

Usus modernus pandectarum

Römisches Recht, Deutsches Recht und
Naturrecht in der Frühen Neuzeit

Klaus Luig zum 70. Geburtstag

Herausgegeben von
Hans-Peter Haferkamp und
Tilman Reppen



U Luig 1



2007

BÖHLAU VERLAG KÖLN WEIMAR WIEN

Gedruckt mit freundlicher Unterstützung
der Fritz Thyssen Stiftung für Wissenschaftsförderung

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

© 2007 by Böhlau Verlag GmbH & Cie, Köln Weimar Wien
Ursulaplatz 1, D-50668 Köln, www.boehlau.de

Alle Rechte vorbehalten. Dieses Werk ist urheberrechtlich geschützt.
Jede Verwertung außerhalb der engen Grenzen des
Urheberrechtsgesetzes ist unzulässig.

Druck und Bindung: MVR Druck GmbH, Brühl
Gedruckt auf chlor- und säurefreiem Papier
Printed in Germany

ISBN 978-3-412-23606-9

Die Bedeutung von Rezeptionsdeutungen für die Rechtsquellenlehre zwischen 1800 und 1850

„Ohne die Kenntnis der zeitgenössischen Quellentheorien bleiben die Entscheidungen der Praxis des ‚*Usus modernus*‘ des römischen Rechts unverständlich“¹. 1977 betonte Klaus Luig die Bedeutung meiner heutigen Fragestellung für die Praxis des älteren Gemeinen Rechts. Die Begründung der Fortgeltung des Römischen Rechts entschied über den Geltungsrang des *Corpus Juris Civilis* im Rechtsquellenkanon des Gemeinen Rechts. Hier, in der Rechtsquellenlehre, wird auch die Begründung für die Sonderstellung des *Usus modernus* als Epoche gefunden durch ein „freieres Verhältnis zu den römischen Quellen und den älteren Autoritäten des Gemeinen Rechts“². Ich möchte mich dieser Fragestellung aus einer Perspektive nähern, die ebenfalls Klaus Luig mit Blick auf Hermann Conring untersucht hat³. Die Geltung des Römischen Rechts konnte durch verschiedene Argumentationsstrategien thematisiert werden. Neben der Rechtsquellenlehre, dem Ort an dem sozusagen offen politisiert wurde, stand die historische Abhandlung, die die Fortgeltung des Römischen Rechts schlicht als historischen Befund darstellte und rechtfertigte. Geschichte wurde nutzbar gemacht als politisch entlastende Argumentationsform. Diese interessante Berührung zwischen Rechtsgeschichte und Rechtspolitik findet sich bekanntlich bereits bei Conrings berühmten Angriff gegen die seit Anfang des 16. Jahrhunderts verbreitete Lotharische Legende. In Conrings Rezeptionsdeutung findet die heutige Rechtsgeschichte einerseits den „Begründer der Deutschen Rechtsgeschichte“⁴ und andererseits den „Vorkämpfer des Deutschen Rechts“⁵. Einerseits

-
- 1 K. LUIG, Der Geltungsgrund des Römischen Rechts im 18. Jahrhundert in Italien, Frankreich und Deutschland, erstmals 1977, zitiert nach Wiederabdruck in: DERS., Römisches Recht, Naturrecht, Nationales Recht, Goldbach 1998, S. 5.
 - 2 F. WIEACKER, Privatrechtsgeschichte der Neuzeit, 2. Aufl. Göttingen 1967, S. 207.
 - 3 K. LUIG, Conring, das deutsche Recht und die Rechtsgeschichte, erstmals 1983, zitiert nach Wiederabdruck in: DERS., Römisches Recht, Naturrecht, Nationales Recht, Goldbach 1998, S. 319 ff.
 - 4 So etwa M. STOLLEIS, Hermann Conring und die Begründung der deutschen Rechtsgeschichte, Nachwort zu Hermann Conring, Der Ursprung des deutschen Rechts (= Bibliothek des deutschen Staatsdenkens 3), Frankfurt 1994, S. 253 ff., 255, 264.
 - 5 E. VON MOELLER, Hermann Conring, der Vorkämpfer des deutschen Rechts, Hannover 1915; ähnlich F. WIEACKER, Privatrechtsgeschichte der Neuzeit, 2. Aufl. 1967, S. 207; U. EISENHARDT, Rechtsgeschichte, 2. Aufl. München 1995, Rn. 314; abge-

gilt seine Rezeptionsdeutung noch heute als im Kern zutreffend, andererseits ist eine politische Nutzenanwendung dieses Befundes zugunsten bestimmter Landesherrn nicht zu übersehen. Rezeptionsdeutung und Geltungsgrund des Gemeinen Rechts waren untrennbar verknüpft. Dies folgte daraus, dass man den Geltungsgrund des Gemeinen Rechts in diesem historischen Phänomen suchte. Akzeptierte man diese Prämisse, wurde der Blick des Historikers zwangsweise Argument in der Frage der Machtverteilung zwischen Kaiser, Territorialherrn und Doctores. Rechtsgeschichte und Rechtspolitik waren also untrennbar verwoben.

Diese im Stoff liegende Doppelung der Rezeptionsproblematik möchte ich nun auf einen Untersuchungszeitraum übertragen, den Klaus Luig nur gestreift hat⁶, die Jahre zwischen 1800 und 1850. Unabhängig von der bekanntlich kontrovers beurteilten Frage, wie die Epoche des *Usus modernus* zeitlich einzugrenzen ist⁷, ergibt sich die Berührung zu diesem Zeitraum bereits durch eine durchlaufende Problemlage: Im Wechsel der Gegner blieben auch zwischen 1800 und 1850 für die Wissenschaft des Gemeinen Rechts Rezeptionsdeutungen zentrales Abgrenzungskriterium gegen Geltungsansprüche anderer Rechte oder Zuständigkeiten.

Nähert man sich diesem Gespräch, so zeigen sich schnell interessante Auffälligkeiten. Bemerkenswert war zunächst, dass man rechtshistorisch argumentierte ohne selbst rechtshistorisch zu forschen. Die im Wesentlichen einzige rechtshistorische Untersuchung, die diesen Debatten zugrunde lag, war Savignys Geschichte des Römischen Rechts im Mittelalter.

Savigny hatte in seinem historischen Hauptwerk den Nachweis versucht, dass das Römische Recht keineswegs im Mittelalter neu entdeckt worden, sondern durchweg, wie er Kreuzer erläuterte, „unter der Asche glimmend“ seit der Spätantike vorhanden gewesen sei⁸. Diese Untersuchung bekam nun im dritten Band eine berühmte Neuausrichtung. Hatte zunächst traditionell

schwächt H. SCHLOSSER, Grundzüge der Neueren Privatrechtsgeschichte, 9. Aufl., S. 158; kritisch STOLLEIS (Anm. 4).

- 6 LUIG, Conring (Anm. 3), 350, 394; daneben DERS., Historische Formen der Anpassung veralteten Gesetzesrechts, zuerst 1977, zitiert nach Wiederabdruck in DERS., Römisches Rechts, Naturrecht, Nationales Recht, Goldbach 1998, S. 31 ff., 186 ff.
- 7 Den frühesten Beginn des *Usus modernus* datieren mit dem 14. Jahrhundert DAVID / GRASMANN. Die engste Fassung behauptet Hattenhauer mit dem Zeitraum zwischen Stryk's Hauptwerk und Augustin Leyser: etwa 1690 – 1752; bis zum Ende des 19. Jahrhunderts hielt sich der *Usus modernus* nach Gagnér; vgl. die Zusammenstellung bei K. LUIG, Samuel Stryk (1640-1710) und der „*usus modernus pandectarum*“, 1991, zitiert nach Wiederabdruck in DERS., Römisches Rechts, Naturrecht, Nationales Recht, Goldbach 1998, S. 91 ff.
- 8 Vgl. J. RÜCKERT, in: Volker Reinhardt (Hg.), Hauptwerke der Geschichtsschreibung, Hamburg 1997, S. 560 ff.

die Innere Rechtsgeschichte, also die Geschichte der Rechtssätze, und die Äußere Rechtsgeschichte, also die Geschichte der Institutionen, den Kern der Untersuchung ausgemacht, machte die Vorrede zum dritten Band auf eine Veränderung des Gegenstandes aufmerksam. Thema war die Weiterentwicklung ab dem 12. Jahrhundert. Savigny erläuterte: „In diesem ganzen Zeitraum ist der wissenschaftliche Character im Römischen Recht vorherrschend, und die gegenwärtige Rechtsgeschichte nimmt daher von jetzt an die Gestalt einer Literärgeschichte an“⁹. Untersuchungsgegenstand wurden nun also die gelehrte Literatur und ihre Verfasser.

Diese Veränderung in Savignys Perspektive wurde bereits von Zeitgenossen eifrig diskutiert. Der wohl berühmteste und für Savigny gefährlichste zeitgenössische Kritiker an diesem Konzept war Eduard Gans. Im zentralen Organ der Hegelianer, den Berliner Jahrbüchern für wissenschaftliche Kritik, griff er Savigny 1827 fundamental an¹⁰. Gans warf Savigny vor, mit seinem Konzept gebrochen und sich ab dem dritten Band in unwichtigen Einzelheiten verzettelt zu haben. Das „ganze breite, kleinliche Detail einer Literärgeschichte“ sei zu vernachlässigen. Stattdessen forderte Gans einen Fortgang der Institutionen- und Dogmengeschichte durch das Mittelalter hindurch.

Wie überzeugend dieser Kritikpunkt war, wird deutlich, wenn man viel spätere Beurteilungen des Werkes Savignys in den Blick nimmt. Noch für Wieacker war 1967 dieser konzeptionelle Bruch in Savignys Werk kennzeichnend für dessen Unfähigkeit „zu einer Geschichtsschreibung unmittelbaren Rechtslebens“ durchzuberechnen¹¹. Ähnlich hatte Walter Wilhelm 1958 hier ein wichtiges Symptom dafür gefunden, „dass die rechtshistorische Praxis der [historischen] Schule den Entwicklungsgedanken überhaupt ignorierte“¹². Savignys Abkehr von einer Inneren und Äußeren Rechtsgeschichte durch das Mittelalter hindurch gilt somit als typisch für das Bestreben der historischen Schule, die Antike zu überhöhen und weitere Entwicklungen gegen das eigene Programm auszublenden. Die Folgevorwürfe sind bekannt: „Quietismus“ in politischen Fragen, Abkehr von der gesellschaftlichen Wirklichkeit und der juristischen Praxis etc¹³.

9 F. C. V. SAVIGNY, *Geschichte des Römischen Rechts im Mittelalter*, Bd. 3, 1822, hier nach 2. Aufl. 1834, ND Darmstadt 1956, S. V.

10 E. GANS, *Rez. Savigny, Geschichte des Römischen Rechts im Mittelalter*, in: *Jahrbücher für wissenschaftliche Kritik* 1827, Sp. 321-344 (= *Vermischte Schriften*, S. 3 ff.). Zu den Kritischen Jahrbüchern vgl. die Beiträge in: C. JAMME, *Die „Jahrbücher für wissenschaftliche Kritik“*. Hegels Berliner Gegenakademie, Stuttgart 1994.

11 WIEACKER, *Privatrechtsgeschichte* (Anm. 2), S. 388.

12 W. WILHELM, *Zur juristischen Methodenlehre im 19. Jahrhundert*, Frankfurt a. M. 1958, S. 32.

13 Zu diesen Bildern H.-P. HAFERKAMP, *Georg Friedrich Puchta und die ‚Begriffsjurisprudenz‘*, Frankfurt a. M. 2004, S. 46 ff.

Savignys Reaktion auf diese Kritik durchzog weitgehend auch seinen späteren Umgang mit Eduard Gans: Er schwieg¹⁴. Es war sein streitlustiger Anhänger Georg Friedrich Puchta, der den Handschuh wenig später aufnahm¹⁵. Puchta machte deutlich, welcher zentralen Punkt in Savignys Denken Gans in seiner Kritik berührt hatte. Puchta hielt Gans entgegen: „Das savignysche Werk ... hat ..., indem es vom dritten Bande an Literärgeschichte geworden ist, seine Einheit nicht verloren, sondern mit sicherer Hand bewahrt“. Hintergrund war eine ganz bestimmte Deutung der Rezeption. Puchta betonte, dass die „Wissenschaft es ist, welche dem römischen Recht den Charakter eines europäischen gegeben hat“. Insofern war es nur konsequent, wenn Savigny nun auch nur dieser Wissenschaft seine Aufmerksamkeit zuwandte. Die Geschichte der juristischen Literatur war dann die Äußere Rechtsgeschichte des Römischen Rechts im Mittelalter.

Hier lag daher auch der tiefere Konflikt mit Gans begründet. Für Gans hatte eine Geschichte der Rezeption ihr Augenmerk nicht auf die Tätigkeit der Wissenschaftler, sondern darauf zu richten, wie das Römische Recht „in Statuten der Städte, in Gesetzgebungen der Staaten“ unaufhaltsam vorgegangen sei¹⁶. Rezeptionsgeschichte war für den treuen Hegelschüler also Gesetzgebungsgeschichte. Ganz entgegengesetzt hatte Savigny im dritten Band darauf beharrt, dass die Rezeption „nicht durch den Willen einer Regierung, nur durch innere Nothwendigkeit hervorgerufen worden“ sei, eine „gesetzliche Bestätigung“ sei „nie erfolgt“¹⁷. Rezeption durch „innere Nothwendigkeit“, durchgeführt durch die Rechtswissenschaft oder Rezeption durch den Willen des Gesetzgebers – dieser Aspekt der Kritik von Gans an Savigny verwies auf die hochpolitische Dimension der Rezeptionsfrage. Worum es in seinem Werk rechtspolitisch ging, machte Savigny 1824 in seinen Pandektenvorlesungen deutlich:

„Was hatte die Auflösung des deutschen Reichs für Folgen auf das Recht? Einige behaupten, es habe im Augenblick der Auflösung des deutschen Reichs, also der bisherigen Staatsgewalt auch das Privatrecht aufgehört, und nehmen dieß konsequent all-

-
- 14 Zu diesem Disput: J. BRAUN, „Schwan und Gans“. Zur Geschichte des Zerwürfnisses zwischen Friedrich Carl von Savigny und Eduard Gans, in: *JZ* 1979, S. 769 ff., zitiert nach Wiederabdruck in: DERS., *Judentum, Jurisprudenz und Philosophie. Bilder aus dem Leben des Juristen Eduard Gans (1797-1839)*, 1997, S. 75 ff.
- 15 G. F. PUCHTA, Über eine Rezension von Savignys Geschichte des römischen Rechts im Mittelalter in den Berliner Jahrbüchern für wissenschaftliche Kritik Nro. 41-44, in: *Rheinisches Museum für Jurisprudenz, Philologie, Geschichte und griechische Philosophie* I, 1827, S. 327 ff.
- 16 E. GANS, Rezension von Savignys Geschichte des römischen Rechts im Mittelalter in den Berliner Jahrbüchern für wissenschaftliche Kritik Nro. 41-44, März 1827, *ND Köln* 1993, S. 335.
- 17 F. C. VON SAVIGNY, *Geschichte des Römischen Rechts im Mittelalter*, Bd. 3 (Anm. 9), S. 84, 89.

gemein an. Ueberall aber hat man das Privatrecht bei Auflösung der Staatsgewalt als fortdauernd angesehen; es lehrt dies die Geschichte des römischen Rechts im Mittelalter“¹⁸.

Savignys vermeintlich rein historisches Werk bezog Position in einer hochaktuellen, für das Gemeine Recht geradezu existenziellen Legitimationskrise, die 1806 mit dem Untergang des alten Reiches und damit vor dem später vieles überlagernden Kodifikationsstreit des Jahres 1814¹⁹ offenbar geworden²⁰ war. Seit 1806 war endgültig eine gesetzliche Legitimation mit dem reichseinheitlichen Zivilgesetzgeber entfallen. Es war ein schwaches Argument, wenn Thibaut noch 1834 betonte, das „Römische Recht ist durch die Reichsgesetze im Ganzen als subsidiäres Reichsrecht bestätigt“²¹. Die im alten Reich sehr verbreiteten²² Versuche, das Gemeine Recht zwar nicht auf „das erdichtete Gesetz des Kaisers Lothar“²³, aber doch auf die Reichskammergerichtsordnungen und andere Reichsgesetze zu stützen, konnten nun das Gemeine Recht nur noch schwer legitimieren²⁴. Thibauts offensiver Satz: „Daß

-
- 18 F. C. VON SAVIGNY, Pandektenvorlesung 1824/25, hg. von Horst Hammen, Frankfurt a. M. 1993, S. 6.
- 19 Hierzu J. RÜCKERT, Heidelberg vor 1804 oder: Die erfolgreiche Modernisierung der Jurisprudenz durch Thibaut, Savigny, Heise, Martin, Zachariä u. a., in: F. STRACK, Heidelberg im säkularen Umbruch. Traditionsbewußtsein und Kulturpolitik um 1800, Stuttgart, 1987, S. 83 ff., der für die Frühphase der Debatte um das Gemeine Recht nach 1806 von einer „Schattenlage“ spricht, S. 83.
- 20 Bereits im 18. Jahrhundert wurde der Geltungsgrund des Gemeinen Rechts kontrovers diskutiert, vgl. K. LUIG, Der Geltungsgrund des Römischen Rechts im 18. Jahrhundert in Italien, Frankreich und Deutschland, erstmals 1977, zitiert nach Wiederabdruck in: DERS., Römisches Recht, Naturrecht, Nationales Recht, Goldbach 1998, S. 3 ff.; A. DANIEL, Gemeines Recht (= Schriften zur Rechtsgeschichte 101), Berlin 2003, S. 86 ff.
- 21 A. F. J. THIBAUT in seinen Vorlesungsdiktaten, vgl. H. FROBEN (Hg.), Erörterungen einzelner Lehren des Römischen Rechts. Ein Commentar zu der achten Auflage des Pandekten-Rechts von A. F. J. Thibaut, Stuttgart 1839, S. 21.
- 22 Vgl. die Nennungen bei LUIG, Geltungsgrund (Anm. 1), S. 3 ff., 15 f. (Lauterbach-Schütz, Stryk, Titius, Mascovius, Pütter); daneben P. OESTMANN, Kontinuität oder Zäsur? Zum Geltungsgrad des gemeinen Rechts vor und nach Hermann Conring, in: A. Thier, Guido Pfeiffer und Phillip Grzimek (Hgg.), Kontinuitäten und Zäsuren in der Europäischen Rechtsgeschichte, Frankfurt a. M. 1999, S. 205 (Pütter, Hufeland).
- 23 G. F. PUCHTA, Pandekten, 3. Aufl. Leipzig 1845, S. 2 Anm. a); zur sich aus der Zerstörung der lotharischen Legende im 17. Jahrhundert ergebenden Rechtsquellenproblematik LUIG, Conring, das deutsche Recht und die Rechtsgeschichte, 1983, S. 355 ff.; zur Überschätzung der direkten Bedeutung Conrings in diesem Kontext OESTMANN, Zum Geltungsgrad des gemeinen Rechts (Anm. 22), S. 191 ff.
- 24 Hierzu CHR. MAUNTEL, Carl Georg von Wächter (1797-1880). Rechtswissenschaft im Frühkonstitutionalismus, Paderborn 2004, S. 213 ff.; RÜCKERT, Heidelberg um 1804 (Anm. 19), 1987, S. 83 ff., zu den staatsrechtlichen Komplementärdebatten M. STOLLEIS, Geschichte des öffentlichen Rechts, Bd. 2, München 1992, S. 55 ff., 65 ff.

der Grund der recipierten Rechte jetzt wegfallen ... steht juristisch der Anwendung derselben nicht entgegen²⁵, konnte partikular denkende Juristen wie den Kieler Nikolaus Falck kaum beeindrucken. Falck betonte 1821 ungerührt, „zum Wesen des gemeinen Rechts“ sei „eine wirkliche Staatsverbindung, als Grund der allgemeinen Gültigkeit der Rechtsnormen“ erforderlich, „die materielle Übereinstimmung der Rechtssätze, oder selbst der Gebrauch gemeinsamer Rechtsquellen ist dazu keineswegs hinreichend“²⁶.

Als die Kontrahenten von 1814, Thibaut und Savigny, 1827 und 1828 ihre Streitschriften in 2. Auflage erneut herausgaben²⁷, hatte sich die Debatte insofern verschoben, als es nun keine einheitliche Kodifikation war, sondern partikuläre Zivilgesetze, die das Gemeine Recht bedrohten. Die Partikulargesetzgeber standen einer subsidiären Geltung des Gemeinen Rechts nicht selten ablehnend gegenüber²⁸. So diskutierte etwa in Württemberg der erneut auf Seiten Savignys streitende Schrader die Frage mit der jüngeren Generation um Wächter und Reyscher²⁹. In Bayern musste Puchta sich mit Gönner auseinandersetzen, der mit dem Entwurf eines Zivilgesetzbuches betraut

25 A. F. J. THIBAUT, *System des Pandektenrechts*, 7. Aufl. Jena 1828, § 13 a. E.

26 N. FALCK, *Encyclopädie*, Kiel 1821, S. 17; hierzu K. VOLK, *Die juristische Encyclopädie des Nikolaus Falck*, Berlin 1970, S. 26 f.

27 F. C. VON SAVIGNY, *Vom Beruf unserer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft*, 2. Aufl. 1828 (mit versöhnlicherem Vorwort, abgedruckt bei H. HATTENHAUER, Thibaut und Savigny, München 1973, S. 228 ff.); Thibauts Abhandlung erschien unverändert und ohne Vorwort in der 2. Aufl. seiner *Civilistischen Abhandlungen*, Heidelberg 1827; bereits die erste Aufl. hatte als 19. Abhandlung die auch separat erschienen Streitschrift Thibauts enthalten.

28 Dies galt insbesondere für Teile Preußens, Bayerns und Hessens, für Baden und Österreich; eine geordnete Aufzählung der Normen bringt G. BRUNS, *Art. Gemeines Recht*, in: Johann Samuel Ersch u. Johann Gottfried Gruber, *Allgemeine Enzyklopädie der Wissenschaft und Künste*, Bd. 57, 1853, S. 218; vgl. auch die Nachweise bei C. G. VON WÄCHTER, *Gemeines Recht Deutschlands*, insbesondere *Gemeines Deutsches Strafrecht*, Leipzig 1844, S. 207 f.; genauere territoriale Abgrenzungen bei B. DÖLEMAYER, in: H. Coing (Hg.), *Handbuch der Quellen und Literatur III 2*, München 1982, S. 1409 ff.

29 E. SCHRADER, *Ist die Abfassung eines Civilgesetzbuches für Württemberg zu wünschen?* Tübingen 1821; A. L. REYSCHER, *Über die Bedürfnisse unserer Zeit in der Gesetzgebung. Mit besonderer Rücksicht auf den Zustand der letzteren in Württemberg*, Stuttgart und Tübingen, Tübingen 1828; hierzu die Rezension von WÄCHTER in: (Tübinger) *Kritische Zeitschrift für Rechtswissenschaft* 6, 1829, S. 305 ff.; später dann grundsätzlich DERS. (WÄCHTER), *Gemeines Recht Deutschlands* (Anm. 28), insb. S. 167 ff., 220 ff.; hierzu umfassend J. RÜCKERT, *August Ludwig Reyschers Leben und Rechtstheorie 1802-1880* (= *Abhandlungen zur rechtswissenschaftlichen Grundlagenforschung* 13), Berlin 1974, S. 198 ff., 257 ff., 343 ff.; MAUNTEL, *Wächter* (Anm. 24), S. 213 ff.

war³⁰. Stützte man mit Gans die Geltung des Gemeinen Rechts auf die Gesetzgebung³¹, so stand Ende der zwanziger Jahre, selbst wenn man einen Fortbestand nach 1806 annahm, seine stückweise legislative Abschaffung zu befürchten.

Der einzig verbleibende Ausweg wies in die Feinheiten der gemeinrechtlichen Rechtsquellenlehre. Auch hier erweist sich Eduard Gans wieder als aufschlussreicher Kritiker von Savigny und seinen Anhängern. Er war der Erste, der den Vorwurf der Beschäftigung mit einer ‚obsoleten Rechtsquelle‘ gegen die historische Schule 1827 erhob. In Anlehnung an Hegels Kritik an Savigny³² verhöhnte Gans die historische Schule, welche die „Vortrefflichkeit der Gewohnheit“ zu einer Zeit preise, „wo das Gewohnheitsrecht fast alle seine Bedeutung verloren hat“³³. Auch dies ist ein Vorwurf von noch immer aktueller Relevanz. Zuletzt hielt Horst Heinrich Jakobs 1991 Puchta vor, mit seinem Gewohnheitsrecht eine Monographie über eine praktisch „fast obsolete Rechtsquelle“³⁴ vorgelegt zu haben.

Wissenschaftlich war die Frage des Gewohnheitsrechts in jedem Fall interessant. Thibaut wies 1803 in der ihm eigenen Deutlichkeit auf den Stand in der Gewohnheitsrechtsfrage hin: „Die Theorie vom G. R. ist in allen einzelnen Punkten umstritten“³⁵. Eine Fülle von neueren Monographien in dieser Frage seit 1800³⁶, machte deutlich, dass Puchta mit seinem Interesse an der Ge-

30 G. F. PUCHTA, Juristische Beobachtungen, in: Das Inland. Ein Tagblatt für das öffentliche Leben in Deutschland, mit vorzüglicher Rücksicht auf Bayern, Jhgg. 1829, Num. 24, S. 92-93; Nr. 47, S. 185-186; Nr. 48 u. 49, S. 191-192.

31 Nach § 9 des System des Römischen Civilrechts, Berlin 1827 ging Gans folgerichtig von einer gesetzlichen Geltung des Römischen Rechts in Deutschland aus.

32 Überblick bei L. SIEP, Vernunftrecht und Rechtsgeschichte, in: DERS. (Hg.), G. W. F. Hegel, Grundlinien der Philosophie des Rechts (= Klassiker Auslegen 9), Berlin 1997, S. 5 ff., 16 ff.

33 GANS, System des Römischen Civilrechts (Anm. 31), S. 182 ff., 183.

34 H. H. JAKOBS, Die Begründung der geschichtlichen Rechtswissenschaft, Paderborn 1991, S. 38 f., 363 ff. („unhistorische Betrachtung“, S. 363); Jakobs sieht freilich, dass dies nicht eine Hochschätzung des Gewohnheitsrechts durch Puchta bedeutet. Gerade Puchtas Rechtsquellenlehre habe, jedenfalls vor 1837, dem Gewohnheitsrecht ein Ende bereitet (S. 49) und über „Prinzipien“ der Wissenschaft unterworfen (S. 47), die ihrerseits damit von einer Rechtsquelle zur bloßen Methode geworden sei (S. 49).

35 A. F. J. THIBAUT, System des Pandektenrechts, Jena 1803, § 17 Anm. I).

36 C. CHR. HOFACKER, De jure consuetudine, Tübingen 1774; DERS., Principia juris civilis Romano-Germanici, Bd. 1, Tübingen 1788, § 123; CHR. W. SCHWEITZER, De consuetudine liber singular, Leipzig 1801; K. T. GUTJAHR, Das Gewohnheitsrecht, Leipzig 1801; J. N. K. GUILLEAUME, Rechtslehre von der Gewohnheit, 2. Aufl. Osnabrück 1801; CHR. G. HÜBNER, Berichtigungen und Zusätze zu den Institutionen des Römischen Rechts. Als Anhang zu Höpfners Kommentare und als Materialsammlung zu einem künftigen neuen Institutionenkommentar zu gebrauchen, Leipzig 1801; K. H. L. VOLKMAR, Beitrag zur Theorie des Gewohnheitsrechts, Braunschweig 1806;

wohnheitsrechtslehre keineswegs allein stand. Diese rege Forschungstätigkeit verdankte sich freilich nicht einer besonderen Bedeutung der im Volke geübten Sitte in der Rechtswirklichkeit. Erneut war es Puchta, der den bis heute irritierenden Angriff von Gans 1828 ins rechte Licht rückte. Die Ansicht von Gans sei „ganz falsch“³⁷. Dieser sei im Irrtum, wenn er glaube, dass Savigny, „weil er den Einfluß der Gesetzgebung zu beschränken sucht, jene älteste Rechtsquelle [sc. das Gewohnheitsrecht] als die vortrefflichste anpreise“³⁸. Mit Blick auf das Gemeine Römische Recht³⁹ war auch für Puchta die Volkssitte unbedeutend. Die Lehre vom Gewohnheitsrecht war dennoch gerade im Gemeinen Recht ungemein bedeutsam⁴⁰ – und zwar mit Blick auf die Tätigkeit der Juristen, nicht die des Volkes. Bereits ein Jahr zuvor hatte Puchta Gans entgegengehalten, es sei die Rechtswissenschaft, welche dem Gemeinen Recht seine Ausbildung gegeben habe – „Und nichts außer ihr. An die Volkssitte ist nicht zu denken, weil das Volk, in dessen Bewußtsein das römische Recht einst in Wahrheit lebte, untergegangen war ... Die Wissenschaft ist also die einzige Rechtsquelle für das neuere römische Recht“⁴¹.

SCHOEMANN, Handbuch des Civilrechts I, 1806, Nr. II, S. 28 ff.; C. CHR. W. KLÖTZER, Versuch eines Beitrags zur Revision der Theorie vom Gewohnheitsrecht, Jena 1813; G. HUGO, Die Gesetze sind nicht die einzige Quelle der juristischen Wahrheiten, in: Civilistisches Magazin IV, 1815, S. 89 ff., insb. S. 114 ff.; F. CHR. GESTERDING, Beisteuer zur Theorie vom Gewohnheitsrecht, in: AcP 3, 1820, S. 259 ff.; J. CHR. LANGE, Versuch einer Begründungslehre des Rechts, Erlangen 1821, §§ 15 – 18; C. F. E. SCHMIDT: Versuch einer Theorie des Gewohnheitsrechts nach römischen, kanonischen und sächsischen Gesetzen, Leipzig 1825; hierzu PUCHTA, Rez. Schmidt, in: (Schuncks bzw. Erlanger) Jahrbücher der gesammten deutschen juristischen Literatur, Bd. 1, Erlangen 1826, S. 144-154, S. 144 ff.; vgl. auch die Zusammenstellung bei A. ROSS, Theorie der Rechtsquellen, Leipzig 1929, S. 435 f.

37 PUCHTA, Das Gewohnheitsrecht, Bd. 1, Erlangen 1828, S. 218.

38 PUCHTA, Gewohnheitsrecht I (Anm. 37), S. 214.

39 „Gemeines römisches Recht“ bezeichnet im folgenden den „römischen Anteil“ des Gemeinen Rechts, wie Puchta ihn verstand, also das rezeptierte und ggfls. wissenschaftlich „modifizierte“ „heutige Römische Recht“. Der Begriff des Gemeinen Rechts war bekanntlich außerordentlich umstritten, vgl. nur Thieme, Art. Gemeines Recht, HRG I, 1971, Sp. 1507.

40 Vgl. R. GARRÉ, Consuetudo. Das Gewohnheitsrecht in der Rechtsquellen- und Methodenlehre des späten *ius commune* in Italien (16. – 18. Jahrhundert) (= Studien zur europäischen Rechtsgeschichte 183), Frankfurt a. M. 2005.

41 G. F. PUCHTA, Über eine Rezension von Savigny's Geschichte des römischen Rechts im Mittelalter in den Berliner Jahrbüchern für wissenschaftliche Kritik Nro. 41-44, in: Rheinisches Museum (Anm. 15), Bd. 1, Bonn 1827, S. 327-336, S. 333 f. Für Savignys Aufbau ergab sich, so Puchta, bei dieser Prämisse das Resultat zwanglos: „Eine äußere Rechtsgeschichte wird vom zwölften Jahrhundert an eine Literärgeschichte“. Vgl. auch SAVIGNY, Geschichte des römischen Rechts im Mittelalter (Anm. 9), Bd. 3, 1822, Vorrede, S. 1: „In diesem ganzen Zeitraum ist der wissenschaftliche Character im Römischen Recht vorherrschend, und die gegenwärtige Rechtsgeschichte nimmt daher von jetzt an die Gestalt einer Literärgeschichte an“.

Für Puchta war der Irrtum von Gans „nur eine Folge der Meinung, daß es außer der Volkssitte und dem Gesetz gar keine Quelle des Rechts gebe und jene Schriftsteller, welche die Wissenschaft so oft im Munde führen, haben dieselbe gerade da vergessen, wo es darauf ankam, die Probe des gepriesenen Wissens abzulegen“⁴². Puchta nannte also die Wissenschaft als Rechtsquelle des Gemeinen Römischen Rechts. Sah man dies, wie Gans, nicht so, so wurde die hochpolitische Definitionsmacht der Gewohnheitsrechtslehre deutlich. Nach klassischem Rechtsquellenverständnis, das zwischen *ius scriptum* und *nec scriptum* unterschied, konnte nur in Letzterem ein vom Gesetzgeber unabhängiger Halt für das Gemeine Recht gefunden werden und das bedeutete insbesondere im Gewohnheitsrecht. Dies war auch der Weg, auf dem Einzelne versuchten, das Römische Recht „von dem Dasein eines politischen Reichs- oder Staatsverbandes unabhängig“⁴³ zu machen. Für Albrecht Schweppe galt das Römische Recht 1819 daher „nicht als Gesetz, sondern nur als Gewohnheitsrecht“⁴⁴. Niemand vertrat dabei, dass das Gemeine Recht im Volke wirklich lebendig lebe. Träger dieses Gewohnheitsrechts waren Juristen. Es erschien als Gerichtspraxis, *usus fori*, Observanz, aber auch als Recht der Gelehrten, als gemeine Meinung, *communis opinio doctorum*. Gans hatte wohl geschmunzelt, als er Puchta der Überschätzung der Volkssitte zieh. Seit dem Konflikt zwischen Savigny und Hegel 1820 war klar, es ging um Gesetzgebung oder Juristen als Träger des Rechts. Gans suchte mit Hegel auf Seiten des Gesetzgebers seine Verbündeten.

Damit scheinen vordergründig die Fronten geklärt. Gans war Gesetzespositivist. Historisch untersuchte er Gesetzgebungsakte. Ohne gesetzliche Anerkennung war das Gemeine Recht als geltendes Recht 1806 untergegangen. Puchta war Justizpositivist. Er betrachtete das Gemeine Recht als fortgeltend und suchte in juristischen Urkunden was galt.

Ein solches Raster führt jedoch in die Irre. Konkret rückten Gans, Puchta und Savigny wieder erstaunlich eng zusammen. Dies hing mit Ähnlichkeiten in ihrem Geschichtsverständnis zusammen, welches sich von unserem Heutigen signifikant unterschied. Um diese Unterschiede zu verdeutlichen, möchte ich nun die Rezeptionsproblematik zuspitzen. Zu entscheiden war nicht nur, ob Römisches Recht noch fortbestand, sondern auch, was vom Römischen Recht noch anwendbar war. Jeder einzelne antike Rechtssatz musste einer historischen Richtigkeitsprobe unterworfen werden. Um Puchta, Gans und Savigny hier einordnen zu können, bedarf es zunächst eines vergleichenden Blicks in konkurrierende Ansichten in dieser Frage.

42 PUCHTA, Gewohnheitsrecht I (Anm. 37), 1828, S. 214 f.

43 BRUNS, Gemeines Recht (Anm. 28), S. 212.

44 A. SCHWEPPE, Das Römische Privatrecht in seiner Anwendung auf Teutsche Gerichte, als Leitfaden zu den Vorlesungen über Pandecten, 2. Aufl. Altona 1819, S. 30.

Die klassische Antwort darauf, was rezipiert worden war, hieß: *Quidquid non agnoscit glossa, nec agnoscit curia*. Die Accursische Glosse entschied die Rezeption. Was glossiert war, galt zugleich als rezipiert, das Gemeine Recht hatte die *fundata intentio*⁴⁵.

Wohin das Abstellen auf ein formales Kriterium wie die Glossierung führen konnte, machte 1824 Theodor Marezoll deutlich. Marezoll hatte in seinem Werk „Über die bürgerliche Ehre“ der antiken Gesetzgebung Entscheidungsmacht eingeräumt, wenn sie nur glossiert war. Nachdem die Rezeption durch die mittelalterliche Gerichtspraxis erfolgt sei, konnte, so Marezoll, „für die Zukunft keine Gerichtspraxis, als solche, an dem bestehenden Rechte mehr etwas ändern“⁴⁶. Er berief sich hierzu auf C. 7, 45, 13, die als glossiert und damit rezipiert für Marezoll verbindlich aussprach, dass „durch die bloße Meinung des Richters und des Gerichts überhaupt fest begründete und bestehende Rechtssätze weder aufgehoben, noch sonst geändert werden dürfen“⁴⁷. Damit war die gesamte entgegenstehende spätere Gerichtspraxis für Marezoll „schon aus diesem Grunde verwerflich“⁴⁸. Puchta hielt diesem „Todtenschein für die neuere Jurisprudenz“ entgegen, ob Marezoll glaube, „die unermessliche Kraft des Geistes, die immer wirkende Macht der Überzeugung, mit einem Wort, den Gedanken durch ein Gesetzchen in dem Codex Justinianus niederschlagen und unterdrücken zu können?“⁴⁹.

Die „unermessliche Kraft des Geistes“ sollte also über die Rezeption entscheiden, nicht ein „Gesetzchen“ im Codex. Entscheiden sollte auch nicht die Meinung eines bestimmten Juristen wie etwa Accursius, ja keinem Juristen sollte eine solche Macht zufallen. Dies hielt Puchta einem anderen Zeitgenossen entgegen, Romeo Maurenbrecher. Für Maurenbrecher folgte die Rechtssetzungskompetenz der Juristen schlicht aus ihrem Studium, ja von Nichtjuristen werde „*ius ignorare praesumuntur*“⁵⁰.

Äußerungen wie die Maurenbrechers waren es, die dazu führten, dass Savigny, der die Juristen ja zu Repräsentanten des Volks erklärt hatte, zunehmend als Vertreter einer volksfernen Juristenaristokratie wahrgenommen

45 Vgl. K. LUIG, Conring (Anm. 3), S. 326 ff.

46 T. MAREZOLL, Über die bürgerliche Ehre ihre gänzliche Entziehung und theilweise Schmälerung, Giessen 1824, S. 324.

47 MAREZOLL, Über die bürgerliche Ehre (Anm. 46), S. 351, Hinweis bei PUCHTA, a. a. O., S. 278.

48 MAREZOLL, Über die bürgerliche Ehre (Anm. 46), S. 325; die römische Infamia sollte folglich, soweit sie nicht in einzelnen Gesetzen ausdrücklich beschränkt sei oder durch „völlig veränderte Zeitumstände“ überholt worden sei, noch anwendbar sein, vgl. S. 350 ff., 354.

49 G. F. PUCHTA, Rez. AcP IX, in: (Schuncks bzw. Erlanger) Jahrbücher (Anm. 36), Bd. 5, 1827, S. 267- 299 u. 6, 1827, S. 1-18; vgl. MAREZOLL, Bemerkungen über die Verbindlichkeit der Vormünder, die Mündelcapitalien verzinlich auszuleihen, in: AcP IX, 1827, S. 279.

50 R. MAURENBRECHER, De auctoritate prudentum prolusio academica, Bonn 1839, S. 8.

wurde. Für Savigny war jedoch nicht die Zuständigkeit des Entscheiders, sondern die Richtigkeit der Entscheidung Bindungsvoraussetzung. Entscheidend war noch immer das „Bewußtsein des Volkes“⁵¹, repräsentiert durch den Juristenstand insgesamt, nicht den einzelnen Juristen. Erneut stellte Puchta dies in einer Rezension zu Maurenbrecher klar. Maurenbrechers Ansicht vom Juristenrecht sei eine „ganz verkehrte“ und müsse „so schnell als möglich bey Seite geschafft werden“⁵². Es könne „nichts trostloseres geben, als eine solche Autorität, welche lediglich einem äußeren, von keinem Gedanken beseelten Factum beigelegt wird“⁵³.

Wieder fielen ähnliche Stichworte: Keine äußere Autorität, im Sinne eines von „keinem Gedanken beseelten Factums“ entschied, sondern eine innere Autorität, der „Gedanke“, die „Macht des Geistes“ als *Movens* der Geschichte des Rechts.

Blicken wir vergleichend auf Eduard Gans. Sein Blick war auf die Gesetzgebung gerichtet. Bedeutete dies ein bloßes Abzählen gesetzgeberischer Entscheidungen? Keineswegs. Auch beim treuen Hegelianer Gans hatte die Geschichte des Rechts eine Teleologie, sie war nicht kontingente Entscheidung des Gesetzgebers. Auch für ihn war die Geschichte „Verwirklichung eines Gedankens“, das Recht verwirklichte sich stufenweise hin zu seinem Ziel: „Freiheit“. Gans maß der historisch arbeitenden Rechtswissenschaft Beraterfunktion für den Gesetzgeber zu, sie war „Gesetzgebungswissenschaft“. Gesetzgebungswissenschaft bestand „einerseits aus dem Gedanken, andererseits aus der Kenntnis des historischen Stoffes“⁵⁴. Das bloße „Factum“ in der Geschichte, sei es als Norm oder als sonstiger juristischer Satz, war also nur Indiz. Hinzu kam „Sinn“. In der konkreten Feststellung, welche Norm zu gelten habe, kam es bei Gans nicht nur auf Legislativakte und bei Savigny/Puchta nicht nur auf Juristenaussagen an. Hinzu kam: Geist, Sinn, Gedanke.

Die Unterschiede manifestierten sich bei der Frage, wie dieser „Geist“ konkret aussehen sollte. Gans warf der historischen Schule 1827 vor, sich im „Lesen des toten Buchstabens der Vergangenheit“ zu verlieren, anstatt Freiheit als „das kräftige Wollen“ in der Geschichte in den Blick zu nehmen.

51 F. C. V. SAVIGNY, Beruf (Anm. 27), S. 11.

52 PUCHTA (anonym), Rez. Romeo Maurenbrecher, De auctoritate prudentum prolusio academica, in: (Richters) Kritische Jahrbücher für deutsche Rechtswissenschaft, Bd. 6, Leipzig 1839, S. 731.

53 PUCHTA, Gewohnheitsrecht I (Anm. 37), S. 164.

54 Ungedruckte Quelle nach J. BRAUN, Eduard Gans und die Wissenschaft von der Gesetzgebung, ZNR 1982, S. 156 ff.; hier zitiert nach dem Wiederabdruck in: DERS., Judentum, Jurisprudenz und Philosophie. Bilder aus dem Leben des Juristen Eduard Gans (1797-1839) 1997, S. 133 f.

Gans versuchte in seinen Naturrechtsvorlesungen Geist und Faktum zu verschmelzen. Diese Vorlesungen enthielten „zwei Gegenstände: die Entwicklung der Idee des Rechts und des Staates, ohne historische Zuthaten, da ihre Rechtfertigung in ihnen selbst war, [und] die Darstellung dessen, was wir in der historischen Entwicklung sahen. Es sollte [sich] zeigen, daß der Inhalt der Rechtsgeschichte denselben Inhalt hat als die Philosophie des Rechts. Deswegen ist die neueste Rechtsgeschichte ungefähr mit den Resultaten der philosophischen Betrachtung übereinstimmend“⁵⁵.

Puchta hielt dem entgegen:

„Wäre mit so leichten Griffen zu enträthseln die Natur, Hätte sie auf euch gewartet, ihr zu kommen auf die Spur[?]“⁵⁶.

Er betonte gegen Gans und Hegel die Wirklichkeit des „zufälligen Daseins“ und kritisierte einen Überschuss an Theorie. Dabei leugnete er freilich nicht, dass auch in der historischen Schule ein „höherer Standpunkt“ die Geschichtsbetrachtung lenke. Er betonte als entscheidenden Unterschied jedoch, dass „dieser höhere Standpunkt in der Schule nicht ausgesprochen oder gar in bestimmte Lineamente (durch die man die Welt portraituren könnte) gebracht wird“⁵⁷.

Puchta wollte das Recht somit nicht einer philosophisch-politischen Theorie unterwerfen. Gegen Gans betonte er konsequent das zufällige Faktum, die saubere Quellenarbeit des Historikers. Eine feste Theorie drohte das Recht einem Korsett zu unterwerfen, es fehlte an Entwicklungsfähigkeit: „Daher wundert sich der Hegelianer auch über nichts“⁵⁸.

Mitte der zwanziger Jahre wurden das von Savigny 1814 vorgetragene und in seiner Rezeptionsdeutung historisch untermauerte Programm erstmals in seiner Substanz brüchig. Die bei Zeitgenossen aufsehenerregenden Angriffe von Gans zeigten unmittelbare Wirkung, als Savigny 1826 aus Protest gegen die Ernennung von Gans sein Berliner Lehramt ruhen ließ. Puchta ging nun daran, Savignys Programm von 1814 gegen Angriffe abzusichern. Defizite fand er auch in unmittelbarem Zusammenhang mit Savignys Rezeptionsdeutung⁵⁹. Savigny hatte die Frage, was über die Fortgeltung eines Römischen Satzes entschied, ziemlich vage beantwortet und zumeist von „innerer

55 So die Vorlesungsmitschrift von 1833: E. GANS, Naturrecht und Universalrechtsgeschichte, hg. von Manfred Riedel, Stuttgart 1981, S. 154.

56 PUCHTA, Über eine Rezension von Savignys Geschichte des römischen Rechts im Mittelalter (Anm. 15), S. 331.

57 PUCHTA, Rez. Eduard Gans: Das Erbrecht in weltgeschichtlicher Entwicklung, Teil 1, Berlin 1824, Teil 2, Berlin 1825, in: (Schuncks bzw. Erlanger) Jahrbücher 1 (Anm. 36), S. 36.

58 PUCHTA, Rez. Gans, Erbrecht (Anm. 57), S. 36 f.

59 Hierzu HAFERKAMP, Puchta (Anm. 13), S. 124 ff.

Nothwendigkeit“ gesprochen. Die Umsetzung dieser Vorgaben durch Savigny selbst, fand durchaus die uneingeschränkte Bewunderung seiner Zeitgenossen. Bei Savigny wirkte all dies leicht und sicher. Er war eben der Olympier. Wie viele meinte Stahl bewundernd: „sein Sinn leitet ihn sicher, durch eine künstlerische Kraft bildet er ganz und vollendet, wozu erst langsam allmählig die angestrengteste ... Forschung hinführt“⁶⁰.

Bei aller Verehrung für Savigny warnte dagegen Puchta bereits in den zwanziger Jahren vor überzogenen Subjektivismen bei denen, die weniger begnadet als der Meister das Römische Recht behandelten. Gerade das einzigartige Beispiel Savignys lehre, dass es nicht nur einer „mächtige[n] Hand“ und eines „gewissen Geist[es]“ bedürfe, sondern vor allem eine „sichere, stets bereite, bis ins Einzelne gehende Kenntnis der ganzen Geschichte“ Voraussetzung sei⁶¹.

Savignys Äußerungen im Beruf von 1814 zur Rechtsfindung der Juristen fanden daher auch relativ offen Puchtas Kritik. Ansatzpunkt dieser Kritik war Savignys Benennung der die Rezeption antreibenden juristischen Tätigkeit als Gewohnheitsrecht. Savigny hatte bekanntlich 1814 „alles Recht“ dem dreistufigen Entwicklungsgang unterworfen: „erst durch Sitte und Volksglaube, dann durch Jurisprudenz“⁶². Auch dieses von den Juristen geschaffene Recht, insbesondere also das Gemeine Recht, nannte Savigny 1814, in Abgrenzung zur Gesetzgebung, Gewohnheitsrecht⁶³. Freilich hatte er ebenso 1814 klargestellt, dass die Benennung des von Juristen hervorgebrachten Rechts dem zwar herrschenden, aber „nicht ganz passende[n] Sprachgebrauch“⁶⁴ entspreche.

Öffentlich meinte Puchta hierzu, dass Savignys Äußerungen in der Rechtsquellenfrage lediglich „die Stimmung, die erste natürliche Anschauung als Anstoß für eine wissenschaftliche Untersuchung“ geben könnten. Diese „Stimmung des Gefühls“ sei aber etwas anderes als „das wissenschaftliche Begreifen des Gegenstandes“⁶⁵. Privat wetterte Puchta deutlicher gegen „Savigny's Vermischung von Gewohnheits- und Juristenrecht“⁶⁶.

60 F. J. STAHL, Philosophie des Rechts, Bd. I Heidelberg 1830, S. IX.

61 G. F. PUCHTA, Rez. August Wilhelm v. Schröter: *Observationes iuris civilis*, Jena 1826, in: *Erlanger Jahrbücher* (Anm. 36) 4 (1827), S. 52.

62 SAVIGNY, Beruf (Anm. 27), S. 14.

63 Insofern übereinstimmend JAKOBS, Die Begründung der geschichtlichen Rechtswissenschaft (Anm. 34), S. 364 f.

64 SAVIGNY, Beruf (Anm. 27), S. 14.

65 PUCHTA, Selbstankündigung: Das Gewohnheitsrecht, Erster Teil, Erlangen 1828, in: (Schuncks bzw. Erlanger) *Jahrbücher* (Anm. 36) Bd. 8, 1828, S. 232 u. 233.

66 Brief an Hugo vom 2. 8. 1828, in Privatbesitz von Werner Flume, Bonn. Die wenigen Seiten im Gewohnheitsrecht (in Band 1 vor allem die Seiten: 78-81, 146 f., 161-167),

Puchta ging es nun darum, das von ihm sog. Juristenrecht aus dem Gewohnheitsrecht auszuschneiden. Dies führte im Ergebnis zu einer drastischen Beschneidung des traditionellen Bereichs des Gewohnheitsrechts, indem die gesamte juristische Tätigkeit hiervon ausgenommen wurde⁶⁷. Puchtas Juristenrecht erfasste einerseits doktrinär erzeugtes Recht, also die *communis opinio doctorum*, und andererseits Präjudizien, also den Gerichtsgebrauch in seinen vielen Benennungen⁶⁸, etwa als *usus fori*, Übung oder Observanz. Nimmt man Puchtas Rezeptionsdeutung in den Blick, so wird deutlich: Gemeines Recht war für ihn Juristenrecht, nicht Gewohnheitsrecht.

Die Benennung der juristischen Tätigkeit als Gewohnheitsrecht bei Savigny nährte den Irrtum, als sei der Gebrauch eines Rechtssatzes das entscheidende Kriterium. Dies war politisch gefährlich, weil es Juristen offen Machtbefugnisse gab, die mit der Prerogative des Staates kaum vereinbar waren. Die gängige Antwort auf diese These gab 1821 erneut Nikolaus Falck: Der „Gebrauch des römischen Rechts beruht nicht auf den Gewohnheiten des Volks, sondern bloß auf einer Observanz der Gerichte, die kein Recht bildet“⁶⁹. Gleichwohl berief sich etwa Maurenbrecher, der wie gezeigt in diesem Sinne Juristen Normsetzungsmacht einräumte, auf Savignys Berufsschrift von 1814 als Legitimation. Dies war natürlich ein Missverständnis. Savigny hatte niemals behauptet, dass ein juristischer Ausspruch schon deshalb Recht sei, weil der Jurist dieses studiert habe. Immer wieder hatte er den richterlichen Autoritätenkult bekämpft, bei „welchem bey keiner möglichen Entscheidung ein Vorwurf gemacht werden kann, da jede Entscheidung die angesehensten Autoritäten für sich hat“⁷⁰. Nicht nur dies war jedoch in einer neuen Gewohnheitsrechtstheorie klarzustellen. Es war auch genauer zu beantworten, wie denn ein Satz des Juristenrechts, also insbesondere des Gemeinen Rechts, seine Geltung beanspruchen können sollte? Was trat neben das reine Faktum der Anerkennung in der Rezeption als ergänzende Geltungsvoraussetzung?

auf denen Puchta das Juristenrecht zum Gewohnheitsrecht abgrenzte, dürfen über die zentrale Bedeutung dieser Passagen im ganzen Werk nicht hinwegtäuschen.

- 67 Dies gilt nur für die Konzeption der Enzyklopädie 1825 und des ersten Bandes des Gewohnheitsrechts, 1828. Ab 1837 kannte Puchta dagegen ein Juristengewohnheitsrecht, vgl. HAFERKAMP, Puchta (Anm. 13), S. 433 f.
- 68 Die sprachlichen Ungenauigkeiten wurden immer wieder bemängelt, vgl. CHR. F. GLÜCK, Ausführliche Erläuterungen der Pandecten nach Hellfeld ein Commentar, 2. Ausgabe, Bd. 1 Erlangen 1797, S. 442 ff.; CHR. F. MÜHLENBRUCH, Lehrbuch des Pandecten-Rechts, 3. Aufl. Halle 1839/40, § 40.
- 69 FALCK, Encyclopädie (Anm. 26), S. 168; hierzu VOLK, Falck (Anm. 26), Berlin 1970, S. 86 f.
- 70 SAVIGNY, Beruf (Anm. 27), S. 72.

Puchta buchstabierte zwischen 1825 und 1829 die von Savigny nur ange deuteten Voraussetzungen für den Geltungsanspruch eines juristischen Satzes konkret aus⁷¹. Die juristische Tätigkeit wurde damit einer Doppelung ausgesetzt. Der Jurist musste einerseits einfühlend den Kontakt zu den Rechtsbedürfnissen des Volkes, dem Volksgeist, wahren. Puchta forderte also „ein natürliches Gefühl der Billigkeit, welchem der Jurist bey der Ausbildung unbestimmter Punkte das Gehör nicht versagen darf“. Daneben musste der Jurist wissenschaftliche Standards erfüllen, also insbesondere den Rechtssatz ins Gesamtsystem integrieren:

„Es ist ... das Geschäft der Juristen, welche nicht über dem Alterthum die Gegenwart vergessen wollen, einem ... [sc. praktischen] Bedürfnis eine bestimmte juristische Gestalt zu geben und die Forderung der Billigkeit und des nicht juristischen Bewußtseyns durch die Anschließung an das bestehende Rechtssystem zu einem wirklichen Rechtssatz zu erheben“⁷².

Der Jurist agierte also einerseits einfühlend als Repräsentant des Volksgeistes und andererseits rational als Wissenschaftler. Da nun der Volksgeist „dunkle Werkstätte“ des Rechts war, die Bedürfnisse des Volkes also veränderlich und unsicher waren, blieben die Rechtssätze einer Rest-Ungewissheit ausgesetzt, „weil eine jurist. Ansicht nur Recht ist, insofern sie wahr ist ... Ob nun einer Ansicht nicht bloß systematische Wahrheit im allgemeinen, sondern eine historische und nationale Wahrheit zukommt, dafür gibt die Uebereinstimmung der Juristen u. noch mehr der Gebrauch einer Entscheidung Indiz, so sicher als sie eben seyn kann“⁷³.

Ein Satz galt also als rezipiert, wenn er zunächst historisch seit dem Mittelalter in Gebrauch gekommen war. Dies war jedoch nur ein Indiz – welches konkret auch wegfallen konnte. Das daneben geforderte Richtigkeitskriterium hieß: Billigkeit und wissenschaftliche Einpassung in das Gesamtsystem. Auch die geschichtliche Geltung eines Rechtssatzes, also die rechtshistorische Perspektive nahm dies in den Blick. Rechtsgeschichte hieß: Geschichte juristischer Anerkennung, überprüft auf ihr Bedürfnis und ihre Einfügung im Gesamtzusammenhang des historischen Rechts. Mit diesen Anforderungen versuchte Puchta in den zwanziger Jahren das Gemeine Recht einerseits sicher, andererseits flexibel zu begründen: Es galt unabhängig von der Gesetzgebung, im Volk durch den Volksgeist über „praktische Bedürfnisse“ verankert, lebend im Juristenstand und so gebunden an wissenschaftliche Anforderungen, insbesondere Systemgerechtigkeit, nicht aber an eine bestimmte philosophische Theorie.

71 Hierzu HAFERKAMP, Puchta (Anm. 13), S. 196 ff.

72 G. F. PUCHTA, Über die Negatorienklage, in: Rheinisches Museum (Anm. 15), Bd. 1, 1827, S. 163 f.

73 Brief an Blume von 22.5.1829, abgedruckt bei HAFERKAMP, Puchta (Anm. 13), S. 523 ff.

Seit den dreißiger Jahren belebte sich der Streit um die Rezeptionsdeutung, um Geltung und Inhalt des Gemeinen Rechts zunehmend. Neben den Großmeistern wie Hugo oder Mittermaier, nahmen nun die kommenden Wissenschaftler der jüngeren Generation wie Beseler, Stein, Wächter, Mohl, Gerber, Thöl oder Bruns den Streit auf⁷⁴. Im Verlauf der Debatte wurde nun schnell deutlich, dass Puchtas Juristenrecht sich nicht würde durchsetzen können. Auch wenn sich seine Verfahrensbeschreibung ganz ähnlich bei vielen Juristen wiederfand, wollte fast niemand den Juristen offen Rechtssetzungsbefugnis einräumen⁷⁵. Gegen Puchtas, so Welcker, „angebliche[s] Juristenrecht“⁷⁶, brachte man jedoch auch nicht den Gesetzgeber als Geltungsgrund des Gemeinen Rechts in Stellung. Der für eine Partikularkodifikation streitende Wächter stand 1844 weitgehend allein, als er nochmals behauptete, das Gemeine Recht habe mit dem Untergang des Alten Reichs seine Geltung verloren⁷⁷. Fast einhellig griff man für die Geltung des Gemeinen Rechts stattdessen auf Gewohnheitsrecht zurück⁷⁸.

Rückblickend auf die Debatte wies Beseler 1885 freilich scharfsichtig darauf hin, man habe sich ganz überwiegend gescheut, die „aus dieser Auffassung sich ergebenden Folgerungen zu ziehen“⁷⁹. Burkhard Wilhelm Leist stellte 1854 klar, dass man bei einer gewohnheitsrechtlichen Geltung des Gemeinen Rechts mit der alten *fundata intentio*, der Vermutung einer *receptio in complexu*, nicht weiterkäme, sondern das Gemeine Recht als einen „im einzelnen nachweisbare[n] und nachzuweisende[n] Complex von Rechtsinstituten“⁸⁰ betrachten müsse.

Ganz überwiegend machte man es sich nicht so schwer, sondern ging weiterhin von der alten Geltungsvermutung für das glossierte Corpus Juris aus. Damit blieb die drängende Frage, woran die Richtigkeit eines glossierten Satzes noch gemessen werden konnte? Puchta hatte ja zunächst die Wissen-

74 Vgl. die Nachweise bei RÜCKERT, Reyscher (Anm. 29), S. 163 f.

75 Vgl. die Aufzählung der Kritiker bei R. OGOREK, Richterkönig oder Subsumtionsautomat?, Frankfurt a. M. 1986, S. 211 ff.; RÜCKERT, Reyscher (Anm. 29), S. 159, 223 ff., 340, 367 ff., 385; HAFERKAMP, Puchta (Anm. 13), S. 168 ff.

76 K. T. WELCKER, Die Universal- und die juristisch-politische Encyclopädie und Methodologie zum Gebrauche bei Vorlesungen und für das Selbststudium, Stuttgart 1829, S. 569 in der Anm.; hierzu H. MÜLLER-DIETZ, Das Leben des Rechtslehrers und Politikers Karl Theodor Welcker, Freiburg 1968, S. 34 Anm. 416.

77 WÄCHTER, Gemeines Recht (Anm. 28), 1844.

78 Vgl. etwa C. F. W. VON GEBER, Das wissenschaftliche Princip des gemeinen deutschen Privatrechts, Jena 1846, § 7, S. 133.

79 G. BESELER, System des gemeinen deutschen Privatrechts, Bd. 1, 4. Aufl. Berlin 1885, S. 23 Anm. 4.

80 B. W. LEIST, Civilistische Studien auf dem Gebiete dogmatischer Analyse, Erstes Heft: Über die dogmatische Analyse Römischer Rechtsinstitute, Jena 1854, S. 16.

schaftlichkeit des Satzes gefordert. Verstand man nun entgegen seines Vorschlags Gemeines Recht nicht als Juristenrecht, sondern als Gewohnheitsrecht, so fiel dieses Kriterium weg. Nach Puchtas Lehre stand die Richtigkeit auch beim Gewohnheitsrecht über der bloßen Übung des Satzes. Daher, so Puchta, „würde jeder Richter, der die feste, wohlgegründete Ueberzeugung von ... [der] Unrichtigkeit [einer Norm] ... gewonnen hat, pflichtwidrig handeln, wenn er sie noch ferner anwenden wollte“⁸¹.

Dieses Vertrauen in den Richterstand genügte Vielen nicht. In den dreißiger Jahren nahmen Versuche zu, das Gemeine Recht an einer klar konturierten Rechtssubstanz zu messen. Weites Aufsehen erregte dabei 1833 der zweite Band der Rechtsphilosophie von Friedrich Julius Stahl. Stahl kritisierte Puchtas Rechtslehre als zu rationalistisch. Er forderte den Blick in die „reellen positiven Grundlagen“⁸². Dabei ging es freilich nicht um schlichte Tatsachenerfahrung, sondern erneut um Sinn in der Wirklichkeit. Für Stahl lagen den Rechtssätzen „Tatsachencomplexe“ zugrunde, die durch die „Einheit ihres erzeugenden Triebes ein unauflösliches Ganzes bilden“: „Rechtsverhältnisse und Rechtsinstitute“⁸³. Zu entdecken war also die rechtsbildende Kraft, das „innere Streben“, der „Telos“⁸⁴. Den Zugang zu dem „Handeln der Urkräfte“ ermöglichte ihm ein Rückgriff auf die vorrationalistische Bildung des „unbefangenen Gemüts“, dessen existenzielle Erfahrung auszusprechen somit zur Aufgabe der Wissenschaft wurde⁸⁵. In Stahls intuitiven, anschauenden Zugang zur Wirklichkeit lag zugleich ein deutlich religiöser Aspekt. Stahl deutete die Rechtsverhältnisse als Ausdruck göttlicher Gestaltung, als offenbarte, gottgewollte Ordnung.

Puchta warf seinem Freund Stahl 1838 vor, mit dieser Unterwerfung des Gemeinen Rechts unter den Glauben, „in ein Meer schwankender Vorstellungen, unsicherer Begriffe, chamäleonartiger Behauptungen, und gränzenloser Träume“ zu segeln.

Stahl war freilich nicht der Einzige, der das Gemeine Recht neben seiner Rezeption an ganz bestimmten Richtigkeitskriterien messen wollte. In den vierziger Jahren spitzten sich die Angriffe gegen das Römische Recht zu. Karl Schildener war mit seiner Bezeichnung der Rezeption als „National-

81 G. F. PUCHTA, Rez. Georg Beseler: Volksrecht und Juristenrecht, Leipzig 1843, in: Jahrbücher für wissenschaftliche Kritik, Bd. 1, 1844, S. 22 (auch separat erschienen).

82 STAHL, Philosophie des Rechts (Anm. 60) II 1, Heidelberg 1833, S. 151.

83 STAHL, Philosophie des Rechts II 1 (Anm. 60), S. 146.

84 STAHL, Philosophie des Rechts II 1 (Anm. 60), S. 146.

85 Hierzu CHR. WIEGAND, Über Friedrich Julius Stahl (1801-1862) [sic! Stahl starb 1861], Paderborn 1981 S. 93 ff., 167 ff., 170; auch darin sah er sich Schellings Verfahren „intellektueller Anschauung“ verpflichtet vgl. nur Philosophie des Rechts I (Anm. 60), 1830, S. 248 ff.

Unsittlichkeit“⁸⁶ 1827 noch ein Einzelfall gewesen. Als Beseler 1843 dann vom „Nationalunglück“⁸⁷ sprach, verbreitete sich dieser Terminus wie ein Lauffeuer. Parallel begann man Römisches und Deutsches Recht auf ihren „prinzipiellen Unterschied“ zu untersuchen und als „liberal“ und „sozial“ gegeneinander aufzubauen⁸⁸. Nun ging es darum, das Gemeine Recht stärker mit „Germanischem“ Gedankengut zu durchsetzen. Damit verlagerte sich die Diskussion endgültig von der Frage, ob das Römische Recht nach 1806 noch galt, darauf, ob es eine „*receptio in complexu*“ gegeben habe. Ein bekanntes Beispiel bietet Georg Beseler, der 1843 das Gemeine Recht bereits doppelt eingrenzte. Zunächst unterschied er „unbedingtes und bedingtes“ Gemeines Recht⁸⁹. Zudem inkorporierte er dem Gemeinen Recht einen substanziellen Anteil im Volke lebenden sog. Volksrechts. Er hatte bereits 1833 von den Juristen gefordert, diesen Anteil wieder zu erhöhen. Der Richter solle hierzu⁹⁰ „unter das Volk [treten] und ... seine Gesinnung und seinen Verkehr“ belauschen. 1843 forderte er daher vom Juristen den „unbefangenen, verständigen Sinn, den ungetrübten natürlichen Blick, den Eifer für das Wirkliche und Wahre“⁹¹. Auch hier fürchtete Puchta erneut um die Freiheit und zugleich Rationalität des Rechts, auf die es ihm so ankam. Beselers „rechte Mitte zwischen Zweifel und Glauben“⁹², so meinte er 1844, sei „sicherlich unter allen eine der unentdecktesten“⁹³.

Puchta reagierte auf diese neuen Gefährdungen des, wie es mit Hugo nun deutlicher hieß, „heutigen Römischen Rechts“, durch eine wesentliche Umstellung seines Rechtsquellenprogramms. In Reaktion auf Stahl sprach er Juristen seit 1837 die Möglichkeit ab, durch Rückgriff auf die „praktischen Bedürfnisse“ neues Recht zu setzen, das Römische Recht also zu modifizie-

86 K. SCHILDENER, Über die Behandlung des deutschen Rechts als lebendigen Volksrechts, Greifswald 1827, S. 24.

87 G. BESELER, Volksrecht und Juristenrecht, Leipzig 1843, S. 41.

88 Vgl. K. LUIG, Die sozialetischen Werte des römischen und germanischen Rechts in der Privatrechtswissenschaft des 19. Jahrhunderts bei Grimm, Stahl, Kuntze und Gierke, in: Gerhard Köbler (Hg.), Wege Europäischer Rechtsgeschichte, Festschrift für Karl Kroeschell zum 60. Geburtstag, Frankfurt a. M. 1987, S. 281 ff.; DERS., „Römische und germanische Rechtsanschauung, individualistische und soziale Ordnung“, in: J. Rückert u. D. Willoweit, Die Deutsche Rechtsgeschichte in der NS-Zeit (= Beiträge zur Rechtsgeschichte des 20. Jahrhunderts 12), Tübingen 1995, S. 95 ff.; S. HOFER, Freiheit ohne Grenzen? Privatrechtstheoretische Diskussionen im 19. Jahrhundert (= Jus Privatum 53), Tübingen 2001, S. 49 ff.

89 G. BESELER, Volksrecht und Juristenrecht (Anm. 87), S. 98.

90 G. BESELER, Patriotische Phantasien über Recht und Gericht, in: Kieler Correspondenzblatt, hg. von Theodor Olshausen, Bd. 4, 1833, S. 178; hierzu auch B.-R. KERN, Georg Beseler. Leben und Werk, Berlin 1982, S. 300.

91 BESELER, Volksrecht und Juristenrecht (Anm. 87), S. 120 f.

92 BESELER, Volksrecht und Juristenrecht (Anm. 87), S. 122.

93 PUCHTA Rez. Beseler (Anm. 81), 1844, S. 26.

ren. An die Stelle seines Juristenrechts trat das Recht der Wissenschaft. Juristen waren in ihrer wissenschaftlichen Tätigkeit nun an das antike Recht gebunden. Das *Corpus Juris Civilis*, wie es Justinian geschaffen hatte, bekam Gesetzeskraft. Abänderungen konnten nur im Wege des Gewohnheitsrechts erfolgen. Neben den antiken Wortlaut trat damit die Übung eines Satzes als alleiniges Richtigkeitsindiz. Zentrale Quelle hierfür wurde auch bei Puchta die *Glossa ordinaria*⁹⁴. Puchta suchte Halt in „äußeren“ Merkmalen. Die Rechtswissenschaft wurde auf Lückenfüllung und Interpretation verwiesen und damit zur „mittelbaren Rechtsquelle“ herabgestuft.

Puchtas deutliche Hinwendung zum Positiven, zur schriftlich fixierten Rechtsquelle, nahm spätere Entwicklungen vorweg. Nach 1848 gab die Rechtswissenschaft ihre offenen Machtansprüche auf und sich durchweg an den positiven Stoff gebunden. Politik und Recht wurden stärker entkoppelt. Die Rezeption des Römischen Rechts wurde damit deutlicher von Geschichtsteologien befreit und in neuen Untersuchungen etwa von Stobbe, Stintzing, Franklin und Moddermann, durchhistorisiert⁹⁵. Um zu wissen, was vom Gemeinen Recht noch galt, bedurfte es nun endgültig, so Dernburg 1884, „in Zweifelsfällen einer Prüfung, ob ein im *corpus juris civilis* enthaltener Satz wirklich in die deutsche Gewohnheit übergegangen ist“⁹⁶. Für Dernburg war es folglich ganz „willkürlich“, wenn Savigny in seinem System 1840 die Ansicht vertreten hatte, das römische Staatsrecht sei nicht rezipiert⁹⁷ - trotz Glosse und späterer Reichspublizistik. Savigny mochte die Accursische Glosse als Geltungskriterium insgesamt nicht besonders. Er äußerte „Zweifel an der Gründlichkeit der Arbeit“, ja bescheinigte ihr teilweise ein „schülerhaftes, ja kindisches Ansehen“⁹⁸. Er unterwarf die Rezeption statt dessen dem „kritische[n] Geist neuerer Rechtswissenschaft“⁹⁹. Die Rezeption sei eine Tatsache, die „nicht ohne wichtige Gründe eintritt“, an denen es hier

94 G. F. PUCHTA, *Pandekten* (Anm. 23), § 4 Anm. a).

95 Insb. O. STOBBE, *Geschichte der Deutschen Rechtsquellen*, Bd. 1, Leipzig 1860, ND Aalen 1965, S. 609 ff.; O. FRANKLIN, *Beiträge zur Geschichte der Reception des römischen Rechts in Deutschland*, Hannover 1863; aus holländischer Perspektive W. MODDERMANN (Prof. in Groningen), *Die Reception des Römischen Rechts*, Jena 1875. Eine Historisierung des Rezeptionsdiskurses selbst erfolgte dann erstmals 1905 durch G. VON BELOW, *Die Ursachen der Rezeption des römischen Rechts*, München 1905, ND Aalen 1964, insb. S. 52 ff.; später dann P. BENDER, *Die Rezeption des römischen Rechts im Urteil der deutschen Rechtswissenschaft*, Diss. 1955, Frankfurt a. M. 1979 (= *Rechtshistorische Reihe* 8).

96 H. DERNBURG, *Pandekten*, Bd. 1, Berlin 1884, S. 9 Anm. 5.

97 F. C. VON SAVIGNY, *System des heutigen Römischen Rechts*, Bd. 1, Berlin 1840, S. 69, 165.

98 SAVIGNY, *Geschichte des römischen Rechts im Mittelalter* (Anm. 9), Bd. V, 2. Aufl. 1850, S. 285 f.

99 SAVIGNY, *System*, Bd. 1 (Anm. 97), S. 71.

wegen des gewandelten Kontexts eben fehlte. Es handelte sich also schlicht um eine „irrigie Anwendung“¹⁰⁰. Dieser offen wertende Anspruch Savignys wurde in der Rechtswissenschaft nach 1850 zunehmend als hypertroph empfunden. Man führte zu diesem Zeitpunkt, wie Landsberg schön formulierte, bescheidener „*die Rechtswissenschaft als Dienerin vor ... , die eine Herrscherkrone trägt*“¹⁰¹. Eine historische Legitimation des Gemeinen Rechts rückte in den Hintergrund. Damit endete eine Debatte, die seit Conring die Europäische Rechtswissenschaft beschäftigt hatte.

100 SAVIGNY, System, Bd. 1 (Anm. 97), S. 69.

101 Die juristische Fakultät zu Leipzig. 1409-1909, in: DJZ 1909, Sp. 851 ff., 870. Möglicherweise eine Anspielung auf Windscheids berühmte Ansprache von 1884: „Sagen Sie, das Recht sei eine Magd; aber dann fügen Sie hinzu: eine Magd, die eine Königskrone trägt.“ (Die Aufgaben der Rechtswissenschaft [Leipziger Rektoratsrede vom 31. Oktober 1884], in: P. OERTMANN [Hg.], Bernhard Windscheid. Gesammelte Reden und Abhandlungen, Leipzig 1904, S. 100 ff., 102).