramm jedenfalls nicht erkennen, wohl aber ein Bemühen um Ausgewogenheit und einen Pluralismus der Erkenntniswege bei grundsätzlichem Primat des Gesetzes, nicht zuletzt aber auch ein Bekenntnis dazu, dass sich die Theorie auch an den Bedürfnissen der juristischen Praxis zu orientieren habe. (Es findet sich übrigens in der gesamten Antrittsrede nur ein einziges Pandektenzitat<sup>41</sup>, dagegen viele Bezüge zum ABGB, vor allem aber zu Autoren des 19. Jahrhunderts.)

Eine eigene Bedeutung kommt der Rechtsdogmatik aber insbesondere für die Rechtspolitik zu, wobei Unger hier zwischen der Betrachtung *de lege lata* und *de lege ferenda* klar unterscheidet und damit auch dem Rechtswissenschaftler keineswegs die Befugnis einräumt, *corrigendi gratia* in das positive Recht einzugreifen.

Eine bescheidene Einfallspforte für die Fortbildung des Rechts durch die Rechtswissenschaft deutet Unger lediglich dort an, wo das Recht lückenhaft erscheint. Unter Bezug auf die §§ 6 und 7 ABGB entwickelt er dabei einen weiten Begriff der Interpretation, bei der – neben der Auslegung im engeren Sinn (der Sinnermittlung im Rahmen der Wortlautgrenze) und der Analogie – die in § 7 ABGB am Ende genannten natürlichen Rechtsgrundsätze eine Einbeziehung der „unmittelbaren Volksüberzeugungen“ erlaubten, welche „der Juristenstand als Repräsentant des Volks in rechtlichen Dingen ausspricht“.<sup>42</sup> Erst in dieser allerletzten Fußnote seiner Programmschrift deutet Unger somit eine subsidiäre rechtsschöpferische Dimension der Doktrin an, verankert aber auch diese letztlich in einer Bestimmung des geltenden österreichischen Rechts.

Von Thun-Hohenstein in der Folge großzügig mit Forschungszeit ausgestattet, geht Unger sogleich an die Verwirklichung seines Programms und kann so, kaum zwei Jahre nach seiner Antrittsrede bereits den, dem Allgemeinen Teil gewidmeten ersten Band seines Systems des österreichischen allgemeinen Pri-

<sup>38</sup> Unger, *Wissenschaftliche Behandlung* (wie Fn. 25) S. 27.

<sup>39</sup> Vgl. dazu Unger, *System des österreichischen allgemeinen Privatrechts I*, Leipzig 1856, S. 43; dazu näher sogleich unten bei Fn. 51.

<sup>40</sup> Anderer Ansicht wohl *Stagl*, *ZEuP* 2007 (wie Fn. 16) S. 47, wenn er über Ungers System schreibt: „Diesem Plane einer Pandektisierung des österreichischen Privatrechts entsprechend, tritt das ABGB in der Darstellung vollkommen zurück. Und nicht nur das, es verliert auch überall dort an Legitimität, wo es mit dem Gedankengut der Historischen Rechtsschule in Konflikt steht.“

<sup>41</sup> D. 1.3.14: *Quod vero contra rationem iuris receptum est, non est producendum ad consequentias.*

<sup>42</sup> Unger, *Wissenschaftliche Behandlung* (wie Fn. 25) S. 30 Fn. 1.

vatrechts vorlegen (1856; 2. Band, 1857/59). Anders als beim Pandektenlehrbuch geht es hier nicht um eine Darstellung des gemeinen Rechts, sondern es gilt das geltende österreichische Zivilrecht in systematischer Form aufzubereiten; der Zugang ist aber jenem, wie ihn Wieacker für das ideale Pandektenlehrbuch (Windscheidschen Zuschnitts) postuliert hat, nicht ganz unähnlich; auch Ungers System geht es darum, „ein erschöpfendes und harmonisches Lehrgebäude“ unter Verarbeitung der dogmatischen Traditionen und gleichzeitigem Ausschluss alles „antiquarischen und quellen-exegetischen Beiwerks“<sup>43</sup> zu erarbeiten. Die Relevanz des Römischen Rechts bzw. der Wissenschaft vom Römischen Recht in Ungers „System“ soll dabei anhand zweier Problemkreise verdeutlicht werden: der Rechtsquellenlehre Ungers einerseits und seiner Lehre von der Auslegung andererseits.

In seiner Erörterung der „Entstehungsgründe der objectiven Rechtsregeln und Rechtsnormen“ nennt Unger zunächst als mögliche Rechtsquellen ganz allgemein Gesetzesrecht, Gewohnheitsrecht und Juristenrecht.<sup>44</sup> Was das Gewohnheitsrecht anbelangt, so lehnt Unger sowohl die „mechanische materialistische“ Auffassung ab, der zufolge die bloße beobachtbare Konstanz des Verhaltens (*consuetudo*) bereits rechtsschöpferisch wirke<sup>45</sup>, aber auch die von ihm als „spiritualistisch“ bezeichnete Theorie, der zufolge es nur auf die Rechtsüberzeugung (insbesondere jene von Rechtswissenschaftlern) ankommen soll und die tatsächliche Befolgung bloß eine Erscheinungsform des Rechts sei. Die tatsächliche Befolgung ist damit nach Unger zwar nicht alleinige Entstehungsursache, wohl aber Entstehungsform des Gewohnheitsrechts.<sup>46</sup> Irrig sei daher auch die Auffassung, dass „die Wissenschaft Rechtsquelle, dass die Gewohnheit bloß Erkenntnismittel des Rechts sei“<sup>47</sup>. Tatsächlich müssten beide Elemente (*consuetudo* und *opinio iuris*) zusammenkommen, um Gewohnheitsrecht zu begründen.

Für das positive österreichische Privatrecht schließt Unger das Gewohnheitsrecht unter Berufung auf § 10 ABGB als Rechtsquelle aber kategorisch aus: „Da sich nun das Gesetzbuch in keiner einzigen Stelle auf Gewohnheitsrecht beruft, so kann man den allgemeinen Satz aufstellen, daß das Gewohnheitsrecht in der Sphäre des österreichischen allgemeinen Privatrechts gänzlich aufgehört habe Rechtsquelle zu sein.“<sup>48</sup>

Beim Juristenrecht unterscheidet Unger zwischen dem durch Präjudizien geschaffenen „Gerichtsgebrauch“ (also einer Art Richterrecht), das als Produkt

<sup>43</sup> So Wieackers Charakterisierung des Pandektenlehrbuchs (Wieacker, PRG<sup>2</sup> [wie Fn. 4] S. 446).

<sup>44</sup> Unger, System I (wie Fn. 39) S. 23.

<sup>45</sup> Unger, System I (wie Fn. 39) S. 33.

<sup>46</sup> Unger, System I (wie Fn. 39) S. 37.

<sup>47</sup> Unger, System I (wie Fn. 39) S. 24.

<sup>48</sup> Unger, System I (wie Fn. 39) S. 36.

der praktischen Tätigkeit von Richtern geschaffen wird, und der theoretischen literarischen Tätigkeit der Rechtswissenschaft. Wenn, dann könne nur durch die Praxis Recht entstehen: „Die materielle productive Wirksamkeit des Juristenstandes kann nur das Resultat der praktischen Thätigkeit desselben sein. Neues Recht kann sich nur durch die Praxis d. h. durch fortgesetzte gleichförmige Entscheidungen der Gerichte bilden, wodurch der fragliche Satz in den Gebrauch des Gerichts übergeht“<sup>49</sup>.

Puchtas Auffassung, dass auch die literarische Tätigkeit in Form einer *communis opinio doctorum* rechtsschöpfend sein könne, lehnt Unger dagegen explizit ab.<sup>50</sup> Der tiefere Grund der Rechtsentstehung von Juristenrecht sei aber, dass dem Juristenstand eine „äußere Autorität“ als „Depositär der nationalen Rechtsüberzeugung“ zukommen könne, letztlich geht es also um eine Variante des Gewohnheitsrechts. Da aber Gewohnheitsrecht als Rechtsquelle im österreichischen Recht nicht anerkannt sei, könne auch von einem Juristenrecht als Rechtsquelle keine Rede sein.<sup>51</sup>

Aufgabe der Rechtswissenschaft sei es dagegen,

„das bestehende Recht zum wissenschaftlichen Bewußtsein zu bringen, den verborgenen Inhalt desselben zu Tage zu fördern, die Principien, auf denen es beruht, zu erkennen und darzulegen (...) die Lücken des positiven Rechts auszufüllen und den ganzen Rechtsstoff in ein System d. h. in ein organisches Ganzes sich gegenseitig bedingender Rechtssätze zu bringen. Dies ist kein Produciren eines neuen Rechts, sondern Entwicklung und Entfaltung des Gegebenen, Aufdecken des Vorhandenen.“<sup>52</sup>

Das produktive Potential der Rechtswissenschaft wird aber deutlicher, wenn man sich Ungers Auslegungslehre vor Augen führt, in der dieser, wie schon oben erwähnt, – durchaus im antiken Sinn – von einem weiten Begriff der *interpretatio iuris* ausgeht, die über die Auslegung im engeren Sinn deutlich hinausgeht<sup>53</sup> und – so Unger – die „gesamte wissenschaftliche Entwicklung und Ausbildung des Rechts in sich“<sup>54</sup> umfasst; dabei ist dann auch der gemeinrechtlichen Dogmengeschichte eine durchaus beachtliche Rolle zugeordnet.

Bei der Sinnermittlung des Gesetzes unterscheidet Unger zunächst zwischen der grammatischen und der logischen Auslegung, wobei letztere darauf gerichtet ist, „den Willen, die specielle Absicht des Gesetzgebers in Ansehung des

<sup>49</sup> Unger, System I (wie Fn. 39) S. 42. Welche große Bedeutung Unger der Judikaturpraxis zumisst, zeigt sich nicht zuletzt in der von ihm und Glaser herausgegebenen „Sammlung von zivilrechtlichen Entscheidungen des kk Obersten Gerichtshofes“ (fortgeführt von Walther, Pfaff, Schey und Krupsky), Bde. I–XXXIV mit Entscheidungen aus 1853–1897.

<sup>50</sup> Unger, System I (wie Fn. 39) S. 42 Fn. 3.

<sup>51</sup> Unger, System I (wie Fn. 39) S. 42.

<sup>52</sup> Unger, System I (wie Fn. 39) S. 43.

<sup>53</sup> So gehört auch die Rechtsfindung jenseits der Wortlautgrenze dazu, d. h. die in § 7 ABGB angeführten Methoden der Analogie bis hin zur Rechtsergänzung durch „natürliche Rechtsgrundsätze“.

<sup>54</sup> Unger, System I (wie Fn. 39) S. 77.

einzelnen zu interpretierenden Gesetzes aus anderen Umständen zu erkennen.“ Dazu gehört die Erforschung der *ratio legis*, des historischen Kontexts der Entstehung (*occasio legis*), das systematische Element, aber auch die Berücksichtigung des geschichtlichen Ganges, also ein historisches Element, bei dem die „Motive, Berichte, Mittheilungen von Seite der mit der Abfassung des Gesetzes Beauftragten“ einzubeziehen seien.<sup>55</sup>

Hier kommt für Unger im Hinblick auf die konkrete Entstehungsgeschichte des ABGB auch die gemeinrechtliche Theorie als Faktor der historisch-teleologischen Auslegung prominent ins Spiel. Vor dem Hintergrund des Gemeinen Rechts könne sich ergeben, ob mit einer einzelnen Rechtsregel auf eine gesamte dahinter stehende gemeinrechtliche Lehre rekuriert werden sollte. So könne sich aus einer dogmengeschichtlichen Auslegung ergeben, dass der vom Gesetz angeführte Fall u. U. bloß demonstrativ zu verstehen sei und weitere Fälle als durchaus mitumfasst gelten. Dies sei z. B. bei § 366 ABGB am Schluss<sup>56</sup> der Fall, wo ein Anwendungsfall der gemeinrechtlichen Lehre von der *exceptio rei venditae et traditae* in diesem Sinn von Unger als stellvertretend für alle von dieser Lehre erfassten Fälle verstanden wird.<sup>57</sup>

Die logische Auslegung, die nicht am Wortsinn, sondern am „wahren Sinn“ des Gesetzes orientiert ist, kann dabei auch zu einer Abweichung vom Wortlaut legitimieren und damit zu einer „ändernden Auslegung“<sup>58</sup> führen, wozu neben der *ratio legis* insbesondere auch das „dogmengeschichtliche Element“ beitragen könne. Damit eröffnet Unger trotz seines an sich gesetzessystematischen Ansatzes einen nicht unerheblichen Spielraum für die historisch-wissenschaftliche Doktrin, um über eine *interpretatio abrogans* den Wortlaut der Gesetze extensiv oder restriktiv zu korrigieren.<sup>59</sup>

Unser Bild bliebe mehr als unvollständig, wollten wir nicht auch Ungers Behandlung des Römischen Rechts in seinen genuin dogmatischen Arbeiten betrachten. Den berühmtesten und wirkmächtigsten Beitrag Ungers zur gemeinrechtlichen Wissenschaft des Privatrechts stellt wohl sein Aufsatz zum Vertrag zugunsten Dritter dar, der die Schaffung des § 328 BGB ebenso beeinflusste wie die Neufassung des § 881 ABGB im Zuge der – bekanntlich von Unger mitiniti-

<sup>55</sup> Unger, System I (wie Fn. 39) S. 82.

<sup>56</sup> § 366 ABGB: „Mit dem Rechte des Eigenthümers, jeden Anderen von dem Besitze seiner Sache auszuschließen, ist auch das Recht verbunden, seine ihm vorenthaltene Sache von jedem Inhaber durch die Eigenthumsklage gerichtlich zu fordern. Doch steht dieses Recht demjenigen nicht zu, welcher eine Sache zur Zeit, da er noch nicht Eigenthümer war, in seinem eigenen Nahmen veräußert, in der Folge aber das Eigenthum derselben erlangt hat.“

<sup>57</sup> Unger, System I (wie Fn. 39) S. 83 Fn. 29.

<sup>58</sup> Unger, System I (wie Fn. 39) S. 86.

<sup>59</sup> Vgl. dazu in diesem Band den Beitrag Jan Schröders zur Billigkeitskorrektur durch einschränkende Auslegung (im Einklang mit der späteren Auslegungslehre Savignys nach 1840).

ierten<sup>60</sup> – Teilnovellierung der österreichischen Zivilkodifikation im Jahre 1916 (3. Teilnovelle).

Folgen wir einem verbreiteten, aber irrigen Bild, so stellen wir uns einen Pandektisten, wohlgemerkt, einen „pandektistischen“ Pandektisten, in diesem Zusammenhang so vor: ausgehend von römischem Digestenmaterial wird dieses so lange traktiert, bis dann ein den zeitgemäßen Bedürfnissen angemessener dogmatischer Ertrag erzielt werden kann.

Lassen Sie mich die zugrunde gelegte Arbeitshypothese psychoanalytisch formulieren: Dieser Annahme zufolge bestimmt das antike Römische Recht gleichsam das juristische Über-Ich des Pandektisten, die Notwendigkeit der Adaptation wirke in ihm aber triebhaft Es-förmig, sodass qua Manipulation des römisch-rechtlichen Quellenmaterials eine dem Zeitgeist des 19. Jahrhunderts angepasste dogmatische Konstruktion erfolgt.

Vergleicht man damit Ungers tatsächliche Vorgangsweise in seinem in Jherings Jahrbüchern 1869 erschienenen, 109-seitigen monographieartigen Traktat, so erweist er sich entweder als höchst „unpandektistisch“ oder – was wohl zutreffender ist – unser Idealbild des Pandektisten ist nichts anderes als eine Chimäre, die zugunsten differenzierterer Analysen zu entsorgen ist.

Im weiteren Sinn zum Stellvertretungsrecht gehörend ist die Problematik der Versprechen zugunsten Dritter eine für das Verkehrsrecht des 19. Jahrhunderts virulente Frage, bei der für das, was damals „heutiges römisches Recht“ genannt wurde, die Bruchlinien zum überlieferten antiken römischen Recht offensichtlich waren. Die Regel *alteri stipulari nemo potest* stand hier der Zulassung eines echten Vertrags zugunsten Dritter im Wege, wenngleich sich zarte Ansätze zur Zulässigkeit eines im Drittinteresse gemachten Versprechens auch im Digestenrecht bereits ausmachen lassen. Unger, dem es unverhohlen darum geht, die Zulässigkeit des Vertrags zugunsten Dritter zu begründen, versucht nun gar nicht, die diesem entgegenstehenden Regeln des antiken Römischen Rechts zu leugnen, er bringt sie aber in Zusammenhang mit dem „nationalen“ und „ethischen“ Charakter des Rechts der Römer und leugnet, dass es sich bei der Regel *alteri stipulari nemo potest* um ein juristisch-logisch zwingendes Prinzip handle.

Daher beginnt er seine Abhandlung mit einer, an Jherings Geist des römischen Rechts angelehnten<sup>61</sup> Charakterisierung des Römischen Rechts als einer an der individuellen Selbstgestaltung und Tatkraft des Einzelnen ausgerichteten

<sup>60</sup> Vgl. insbes. Unger, Zur Revision des allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuches. Eine legislativpolitische Studie, in: Zeitschrift für das Privat- und öffentliche Recht der Gegenwart 31 (1904) S. 389–406 = Nachdruck in: Unger, Aufsätze und kleinere Monographien II, hrsg. von Bernhard Martin Scherl, Hildesheim 2005, S. 303–320.

<sup>61</sup> Rudolf von Jhering, Der Geist des römischen Rechts auf den Stufen seiner Entwicklung I, 2. Aufl., Aalen 1866, S. 109: „Der persönlichen Thatkraft gehört die Welt, in sich selbst trägt der Einzelne den Grund seines Rechts, durch sich selbst muß er es schützen, das ist die Quintessenz altrömischer Lebensanschauung.“

Rechtsordnung.<sup>62</sup> Die Unzulässigkeit einer verbindlichen Verpflichtung zugunsten eines Dritten deutet er damit als eine „rein positive und relative Unstatthaftigkeit“<sup>63</sup> des einst geltenden römischen Rechts, aus der sich aber keineswegs eine „begriffliche und absolute Unmöglichkeit“ dieser Konstruktion für die moderne Privatrechtsdogmatik ergebe.

Methodisch wegweisend ist dabei Ungers Unterscheidung zwischen römischen Rechtsregeln, die „in spezifisch juristischen Principien“ wurzeln und solchen, die „in nationalen und ethischen Überzeugungen ihr Fundament haben“<sup>64</sup>. Während die römische Rechtsordnung ethisch als ein System des „disciplinirten Egoismus“ beschrieben werden könne, sei der „Sittlichkeits- und Rechtsimperativ“ der Gegenwart des 19. Jahrhunderts sozial ausgerichtet<sup>65</sup> und laute: „Sorge für Andere wie für dich selbst! Wir müssen daher“, so setzt Unger fort, „zu den bekannten *tria praecepta juris* noch das vierte hinzufügen: *alii prodesse*“.<sup>66</sup> Ungers Hauptlinie besteht also darin, die römische Ablehnung als national bzw. ethisch begründet zu interpretieren und sodann unter Hinweis auf gewandelte ethische Anschauungen darüber hinweg zu gehen.

Möglicherweise an eine Äußerung Savignys anknüpfend<sup>67</sup> stellt Unger die Rechtswissenschaft vor die Alternative, entweder die Jurisprudenz „mit den Forderungen des Lebens“ in Einklang zu bringen oder aber bloß, wie Francis Bacon es ausgedrückt hatte, *in vinculis sermocinari*, sich also gleichsam „eingerkert zu unterhalten“.

Ungers reichhaltiges auch nach 1869 kontinuierlich fortgeführtes literarisches Oeuvre, vor allem aber auch seine rechtspolitisch ausgerichtete Tätigkeit u. a. bei den Reformen im Schadenersatzrecht, der Schaffung einer modernen ZPO und nicht zuletzt seine staatspolitische Wirksamkeit, die rein äußerlich in seiner Tätigkeit als Reichsratsabgeordneter und Mitglied des Herrenhauses, in seiner Ministertätigkeit als Sprechminister der Regierung Auersperg in den 1870er Jahren und in seiner Berufung zum Präsidenten des Reichsgerichtes plastisch zum Ausdruck kommt, böte noch ergiebiges Material zur Untermau-

<sup>62</sup> Vgl. den Beginn seiner Abhandlung (Unger, Die Verträge zu Gunsten Dritter, in: Jherings Jahrbücher 1869, 1 = Nachdruck in: Unger, Aufsätze und kleinere Monographien I, 2005, S. 367–475 [hier S. 367]): „Selbst ist der Mann! Dieses Fundamentalprincip männlicher Charakterstärke und selbstbewußter Thatkraft (...) hat kein Volk der Welt mit solch' eisener Consequenz und unbeugsamer Starrheit aufgestellt und durchgeführt als das römische (...). Jeder gestalte sein Leben durch eigene Kraft und Thätigkeit, Jeder schaffe sich seine Welt durch sich und für sich – das ist das spezifische Agens, das eigentliche Lebensprinzip der römischen Welt (...).“

<sup>63</sup> Unger, Jherings Jahrbücher 1869 (wie Fn. 62) S. 13 f.

<sup>64</sup> Unger, Jherings Jahrbücher 1869 (wie Fn. 62) S. 57.

<sup>65</sup> Zur Vielfalt der sozialen Topoi in den Privatrechtsdebatten des späten 19. Jahrhunderts siehe Tilman Repgen, Die soziale Aufgabe des Privatrechts, Tübingen 2001, bes. S. 50–122.

<sup>66</sup> Unger, Jherings Jahrbücher 1869 (wie Fn. 62) S. 56.

<sup>67</sup> Vgl. Friedrich Carl von Savigny, Vom Beruf unsrer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft, Heidelberg 1814, S. 111 ff.

erung der These, dass wir es bei ihm mit keinem Pandektisten in dem eingangs von Wieacker gezeichneten Sinne zu tun haben. Hier gäbe es noch viel Raum zu eingehenderer rechtshistorischer Bearbeitung, zu der meine heutigen Ausführungen nur als bescheidene Prolegomena anzusehen sind. Dass Unger ein höchst „politischer Professor“ war, jemand, der sich engagiert an rechtspolitischen Debatten beteiligte und auch politisch als Kämpfer für Konstitutionalismus und Rechtsstaatlichkeit in der Ära Franz-Josephs eine hervorragende Rolle einnahm, ist aufgrund seiner Biografie mehr als offensichtlich und soll hier nicht mehr näher ausgeführt werden.<sup>68</sup>

Worum es in diesem Vortrag ging, war, auch anhand der Schriften des jüngeren Unger, also noch bevor Rudolf von Jhering (1818–1892) nach Wien kam, um dann (in Jherings Wiener Zeit, 1868–1871) gemeinsam mit dem Strafrechtler und Rechtsphilosophen Julius Glaser (1831–1885) und Josef Unger das legendäre „glänzende Dreigestirn der Wiener Juristenfakultät“<sup>69</sup> zu bilden (das sich persönlich ebenso wie wissenschaftlich nahestand<sup>70</sup>), Ungers Zugang zum römischen Recht und seine dogmatischen Methoden anzusprechen.

Meine ursprüngliche Arbeitshypothese war dabei, dass sich Unger – ähnlich wie Jhering „von einem der strengen Logik und der Systembildung zugewandten Pandektisten“ zu einem „für die sozialen Fragen des späten 19. Jahrhunderts sensiblen, die Abwägung der schutzwürdigen Interessen bei der Lösung von Konflikten affirmativ behandelnden Rechtswissenschaftler“ gewandelt habe.<sup>71</sup> Unser Streifgang hat nun gezeigt, dass auch die Vorstellung von Unger als einem „der strengen Logik und Systembildung zugewandten Pandektisten“ nur mit der Maßgabe richtig ist, dass wir uns „den Pandektisten“ nicht allzu „lehrbuchhaft-pandektistisch“ vorstellen dürfen.

#### IV. Resümee

Wir kommen damit zu unserem vorläufigen Resümee zu Ungers Umgang mit dem römischen Recht und zu Stil und Methodik seiner Dogmatik. Ohne Ungers beeindruckender Gelehrsamkeit Unrecht zufügen zu wollen, ist der Wegbereiter der historischen Rechtsschule in Österreich wohl nicht als Romanist und Rechtshistoriker im engeren Sinn einzuordnen, sondern als ein rechtshistorisch und rechtsvergleichend interessierter, umfassend gebildeter Zivilist.

<sup>68</sup> Vgl. dazu *Franz-Stefan Meissel*, Joseph Unger. Der Jurist als „politischer Professor“, in: *Universität – Politik – Gesellschaft (650 Jahre Universität Wien – Aufbruch ins neue Jahrhundert, Bd. 2)*, hrsg. von Mitchell Ash und Josef Ehmer, Wien 2015, S. 209–216.

<sup>69</sup> *Jellinek*, *Ausgewählte Schriften*, S. 259–260.

<sup>70</sup> Ausführlich dazu *Losano*, *Briefwechsel Jherings* (wie Fn. 11) S. 7–56.

<sup>71</sup> *Meissel*, Unger (wie Fn. 68) S. 213.

Methodisch erscheint mir bereits der junge Unger pluralistisch-eklektisch, er zeigt sich als umfassend beleserter Kenner der historischen Rechtsschule, versteht diese aber nicht als eine Richtung, die exklusiv auf die Vergangenheit blickt, sondern als eine, die „kräftig für die Gegenwart“<sup>72</sup> (und – wie es auch sein Schüler Franz Klein so plakativ ausdrücken wird – „pro futuro!“) wirkt. In seiner dogmatischen Arbeit zeigt sich dabei eine frühe Wahlverwandtschaft mit jenem Jhering, der sich von der Konstruktionsjurisprudenz abgewendet hat; Unger sieht es als Aufgabe des Rechts, sachgerecht eine Balance individueller Interessen herzustellen und nimmt dafür Stellung, die Interessen insbesondere der Schwächeren zu schützen, um damit auch dem fremdnützigen Eintreten für andere den Weg zu bahnen.

Trotz seines starken rechtspolitischen Engagements ist er stets bemüht, die Grenze zwischen der *lex lata* und der *lex ferenda* zu respektieren und die eigenen Wertentscheidungen möglichst am positiven Recht zu verankern. Insofern erschien es mir nicht ganz falsch, ihn als einen frühen Exponenten einer methodischen Ausrichtung zu reklamieren, die später als Wertungsjurisprudenz die österreichische Rechtswissenschaft geprägt hat. Als liberaler Anhänger der Verfassungsstaatsidee ist Unger dabei vom Grundsatz her eher gesetzpositivistisch eingestellt, ohne aber eine exklusiv positivistische Rechtsidee zu verfolgen. Als Zivilrechtler ist Unger darüber hinaus stets bemüht um eine Theorie, die der Praxis entgegenkommt, wobei nochmals seine Sensibilität für soziale Fragestellungen hervorzuheben ist.

Politisch vielfach tätig, nicht nur rechtspolitisch, sondern auch staatspolitisch in höchsten Funktionen, stellte Josef Ungers Leben eine Symbiose dar zwischen der lehrenden und forschenden Vita des Rechtsgelehrten, der ständigen Teilnahme am politischen Diskurs als öffentlicher Intellektueller und dem politisch-praktischen Wirken als Parlamentarier und Verfassungsrichter. So vielseitig und differenziert konnte also ein Pandektist im 19. Jahrhundert sein!

---

<sup>72</sup> Unger, *Wissenschaftliche Behandlung* (1853) (wie Fn. 25) S. 18.

