

forum historiae iuris

Erste Internet-Zeitschrift für Rechtsgeschichte

<http://www.rewi.hu-berlin.de/FHI/>

Herausgegeben von:

Prof. Dr. Hans-Peter Benöhr (Berlin)
Prof. Dr. Christoph Paulus (Berlin)
Prof. Dr. Rainer Schröder (Berlin)
Prof. Dr. Albrecht Cordes (Frankfurt a. M.)
Prof. Dr. Mathias Schmoeckel (Bonn)
Prof. Dr. Franck Roumy (Paris)
Prof. Dr. Juan Sainz Guerra (Jaën)
Prof. Dr. Emanuele Conte (Rom)
Prof. Dr. Massimo Meccarelli (Jesi)
PD Dr. Michele Luminati (Zürich)
Dr. Fred G. Bär (Berlin)
Dr. Hans-Peter Haferkamp (Berlin)
Dr. Andreas Thier (München)
Dr. Hans-Georg Hermann (München)

Artikel vom 25. Oktober 2001

© 2001 fhi

Erstveröffentlichung

Zitiervorschlag:

<http://www.rewi.hu-berlin.de/FHI/zitat/0110bors.htm>

Marc Bors

Politik und Recht – Recht und Politik

Über das Verhältnis von Recht und Politik am Beispiel des Nichtehelehenrechts unter besonderer Berücksichtigung der Rechtsprechung zum Code civil in den rheinpreußischen Territorien 1

I. Einleitung

Im Jahre 1838 wandte sich ein berühmter Gelehrter an die Gesetzgeber seiner Zeit. Der Heidelberger Professor Karl Salomo Zachariae von Lingenthal¹ stellte in einer Abhandlung die grundsätzliche Frage, ob uneheliche Kinder Rechte gegen ihre Väter haben sollten und beantwortete sie mit nein.² Die Frage war nicht originell und Zachariaes Antwort wäre es auch dann nicht gewesen, hätte sie anders gelautet.³ Bemerkenswert ist Zachariaes Abhandlung aus einem anderen Grund. Der Professor betätigte sich nämlich als Rechtssoziologe *avant la lettre*. Dazu kam es, weil Zachariae auch prüfte, ob die Vaterschaftsklage „aus dem Standpunkte der Politik“ geboten sei. Liegt sie – so fragte sich Zachariae – „in dem Interesse des Staates“⁴? Konkret: Führt die Möglichkeit der Vaterschaftsklage zu einer geringeren Zahl nichtehelicher Geburten? Gibt es weniger Findelkinder?⁵ Gehen die Kindsmorde zurück? Allgemein: Wie verhält sich das Nichtehelehenrecht als Mittel der Politik zur Nichtehelehenheit als gesellschaftlichem Phänomen? Zachariae vertiefte sich in die verfügbaren Statistiken⁶ und gelangte zu der Erkenntnis, der Gesetzgeber könne auf dem Gebiet des Nichtehelehenrechts eigentlich machen, was er wolle - auf das „Übel“ der nichtehelichen Kinder habe er keinen Einfluß. „Uneheliche Kinder sind ohnehin dem Unglücke verfallen,“⁷ stellte der Gelehrte fest und gab den Gesetzgebern seiner Zeit deshalb - nicht resigniert, sondern nüchtern und keineswegs ‚rechtsunpolitisch‘ - zu bedenken: „Es giebt gewisse Übel, welche einen Staat gerade deswegen unabwendbar treffen, weil er in andern Beziehungen Fortschritte macht. Ein solches Übel ist ... die Vermehrung der Zahl der unehelichen Kinder, als eine Folge von der Zunahme der Volkszahl. Für die Beseitigung solcher Übel kann die Regierung unmittelbar wenig oder nichts thun.“⁸

Zachariaes empirisch fundierter Fatalismus konnte die Gesetzgeber des 19. Jahrhunderts nicht lähmen. Bekanntlich gehörte das Nichtehelehenrecht zu den Gebieten, auf denen die Gesetzgeber jener Zeit besonders fleißig waren.⁹ Wie kann man Zachariaes rechtspolitischen Mißerfolg erklären? War der Politik seine Studie entgangen? Trauten die Gesetzgeber den Statistiken des Professors nicht? Interpretierten sie die Zahlen anders? Vielleicht. Vielleicht gab es aber auch Gründe, die von vornherein ausschlossen, daß sich die Politik von Studien über die Wirksamkeit der Gesetze irritieren ließ. Diesen Gründen soll im folgenden

nachgegangen werden.

II. Politik und Recht

1. Das 19. Jahrhundert ist das Jahrhundert des Gesetzes¹⁰; es ist das Jahrhundert der Einheit von Politik und Recht, genauer: das Jahrhundert des Gesetzes als Gestaltungsmittel der Politik und damit das Zeitalter der Herrschaft von der Vorstellung eines hierarchischen Verhältnisses zwischen Politik und Recht. So mochten viele Menschen im 19. Jahrhundert ihr eigenes Zeitalter beurteilt haben. Diese Interpretation der eigenen Epoche ist auch durchaus nachvollziehbar, hält man sich vor Augen, wie gründlich sich die Gesetzgebung im 19. Jahrhundert als selbstverständliche Routineangelegenheit des Staatslebens durchgesetzt und wie produktiv der Gesetzgeber gearbeitet hat. Dabei ging es auch, aber nicht ausschließlich um die Befriedigung eines gesellschaftlichen Regelungsbedarfs. Je selbstverständlicher das Geschäft der Gesetzgebung nämlich wird, desto mehr gerät in Vergessenheit, daß der Erlaß von Gesetzen immer auch eine Selbstbestätigung des Steuerungsanspruchs der Politik darstellt. Die Entscheidung über die Geltung von Rechtsnormen enthält nicht nur eine Entscheidung über den Inhalt dieser Normen, sondern auch die Entscheidung über die Kompetenz des Entscheiders. Im Jahrhundert des Gesetzes demonstrierte die soziale Gruppe der maßgeblichen Politiker, daß sie das Recht ‚machte‘ - und nicht etwa die Professoren oder die Richter. Am ungehindertsten konnte sich der Anspruch der Herrschaft der Politik über das Recht wohl im öffentlichen Recht durchsetzen.¹¹ Hier fand der Gesetzgeber im 19. Jahrhundert freiere Räume, hier konnte er ungehinderter gestalten. Im Privatrecht, d.h. auf dem traditionellen Boden juristischer Dogmatik, waren die Gestaltungsspielräume der Politik kleiner. Die Verfasser des Allgemeinen Landrechts für die Preußischen Staaten von 1794 und des Code civil von 1804 konnten hier an vorhandenes, über Jahrhunderte tradiertes, hochentwickeltes Recht anknüpfen. Sie hatten dabei freilich auch keine andere Wahl, da durch politische Entscheidung bekanntlich alles Recht zwar änderbar ist, aber nicht alles auf einmal. Mit diesem Folgeproblem der Positivierung des Rechts arrangierte sich die Politik auf dem Gebiet des Privatrechts, indem sie lediglich punktuell den Anspruch auf Entscheidung über Rechtsinhalte demonstrierte. Dies geschah sowohl in Preußen als auch in Frankreich u.a. im Nichteheichenrecht. Hier brachen die Gesetzgeber in beiden Territorien radikal mit dem tradierten Recht. Zwar waren die beiden Gesetzgebungen auf diesem Gebiet inhaltlich sehr verschieden, es war aber kein Zufall, daß die Gesetzgeber sowohl in Preußen als auch in Frankreich gerade das Nichteheichenrecht umgestalteten. Die Voraussetzungen für ein solches Vorhaben waren günstig: Die unmittelbar Betroffenen stellten nämlich keine gesellschaftlich einflußreiche Gruppe dar; zu einem guten Teil gehörten sie der sozialen Unterschicht an.¹² Weiter konnte das Nichteheichenrecht grundlegend reformiert werden, ohne damit dogmatisch unüberblickbare Folgeprobleme für das übrige (Privat-) Rechtssystem auszulösen. Und schließlich war das Thema Nichteheichkeit auch ideologisch attraktiv. Es bot wie kaum ein anderes Rechtsgebiet dem Gesetzgeber eine Bühne, auf der er sich in einem moralischen Kostüm in Szene setzen konnte. Die Kostüme unterschieden sich freilich in Preußen und Frankreich. Der aufgeklärte Absolutismus hatte im ALR ein Nichteheichenrecht geschaffen, das die nichteheichen Kinder und die ledigen Mütter schützte, nicht zuletzt um das Delikt des Kindsmords an seiner sozialen Wurzel zu bekämpfen.¹³ Deshalb war die Vaterschaftsklage in Preußen nicht nur zulässig,¹⁴ das ALR bestimmte sogar, daß mehrere

mögliche Väter solidarisch auf Alimentation ihres möglichen Kindes haften sollten.¹⁵ Ganz anders im Code civil.¹⁶ Hier galt der Grundsatz von Art. 340: „La recherche de la paternité est interdite“¹⁷. Durch dieses Verbot der Vaterschaftsklagen wollte der bürgerliche Gesetzgeber die Ruhe der Familien schützen, die früher angeblich durch skandalöse Unterhaltsprozesse gestört worden sei.¹⁸

2. Aus rechtshistorischer Sicht kann nicht behauptet werden, daß es existierende gesellschaftliche Mißstände waren, die den preußischen oder französischen Gesetzgeber zu ihrer Regelung veranlaßt haben. In Preußen ist am Ende des 18. Jahrhunderts eine Zunahme der Kindsmorde nicht belegbar¹⁹, und in Frankreich entzieht sich das gesetzgeberische Motiv der Bekämpfung der Vaterschaftsprozesse als einem „fléau de la société“²⁰ von vornherein der Möglichkeit der empirischen Kontrolle. Die maßgeblichen Änderungen lagen vielmehr im Blick des Gesetzgebers auf das Nichteheichenrecht. Dazu gehörte nicht zuletzt die praktische Betätigung des Anspruchs der Politik auf Gestaltung privatrechtlicher Materien.²¹ Er setzte sich in Preußen nochmals im Jahre 1854 durch. Diesmal ging es um die Beseitigung des aufklärerischen Nichteheichenrechts.²² Das Argument der Bekämpfung von Kindsmorden war sechzig Jahre später aus der Mode gekommen.²³ Dafür wurde jetzt, wie zuvor in Frankreich, die Rechtsstellung der ledigen Kinder beschränkt, um den „Friede[n] und das Glück vieler Familien“ zu schützen^{24, 25}.

3. Die Neugestaltungen des Nichteheichenrechts in Frankreich und in Preußen könnte man als Reaktionen des Gesetzgebers auf einen Wertewandel in der Gesellschaft deuten.²⁶ Aber Werte wandeln sich in der Gesellschaft ständig und auf allen Gebieten. Wie kann man sich erklären, daß gerade das Nichteheichenrecht der besondere Gegenstand der Bemühungen des Gesetzgebers gewesen ist? Die Antwort liegt im Verhältnis von Politik und Recht. Die Reformen erfolgten nicht, weil sich die Werte auf dem Gebiet des Nichteheichenrechts besonders schnell gewandelt haben, und schon gar nicht, weil das 19. Jahrhundert das Jahrhundert der nichtehelichen Kinder gewesen ist; das 19. Jahrhundert war das Jahrhundert des Gesetzes und das Nichteheichenrecht stellte ein vorzüglicher Ansatzpunkt für die Politik dar, um zu zeigen, wie sie sich des Gestaltungsmittels des Rechts bediente.²⁷

III. Recht und Politik

1. Wenn das 19. Jahrhundert das Jahrhundert des Gesetzes und damit der Gesetzgeber gewesen sein soll, dann muß es auch das Jahrhundert der Gesetzesinterpretation und damit (in erster Linie) der Richter gewesen sein. Da Auslegung von Texten nichts anderes als Produktion neuer Texte an Hand alter ist²⁸, konnten die Anwender des Gesetzes im 19. Jahrhundert nicht weniger produktiv sein als die Gesetzgeber. Nur wo das Verhältnis zwischen Politik und Recht nicht vom Verhältnis zwischen Recht und Politik unterschieden wurde, konnte dieser konjunkturelle Zusammenhang zwischen Zunahme der Gesetzestexte und Zunahme der Gesetzesinterpretationstexte irritieren. Ein bekanntes Beispiel ist Napoleons Reaktion auf das Erscheinen des ersten Kommentars zu ‚seinem‘ Gesetzbuch.²⁹ „Mon Code est perdu!“ soll der Kaiser bestürzt festgestellt haben.³⁰ Mit diesem Kommentar eines Kommentars formulierte Napoleon die (theoretische) Einsicht eines Gesetzgebers, daß die Herrschaft über die Interpretation von Texten ganz andere Strategien erfordert als die

Produktion dieser Texte.³¹

2. Gehen wir im folgenden der Produktion der Rechtsanwender nach und richten wir unser Augenmerk auf die Rolle der Politik in der Rechtsprechung. Dies soll vor allem am Beispiel der Rechtsprechung zum Nichtehelehenrecht des Code civil in den linksrheinischen Territorien Preußens geschehen. In diesen Gebieten, die auf dem Wiener Kongreß Preußen zugesprochen worden waren, hatte der Code civil in der französischen Originalfassung bis zum Inkrafttreten des BGB am 1. Januar 1900 gegolten.³² 8

Nach französischem Recht war deshalb auch ein Sachverhalt zu beurteilen, der sich im Frühjahr 1889 in der Gegend von Koblenz zugetragen hatte.³³ Ein Bauer hatte ein außereheliches Verhältnis mit einer ledigen Frau. Bei dieser handelte es sich um Maria Schmidt, die wegen Geistesschwäche entmündigt worden war. Sie wurde schwanger und bekam ein Kind. Der Vormund der Frau klagte gegen den Bauer und forderte von ihm Unterhalt für das nichteheliche Kind. Der Beklagte bestritt seine Vaterschaft und beantragte, die Klage abzuweisen, weil der Code civil eine Vaterschaftsklage verbiete. Der Wortlaut des Gesetzes mochte in diesem Fall eindeutig sein - die Rechtslage war es aber nicht. Weshalb? 9

Die Rechtsprechung zum Code civil hatte das strikte Verbot der Vaterschaftsklage relativiert und der ledigen Mutter Schadensersatz gegen den Vater in bestimmten Fällen zugesprochen.³⁴ Dies geschah zum Beispiel dann, wenn ein Mann eine geistig behinderte Frau verführt hatte. Der Vormund von Maria Schmidt argumentierte vor dem Oberlandesgericht Köln mit Präjudizien aus dieser Fallgruppe. Allerdings handelte es sich dabei ausschließlich um Fälle aus der Praxis französischer Gerichte. Das war an und für sich kein Problem. Richter in Trier, Köln oder Aachen hatten seit langem die zivilrechtliche Judikatur ihrer französischen Kollegen aufmerksam verfolgt und viele ihrer Urteile belegen, daß man aus Frankreich nicht nur Rotwein und Käse, sondern auch das eine oder andere juristische Argument importierte.³⁵ Auf dieser Importliste fehlte jedoch bis Ende der 80er Jahre die französische Praxis zur Entschädigung lediger Mütter in Ausnahmefällen. Der Grund war einfach. Beim Importeur fehlte die Nachfrage: die entsprechenden Fallkonstellationen hatten sich rheinpreußischen Richtern bisher nicht präsentiert.³⁶ Das änderte sich mit dem Fall von Maria Schmidt im Jahre 1889. Erstmals mußten rheinpreußische Richter zu der französischen Judikatur Stellung nehmen, in der der ledigen Mutter trotz des Art. 340 Cc ausnahmsweise doch ein Anspruch gegen ihren Schwängerer gegeben wurde. Diese Praxis verwarfen die deutschen Richter und wiesen Maria Schmidts Klage ab. 10

3. Bleiben wir bei dieser unterschiedlichen Interpretation, die Art. 340 Cc in den Händen französischer und rheinpreußischer Richter erfahren hat. Interpretieren wir die Richterinterpretationen, um eine Aussage über das Verhältnis von Recht und Politik am konkreten Beispiel zu machen. 11

Wie kann die unterschiedliche Praxis der französischen und rheinpreußischen Gerichte erklärt werden? Ein hoher deutscher Richter³⁷ hatte die französische Praxis zu Art. 340 Cc einige Jahre bevor das Urteil im Maria Schmidt-Fall ergangen war mit einem angeblichen „Zerfall der Sittlichkeit in Frankreich“³⁸ in Zusammenhang gebracht. Da das französische Gesetz dem 12

Verführer „einen Freibrief ... für sein schändliches Treiben“ ausgestellt habe, hätten sich die französischen Richter zum Einschreiten gezwungen gesehen und seien mit ihrer Rechtsprechung zu Art. 340 Cc als „Schützer der Tugend“³⁹ aufgetreten. Dies sei aber in Deutschland nicht nötig gewesen, weil in diesem Land „glücklicher Weise ein viel strengerer... Begriff... von Sittlichkeit“ herrsche. Ob die unterschiedliche Auslegung des Art. 340 Cc, die seit 1891 an französischen und deutschen Gerichten praktiziert wurde, mit Unterschieden in der sittlichen Verfassung der Bevölkerung in den beiden Ländern zu erklären ist, muß allerdings (nicht nur aus französischer Sicht) bezweifelt werden.

Einen anderen Erklärungsansatz bot Josef Kohler.⁴⁰ Der deutsche Professor, ein renommierter Spezialist für alles und besonders für Rechtsvergleichung⁴¹, argumentierte nicht weniger nationalistisch, aber wissenschaftlicher. Kohler hatte einige Jahre vor der Entscheidung des Maria Schmidt-Falles einen allgemeinen Vergleich zwischen der französischen und der deutschen Rechtsprechung vorgelegt und dabei auch auf Unterschiede hingewiesen, die kurze Zeit später beim Vergleich zwischen der französischen und der deutschen Praxis zu Art. 340 Cc hervortreten sollten. Kohler erklärte diese Unterschiede mit den Besonderheiten der Nationalcharakteren der Richter: so glaubte er bei seinen „romanischen und englischen Nachbarn“ eine „im höchsten Grade entwickelt[e]“ „instinktive Tätigkeit des Richters“⁴² erkennen zu können, während sich in diesem Punkt an deutschen Gerichten ein Trauerspiel präsentierte. Die Deutschen seien nämlich Opfer ihres „grübelnden Sinn[es]“⁴³ und ihrer übertriebenen Wissenschaftlichkeit geworden. Sie hätten „die Berechtigung des Richters zur Rechtsschöpfung ... wissenschaftlich verworfen“ und deshalb sei in der deutschen Praxis „das Lied von der *lex ferenda sed nondum lata* ... von allen Seiten [zu] vernehmen.“⁴⁴ Wendet man diese Beobachtung auf die unterschiedliche Rechtsprechung der französischen und deutschen Gerichte zu Art. 340 Cc. an, so scheint sich die Praxis der Franzosen mit dem intuitiven und schöpferischen Umgang der Richter und diejenige der Deutschen mit dem doktrinären Kleben am Wortlaut des Gesetzes zu erklären, kurz: Entscheidend für die Unterschiede zwischen der französischen und deutschen Praxis sollen nach Kohler Verschiedenheiten der nationalen Richter-Mentalitäten gewesen sein, die letztlich zu unterschiedlichen Vorstellungen von der Methode der richterlichen Rechtsanwendung geführt hätten.

13

4. Die Rechtsgeschichte des 20. Jahrhunderts ist, sofern sie sich mit unserem Gegenstand befaßt, über Kohlers Erklärung nicht hinausgekommen.⁴⁵ Das ist auch nicht erstaunlich, sondern die Folge einer Blindheit, die immer dann eintreten muß, wenn ein Rechtshistoriker von denselben methodischen Prämissen ausgeht, wie die historischen Akteure, die er beobachtet. Machen wir es anders, knüpfen wir an eine Erkenntnis der heutigen Theorie der juristischen Methode an, und gehen wir davon aus, daß methodische Vorgaben beim Umgang mit Normtexten in Zuge der sogenannten Rechtsanwendung die Ergebnisse dieses Vorgangs, also Aussagen über Norminhalte, nicht bestimmen können.⁴⁶ Daraus folgt nicht nur, daß mit dem Befund der Anwendung einer unterschiedlichen Methode auch keine abweichende Praxis erklärt werden kann. Die Erkenntnis, daß keine Methode einen bestimmten Normsinn jenseits vom Auslegungshorizont des Norminterpretieren fixieren kann, schafft auch Klarheit über die Fruchtbarkeit von Fragestellungen, die sich auf historische Vorgänge der Normanwendung beziehen. Konstatiert man nämlich als Rechtshistoriker eine „enge“ oder „freie Bindung“ von

14

Richtern an den Normtext, so entwickelt man damit eine unlösbare (aber nicht uninteressante⁴⁷) Fragestellung, weil man ein Urteil über die Freiheit einer Norminterpretation nur geben kann, wenn man davon ausgeht, es gäbe einen feststehenden Sinn eines Normtextes und man könne ihn mit dem Ergebnis der richterlichen Interpretation unter dem Kriterium von Freiheit oder Bindung vergleichen.

Beobachten wir aber, was wir beobachten können. Dazu gehören in erster Linie Texte, die von Richtern verfaßt worden sind, um Urteile zu begründen. Diese Texte sollen uns als Quellen über die richterliche Verarbeitung von bestimmten externen Erwartungen an die richterliche Tätigkeit interessieren.⁴⁸ Sofern diese externen Erwartungen das Verhältnis von Rechtsprechung und Gesetz betreffen, so stellen diese Texte Quellen zur richterlichen Reflexion über das Verhältnis von Recht und Politik dar. 15

5. In Urteilen französischer Richter kommen allgemeine Aussagen über die Rolle des Richters - wenn überhaupt - nur indirekt vor. Diese Quellenlage ist Folge der in Frankreich unumstrittenen Herrschaft des Dogmas von der Unterordnung des Richters unter das Gesetz. Dabei handelte es sich selbstverständlich um eine Bestimmung des Verhältnisses zwischen Politik und Recht aus politischer Sicht. Mit der Euphorie der Revolutionäre für das Gesetz als Instrument zur Gestaltung der Gesellschaft korrelierte ihre Verachtung gegenüber den Richtern und ihrem Metier. Robespierre plädierte dafür, die Rechtsprechung („jurisprudence“) auf die ‚Sprachguillotine‘ zu befördern und schlug in der Sitzung der Assemblée constituante vom 18. November 1790 vor, den Ausdruck „Rechtsprechung der Gerichte“ aus der französischen Sprache zu tilgen.⁴⁹ Bei allem revolutionären Disput war man sich in allen Phasen der großen Umwälzungen seit 1789 einig: Die Richter sollten sich auf die mechanische Anwendung des Gesetzestextes beschränken. Die historisch verdächtige⁵⁰ Richterschaft wurde mit schweren methodischen Ketten an den Wortlaut des Gesetzes gebunden und sollte fortan die subalterne Existenz einer untergeordneten Funktion der Legislative fristen.⁵¹ Auch der französischen Rechtswissenschaft wurde keine originellere Rolle zugewiesen. Das Programm der Ecole de l'exégèse, die über große Teile des 19. Jahrhunderts die Wissenschaft vom Zivilrecht bestimmt hatte, kann mit dem Satz „Tout le droit civil est dans le Code civil“ auf den Punkt gebracht werden.⁵² Im Schatten der Sonne des revolutionären Gesetzes blieben für die Doktrin und die Rechtsprechung nur die kümmerlichen Rollen zweier entmündigter Schwestern.⁵³ Dieses normative Bild von der untergeordneten, strikt an das Gesetz gebundenen richterlichen Gewalt hat sich in Frankreich im Grunde bis in die Gegenwart behauptet.⁵⁴ Es verdankt seine Kontinuität der Tatsache, daß das französische Bürgertum nach 1789 Einfluß auf die staatliche Gesetzgebung gewonnen und - aller späteren konstitutionellen Veränderungen zum Trotz - behalten hat. Seither konnte die Vorstellung von der richterlichen Bindung an das Gesetz den Gedanken der Bindung des Richters an die im Gesetzgebungsverfahren siegreichen gesellschaftlichen Interessen enthalten - eine auf die Vorstellung des Primates des Gesetzes gegründete Loyalitätspflicht des Richters, deren Befolgung die Politik bis zum heutigen Tage zu erwarten pflegt.⁵⁵ 16

6. Die Rechtsprechung der französischen Gerichte zu Art. 340 Cc ist ein gutes Beispiel für den richterlichen Umgang mit dem Gesetzesbindungsdogma unter den beschriebenen französischen Verhältnissen. Will man diese Praxis kurz zusammenfassen, so kann man 17

sagen: Die Richter taten nicht, was sie sagten, sie sagten nicht, was sie taten - und erfüllten damit alle Erwartungen.

Wie sah die französische Praxis zu Art. 340 Abs. 1 Cc aus? Dieser „berühmte Artikel“⁵⁶ schnitt den nichtehelichen Kindern die Möglichkeit einer Vaterschaftsklage bekanntlich ab. Wie bereits angedeutet, anerkannten aber seit 1845⁵⁷ die französischen Gerichte gleichwohl in konstanter Rechtsprechung einen Anspruch der ledigen Mütter gegen ihre Schwängerer. Dabei handelte es sich um einen deliktischen Anspruch, gestützt auf die Generalklausel des Art. 1382 Cc.⁵⁸ Um von einem Verschulden des unehelichen Vaters im Sinne dieses Artikels sprechen zu können, verlangten die französischen Gerichte, daß die ledige Mutter vom Beklagten in bestimmter Weise verführt worden sei, zum Beispiel durch Ausnutzen einer besonderen Schwäche der Frau.⁵⁹ 18

Die französischen Richter waren mit Hinweisen zu ihrer Methode, die sie zu diesem Auslegungsergebnis geführt hatte, ausgesprochen sparsam. Sie begnügten sich mit der nüchternen Feststellung, daß ihre Praxis nichts als die Anwendung des Gesetzes darstelle.⁶⁰ Auf die Frage, ob der Anspruch der ledigen Mutter aus Art. 1382 nicht eine „violation de l’art. 340 C. civ.“ darstelle, lautete die knappe Antwort: „La négative est généralement admise.“⁶¹ Begründet wurde die Auffassung von der gesetzestreuen Anwendung des Code civil mit dem nachdrücklichen Hinweis, daß durch diese Rechtsprechung nur die Mutter, nicht aber das uneheliche Kind Ansprüche gegen den Vater erwerbe.⁶² Im Ergebnis hob die Praxis der französischen Gerichte das gesetzliche Verbot der Erforschung der Vaterschaft indirekt und teilweise auf. Von den Motiven des Gesetzgebers⁶³ ließen sich die Richter dabei nicht irritieren. Im Gegenteil: sie führten mit ihrer Rechtsprechung die uneheliche Vaterschaft als Beweisgegenstand wieder ein und stellten mit einem Seitenblick auf die Argumente, die seiner Zeit zu Art. 340 Cc geführt hatten, nur fest, daß eine Rechtsordnung, die die Vaterschaftsklage kenne, „nicht die geringste Gefahr für die öffentliche Moral und die Ehre der Familien“ bedeute.⁶⁴ 19

Mit dieser Rechtsprechung erfüllten die Richter, so das Urteil in der Literatur, die an die Justiz gerichtete Erwartung einer gerechten, unbillige Härten des Gesetzes ausgleichenden Praxis⁶⁵. Für die Richter hatte bei der Anwendung des Code civil offensichtlich die Bindung an zeitgemäße gesellschaftliche Interessen Priorität vor der Vorstellung einer unbedingten Bindung an den Wortlaut des Gesetzes.⁶⁶ Sie arbeiteten mit ihrer Praxis dem Gesetzgeber vor, der im Jahre 1912 den Art. 340 Cc abschaffte und durch eine Bestimmung ersetzte, die sich eng an ihrer Rechtsprechung orientierte.⁶⁷ 20

Diese Rechtsprechung zeigt, wie das politische Gesetzesbindungspostulat mit der Unabhängigkeit des Normtextinterpretieren vereinbart werden kann: Weicht die richterliche Interpretation des gesellschaftlich Gebotenen von der politischen Interpretation nicht wesentlich ab, so kann die Politik mit der richterlichen Mißachtung des Gesetzesbindungsdogmas genauso gut leben, wie die Richter mit dem Insistieren der Politik auf diesem Dogma. 21

7. Wie bereits erwähnt, sahen die deutschen Richter, die Art. 340 Cc anwendeten - also die Richter in Rheinpreußen und später auch am Reichsgericht - die Dinge nicht so wie ihre 22

französischen Kollegen. Als das Oberlandesgericht Köln im Jahre 1891 die Abweisung von Maria Schmidts Klage begründete, stimmten die Richter das von Josef Kohler einige Jahre zuvor beklagte „Lied von der *lex ferenda sed nondum lata*“⁶⁸ an. Die Richter räumten nämlich einerseits mit Nachdruck ein, daß sie Art. 340 Cc für unzeitgemäß hielten und „die legislativ beachtlichen Gründe für die Abänderung des ... [Art. 340 Cc] nicht verkannt werden“ dürften. Andererseits handle es sich aber bei dem Verbot der Vaterschaftsklage nun einmal um eine „streng positive, auf Gründen des öffentlichen Interesses beruhende zwingende Vorschrift“. Dies ergebe sich „aus der Entstehungsgeschichte der in Rede stehenden Gesetzesstelle“. Da kein Richter berechtigt sei, bestehende Gesetze außer Kraft zu setzen, stelle die französische Praxis zu den Art. 340 und 1382 Cc eine „unstatthafte Umgehung des Gesetzes“ dar.⁶⁹

Diesem Auslegungsergebnis und dem damit verbundenen methodischen Standpunkt der rheinpreußischen Richter schloß sich kurze Zeit später das Reichsgericht an.⁷⁰ Bis Mitte der 80er Jahre waren die Richter in Leipzig der französischen Praxis zu Art. 340 Cc gefolgt, hatten dabei aber immer nur Fälle entschieden, in denen es um Schwängerung und anschließenden Rücktritt vom Verlöbniß gegangen war.⁷¹ 23

8. Auf den ersten Blick mag diese Selbstdarstellung der deutschen Richter überraschen. Sie gaben sich gefesselt an die Politik, das heißt an die Motive des französischen Gesetzgebers und an den Wortlaut seines im Jahre 1804 erlassenen Gesetzes. Während die französische Praxis zu den Art. 340 und 1382 Cc die „*puissance de juger*“ alles andere als „*invisible et nulle*“ erscheinen ließ, hat man in Deutschland den Eindruck, als präsentierten sich die Richter in der Rolle einer *bouche prussienne* „*qui prononce les paroles de la loi*“ française.⁷² Überraschen mag diese Argumentation deshalb, weil sich in Deutschland seit der Gründung des Reiches die politischen Rahmenbedingungen, innerhalb derer die Vorstellungen von der Funktion der strikten richterlichen Bindung an das Gesetz entwickelt worden waren, grundlegend geändert hatten.⁷³ Solange das deutsche Bürgertum im 19. Jahrhundert noch weitgehend von Einflußmöglichkeiten auf die Politik und damit auch auf die Gesetzgebung abgeschnitten war⁷⁴, war dem Gesetzesbindungsdogma eine politikbeschränkende Funktion zugekommen: Die bürgerlichen Verfechter der Vorstellung eines strikt an das Gesetz gebundenen Richters wollten für die Obrigkeit eine unabhängige, die bürgerliche Autonomie schützende Justiz akzeptabel machen, indem sie den Richter als eine bloß mechanisch subsumierende und damit gänzlich unpolitische Figur darstellten.⁷⁵ Gegen Ende des 19. Jahrhunderts hatte sich diese Funktion der Methode der richterlichen Rechtsanwendung aber weitgehend überlebt. Vor dem Hintergrund zunehmender politischer Einflußmöglichkeiten des Bürgertums stellten sich auch veränderte Vorstellungen vom Verhältnis zwischen Gesetzgeber, Gesetz und Rechtsanwendung ein. Aber obschon sich die politischen Verhältnisse in Deutschland und in Frankreich unter dem Gesichtspunkt der Parlamentarisierung anglichen⁷⁶ und obgleich in beiden Rechtskulturen ähnliche methodische Prinzipien der richterlichen Rechtsanwendung in der Form des Gesetzesbindungsdogmas galten, war die Art, wie sich die Richter in den beiden Ländern mit diesen Prinzipien arrangierten, sehr unterschiedlich. Wie gesehen, erwiesen sich in Frankreich die Richter unter der Herrschaft des Gesetzesbindungsdogmas als ausgesprochen schöpferisch. In Deutschland waren die Richter zwar nicht weniger kreativ⁷⁷, aber sie sahen sich im Zuge der Veränderung 24

der politischen Verhältnisse mit neuen Erwartungen konfrontiert, die in veränderten methodischen Konzepten vorgetragen wurden. Die Rede ist vom sogenannten Richterrecht.⁷⁸ Seine Stunde schlug in Deutschland in dem Moment, da die staatliche Funktion der Rechtssprechung genauso wie diejenige der Gesetzgebung als institutionalisierte Möglichkeit zur Realisierung bürgerlicher Interessen erkannt wurde.

9. Die im letzten Viertel des 19. Jahrhunderts aufkommenden Richterrechtstheorien stellten weniger konsistente Lehrgebäude als eine facettenreiche Strömung dar, in deren Mittelpunkt bestimmte Vorstellungen über die Entstehung von Recht standen. Danach war die Rechtsproduktion nicht ausschließlich Sache des Gesetzgebers, sondern auch Angelegenheit des (praktischen) Juristen. Zu den wichtigsten Vertretern des Richterrechts gehörte der Leipziger Professor Oskar Bülow.⁷⁹ Er sah im Richterspruch eine Rechtsquelle und im Richter einen Akteur, der Staatsgewalt ausübte. Dies geschehe, so Bülow, nicht durch die richterliche Usurpation einer Funktion, die diesem eigentlich gar nicht zustehe. Vielmehr handle es sich bei dem Verhältnis zwischen Gesetzgeber und Richter um eine unumgängliche Kooperation zweier Staatsgewalten, weil bei der „Herstellung einer wirklichen Rechtsordnung“ „der rechtsordnende Wille“ des Gesetzgebers erst in der richterlichen Tätigkeit seine Vollendung finden könne.⁸⁰ 25

Die Richterrechtstheorien waren freilich nicht Ausdruck einer neuen Praxis, sondern eine Neufassung der Theorie der Praxis. Als solche formulierten sie bestimmte Erwartungen an den Richter. Diese hoben die politische Verantwortung des Richters als Kollaborateur des Gesetzgebers hervor und muteten damit dem Richter deshalb viel zu, weil mit der vordergründig bloß analysierenden Feststellung eines maßgeblichen richterlichen Einflusses bei der „Herstellung einer wirklichen Rechtsordnung“ im Grunde auch ein Anspruch auf Mitwirkung der Rechtssprechung bei der Fortbildung des Rechts verbunden war und auf diese Weise Justiz und Politik in der richterlichen Funktion normativ verkoppelt wurden. Hätten sich die Richter auf diese Forderungen eingelassen, so hätten sie sich auch einer Vielzahl grundlegender Folgeprobleme, die mit der politischen Verantwortung der Rechtssprechung in Zusammenhang stehen, stellen müssen. Dazu hätte nicht nur der Umgang mit politisch (und eben nicht mehr nur rechtlich) orientierten Ansprüchen der Rechtssuchenden gehört, sondern auch ein Überdenken der Funktion der richterlichen Unabhängigkeit unter den veränderten politischen Verhältnissen. 26

10. Das Beispiel der rheinpreußischen und reichsgerichtlichen Judikatur zu Art. 340 Cc macht deutlich, wie sich die Richter unmittelbar nach dem Aufkommen der Richterrechtstheorien dieser 'politischen Umarmung' entzogen haben. Als die Richterrechtstheorien aufkamen, war die Zeit offensichtlich nicht reif. Das war nicht nur die Folge eines richterlichen Konservatismus, der dazu führte, daß sich die Richter weiterhin an der verdienstvollen, aber antiquierten ‚liberal-rechtsstaatlichen‘ Richterrolle orientierten, in der die richterliche Unabhängigkeit noch als Bollwerk gegen willkürliche Kabinettsjustiz absoluter Fürsten interpretiert worden war und die mit Hilfe des Gesetzesbindungsdogmas politische Argumente neutralisierte. Die Absage der Richter an die Richterrechtstheorien war auch darin begründet, daß diese Theorien zwar eine neue Richterrolle propagierten, sie aber nicht in eine neue, übergeordnete politische Theorie integrierten. Es blieb im wesentlichen bei evidenten 27

Apercus, wie sie etwa Bülow vorgetragen hatte, und die Rechtsprechungsgeschichte des 20. Jahrhunderts zeigt, daß es auch unter den politischen Bedingungen einer parlamentarisch-demokratischen Gesellschaft im wesentlichen dabei geblieben ist. Zur Abwehr der Zumutungen der Richterrechtstheorien beriefen sich die Richter auf das scheinbar veraltete, aber im Grunde zeitlose Gesetzesbindungsdogma.⁸¹ Ausdrücklich lehnten sie „eine schöpferische Kraft der Jurisprudenz“⁸² ab, erinnerten an die Motive der französischen Gesetzesredaktoren⁸³ und unterstrichen, „das Gesetz in dem Sinne anwenden zu müssen, wie es gegeben ist, und wie es zur Zeit noch zu Recht besteht“⁸⁴. Daß sich hinter dieser Huldigung von Wortlaut des Gesetzes und Wille des Gesetzgebers eine Affinität der deutschen Richter für das napoleonische Nichteheichen-Modell⁸⁵ verborgen hätte, ist unwahrscheinlich. Ausdrücklich wiesen die Richter ja darauf hin, daß sie die Regelung des Art. 340 Cc inhaltlich ablehnten.⁸⁶ Im übrigen stand zu dem Zeitpunkt, da sich die Richter noch auf den historischen Willen des französischen Gesetzgebers fixierten, bereits fest, daß sich im BGB ein Verbot der Vaterschaftsklage nicht mehr finden würde. Dies war am Ende des 19. Jahrhunderts auch in der Richterschaft unumstritten.⁸⁷ Es ging den deutschen Richtern bei ihrer Berufung auf die Motive des Code civil nicht um die Motive des französischen Gesetzgebers, also um den Schutz der Familien vor Vaterschaftsklagen oder um bürgerliche Moralvorstellungen.⁸⁸ Vielmehr galt es, an einem prominenten Beispiel zu verdeutlichen, daß man die Zumutung einer Justiztheorie, die den Richter offen als Rechtsquelle in Anspruch nahm, nicht akzeptieren wollte. Um dies deutlich zu machen, bot sich die Interpretation zu Art. 340 Cc an: Weil die schöpferische Auslegung der französischen Gerichte zu dieser Bestimmung berühmt war, konnten die deutschen Richter mit ihrer abweichenden Auslegung von Art. 340 Cc ein effektvolles ‚Methodenexempel‘ statuieren und ihren französischen Kollegen „eine unstatthafte Umgehung des Gesetzes“⁸⁹ vorwerfen.⁹⁰

Der Unterschied zwischen der französischen und der deutschen Praxis zu Art. 340 Cc lag also nicht in unterschiedlichen, allgemeinen gesellschaftlichen Erwartungen begründet, mit denen die Justiz in den beiden Ländern umgehen mußte. Wie gesehen, sind ja auch insofern keine wesentlichen, aus solchen unterschiedlichen Erwartungen resultierenden, methodischen Unterschiede feststellbar: Sowohl die französischen als auch die deutschen Richter bedienten in ihren Urteilsbegründungen das Gesetzesbindungsdogma. In Deutschland wurde die Justiz in den letzten Jahrzehnten des 19. Jahrhunderts ebenso wie in Frankreich als Bestandteil einer einheitlichen Staatsgewalt gedacht. Als solche kam ihr auch eine politische Funktion zu. Der in diesem Zusammenhang entscheidende Unterschied zwischen den beiden Rechtskulturen bestand aber darin, daß sich in Frankreich die Richter seit der Revolution in der Rolle der dem Gesetzgeber untergeordneten, aber gleichwohl stillwirkenden Rechtsfortbilder geübt hatten, während sich in den deutschen Territorien und im Reich seit 1871 der Übergang von dem älteren, tendenziell apolitischen Richterbild zu dem jüngeren, tendenziell politischen Richterbild in zwar kurzer Zeit, aber nicht unter revolutionären Bedingungen vollzog. Die deutschen Richterrechtstheorien hoben die politische Funktion der Rechtsprechung hervor und schufen damit besondere Erwartungen, die in Frankreich in dieser Weise nicht formuliert wurden, obschon die französischen Richter diese, von den Richterrechtstheorien geforderte politische Funktion schon lange wahrnahmen. Zu tun, was auch andere unausgesprochen tun, ist bekanntlich das eine. Es dabei aber auch noch ausdrücklich zu bekennen, ist etwas ganz anderes. Auf die von den Richterrechtstheorien hervorgerufenen (politischen) Erwartungen

ließen sich die deutschen Richter nicht ein. Vielmehr lehnten sie ausdrücklich die „schöpferische Kraft der Jurisprudenz“ ab und stilisierten sich selbst pointiert als reine Rechtsanwender. Der justizpolitischen Zumutung des Richterrechts entzogen sich die Richter, indem sie sich auf die alte politische Vorstellung vom Richter als neutralem Instrument des Gesetzgebers zurückzogen. Damit instrumentalisierten sie die eine politische Vorstellung, um sich der anderen zu entziehen. Im Gegensatz zu dem, was die richterliche Selbstdarstellung vermuten ließ, erwiesen sich die Richter im Ergebnis als flexibel. Sie machten damit deutlich, wie richterliches Handeln auf (justiz-) politische Erwartungen ausgerichtet ist, um diesen Erwartungen eine eigene Richtung zu geben - eine Illustration des Verhältnisses zwischen Recht und Politik, das nach Luhmann „nicht dasjenige von siamesischen Zwillingen [ist], die sich nur zusammen bewegen können, sondern eher das von Billardkugeln, die einander zwar häufig gezielt anstoßen, aber eben deshalb getrennte Wege rollen.“⁹¹

IV. Schluß

Damit stellt sich ein gemeinsamer Punkt heraus, den das soziale Phänomen der Nichtehelichkeit im 19. Jahrhundert sowohl in der politischen (gesetzgeberischen) als auch in der rechtlichen (richterlichen) Betrachtung auszeichnet. Auf der Grundlage der hier untersuchten Quellen kann man feststellen, daß in beiden Bereichen Fragen, die mit nichtehelichen Kindern und ihren Müttern zusammenhingen, Anstöße zur Formulierung der Autonomie der jeweiligen Bereiche auslösten: Genauso wie der Gesetzgeber auf dem Gebiet des Nichtehelichenrechts auch deshalb aktiv war, weil er sich seiner privatrechtlichen Gestaltungskraft vergewissern wollte, so benutzten die Richter (von denen hier die Rede war) die Beurteilung von Fällen aus dem Nichtehelichenrecht auch dazu, um ihre Autonomie durch Negation eines bestimmten Richterbildes zu demonstrieren. Die Entscheidungen über Interessen nichtehelicher Kinder und ihrer Mütter, um die es hier immer auch, aber niemals nur ging, waren Anlässe für ein symbolisches Agieren sowohl der Politik als auch des Rechts mit Blick auf das Verhältnis zum Recht bzw. zur Politik. 29

-
- 1) Zu Person, Werk und Biographie Zachariaes (1769 - 1843) vgl. Roderich von Stintzing / Ernst Landsberg, Geschichte der Deutschen Rechtswissenschaft, Bd. III/2, München / Leipzig 1910, 100ff.; Thomas Lang, Die Staats- und Verfassungslehre Carl Salomo Zachariaes, Frankfurt a.M. u.a. 1996, 13-26.
 - 2) Karl Salomo Zachariae von Lingenthal, Zur Vergleichung des Französischen und des Englischen Rechts mit dem gemeinen Deutschen Rechte in der Lehre von dem Rechte unehelicher Kinder, die Paternitäts- oder Verwandtschafts-Klage anzustellen, in: Kritische Zeitschrift für Rechtswissenschaft und Gesetzgebung des Auslands, Bd. 10 (1838) 1ff.
 - 3) Vgl. den Überblick über die Möglichkeit der Vaterschaftsklage in den deutschen Territorien in: Gottlieb Planck, Entwurf eines Familienrechts für das Deutsche Reich, in: Die Vorlagen der Redaktoren für die erste Kommission zur Ausarbeitung des Entwurfs eines Bürgerlichen Gesetzbuches, Teil 2, Berlin 1880, 1595ff. Zur Kontroverse um die Vaterschaftsklage in Deutschland vgl. Adam Friedrich Gett, Die Rechtsverhältnisse aus der außerehelichen Geschlechtsgemeinschaft sowie der unehelichen Kinder nach gemeinem-, bayerischen, österreichischen, preußischen und französischen Rechte, München 1836; ders., Theoret. praktische

Ausführungen zur Lehre über die rechtlichen Verhältnisse bezüglich der außerehelichen Kinder sowie der Deflorations-Entschädigung, Bd. 1, Nördlingen 1851, 150ff.; Ferdinand Benjamin Busch, Der neueste Standpunkt der Wissenschaft und Gesetzgebung über die Frage der Zulässigkeit der Klage auf Anerkennung der unehelichen Vaterschaft unter Berücksichtigung der Verhandlungen beim dritten deutschen Juristentage und bei dem im Jahre 1862 abgehaltenen ordentlichen Landtage im Großherzogtum Sachsen-Weimar-Eisenach, in: Archiv für die civilistische Praxis, Bd. 46 (1863) 215ff.

- 4) Zachariae (Fn. 2) 30.
- 5) Zachariae (Fn. 2) 30ff.
- 6) Zachariae (Fn. 2) 36-45.
- 7) Zachariae (Fn. 2) 2.
- 8) Zachariae (Fn. 2) 45.
- 9) Vgl. die Übersicht bei Helmut Coing, Europäisches Privatrecht, Bd. 2, München 1989, 325f.
- 10) Selbstverständlich gibt es verschiedene Kennzeichnungen des 19. Jahrhunderts. Wer im 19. Jahrhundert in erster Linie das nachrevolutionäre Jahrhundert sieht, für den ist der Zusammenhang zwischen diesem Jahrhundert und dem Gesetz so evident wie für Michelet der Zusammenhang zwischen Revolution und Gesetz („Je définis la Révolution, l'avènement de la Loi, la résurrection du Droit, la réaction de la Justice.“). Zur Vorgeschichte und Theorie des « Jahrhunderts des Gesetzes » vgl. insbes. Franz Neumann, Die Herrschaft des Gesetzes. Eine Untersuchung zum Verhältnis von politischer Theorie und Rechtssystem in der Konkurrenzgesellschaft (1936), Frankfurt a.M. 1980, 199ff.; Max Weber, Wirtschaft und Gesellschaft. Grundriß einer verstehenden Soziologie, 5. Aufl., Tübingen 1972, 493ff.; 496ff.; Franz Wieacker, Privatrechtsgeschichte der Neuzeit, 2. Aufl., Göttingen 1967, 460ff.
- 11) Vgl. Erich Döhring, Geschichte der deutschen Rechtspflege seit 1500, Berlin 1953, 293f., der „schon in der zweiten Hälfte des 16. Jahrhunderts“ die leichtere „Lösung vom römischen Rechtsstoff“ im Staatsrecht feststellt.
- 12) Vgl. Elisabeth Joris / Heidi Witzig, Frauengeschichte(n). Dokumente aus zwei Jahrhunderten zur Situation der Frauen in der Schweiz, Zürich 1986, 313; Michael Mitterauer, Ledige Mütter. Zur Geschichte unehelicher Geburten in Europa, München 1983, 67ff.; Martine Segalen, La révolution industrielle: du prolétaire au bourgeois, in: André Burguière / Christiane Klapisch-Zuber / Martine Segalen / Françoise Zonabend (Hrsg.) Histoire de la famille, Bd. 3, 503f.; Eva Sutter, »Ein Act des Leichtsinns und der Sünde«. Illegitimität im Kanton Zürich: Recht, Moral und Lebensrealität (1800-1860), Zürich 1995, 239.
- 13) Vgl. Marc Bors, Bescholtene Frauen vor Gericht. Zur Rechtsprechung des Preußischen Obertribunals und des Zürcher Obergerichts auf dem Gebiet des Nichtehelehenrechts, Frankfurt a.M. 1998, 8ff.
- 14) §§ 1015ff. II 1; §§ 592ff. II 2 ALR. Die im Brautstand Geschwängerte konnte u.U. sogar darauf klagen, daß ihr „Namen, Stand und Rang des Schwängerers, so wie überhaupt alle Rechte einer geschiedenen für den unschuldigen Theil erklärten Ehefrau“ zugesprochen wurden (§ 1037 II 1 ALR).
- 15) § 619f. II 2 ALR. Urteile zur solidarischen Haftung mehrerer möglicher Väter finden sich nicht. Die betr. Normen stellten eher eine symbolische Geste des Gesetzgebers, weniger eine praktische Hilfe für die ledigen Mütter dar.
- 16) Zum Nichtehelehenrecht des Code civil von 1804 vgl. Charles Douxchamps, Des enfants naturels, Bruxelles et Paris 1901, 67ff.; Fernand Sanglier, De la condition de l'enfant dans le Code civil et depuis le code, Montpellier 1926, 32ff.; Romuald Szramkiewicz, Histoire du droit français de la famille, Paris 1995, 100. Zum Familienmodell des Code vgl. Heinrich Dörner, Industrialisierung und Familienrecht. Die Auswirkungen des sozialen Wandels dargestellt an den Familienmodellen des ALR, BGB und des französischen Code civil, Berlin 1974, 134ff.
- 17) Art. 340 Abs. 1 Cc.
- 18) Zu den Motiven des französischen Gesetzgebers vgl. Jean Guillaume Locré, La législation civile, commerciale

- et criminelle de la France, Bd. 6, Paris 1827, 186, 191, 212ff., 320, 321; Charles Aubry / Charles Frédéric Rau, Cours de droit civil français d'après la méthode de Zachariae, 4. Aufl., Bd. 6, Paris 1873, § 569; Émile Acollas, Manuel de droit civil, Bd. 1, 2. Aufl., Paris 1874, 353-356; ders., L'enfant né hors mariage, 2. Aufl., Paris 1870, 19ff.; Henri Bloquel, Etude sur la recherche de la paternité dans l'ancien droit français et dans le Code civil, Paris 1900, 53ff.
- 19) Vgl. das Zahlenmaterial bei Otto Ulbricht, Kindsmord und Aufklärung in Deutschland, München 1990, 176ff, insbes. 188ff.; s. auch m.w.H. Marc Bors, Über Aufklärung, Kindsmord und Mohrenprozesse, in: RJ 15 (1996) 397ff.
- 20) Locré (Fn. 18) 213.
- 21) Das französische Nichteheichenrecht wurde nach der Revolution in einer ersten Phase (droit intermédiaire) im Sinne einer radikalen Gleichstellung der „bâtards“ mit den „enfants légitimes“ geändert (vgl. la loi du 12 Brumaire an II; dazu Florence Bellivier / Laurence Boudouard, Des droits pour les bâtards, l'enfant naturel dans les débats révolutionnaires, in: Irène Théry / Christian Biet (Hrsg.), La famille, la loi, l'état de la Révolution au Code civil, Paris 1989, 122ff.; Françoise Fortunet, De l'égalité dans la différence: les enfants dans le droit révolutionnaire, in: Marie-Françoise Lévy, (Hrsg.), L'enfant, la famille et la révolution Française, Paris 1990, 341ff. Der Code civil führte zwar wiederum eine Ungleichbehandlung zwischen „enfants naturels“ und „enfants légitimes“ ein, behielt jedoch das bereits nach revolutionären Recht geltende Verbot der „recherche de la paternité“ bei.
- 22) Gesetz, betreffend die Abänderung des Abschnitts 11. Titel 1. Teil II. und des Abschnitts 9. Titel 2. Theil II. des Allgemeinen Landrechts. Vom 24. April 1854 (GS 1854, Nr. 15, S. 193-198); sog. Gesetz vom 24. April 1854; zu den Motiven vgl. Friedrich Carl von Savigny, Denkschrift vom 24. 11. 1843 betr. eine Reform der Bestimmungen des ALR über das stuprum, in Auszügen abgedruckt in: Gottlieb Planck (Hrsg.) Begründung des Entwurfs eines Familienrechts für das Deutsche Reich, Anl. IX, Kapitel IV, Berlin 1880, 169.
- 23) Der geringere rechtspolitische Stellenwert der Kindsmordprävention im 19. Jh. stand in keiner Beziehung zu einer Verminderung des mit dieser Prävention bekämpften sozialen Phänomens. Die Konjunktur der Aufmerksamkeit für Kindsmorde legte sich mit der Epoche der Aufklärung. Nur beiläufig wird in der späteren Literatur zum Nichteheichenrecht darauf hingewiesen, daß die Effizienz der Kindsmordprävention des späten 18. Jh. im 19. Jh. statistisch nicht belegt werden könne, vgl. Christian von Arnold, Zur Beschränkung der Deflorations- und Alimentations- dann der Injurienklagen Klagen, Erlangen 1851, 44; Rudolf von Kräwel, Die Pflichten des unehelichen Vaters nach den in Deutschland geltenden Gesetzen, in: AcP 50 (1867) 344 Fn. 3; 353f.; August Lombard, Bemerkungen zur Revision des 10ten Abschnitts Tit. 1. Th. II. des A.L.R. von den rechtlichen Folgen des unehelichen Beischlafs, in: Kamptz Jahrbücher, Bd. 44 (1834) 40; Gottlieb Planck (Fn. 3) 1636; Zachariae (Fn. 2) 41; Josef Unger in: Verhandlungen des Dritten Deutschen Juristentages (1862), Bd. 2, 242.
- 24) Bericht der Kommission für die Rechtspflege der Ersten Kammer vom 10. Januar 1854, in: Stenographische Berichte der Ersten Kammer, Bd. 3, Berlin 1854, 63.
- 25) Das 1854 reformierte preußische Nichteheichenrecht behielt zwar die Möglichkeit der Vaterschaftsklage bei, beschränkte sie aber vor allem durch eine neue Einrede (sog. Einrede der Bescholtenheit); vgl. Bors (Fn. 13) 24ff.
- 26) Bors (Fn. 13) 16.
- 27) Das Nichteheichenrecht war freilich nicht die einzige (Rechts-) Materie, die diesem politischen Zweck diente und erschöpfte sich selbstverständlich auch nicht in diesem Zweck.
- 28) Vgl. Niklas Luhmann, Das Recht der Gesellschaft, Frankfurt a.M. 1993, 340.
- 29) Jacques de Maleville, Analyse raisonnée de la discussion du Code civil au conseil d'Etat, Bd. 1, Paris 1805.
- 30) Eugène Gaudemet, L'interprétation du Code civil en France depuis 1804, Bâle et Paris 1935, 13.

- 31) Vgl. zum Problem aus theoretischer Sicht: Gunther Teubner, Napoleons verlorener Code. Eigendynamik des Rechts als politisches Problem, in: Rechtsstaat und Menschenwürde. FS für Werner Maihofer zum 70. Geburtstag, Frankfurt a.M. 1988, 587ff.
- 32) Vgl. Hans-Jürgen Becker, Das Rheinische Recht und seine Bedeutung für die Rechtsentwicklung in Deutschland im 19. Jahrhundert, in: JuS 1985, 338ff.; Barbara Dölemeyer, Die Einführung und Geltung des Code civil in Deutschland (1804-1814), in: Helmut Coing (Hrsg.), Handbuch der Quellen und Literatur der neueren europäischen Privatrechtsgeschichte, Bd. III/2, München 1982, 1440-1471; Eugène Müller, Le Code civil en Allemagne. Son influence générale sur le droit du pays, son adaptation dans les pays rhénans, in: Le Code civil 1804-1904. Livre du centenaire, Bd. 2, Paris 1904, 627ff.; Wieacker (Fn. 10) 344ff.
- 33) Archiv für das Civil- und Criminal-Recht der Königlich Preußischen Rhein-Provinzen (Rh. Arch.) Bd. 83 (1) 8ff. (Oberlandesgericht Köln, Urteil vom 20.2.1891).
- 34) Zu dieser Praxis s.u. 4.
- 35) Vgl. Becker (Fn. 32) 344; Schumacher, Das Rheinische Recht in der Gerichtspraxis des 19. Jahrhunderts. Ein Beitrag zur Auslegung rezipierter Rechtsnormen, Stuttgart 1969, 129ff.
- 36) Seit 1815 waren Urteile zu Art. 340 Cc selbstverständlich auch von rheinpreußischen Gerichten gefällt worden. Dabei war es aber niemals um die Frage gegangen, ob trotz des Verbotes von Art. 340 Cc der ledigen Mutter ein Schadensersatz nach Art. 1382 Cc zugesprochen werden sollte, weil der Mann eine Schwäche der Frau arglistig ausgenutzt hatte. Die von den rheinpreußischen Gerichten beurteilten Fälle, in denen die Frage eines Schadensanspruches der außerehelich Geschwängerten aufgeworfen wurde, bezogen sich auf Sachverhalte, in denen es um Schadensersatz wegen Verlöbnißbruches ging (vgl. Rh. Arch. 25 (1) 59ff.: Rheinischer Appellationsgerichtshof, Urteil vom 12.1.1837). Im Zentrum der rheinpreußischen Rechtsprechung zu Art. 340 Cc standen in erster Linie Fragen, die sich auf das Verhältnis zwischen dem gesetzlichen Verbot der Vaterschaftsklage zu (Rück-) Forderungen von Zahlungen verhielt, die mit einem Alimentationsversprechen des unehelichen Vaters in Zusammenhang standen (vgl. Rh. Arch. 9 (1) 91ff.: Rheinischer Appellationsgerichtshof, Urteil vom 20.3.1826; Rh. Arch. 24 (1) 3ff.: Landgericht Trier, Urteil vom 3.4.1834; Rh. Arch. 53 (1) 102ff.: Rheinischer Appellationsgerichtshof, Urteile vom 4.11. und 10.11.1857); Rh. Arch. 53 (2) 3ff.: Preußisches Obertribunal, Urteil vom 29.9.1857; Rh. Arch. 54 (2) 87ff.: Preußisches Obertribunal, Urteil vom 8.3.1859; Rh. Arch. 61 (2) 50ff.: Preußisches Obertribunal, Urteil vom 10.12.1867; Rh. Arch. 62 (1) 45ff. (Rheinischer Appellationsgerichtshof, Urteil vom 11.11.1868); Rh. Arch. 74 (1) 32ff.: Oberlandesgericht, Urteil vom 7.11.1883; Rh. Arch. 74 (3) 123ff.: Reichsgericht, Urteil vom 11.12.1883; Rh. Arch. 75 (1) 69ff.: Oberlandesgericht, Urteil vom 10.12.1884; Rh. Arch. 79 (1) 40ff.: Oberlandesgericht, Urteil vom 17.2.1888.
- 37) Zu Sigismund Puchelt (1820-1885), der während langer Jahre hoher Badischer Richter, später Richter am Reichsoberhandelsgericht und dann am Reichsgericht war, vgl. ADB 53, 187ff.
- 38) Sigismund Puchelt, in: Zeitschrift für französisches Civilrecht, Bd. 2 (1872) 345.
- 39) Puchelt (Fn. 37) 344f.
- 40) Josef Kohler, Die schöpferische Kraft der Jurisprudenz, in: Jahrbücher für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts, Bd. 25 (1887) 262ff.
- 41) Zu Kohler (1849-1919) vgl. Rolf Kreimer, Josef Kohler, in: Bernhard Großfeld (Hrsg.), Rechtsvergleicher - verkannt, vergessen, verdrängt, Münster u.a. 2000, 145ff.; Albert Osterrieth, Josef Kohler, ein Lebensbild, Berlin 1920; Günter Spendel, Josef Kohler. Bild eines Universaljuristen, Heidelberg 1983; ders., Josef Kohler, in: ZRG GA 113 (1996) 434ff.
- 42) Kohler (Fn. 40) 265.
- 43) Kohler (Fn. 40) 266.
- 44) Kohler (Fn. 40) 266.
- 45) Vgl. Schumacher (Fn. 35), der schlicht feststellt: „So sind die Unterschiede der Auslegung [von Art. 340 Cc

- zwischen der rheinpreußischen und der französischen Praxis] auf die Auslegungstechnik zurückzuführen“ (63).
- 46) Vgl. Ralph Christensen, Was heißt Gesetzesbindung? Eine rechtslinguistische Untersuchung, Berlin 1989; Tomasz Giaro, Rechtsanwendung, Rechtsprechung und römische Rechtsgeschichte, in: *Nozione fromazione e interpretazione del diritto dall'età Romana alle esperienze moderne. Ricerche dedicate al professor Filippo Gallo*, vol. 3 (1997) 496f.; Winfried Hassemer, Rechtssystem und Kodifikation: Die Bindung des Richters an das Gesetz, in: Arthur Kaufmann / ders. (Hrsg.), *Einführung in Rechtsphilosophie und Rechtstheorie der Gegenwart*, 6. Aufl., München 1994, 248ff.; Hans Kelsen, *Reine Rechtslehre*, 2. Aufl., Wien 1960, 350ff.; Luhmann (Fn. 28) 299ff.; Friedrich Müller / Ralph Christensen / Michael Sokolowski, *Rechtstext und Textarbeit*, Berlin 1997; Ulfrid Neumann, *Positivistische Rechtsquellenlehre und naturrechtliche Methode*, in: ARSP-Bh. 37 (1990) 143ff.; Hans-Peter Schneider, *Richterrecht, Gesetzesrecht und Verfassungsrecht*, Frankfurt a.M. 1969, 19; Dieter Simon, *Die Unabhängigkeit des Richters*, Darmstadt 1975, 68ff., insbes. 88f.
- 47) Vgl. Joachim Rückert, Richtertum als Organ des Rechtsgeistes: Die Weimarer Erfüllung einer alten Versuchung, in: *Geisteswissenschaften zwischen Kaiserreich und Republik. Zur Entwicklung von Nationalökonomie, Rechtswissenschaft und Sozialwissenschaft im 20. Jahrhundert*, Stuttgart 1994, 267ff., insbes. 281ff.; Markus Klemmer, *Gesetzesbindung und Richterfreiheit. Die Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen während der Weimarer Republik und im späten Kaiserreich*, Baden-Baden 1996.
- 48) Richterliche Selbstbeschreibungen müssen immer nach der sozialen Funktion des Kommunikationszusammenhanges differenziert werden, in dem sie entstanden sind (rechtliche, wirtschaftliche, wissenschaftliche, freundschaftliche etc. Kommunikationen). Richterbilder-Sammlungen, in denen dies nicht berücksichtigt wird, können aber als Quellenfundus gleichwohl von Interesse sein (vgl. Ulrich Falk, *Von Dienern des Staates und von anderen Richtern. Zum Selbstverständnis der deutschen Richterschaft im 19. Jahrhundert*, in: André Gouron / Laurent Mayali / Antonio Padoa Schioppa / Dieter Simon (Hrsg.), *Europäische und amerikanische Richterbilder*, Frankfurt a.M. 1996, 252ff.).
- 49) Vgl. Gaudemet (Fn. 30) 12.
- 50) Vgl. Jacques Chevallier, *La séparation des pouvoirs*, in: *La continuité constitutionnelle en France de 1789 à 1989*, édité par l'Association Française des Constitutionnalistes, Paris 1990, 125; Antonio Marongiu, „La place du pouvoir judiciaire dans les constitutions françaises du XVIIIe et du XIXe siècle“, in: *Études d'histoire du droit à l'époque contemporaine (XIXe -XXe siècles)*. Publications de la Faculté de Droit et des Sciences Sociales de Poitiers, Bd. 13, 180; John P. Dawson, *The Oracles of the Law*, Ann Arbor 1968, 376.
- 51) Vgl. Chevallier (Fn. 50) 125ff.; Coing (Fn. 9) 31f.; Wolfgang Fikentscher, *Methoden des Rechts in vergleichender Darstellung*, Bd. 1, Tübingen 1975, 447ff.; Gaudemet (Fn. 30) 4; Marongiu (Fn. 50) 180ff.; Michel Troper, *La séparation des pouvoirs et l'histoire constitutionnelle française*, Paris 1973, 44.
- 52) Vgl. Coing (Fn. 9) 29ff.; Dawson (Fn. 50) 392ff.; Fikentscher (Fn. 51) 433ff.; Gaudemet (Fn. 30) 6ff.
- 53) Zum Verhältnis von französischer Doktrin und Rechtsprechung im 19. Jh. vgl. Dawson (Fn. 50) 389f.; Gaudemet (Fn. 30) 8, 33.
- 54) Chevallier (Fn. 50) 141; Fikentscher (Fn. 51) 542ff.
- 55) Vgl. den Überblick über die Geschichte der französischen Diskussion der Richterrolle bei Dawson (Fn. 50) 375ff.
- 56) Robert von Mohl, *Die neuesten französischen Arbeiten über Findelkinder*, in: *Kritische Zeitschrift für Rechtswissenschaft und Gesetzgebung des Auslands*, Bd. 23 (1851) 425.
- 57) Sirey 1845 I 539 (Cour de cassation, Urteil vom 24. März 1845).
- 58) Zu dieser französischen Praxis vgl. Aubry / Rau (Fn. 18) 191; Jean Charles Florent Demolombe, *Traité du mariage et de la séparation de corps*, 4. Aufl., Bd. 1, Paris 1869, Nr. 29, 33; Auguste J. B. Sourdat, *Traité général de la responsabilité ou de l'action en dommages-intérêts en dehors des contrats*, Bd. 1, 3. Aufl., Paris 1876, 659-670; Kohler (Fn. 40) 279ff.; Puchelt (Fn. 37) 336ff.; Schumacher (Fn. 35) 54f.

- 59) Vgl. Dalloz 1861 V 423 Nr. 24; 1876 II 206; 1880 II 111f.; 1882 II 117ff.: „La séduction, par elle-même, quel que soit le préjudice causé à la fille séduite, ne peut servir de base à une action en dommages-intérêts : Volenti non fit injuria. Mais il en est autrement lorsque, pour triompher de la résistance de sa victime, le séducteur a employé des moyens illicites, lorsqu'il a eu recours, par exemple, à une promesse fallacieuse de mariage, à un abus d'autorité ou à des manœuvres dolosives“ (117); 1882 V 414 Nr. 24; Sirey 1865 I 33; II 5; II 169; 1866 II 28; II 167; 1869 II 15.)
- 60) Vgl. Sirey 1865 I 33; Dalloz 1882 II 117.
- 61) Dalloz (Fn. 60): „Les tribunaux, toutefois, en tenant compte, lors de la fixation des dommages-intérêts, de la nécessité où se trouve la fille de nourrir l'enfant, fruit de la séduction, ne commettent-ils pas une violation de l'art. 340 c. civ., qui interdit la recherche de la paternité? En agissant ainsi, ne tranchent-ils pas implicitement la question de la filiation? La négative est généralement admise.“
- 62) Vgl. (mit vielen Hinweisen auf die franz. Lit. und Praxis): Dalloz (Fn. 60): „Les jugements qui allouent une indemnité à la fille séduite ne créent aucun lien entre le séducteur et l'enfant, n'accordent pas de pension alimentaire à celui-ci et se bornent à déterminer l'étendue du préjudice causé par la séduction.“
- 63) Dazu o. in Fn. 18.
- 64) Urteil der Cour de Dijon vom 16.4.1861 (Dalloz 1861 V 423 Nr. 24): „... Considérant que s'il y aurait un extrême danger à admettre en principe que toute femme se prétendant séduite et délaissée a par cela même action en justice contre son prétendu séducteur, pour obtenir par voie judiciaire le prix de ses faiblesses et d'un entraînement le plus souvent réciproque, le principe contraire posé d'une manière absolue n'aurait pas un moindre danger pour la morale publique et l'honneur des familles. ...“
- 65) Die Praxis befürwortend vgl.: Aubry / Rau (Fn. 18) 191; Bloquel (Fn. 18) 83ff.; Demolombe (Fn. 16) p. 44; Sanglier (Fn. 16) 66ff.; Sourdat (Fn. 58) 664; kritisch: M. A. Bertauld, De la jurisprudence civile et criminelle dans ses rapports avec la liberté de la vie privée, Revue critique de Législation et de Jurisprudence, Bd. 21 (1862) 2ff. - In der deutschen Literatur wurde je nach justizpolitischem Standpunkt die französische Praxis gefeiert oder verdammt, vgl. auf der einen Seite Kohler (Fn. 40) 278f.: „... auch in modernen Tagen werden Rechtssätze durch die Rechtsprechung antiquirt, und der Geist der Reform dringt durch alle Ritzen des Rechtslebens. Um nur ein eklatantes Beispiel zu nennen, erinnere ich an die Art, wie es der französischen ... Jurisprudenz gelungen ist, den Satz von dem Verbot der Recherche de la paternité einzuengen.“ Auf der anderen Seite Puchelt (Fn. 37) 340, der von einem „besonders ärgernisgebenden Falle“ spricht - die Rede ist von Sirey 1865 I 33 - und die „Freiheit [des französischen Richters kritisiert], die nach deutschen Begriffen nicht ohne Grund als Willkür erscheint ...“.
- 66) Vgl. auch Wieacker (Fn. 10) 344f., der eine „rücksichtslose... Umdeutung und Fortbildung [des Code civil] durch die [französische] Praxis“ konstatiert und von einer „überaus intelligente[n], ziemlich selbstherrlich schaltende[n] Judikatur“ spricht.
- 67) Vgl. Szramkiewicz (Fn. 16) 138.
- 68) Kohler (Fn. 40) 266.
- 69) OLG Köln (Fn. 33) 10f. Bis zum Inkrafttreten des BGB blieb es bei dieser Praxis - soweit das an Hand der veröffentlichten Entscheidungen beurteilt werden kann (vgl. Zeitschrift für franz. Civilrecht, Bd. 23, 543-545: Urteil des Oberlandesgerichts Colmar vom 11.1.1892; Bd. 26, 545f.: Urteil des Landesgerichts Colmar vom 7.12.1894).
- 70) RGZ 30, 311-315, Urteil vom 25.10.1892. Zu dieser Entscheidung vgl. Karl Salomo Zachariae von Lingenthal / Carl Crome, Handbuch des Französischen Civilrechts, Bd. III, 8. Aufl., Freiburg i.B. 1895, 762 Fn. 16.
- 71) Vgl. Zeitschrift für franz. Civilrecht, Bd. 12, 570 (Urteil vom 18.1.1881); Bd. 16, 574f. (Urteil vom 1.11.1884); Bd. 17, 653 (Urteil vom 5.11.1886); dazu Schumacher (Fn. 35) 60f.
- 72) Vgl. die klassischen Formulierungen bei Charles de Montesquieu, De l'esprit des lois (1748), Buch 11, Kapitel

6.

- 73)** Vgl. Thomas Nipperdey, Deutsche Geschichte 1866-1918, Bd. 2 (Machtstaat vor der Demokratie), 2. Aufl., München 1993, 182ff; Hans-Ulrich Wehler, Deutsche Gesellschaftsgeschichte, Bd. 2 (1849-1914), München 1995, 355ff.
- 74)** Vgl. Wehler (Fn. 73) 196ff.
- 75)** Vgl. Regina Ogorek, Richterkönig oder Subsumtionsautomat? Zur Justiztheorie im 19. Jahrhundert, Frankfurt a.M. 1986, 56f.; 263.
- 76)** Vgl. Nipperdey (Fn. 73) 497ff.
- 77)** Vgl. Regina Ogorek, Privatautonomie unter Justizkontrolle - Zur Rechtsprechung des Reichsoberhandelsgerichts (1870-1879), in: ZHR 1986, 94, 103, 116.
- 78)** Vgl. Ogorek (Fn. 75) 257ff.
- 79)** Oskar Bülow, Gesetz und Richteramt, Leipzig 1885; vgl. dazu Karl Engisch, Einführung in das juristische Denken, 7. Aufl., Stuttgart 1977, 252f.; Karl Larenz, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 6. Aufl., Berlin u.a. 1991, 59; Ogorek (Fn. 75) 257f.; Peter Raisch, Juristische Methoden. Vom antiken Rom bis zur Gegenwart, Heidelberg 1995, 110; Rudolf Wassermann, Der politische Richter, München 1972, 24. Zu Bülows Vorläufern im 19. Jh. vgl. Ogorek (Fn. 75) 258f.
- 80)** Vgl. Bülow (Fn. 79): „Das Gesetz ist nur eine Vorbereitung, ein Versuch zur Bewirkung einer rechtlichen Ordnung“ (45). „Im Gesetz kommt der rechtsordnende Wille der Staatsgewalt noch nicht zum Abschluß: vollendet tritt er erst in den richterlichen Rechtssprüchen heraus“ (46f.). „So hat sich die Gesetzgebung dabei zu bescheiden, daß sie der Herstellung einer wirklichen Rechtsordnung bloß gebieterisch den Weg weisen kann. Um die Herstellung für alle Fälle zu sichern, hält der Staat neben, ja vor allem Gesetzgebungsapparat eine andere Rechtsanstalt, das Richteramt bereit“ (3f.). Vgl. auch Kohler (Fn. 40) 265: „Ist doch der Richter ebensowenig eine exotische Person, als der Gesetzgeber; beide sind in der Kulturatmosphäre großgeworden, in welcher das Rechtsleben spielt, und zwischen dem Richter und dem Rechtsleben gibt es tausend Berührungstellen, welche auch das bewaffnete Auge des Forschers nicht zu entdecken vermöchte.“ Vgl. auch ders., Ueber die Interpretation von Gesetzen, in: Zeitschrift für das Privat- und öffentliche Recht der Gegenwart, Bd. 13, Wien 1886, 51f.: „Allerdings wird dieses Juristenrecht erst dann zum praktischen Recht, wenn es die Anerkennung der Gerichte findet und so in das Leben eintritt; vorher ist es Recht in Theorie, nicht Recht in praxi, während bei dem Gesetzesrechte regelmäßig beides vereinigt ist.“
- 81)** Vgl. in diesem Zusammenhang auch die Untersuchung von Rückert (Fn. 47), in der reichsrichterliche Selbstdarstellungen in Urteilen aus der Weimarer Republik untersucht werden. Rückert stellt fest, daß die von Richtern offen erklärte „gesetzesfreie“ Rechtsanwendung im wesentlichen nur in „Krisenfällen“ vorgekommen sei (308).
- 82)** Rh. Arch. (Fn. 31) 10.
- 83)** Rh. Arch. (Fn. 31) 10; vgl. auch RGZ 30, 314: „Allein die Entstehungsgeschichte des Gesetzes, aus welcher dasselbe zu erläutern ist, ergibt zweifellos, daß diese Unterscheidung [zwischen verschiedenen Gruppen lediger Mütter] keine Berechtigung hat und mit dem Sinne des Gesetzes nicht in Einklang steht. Als wesentlicher Grund und Zweck der Verbotsbestimmung des Art. 340 ist klar ausgesprochen, daß es nach den Gesetzen der Natur unmöglich erscheine, die Vaterschaft mit Sicherheit festzustellen, und daß man die durch die früher in Frankreich gestattete Vaterschaftsklage hervorgerufenen Beunruhigung der Familien und die dadurch veranlaßten ärgerlichen und skandalösen Rechtsstreitigkeiten ein für allemal beseitigen wolle.“
- 84)** RGZ 30, 314.
- 85)** Vgl. dazu Bloquel (Fn. 18) 53ff.; Kohler (Fn. 40) 282 Fn. 33 ; Szramkiewicz (Fn. 16) 93f.; 99f.
- 86)** In Rh. Arch. (Fn. 31) 11 heben die Richter „die legislativ beachtlichen Gründe für die Abänderung des Gesetzes [d.h. Art. 340 Cc]“ hervor, und das Reichsgericht betont die „Härte, welche unverkennbar in vielen Fällen des

praktischen Lebens mit der konsequenten Durchführung des in Art. 340 enthaltenen Verbotes verknüpft ist“ (RGZ 30, 314).

87) Vgl. Benno Mugdan (Hrsg.), Die gesamten Materialien zum bürgerlichen Gesetzbuch für das deutsche Reich, Bd. IV (Familienrecht), Berlin 1899, 451ff.; Planck (Fn. 3) 1618, 1635ff.

88) Vgl. o. Fn. 18.

89) Rh. Arch. (Fn. 33) 10.

90) Auch Ogorek (Fn. 75, 265ff.) erwähnt die Praxis des Reichsgerichtes, und zwar am Beispiel des sog. Buchhändlerprozesses (RGZ 28, 238ff.; Urteil vom 25. Juni 1890). Dabei läßt sie offen, „inwieweit die Justiz diese neue Herausforderung [durch das Richterrecht] anzunehmen gewillt war“ (265). Daß sich das Reichsgericht in diesem Urteil (wie in vielen anderen auch) um Rechtsfortbildung bemühte, ist offensichtlich. In der Urteilsbegründung wird dies aber vom Reichsgericht gerade nicht hervorgehoben. Insofern bestätigt dieses Urteil die These, daß ein Richterbild, in dem sich der Richter offen rechtschöpferisch darstellt, vom Reichsgericht bis in die 20er Jahre des 20. Jhs. (vgl. Rückert, Fn. 47, 282ff.; ausführlich dazu auch: Klemmer (Fn. 47) nicht vertreten wurde.

91) Niklas Luhmann, Verfassung als evolutionäre Errungenschaft, in: RJ 9 (1990) 204.