Naturrecht in Antike und früher Neuzeit

Symposion aus Anlass
des 75. Geburtstages
von Klaus Luig

Herausgegeben von

Matthias Armgardt und Tilman Repgen

Mohr Siebeck

Digitaler Sonderdruck des Autors mit Genehmigung des Verlages.

Matthias Armgardt, geboren 1968, Studium der Rechtswissenschaften in Bochum und Köln; 1999 Promotion zum Dr. iur. utr. (Köln); 1999 zweites Staatsexamen (Düsseldorf); bis 2005 Rechtsanwalt, danach Assistent am Lehrstuhl für Römisches Recht in Bochum, 2007 Habilitation, venia legendi für Bürgerliches Recht, Antike Rechtsgeschichte, Römisches Recht und Neuere Privatrechtsgeschichte (Köln); 2008/2009 Vertretungsprofessur am Leopold-Wenger-Institut in München; seit 2009 Inhaber des Lehrstuhls für Bürgerliches Recht, Antike Rechtsgeschichte, Römisches Recht und Neuere Privatrechtsgeschichte an der Universität Konstanz; seit 2010 beteiligt am Exzellenzcluster „Kulturelle Grundlagen von Integration"; seit 2013 Prorektor für Lehre.

Tilman Repgen, geboren 1964, Studium der Rechtswissenschaften in Trier und Köln; 1993 Promotion zum Dr. iur. utr. (Köln); 1994 zweites juristisches Staatsexamen (Düsseldorf); 2000 Habilitation, venia legendi für die Fächer Bürgerliches Recht, Römische Rechtsgeschichte und Deutsche Rechtsgeschichte (Köln); Vertretungsprofessuren in Mainz, Tübingen und Augsburg; seit 2002 Inhaber des Lehrstuhls für Deutsche Rechtsgeschichte, Privatrechtsgeschichte der Neuzeit und Bürgerliches Recht an der Universität Hamburg; seit 2010 Dekan.

Gedruckt mit Unterstützung der Gerda Henkel Stiftung, Düsseldorf.

ISBN 978-3-16-153401-0

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliographie; detaillierte bibliographische Daten sind im Internet über *http://dnb.dnb.de* abrufbar.

© 2014 Mohr Siebeck Tübingen. www.mohr.de

Das Werk einschließlich aller seiner Teile ist urheberrechtlich geschützt. Jede Verwertung außerhalb der engen Grenzen des Urheberrechtsgesetzes ist ohne Zustimmung des Verlags unzulässig und strafbar. Das gilt insbesondere für Vervielfältigungen, Übersetzungen, Mikroverfilmungen und die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronischen Systemen.

Das Buch wurde von Martin Fischer in Tübingen aus der Stempel Garamond gesetzt, von Gulde-Druck in Tübingen auf alterungsbeständiges Werkdruckpapier gedruckt und gebunden.

Digitaler Sonderdruck des Autors mit Genehmigung des Verlages.

Inhaltsverzeichnis

Matthias Armgardt
Naturrecht im Alten Testament, Neuen Testament und im Talmud 1

Christoph Becker
Systembildung in Europas Kodifikationen 17

Hans-Peter Haferkamp
Naturrecht und Historische Rechtsschule 61

Heinz Mohnhaupt
Vergleichung in Zeiten des Naturrechts der Aufklärung
als Erkenntnismethode 97

Tilman Repgen
Naturrecht im Stadtrecht? Vernunft als Argument
in der Langenbeck'schen Glosse 115

Michael Stolleis
Naturgesetz und Naturrecht – zwei Abkömmlinge der
wissenschaftlichen Revolution des 17. und 18. Jahrhunderts 137

Andreas Thier
Heilsgeschichte und naturrechtliche Ordnung:
Naturrecht vor und nach dem Sündenfall 151

Wolfgang Waldstein
Zur Fähigkeit des menschlichen Geistes, Naturrecht zu erkennen 173

Autorenverzeichnis 189

Digitaler Sonderdruck des Autors mit Genehmigung des Verlages.

Naturrecht und Historische Rechtsschule

Hans-Peter Haferkamp

I. Einleitung

Das Nachdenken über das Verhältnis von Historischer Rechtsschule und Naturrecht ist seit langem von scheinbaren Widersprüchen durchzogen. Einerseits soll die Historische Rechtsschule das Naturrecht vertrieben, andererseits betrieben haben. Erstens habe sie die „Überwindung" des Naturrechts bewirkt, sei aber, so eine andere Ansicht, zugleich „Erbe" des Naturrechts gewesen. Drittens wird seit langem vertreten, sie sei weder Überwinder noch Erbe, sondern habe selbst Naturrecht betrieben.

II. Erstes Zugangshindernis: Naturrecht

Die Widersprüche lassen es zunächst als ratsam erscheinen, genauer zu präzisieren, was in den verschiedenen Spielarten unter Naturrecht verstanden wird. Dabei zeigt sich schnell, dass unter diesem Label ganz unterschiedliche wissenschaftliche Probleme angesprochen wurden und die dabei tragende rhetorische Kraft zudem von unterschiedlichen rechtspolitischen Positionen geleitet wurde. Um dies zu entflechten, bedarf es einer historischen Sequenzierung der verschiedenen Vorwürfe.

1. Überwinder des Naturrechts

Das Bild der Vertreibung des Naturrechts durch die Historische Schule reicht tief in das 19. Jahrhundert. „Endlich kam Hugo"[1], so der berühmte Beginn des ersten Bandes von Landsbergs Wissenschaftsgeschichte zum 19. Jahrhundert. Landsberg machte den ihm sichtlich sympathischen Hugo zum Beseitiger des alten Naturrechts, da dieser wieder „das positive Recht auf den ihm gebührenden

[1] *Ernst Landsberg*, Geschichte der deutschen Rechtswissenschaft, Bd. 3.2., München und Berlin 1910, S. 1.

Digitaler Sonderdruck des Autors mit Genehmigung des Verlages.

Herrscherthron gesetzt habe“[2]. Hugo wurde damit bei Landsberg zugleich zum Mitbegründer der Historischen Schule. Schon im 19. Jahrhundert war Kritik an der Historischen Rechtsschule, etwa bei Karl Marx[3] oder Hegel[4], vor allem gegen Hugo gerichtet. Später wurde das Bild auf die Historische Rechtsschule verallgemeinert. Hier taucht üblicherweise das Gegensatzpaar Naturrecht vs. Geschichte auf. Im Lehrbuch zur Rechtstheorie von Rüthers und Fischer etwa wird als Glaubenssatz der Historischen Rechtschule festgestellt: „Recht sei ein Produkt der Geschichte“[5]. Zitiert wird dafür Savigny, nicht Hugo. Während man bei Landsbergs „Positivem Recht“ an gesetztes Recht denken kann, wird hier die Gewohnheit dem Gesetz entgegengehalten. Positiv ist bei Rüthers/Fischer also das Entstandene, nicht Gesetzte, bei Landsberg das Wirkliche, nicht das Überpositive. Das Bild der antinaturrechtlichen Historischen Schule wird bei Landsberg also erkenntnistheoretisch begründet, bei Rüthers/Fischer rechtsquellentheoretisch. Das Bild ist insofern nicht einheitlich.

2. Vertreter des Naturrechts

Die These der Historischen Schule als Naturrecht stammt von Karl Bergbohm. Dieser sprach 1892 in neukantianisch erkenntnistheoretischer Perspektive von einem „anonymen Naturrecht“[6] der Historischen Rechtsschule. Er untersuchte dabei freilich nicht Hugo, sondern Savigny und Puchta. Sein Vorwurf war darauf gerichtet, hinter dem „Volksgeist“ Metaphysik zu verbergen. „Naturrecht“ ist für den Neukantianer Bergbohm also „jede Vorstellung von einem Recht, das von menschlicher Satzung unabhängig ist“[7], also überpositives Recht. Es ging also nicht konkret um ein bestimmtes Natur- oder Vernunftrecht (Grotius, Wolff etc.), sondern um Erkenntnistheorie. Bergbohm kritisierte bei Savigny und Puchta die Vermischung von Sein und Sollen. Die scharfe Trennung von Sein und

---

[2] Vgl. Landsberg (Fn. 1), S. 41; hierzu *Hans-Peter Haferkamp, Ernst Landsberg* in Weimar, in: Andreas Thier/Guido Pfeifer u. Philipp Grzimek (Hgg.), Kontinuitäten und Zäsuren in der Europäischen Rechtsgeschichte (= Rechtshistorische Reihe 196), Frankfurt a. M. u. a. 1999, S. 297 ff.; zum damaligen Lebenskontext Landsbergs: Volker Siebels, Ernst Landsberg (1860–1927), Tübingen 2011, S. 97 ff.

[3] *Karl Marx*, Das philosophische Manifest der historischen Rechtsschule, 1842, in: MEW 1, Berlin 1958, S. 78 ff.

[4] *Georg August Wilhelm Hegel*, Grundlinien der Philosophie des Rechts oder Naturrecht und Staatswissenschaft im Grundrisse, Berlin 1833, ND Berlin 1981, §§ 3 und 211.

[5] *Bernd Rüthers u. Christian Fischer*, Rechtstheorie, 5. Aufl. München 2010, Rn. 451.

[6] *Karl Magnus Bergbohm*, Jurisprudenz und Rechtsphilosophie, Bd. 1, Leipzig 1892, S. 500; hierzu: *Berthold Kastner*, Karl Magnus Bergbohm – Werk und Wirkung, in: ARSP 84, 1998, S. 232 ff.; *Thomas Kremer*, Die ‚wissenschaftliche Rechtsphilosophie‘ Carl Magnus Bergbohms, Frankfurt a. M. 2000.

[7] Bergbohm (Fn. 6), S. 130.

Digitaler Sonderdruck des Autors mit Genehmigung des Verlages.

Sollen war dagegen das, was Landsberg an Hugo als so wohltuend empfand[8]. Entweder irrte also Bergbohm oder Landsberg oder es gab kein einheitliches Konzept der Historischen Rechtsschule in dieser Frage.

3. Erbe des Naturrechts

Das Bild der Historischen Rechtsschule als Erbe des Naturrechts hat andere Wurzeln und verschiedene Spielarten. Klammer dieses Bildes ist der Vorwurf, nur suggeriert zu haben, mit dem Naturrecht zu brechen. Dabei werden verschiedene Aspekte im Naturrecht betont, die dann als fortlaufend entdeckt werden: (1) Die deduktive Begriffspyramide; (2) Der Verlust der ethischen Fundierung des alten Naturrechts durch einseitige Fortführung des logischen Naturrechts; (3) Rechtssätze und Prinzipien, die das Naturrecht entwickelt hatte.

(1) Das Bild der deduktiven Begriffspyramide stammt von dem Rechtsphilosophen Arthur Baumgarten[9], der es jedoch nicht mit der Historischen Schule in Verbindung brachte[10]. Von ihm übernahm es Philipp Heck und bezog es auf das Systemverständnis von Puchta[11]. Er sprach erstmals vom Irrtum im System eine „Begriffspyramide zu sehen, die von einem obersten Begriff in einer stufenweisen Spezialisierung seiner einzelnen Merkmale zu einer breiten Basis hinabsteige". Die in der Volksgeistlehre verankerte „Kausalvorstellung" führe dazu, dass die systematisierende Tätigkeit der Wissenschaft das Recht nicht nur ordne, sondern die Gliederung zugleich als „von der Wissenschaft erkannter Stammbaum der Begriffe" betrachtet werde[12]. Heck verstand nun diese Genealogie der Begriffe, eine offenbare Anspielung auf Savigny und Puchta[13], erstmals als Ableitungszusammenhang in Form einer Pyramide: „Durch diese Vorstellung entstand das Ideal des deduktiven Systems, man kann sagen und pflegt wohl auch billigend zu sagen, einer ‚deduktiven Begriffspyramide'. Es galt Ableitung der speziellen Begriffe aus möglichst wenigen Oberbegriffen und schließlich nach dem Ideal aus einem einzigen Begriff, dem des Rechts"[14]. 1948 fand sich

[8] *Ernst Landsberg*, Kant und Hugo. Philosophisches und Civilistisches von 1800 und 1900 (Vortrag vor der Wiener Juristischen Gesellschaft), Grünhuts Zeitschrift 28 (1901), S. 670 ff.

[9] *Arthur Baumgarten*, Die Wissenschaft vom Recht und ihre Methode I, Tübingen 1920, S. 13, 263 f. knapp zur Historischen Schule.

[10] *Baumgarten* (Fn. 9), S. 345; Stelle angestrichen im Handexemplar Hecks (UB der Humboldt-Universität zu Berlin) und zitiert in *Philipp Heck*, Begriffsbildung und Interessenjurisprudenz, Tübingen 1932, S. 144 Fn. 1.

[11] Vgl. bereits *Peter Landau*, Puchta und Aristoteles, SZ RA 1992, S. 3 Fn. 6.

[12] *Heck* (Fn. 10), S. 166.

[13] *Friedrich Carl v. Savigny*, Vom Beruf unserer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft, Heidelberg 1814, S. 29; *Georg Friedrich Puchta*, Cursus der Institutionen, Bd. 1, Leipzig 1841, S. 101.

[14] *Heck* (Fn. 10), S. 166.

Digitaler Sonderdruck des Autors mit Genehmigung des Verlages.

das Bild bei Franz Jerusalem zur Beschreibung der Methode Christian Wolffs, womit endgültig der Konnex zwischen Naturrecht und Historischer Schule hergestellt worden war. Jerusalem beschrieb mit diesem Terminus eine „Begriffshierarchie", bei der „aus einer Gesamtheit von Begriffen durch Herausnahme und Zusammenfassung einzelner Merkmale abstrakte Begriffe gebildet werden, die ihrerseits wiederum zur Grundlage allgemeinerer Begriffe gemacht werden, bis schließlich aus diesem Abstraktionsprozeß ein letzter allgemeiner Begriff hervorgeht, der die Spitze […] bildet"[15]. Jerusalem nutzte dieses Bild zur Beschreibung der Methode Christian Wolffs[16]. Unter Annäherung an eine Linienziehung von Franz Beyerle aus dem Jahr 1939[17] sah Jerusalem in Wolff den methodischen Vorläufer der Historischen Rechtsschule. Für Jerusalem war es erst Puchta, der im Gegensatz zu Savigny versucht habe, das gesamte und als geschlossen definierte[18] Rechtssystem aus einem obersten Begriff, dem des subjektiven Rechts, durch „syllogistische Schlüsse" abzuleiten[19]. Von Jerusalem übernahm folgenreich Karl Larenz dieses Bild und machte es zur Grundlage einer Epocheneinteilung der Methodengeschichte[20], die bis in die Gegenwart[21] die Literatur durchzieht.

(2) Bei Larenz bekam das Bild der Begriffspyramide freilich zugleich eine besondere Note. Er kritisierte nicht primär die wissenschaftstheoretische Naivität und Weltfremdheit derartiger Ableitungssysteme, sondern den darin steckenden Verlust der ethischen Bindung des subjektiven Rechts. Er entnahm[22] diese Sichtweise seinem Lehrer Julius Binder[23]. Binder nutzte die Vorstellung einer deduktiven Begriffsableitung 1925, um Puchta vorzuwerfen, seinen pflichtgebundenen

---

[15] *Franz W. Jerusalem*, Kritik der Rechtswissenschaft, Frankfurt a. M. 1948, S. 130 f.

[16] *Jerusalem* (Fn. 15), S. 131; es wirkt dabei nicht sehr vertrauenserweckend, dass Jerusalem, der Wolffs Methode Ritschls bekannter Systembetrachtung aus dem Jahr 1906 entnimmt, Wolff durchweg nur mit einem f schreibt.

[17] *Franz Beyerle*, Der andere Zugang zum Naturrecht, DRW IV (1939), S. 1 ff., 17 ff.

[18] *Jerusalem* (Fn. 15), S. 152.

[19] *Jerusalem* (Fn. 15), S. 132, 147 f., 149, 150 f.; Jerusalems eigene Position dann S. 163 ff.

[20] *Karl Larenz*, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, Berlin 1960, S. 20 Fn. 1 mit Verweis auf Jerusalem.

[21] Vgl. meine Auswertung der Lehr- und Handbuchliteratur: Hans-Peter Haferkamp, Georg Friedrich Puchta und die ‚Begriffsjurisprudenz', Frankfurt a. M. 2004, S. 15 ff. Das Bild wird unbeirrt fortgeschrieben, vgl. jüngst *Susanne Hähnchen*, Rechtsgeschichte, 4. Aufl. Heidelberg 2012 Rn. 661: Die Historische Schule habe vom Naturrecht „die Methode ihrer logischen Deduktion von Entscheidungen aus Begriffen" übernommen.

[22] *Larenz* (Fn. 20), S. 16 ff. (Ausgangspunkt zu „Die ‚Begriffsjurisprudenz' des 19. Jahrhunderts"); hierzu *Monika Frommel*, Die Rezeption der Hermeneutik bei Karl Larenz und Josef Esser, Ebelsbach 1981, S. 150 ff.; *Joachim Rückert*, Zu Kontinuitäten und Diskontinuitäten in der juristischen Methodendiskussion nach 1945, in: Karl Acham, Knut Wolfgang Nörr u. Bertram Schefold (Hgg.), Erkenntnisgewinne, Erkenntnisverluste. Kontinuitäten und Diskontinuitäten in den Wirtschafts-, Rechts- und Sozialwissenschaften zwischen den 20er und 50er Jahren, Stuttgart 1998, S. 144 ff.

[23] *Julius Binder*, Philosophie des Rechts, Berlin 1925, S. 439 ff.; hierzu *Hans-Peter Haferkamp*, Georg Friedrich Puchta und die ‚Begriffsjurisprudenz', Frankfurt a. M. 2004, S. 96 ff.

Digitaler Sonderdruck des Autors mit Genehmigung des Verlages.

Freiheitsbegriff durch deduktive, formale Ableitungszusammenhänge bis zum positiven Recht hinab verkümmert zu haben. Die Kritik an der mathematischen Methode transportiert einen politischen Vorwurf. Der ehemalige Neukantianer und nach 1918 Neuhegelianer[24] Binder ging von einem Freiheitsbegriff bei Puchta aus, der Recht und Pflicht vereinigt. Er suchte eine gesteigerte Sozialbindung des Privatrechts, Gemeinschaftsvorrang. Dieses Bild der Begriffspyramide ist dezidiert antiliberal[25]. Seit den 1940er Jahren verdichtete vor allem Franz Wieacker diese Vorstellungen zu einer Gesamtdeutung der Privatrechtsgeschichte der Neuzeit[26]. Es entstand das große Bild der Entzweiung zwischen der mathematischen und der ethischen Flanke des älteren Naturrechts[27]. Das 19. Jahrhundert wird hier zum Erben und Vollender der mathematischen, also lebensfernen und ungerechten Seite des Naturrechts. Stichwort Begriffsjurisprudenz[28].

(3) Flankiert wird dieses Bild durch eine Neubeschäftigung mit dem nun sog. jüngeren Naturrecht seit den 1920er Jahren durch Franz Beyerle[29], Andreas Bertalan Schwarz[30] und später Hans Thieme[31]. Hier wurde das Erbe des Naturrechts nicht nur methodisch, sondern auch inhaltlich in den Blick genommen. Der Historischen Schule wurde vorgehalten, nur äußerlich mit dem Naturrecht gebrochen zu haben, während sie in Wirklichkeit viele Rechtssätze und Rechtsprinzipien des Naturrechts fortgeführt habe[32]. Die These eines sozusagen versteckten Weiterlebens des Naturrechts in der Historischen Rechtsschule wird

---

[24] *Eckard Jakob*, Grundzüge der Rechtsphilosophie Julius Binders, Baden-Baden 1995, S. 34 ff.

[25] Dies habe ich im Einzelnen ausgeführt in: *Hans-Peter Haferkamp*, Positivismen als Ordnungsbegriffe einer Privatrechtsgeschichte des 19. Jahrhunderts, in: Okko Behrends u. Eva Schumann (Hgg.), Franz Wieacker – Historiker des modernen Privatrechts, Göttingen 2010, S. 202 ff.

[26] *Franz Wieacker*, Einflüsse des Humanismus auf die Rezeption, in: Zeitschrift für die gesamte Staatsrechtswissenschaft 100 (1940), 423 ff.; ders., Der Standort der römischen Rechtsgeschichte in der deutschen Gegenwart, in: DR 1942, 49 ff.; ders., Ratio scripta. Das römische Recht und die abendländische Rechtswissenschaft, 1943, in: ders., Vom römischen Recht, Wirklichkeit und Überlieferung, Leipzig 1944, S. 195 ff.

[27] Vgl. die Beiträge in Behrends/Schumann (Fn. 25).

[28] Terminus nach *Rudolf v. Jhering*, Scherz und Ernst in der Jurisprudenz, Leipzig 1884, S. 330.

[29] *Beyerle* (Fn. 17), S. 13

[30] *Andreas Bertalan Schwarz*, Zur Entstehung des modernen Pandektensystems, in: ZRG RA 1921, S. 578 ff.; ders., Pandektenwissenschaft und heutiges romanistisches Studium, Züricher Antrittsvorlesung von 1928, hier zitiert nach dem Neuabdruck in: ders., Rechtsgeschichte und Gegenwart, Karlsruhe 1960, S. 100.

[31] *Hans Thieme*, Die Zeit des späten Naturrechts. Eine privatrechtshistorische Studie, ZRG GA 56 (1936), 202 ff.

[32] Vgl. etwa *Arno Buschmann*, Estor, Pütter, Hugo – Zur Vorgeschichte der Historischen Rechtsschule, in: Vielfalt und Einheit in der Rechtsgeschichte. Festgabe für Elmar Wadle zu seinem 65. Geburtstag, Köln 2004, S. 77: Es gelte „inzwischen als ausgemacht", dass „sämtliche Prinzipien und Begriffe" der Rechtswissenschaft des 19. Jahrhunderts ihren Ursprung in der „Natur- und vernunftrechtlichen Jurisprudenz des 18. Jahrhunderts" hätten („Kontinuität"). Zu

Digitaler Sonderdruck des Autors mit Genehmigung des Verlages.

besonders innerhalb der Forschungen zum Jus Commune betont[33]. Hier ist rechtspolitisch der Wille spürbar, die deutsche Pandektenwissenschaft in den Strom des Europäischen Jus Commune zu integrieren, so wie auch die Geschichte des englischen Rechts in den letzten Jahrzehnten immer stärker mit der kontinentaleuropäischen Tradition des Jus Commune verknüpft erscheint[34].

Die Bilder vom Verhältnis der Historischen Rechtsschule zum Naturrecht transportieren also unterschiedliche theoretische und politische Probleme. Ein einheitliches Bild existiert nicht, was für die Verwirrung, die diese Fragen bis heute bei Studenten, aber auch bei Kollegen auslösen, hauptsächlich verantwortlich sein dürfte. Hinter den bisherigen Deutungen des Verhältnisses zwischen Historischer Rechtsschule und Naturrecht stehen sehr unterschiedliche Naturrechtskonzepte (erkenntnistheoretisch, methodisch, materiell-rechtlich). Hintergrund der Kritik bilden unterschiedliche rechts- und wissenschaftspolitische Stoßrichtungen: für oder gegen den parlamentarischen Gesetzgeber, für oder gegen eine privatautonome Rechtsbegründung. Wenn teilweise zu viel, teilweise zu wenig Naturrecht in der Historischen Rechtsschule gefunden wird, kann dies also ganz verschiedene Gründe haben.

An die Quellen möchte ich im Folgenden fünf Fragen herantragen, die in ganz unterschiedliche Beobachtungsfelder verweisen:

1. Wie positionierte sich die Historische Rechtsschule selbst gegenüber dem Naturrecht des 18. Jahrhunderts?

2. Erkenntnistheorie: War die Rechtsentstehungslehre der Historischen Rechtsschule im neukantianischen Sinne metaphysisch?

3. Begriffspyramide: Ging die Historische Rechtsschule davon aus, dass alle Rechtsbegriffe aus einem Obersten Begriff ableitbar sein mussten?

4. Pflichtenbindung: Versah die Historische Rechtsschule die Privatautonomie mit einer generellen sittlich-ethischen Pflichtenbindung?

5. Dogmatik: Übernahm die Historische Schule konkret-dogmatische Sätze des Naturrechts, ohne dies offen zu legen?

---

dieser Linie näher *Hans-Peter Haferkamp*, Wege der Historiographie zur Privatrechtsgeschichte der Neuzeit, in: ZNR 2009, S. 67 f.

[33] Etwa *Nils Jansen*, Die Struktur des Haftungsrechts, Tübingen 2003, S. 351 ff. (zum Deliktsrecht); ders., Ungerechtfertigte Bereicherung als Restitution, in: ZRG RA 2003, S. 158 ff. (differenzierend). Aus der älteren Literatur *Paul Koschaker*, Europa und das Römische Recht, 4. Aufl. München u. Berlin 1966, S. 368 f.; *Christian Wollschläger*, Die Unmöglichkeitslehre, Köln 1970, S. 159; diese Linie zusammenfassend *Klaus Luig*, Pandektenwissenschaft, in: HRG III, 1984, Sp. 1426.

[34] Zu diesem Programm: *Reinhard Zimmermann*, Europa und das römische Recht, in: AcP 2002, S. 244 ff.

Digitaler Sonderdruck des Autors mit Genehmigung des Verlages.

III. Zweites Zugangshindernis: Historische Rechtsschule

Die Beantwortung all dieser Fragen steht unter einem grundsätzlichen Zugangsproblem, des Gruppenbegriffs historische Rechtsschule. Das Dilemma resultiert daraus, dass eine einheitliche Rechtslehre der Historischen Rechtsschule behauptet und dann, in offenbarem Zirkel, den jeweils passenden Autoren als pars pro toto zugewiesen wird. Daraus folgen die Einordnungen bestimmter Personen. Teilweise werden Puchta und Savigny zur Einheit verschmolzen, teilweise ganz scharf getrennt. Hugo wird teilweise als Leitfigur herausgehoben, teilweise in die Schule als bloße Gruppe der Anhänger Savignys eingegliedert, teilweise aus ihr ausgeschlossen. Verlässt man dagegen die unterstellte Gruppenperspektive, so zerfließen viele Gemeinsamkeiten schnell.

Üblicherweise wird die Schrift Savignys „Vom Beruf unserer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft" und die Einleitung zur Zeitschrift als „Manifest" der Schule behandelt, weil Savigny hier die Unterscheidung zwischen einer „geschichtlichen" und einer „ungeschichtlichen" Schule einführte[35]. Meist wird dem die Gönner-Rezension[36] als maßgebliche Programmschrift beigefügt. Gerade diese Schriften waren aber besonders schwer zu interpretieren. Rückert hat in seiner grundlegenden Reyscher-Biographie[37] die höchst unterschiedlichen Lesarten dieser Texte etwa durch Thibaut, Gönner, Hugo, Welcker, Puchta, Maurenbrecher oder Beseler verfolgt und gezeigt, dass daraus nur sehr oberflächliche Gemeinsamkeiten resultieren konnten. Hintergrund war vor allem, dass die philosophische Aufladung von Savignys Thesen eine gemeinsame Philosophie einforderte, zu der es nie kam. Gerade in der philosophischen Grundlage folgten viele Anhänger Savignys ihrem Vorbild nicht, sondern suchten nicht beim Selbstdenker[38] Savigny, sondern in der Schulphilosophie eigenständig Halt oder verzichteten ganz auf eine philosophische Auseinandersetzung. Hugo berief sich auf den erkenntniskritischen Kant[39], Unterholzner auf Herbart[40], Stahl auf den mystischen, Puchta auf den rationalen Schelling[41], Klenze kokettierte mit

---

[35] *Friedrich Carl v. Savigny*, Über den Zweck dieser Zeitschrift, in: Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft 1, 1815, S. 2.

[36] *Friedrich Carl v. Savigny*, Rezension von N. Th. v. Gönner, Über Gesetzgebung und Rechtswissenschaft in unserer Zeit, 1815; Wiederabdruck in: ders., Vermischte Schriften, Bd. 5, 1850, ND Aalen 1981, S. 115 ff.

[37] *Joachim Rückert*, August Ludwig Reyschers Leben und Rechtstheorie 1802–1880, Berlin 1974, S. 213 ff., 320 ff.

[38] Zu diesem umstrittenen Feld vgl. *Dieter Nörr*, Savignys philosophische Lehrjahre, Frankfurt a. M. 1993, S. 138 ff.

[39] *Joachim Rückert*, „… dass dies nicht das Feld war, auf dem er seine Rosen pflücken konnte …"? Gustav Hugos Beitrag zur juristisch-philosophischen Grundlagendiskussion nach 1789, in: Ralf Dreier (Hg.), Rechtspositivismus und Wertbezug des Rechts, Stuttgart 1990, S. 94 ff.

[40] *Alfred Vahlen*, Savigny und Unterholzner, Berlin 1841, S. 7.

[41] *Haferkamp*, Puchta (Fn. 21), S. 311 ff.

Digitaler Sonderdruck des Autors mit Genehmigung des Verlages.

Hegel[42], Bethmann-Hollweg oder Hasse konstruierten eine eigene Philosophie unter Rückgriff auf die Bibel[43]. Daraus folgt, dass viele zumeist als Leitvorstellungen der Historischen Schule eingeordneten Lehren bei genauerer Betrachtung keineswegs von allen Anhängern Savignys geteilt wurden.

Die Unterschiede setzen sich sogar bei „Geschichte" als Leitbegriff fort. Historisch arbeiteten auch viele Juristen, die zeitgenössisch nicht zur Schule gezählt wurden. Thibaut fühlte sich nicht zufällig beleidigt durch die Zuschreibung, die Savigny ihm zuteilwerden ließ[44]. „Eigentlich" oder „wahrhaft" historisch im Sinne Savignys[45] arbeiteten demgegenüber auch im vermeintlichen Kern der Schule sehr viele nicht. Was Geschichte bzw. geschichtlich bedeutete, war keineswegs konsentiert.

Was die Schule, die sich ja schon zeitgenössisch als solche verstand, vielmehr im Inneren verband, war zunächst der Wunsch, sich mit verbesserter philologischer Methode und auf breiterer Quellenbasis neu dem antiken Recht zuzuwenden[46]. Diese Einheit war älter als 1814. Gönner hatte bereits 1808 gegen die „neuesten Civilisten – berühmt unter dem Namen der historischen Schule" angeschrieben[47]. Savigny selbst bezeichnete 1810 Gustav Hugo als den „Stifter der historischen Schule in Deutschland"[48]. Es ist daher sinnvoll, nicht in Savignys Schulprogramm von 1814, sondern in der von Hugo, Haubold und Savigny um 1800 forcierten kritischen Neubeschäftigung mit den antiken Quellen die Klammer zu sehen, welche die Schule bis Ende der zwanziger Jahre verband. Entscheidende Schwungräder nach 1814 waren nicht das „Bewußtseyn des Volkes" als Ursprung des Rechts, sondern die Entdeckung des Gaius im Jahr 1816[49], die fast zwanzig Jahre lang die jungen Kräfte band. Wichtig hierfür war die von Savigny in seinem

---

[42] Vgl. *Klemens August Karl Klenze*, Die Cognaten und Assinen, in: Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft 6, 1828, S. 1 ff.

[43] *Hans-Peter Haferkamp*, Christentum und Privatrecht bei Moritz August von Bethmann-Hollweg, in: Jens Eisfeld, Martin Otto u. Louis Pahlow (Hgg.), Naturrecht und Staat in der Neuzeit. Diethelm Klippel zum 70. Geburtstag, Tübingen 2013, S. 519–541; zu Hasse vgl. die Nachschrift der Institutionenvorlesung 1822–23 von Ferdinand Esser, im Institut für Neuere Privatrechtsgeschichte der Universität zu Köln, Sign. H I 142.

[44] *Anton Friedrich Justus Thibaut*, Rez. Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft Bd. 1, Heidelbergische Jahrbücher der Literatur 1815, S. 657 ff.; abgedruckt in Hans Hattenhauer, Thibaut und Savigny, 2. Aufl. München 2002, S. 207 ff.

[45] Vgl. *Joachim Rückert*, Methode und Zivilrecht beim Klassiker Savigny (1779–1861), in: ders. U. Ralf Seinecke (Hgg.), Methodik des Zivilrechts von Savigny bis Teubner, 2. Aufl. Baden-Baden 2012, Rn. 109 ff.

[46] Hierzu ausführlich *Cristina Vano*, Der Gaius der Historischen Rechtsschule, Frankfurt a. M. 2008, S. 43 ff.

[47] *Nikolaus Thadeus Gönner*, Unpartheiische Beantwortung der Frage: hat das römisch-justinianische Recht im Code Napoleon subsidiäre Kraft?, in: Gönners Archiv I 1, 1808, S. 143; hierzu *Joachim Rückert*, Idealismus, Jurisprudenz und Politik bei Friedrich Carl von Savigny, Ebelsbach 1984, S. 83 f.

[48] Brief an Unterholzner vom 15.11.1810, bei Vahlen (Fn. 40), S. 14.

[49] *Vano* (Fn. 46), S. 141 ff.

Digitaler Sonderdruck des Autors mit Genehmigung des Verlages.

brieflichen Netzwerk betriebene Einbindung vieler Rechtswissenschaftler in seine Forschungen zur Geschichte des Römischen Rechts im Mittelalter[50].

Hugo fand die Bezeichnung Historische Schule stets unpassend, weil er die „falsche Vorstellung" fürchtete, diese Schule wolle „Alles beym Alten lassen"[51]. Die Forderung, das antike Recht zum geltenden Recht zu machen, wurde von keinem der als Anhänger der Historischen Schule üblicherweise genannten Rechtswissenschaftler je vertreten[52]. Dennoch geriet ihre Quellenbegeisterung bereits in den 1820er Jahre grundsätzlich in Kritik und dies führte zu einer Neuausrichtung vieler Anhänger Savignys. In Bonn bildete sich um Friedrich Christian Hasse eine Sondergruppe des Freundeskreises Savignys, die im „Rheinischen Museum für Jurisprudenz" eine Rückwendung zur gerichtlichen Praxis und Gegenwartsdogmatik propagierte und betrieb[53]. Zu dieser Gruppe gehörten Puchta, Bethmann-Hollweg, Unterholzner und Puggé. Nach Hasses frühem Tod rückte dann in Auseinandersetzung mit den Hegelianern erstmals die philosophische Basis der Schule ins Zentrum der Diskussion. Wortführer waren hier Bethmann-Hollweg, Puchta und Stahl. Themen waren der Rechtsbegriff, die Rechtsquellenlehre und die Theorie des Rechtssystems[54]. Nun kam es zum schleichenden Bruch mit Göttingen und Hugo. In den 1840er Jahren sammelte sich diese Gruppe mit den nach Berlin berufenen Puchta und Stahl sowie dem auf diese Juristen einflussreichen Schelling um Friedrich Wilhelm IV. Zeitgenossen sprachen nun von einer „christlich-historischen Schule", bei der eine christliche Philosophie und immer offener auch direkte Politik zentrale Themen waren[55].

„Historisch" taugte nun kaum noch als Klammer der Schule. Die „Historische Schule" wurde eine soziale Zuschreibung, die teils auf Bekenntnissen der Anhän-

---

[50] Typisch der Briefwechsel mit Bluhme (Dieter Strauch (Hg.), Friedrich Carl v. Savigny, Briefwechsel mit Friedrich Bluhme 1820–1860, Bonn 1962), der durchzogen ist von Hilfegesuchen Savignys zu einzelnen Ausgaben und Lesarten.

[51] *Gustav Hugo*, Rez. Savigny, System Bd. 1, in: Göttingische gelehrte Anzeigen 1840, S. 1012: „unglücklichen Namen einer historischen Schule".

[52] Zu den Hintergründen dieses Missverständnisses: *Hans-Peter Haferkamp*, Karl Adolph von Vangerow (1808–1870) – Pandektenrecht und ‚Mumiencultus', in: ZEuP 2008, S. 813 ff.; ders., Pandektisten am Katheder, in: Claes Peterson (Hg.), Rechtswissenschaft als juristische Doktrin. Ein rechtshistorisches Seminar in Stockholm 29. Mai bis 30. Mai 2009 (Rättshistoriska Studier 25), Stockholm 2011, S. 84 ff. Die soweit ersichtlich einzige Ausnahme stellt der Sonderling *Gustav Lenz*, Über die geschichtliche Entstehung des Rechts. Eine Kritik der historischen Schule, Greifswald, 1854, dar, der eine Rückkehr zum antiken Recht forderte.

[53] *Haferkamp*, Reformbewegungen innerhalb der Historischen Schule: Das Rheinische Museum für Jurisprudenz, in: Festschrift für Jan Schröder zum 70. Geburtstag, Tübingen 2013, S. 351 ff.

[54] *Haferkamp*, Christentum und Privatrecht (Fn. 43).

[55] *Hans-Peter Haferkamp*, Einflüsse der Erweckungsbewegung auf die „historisch-christliche" Rechtsschule zwischen 1815 und 1848, in: Konfession im Recht. Auf der Suche nach konfessionell geprägten Denkmustern und Argumentationsstrategien in Recht und Rechtswissenschaft des 19. und 20. Jahrhunderts. Symposion zum 65. Geburtstag von Michael Stolleis, hg. von Pascale Cancik, Thomas Henne, Thomas Simon, Stefan Ruppert und Miloš Vec Frankfurt a. M. 2009, S. 71 ff.

Digitaler Sonderdruck des Autors mit Genehmigung des Verlages.

ger, teils auf Zuweisungen der Gegner beruhte. Zeitgenossen machten so Puchta zum „Lieutenant du Roi“[56] oder erklärten[57] Savigny, Hugo und Haubold zum „Triumvirat“. Alle Bearbeiter des Gaius wurden zu Savignys Schülern erklärt (Bluhme, Göschen, Bethmann-Hollweg). Solche Zuweisungen konnten Folge öffentlichen Auftretens sein, indem etwa Puchta in polemischen Rezensionen Savignys Gegner verfolgte[58]. Sie konnten aus persönlicher Nähe zu Savigny folgen, der freilich sehr unterschiedliche Naturen und Sichtweisen förderte. Sie setzten immer das Bekenntnis des Schülers zum Lehrer voraus, was freilich manchen, etwa Maurenbrecher[59], nichts nützte. Weder ein Programm noch ausführende Schriften sind eine trennscharfe Klammer der Historischen Rechtsschule. Schon Eduard Gans sah in der Historischen Schule 1827 nichts mehr als die „Reverenz, die man für sie hat“: „Man erkläre mir, warum zwei treffliche Civilisten unserer Zeit, Mühlenbruch und Zimmern nicht zur historischen Schule gehören, und warum zwei ungleich minder bedeutende, Hasse und Schrader dazu gerechnet werden?“[60]. Bis heute fällt die Antwort auf diese Frage schwer.

Für mein Thema folgt daraus, dass auch der zweite Leitbegriff, die Historische Schule, gleichermaßen schnell zum Zugangsproblem wird. Man muss genauer nach Personen und Gesprächskontexten unterscheiden und darf vor allem nicht dem Zirkelschluss verfallen, die Historische Schule an einzelnen Autoren festzumachen und aus diesen dann wiederum auf die Historische Schule zu schließen. Nachfolgend wird daher Historische Schule als Gattungsbegriff stets auf beteiligte Personen und Gesprächsfelder heruntergebrochen und präzisiert.

IV. Naturrecht und Historische Schule: Perspektiven

In der Analyse der Eingangsbilder vom Zusammenhang zwischen Historischer Rechtsschule und Naturrecht ergaben sich fünf Perspektiven. Einführend ist zunächst zu fragen, wie sich die Historische Rechtsschule selbst gegenüber dem Naturrecht abgrenzte.

1. Wie positionierte sich die Historische Rechtsschule selbst gegenüber dem Naturrecht?

Nikolaus Thadaeus Gönner kritisierte bereits 1808, also deutlich bevor Savigny diese Bezeichnung 1814 ins Spiel brachte, eine „Historische Schule“, weil sie „das

[56] Mitgeteilt brieflich von Puchta an Savigny vom 6.11.1828, abgedruckt bei Joachim Bohnert, Beiträge zu einer Biographie Georg Friedrich Puchtas, in: ZRG GA 1979, S. 229 f.

[57] Dies berichtet *Landsberg* (Fn. 1), S. 50.

[58] Vgl. *Johann Braun*, Gans und Puchta – Dokumente einer Feindschaft, JZ 1998, S. 763 ff.

[59] Hierzu *Haferkamp*, Puchta (Fn. 21), S. 173 ff.

[60] *Eduard Gans*, System des Römischen Civilrechts, Berlin 1827, S. 161.

Digitaler Sonderdruck des Autors mit Genehmigung des Verlages.

Philosophieren über Rechtsgegenstände zur Sünde anrechnen" und „die Aussprüche der Vernunft über das, was gelten soll, in demjenigen, was bei Justinian galt, zu ersticken" suchen würde[61]. Er spielte damit auf eine Äußerung Hugos an: Auf die Frage, „ob das Römische Recht als Gesetz, oder nur als geschriebene Vernunft gelte?" hatte Hugo 1796 trocken geantwortet: „Das Römische Recht ist unser Naturrecht". Auch wenn „eine Verordnung Justinians gegen alle Grundsätze des Römischen Rechts und gegen alle Analogien anstößt" müsse doch nach ihr gesprochen werden, da es „eine sehr vergebliche Mühe wäre, demonstrieren zu wollen, daß es auch das allgemeine Naturrecht aller Zeiten und Völker sey"[62]. Hugo lehnte die Vorstellung, aus der Vernunft richtiges Recht ableiten zu können, scharf ab. Die naturrechtlichen Versuche bezeichnete er als „mehr oder weniger vollständige Encyclopädie unsres positiven Rechts"[63]. Folgerichtig legte er unter dem Titel „Naturrecht" eine Philosophie des positiven Rechts"[64] vor, in der er den Ehrgeiz hatte, „Alles anzugreifen, um Alles zu rechtfertigen"[65], um nachzuweisen, dass alles Recht „a posteriori, empirisch, nach Zeit und Ort verschieden, zufällig, durch eigene und fremde Erfahrung von Thatsachen zu erlernen, geschichtlich"[66] sei. In dieser radikalen Hinwendung zum positiven Recht als alleinigen Erkenntnisgegenstand des Juristen war sich Hugo mit nahezu allen Anhängern Savignys einig. Puchta stellte 1833 als „Grundcharakter" der Schule heraus, „daß sie allein das wirkliche, das positive, das geschichtliche" Recht betrachte, als „einen Gegenstand, den die Wissenschaft nicht erst von Vornen" erzeugt[67].

Scharf kritisiert wurden daher durchweg die sich an Kant anlehnenden Versuche, auf Basis seines Freiheitsbegriffes Naturrechtssysteme zu entwerfen[68]. Puchta sprach von „leere(r) … Begriffsmacherey"[69] und von der „Sandwüste des alten Naturrechts"[70]. Die denkende Vernunft komme, so Puchta, „gar nicht oder nur durch einen Sprung zum Recht"[71]. Auch für Savigny existierte Recht nur

---

[61] *Gönner* (Fn. 47).

[62] *Gustav Hugo*, Rez. Joly de Bevy, Oeuvres de Jurisprudence de M. Bouthier, in: Göttingische Gelehrte Anzeigen 1789, S. 1543 f.

[63] *Gustav Hugo*, Lehrbuch des Naturrechts, 4. Aufl. Berlin 1819, S. 9.

[64] *Hugo*, Naturrecht (Fn. 63), Vorrede, S. IX.

[65] *Gustav Hugo*, Lehrbuch der juristischen Encyclopädie, 8. Aufl. Berlin 1835, S. 316.

[66] *Hugo*, Encyclopädie (Fn. 65), S. 19.

[67] *Georg Friedrich Puchta*, Von der historischen Schule der Juristen und ihrem Verhältnis zu der Politik, in: Bayerische Annalen Nr. 27 vom 14.3.1833, S. 205–208, S. 206.

[68] *Rückert, Hugo* (Fn. 39); Diethelm Klippel, Das „natürliche Privatrecht" im 19. Jahrhundert, in: ders. (Hg.), Naturrecht im 19. Jahrhundert. Kontinuität – Inhalt – Funktion – Wirkung, Goldbach 1997, S. 221 ff.

[69] *Anonymus (Georg Friedrich Puchta),* Rez. C. F. Reinhardt, Die Lehre des römischen Rechts von der Verbindlichkeit, 1828, in: (Schuncks Erlanger) Jahrbücher der gesamten deutschen juristischen Literatur 7, 1828, S. 149.

[70] *Georg Friedrich Puchta*, Pandekten, Leipzig 1838, S. VII.

[71] *Puchta*, Institutionen I (Fn. 13), S. 6.

Digitaler Sonderdruck des Autors mit Genehmigung des Verlages.

„als ein positives Recht, nicht als abstractes Menschenrecht“[72]. Wie Hugo ironisierte er die naturrechtlichen Versuche, Recht zu deduzieren: „Die juristischen Naturrechte stellen römische Rechtswahrheiten nur abstrakter auf und glauben sie dann durch Philosophie gefunden zu haben“[73].

Abgelehnt wurden damit alle auf die Vernunft der Beteiligten gegründeten kontraktualistschen Modelle. Johann Christian Hasse erläuterte in seinen Vorlesungen: „Das Recht, was durch die Natur der Menschen und der Umstände, unter denen sie leben hervorgebracht ist, erkennen sie und sind darüber einverstanden. Das Recht ist da und man muß nur ja nicht etwa denken, daß es erst durch dies Einverständniß hervorgebracht wird. Das Einverständniß ist nur eine gemeinsame Erkenntniß dessen, was Recht ist. Man darf aber nicht etwa das Einverständniß für einen Vertrag halten; es ist, selbst wenn es durch Worte geäußert wird, noch kein Vertrag, auch setzt es keinen Vertrag voraus. Das Einverständniß geht in unserm Innren vor und hat blos mit Erkenntniß zu thun; ein Vertrag aber bezieht sich auf Willen und Entschluß.“[74] Hintergrund war auch die im Vertragsmodell liegende Vorstellung, den Staat zum Urheber des Rechts zu machen. Puchta betonte: „Das Recht entsteht nicht erst durch den Staat, dieser setzt vielmehr ein rechtliches Bewußtseyn, ein Recht schon voraus, welches zu schützen seine Hauptaufgabe ist“[75]. Bemerkenswert staatskritisch vermerkte er: „Der Mensch leitet sein Recht nicht vom Staat ab, sondern von jenem Ausspruch: Seid fruchtbar und mehret euch, und füllet die Erde, und machet sie euch unterthan, welcher über alle Staaten hinaufreicht, und aus dem sie selbst sich ableiten.“[76] Deutlich wurde vor allem bei Puchta, Stahl, Bluhme, Bethmann-Hollweg und Savigny, nicht aber bei der nüchterneren Gruppe um Hugo die hinter dieser Ablehnung der Vernunft als Rechtsentstehungsquelle liegende religiöse Komponente. 1838 erläuterte von der Pforten diese Position[77]:

> „Das Recht ist seiner letzten Quelle nach nicht als etwas vom Menschen Ausgehendes, sondern außer ihm und für ihn Gegebenes, als das Erzeugnis für das Gesamtleben eines Volkes, als das Gepräge seines ganzen Wesens in Sitte und Denkweise. Darnach hat das Recht nicht bloß eine eigentliche Geschichte, sondern ist auch, als Norm und Träger der menschlichen Lebensverhältnisse ebenso alt, als das Leben selbst, und fließt aus derselben Quelle, wie dieses. Die schöpferische Allmacht Gottes hat mit den Menschen

[72] Ungedruckte briefliche Stellungnahme Savignys zu § 52 seines späteren Systems, im Internet abrufbar unter http://savigny.ub.uni-marburg.de/, hier: Bl. 215 S. 3.

[73] *Friedrich Carl von Savigny*, Methodologie 1802 (Nachschrift Grimm), in: Aldo Mazzacane (Hg.), Friedrich Carl von Savigny: Vorlesungen über juristische Methodologie 1802–1842, 2. Aufl. Frankfurt a. M. 2004, S. 172.

[74] *Ferdinand Josef Esser*, Institutionen nach Pr. Hasse. Nach seinem Vortrage geschrieben. Bonn im Wintersemester 1822–23 (Handschriftliche Vorlesungsmitschrift), S. 3.

[75] *Puchta*, Institutionen I (Fn. 13), S. 29.

[76] *Georg Friedrich Puchta*, Einleitung in das Recht der Kirche, Leipzig 1840, S. 68.

[77] *Pf. (Ludwig Karl Heinrich Frhr. von der Pfordten)*: Rez. Puchta, Gewohnheitsrecht Bd. 1 und 2, in: Jenaische Allgemeine Literatur-Zeitung 1838, Ergänzungsblätter Juli Nr. 122, 123, S. 19 ff, Sp. 13 f.

Digitaler Sonderdruck des Autors mit Genehmigung des Verlages.

> zugleich ihre Bedürfnisse und deren Befriedigung im Einzelnen wie im Wechselverkehre gesetzt, und diese ewige unverbrüchliche Satzung ist das Recht. Es ist mithin nicht etwas vom Menschen Gemachtes, sondern eine Macht außer ihm, dem er unterthan ist. Nicht der Mensch setzet das Recht, sondern es ist ihm gesetzt, und er erkennt es nur; er erfindet das Recht nicht, sondern findet es bloß."[78]

Eine vernünftige Ableitung des Rechts aus einem Gesellschaftsvertrag erniedrigte also seinen Gegenstand: „Wer das Recht aus individueller Willkür, aus Verträgen ableitet, der stellt es unter die menschlichen Erfindungen"[79]. Verteidigt wurde die göttliche Durchwirkung der Rechtsentstehung: Der Volksgeist war Ausdruck von Gottes Wirken in der Geschichte. Die Geschichte des Rechts im Volk war für Savigny daher auch sein „Schicksal"[80]. Friedrich Julius Stahl sprach vom „Handeln der Urkräfte"[81]. Die Geschichte hatte also Sinn. Freilich war dieser Sinn nicht einfach vernünftig, notwendig, also mit rationalem Denken zu verstehen. Puchta nannte den Volksgeist eine „dunkle Werkstätte"[82]. Die Behauptung eines Wissenschaftlers, die Gesetze der Geschichte entschlüsseln zu können, musste einer solchen Sichtweise als Versuchung Gottes, als menschliche Selbstüberschätzung erscheinen. Dies erklärt die Abneigung dieser Denker gegen, so Puchta, „Staatskünstler, mögen sie eine Jakobinermütze oder Tiara tragen"[83]. Stahl kritisierte „die erste Lüge … daß die Welt von Ewigkeit nach logischen Gesetzen besteht" und betonte, „daß Gott die Welt geschaffen hat nach seinem Rathschluß"[84]. Savigny kritisierte in diesem Sinne Carl Ludwig Haller. Er sei auch einer „von den Revolutionsschriftstellern; er denkt auch, sein Buch soll die Welt umgestalten, als ob die Schriftsteller die Herren der Erde wären"[85].

Aus der Ablehnung eines Vernunftrechts folgte konsequent, dass auch die überkommene Lückenfüllungsfunktion des Naturrechts bei diesen Denkern durchweg abgelehnt wurde[86]. Es war einhellig anerkannt, dass Gesetzes- und Ge-

---

[78] *Von der Pfordten* (Fn. 77), Sp. 13 f.

[79] *Friedrich Bluhme*, Übersicht der in Deutschland geltenden Rechtsquellen, 3. Aufl. Bonn 1863, S. 5.

[80] *Savigny*, Rez. Gönner (Fn. 36), S. 141.

[81] Hierzu im Einzelnen *Christian Wiegand*, Friedrich Julius Stahl (1801–1862), Paderborn 1981, S. 93 ff., 167 ff., 170; Stahl sah sich dabei Schellings Verfahren „intellektueller Anschauung" verpflichtet: vgl. nur Friedrich Julius Stahls Philosophie des Rechts, Philosophie des Rechts nach geschichtlicher Ansicht, Bd. 1, Erlangen 1830, S. 248 ff.

[82] *Puchta*, Institutionen I (Fn. 13), S. 30.

[83] So brieflich an Ludwig von Gerlach, abgedruckt bei: Hans Liermann/Hans-Joachim Schoeps, Materialien zur preußischen Ehescheidungsreform im Vormärz, Göttingen 1961, S. 501; hierzu *Haferkamp, Puchta* (Fn. 21), S. 434 ff.

[84] *Friedrich Julius Stahl*, Vorrede zur dritten Auflage, in: ders., Philosophie des Rechts nach geschichtlicher Ansicht, Zweiter Band: Christliche Staats- und Rechtslehre, 3. Auflage Tübingen 1854, S. XVIII.

[85] So *L. von Gerlach*, Tagebuch vom 9.5.1817, in: H.-J. Schoeps, Aus den Tagen preußischer Not und Erneuerung – Tagebücher und Briefe der Gebrüder Gerlach und ihres Kreises, Berlin 1963, S. 228.

[86] Vgl. *Jan Schröder*, Recht als Wissenschaft, 2. Aufl. München 2012, S. 206 mit umfangreichen Nachweisen in Fn. 86.

Digitaler Sonderdruck des Autors mit Genehmigung des Verlages.

wohnheitsrecht nie lückenlos sein konnten[87]. Der Richter sei in solchen Fällen, so hieß es vage 1789 bei Hugo, „in Ermangelung näherer Rechtsquellen an das Römische Recht gewiesen“[88]. Savigny betonte, es gehe um eine „Ergänzung der Gesetzgebung, aber blos aus sich selbst, nicht von außen“[89]. Puchta schuf 1837 ein „Recht der Wissenschaft“[90] gegen die „früher gewöhnliche Ansicht von der subsidiären Anwendbarkeit des s. g. Naturrechts“, da man sich dabei „im Mittel vergriffen“ habe und „von der bloßen Philosophie erwartet hatte, was nur die Jurisprudenz selbst zu leisten im Stande ist“[91]. Lücken waren aus dem positiven Recht heraus zu füllen, nicht aus der menschlichen Vernunft[92].

Der einzige Savigny nahestehende Rechtswissenschaftler, der unbefangen „Naturrecht oder natürliches Recht“ in seine Betrachtungen einbezog, war Göschen. Der Mitherausgeber der Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft ging freilich nicht so weit, es in seine Rechtsquellenlehre aufzunehmen: „Wir fragen lediglich danach, was nach menschlicher Anordnung als Recht gilt, unbekümmert darum, ob es sich zugleich als Resultat des natürlichen Rechts darstellt, oder nicht“[93]. Recht wurde daher nur als positives Recht angenommen und ein aus der Vernunft geschöpftes, nicht positives Recht im gesamten Feld der Historischen Rechtsschule abgelehnt.

2. Erkenntnistheorie: War die Rechtsentstehungslehre der Historischen Rechtsschule im neukantianischen Sinne metaphysisch?

> „Für alle naturrechtlichen Theorien ist charakteristisch, daß sie ihr ideelles Recht schließlich auf subjektive Meinungen und Überzeugungen stellen und für das Recht, daß ohne Positivierungsprozeß existieren soll, nur ‚Quellen‘ namhaft zu machen wissen, die kein Recht zu produzieren vermögen. Untersuchen wir das ‚Rechtsbewußtsein‘ der Historiker, so zeigt es dieselben Schwächen.“[94]

Stützte die Historische Rechtsschule ihre Rechtslehre auf eine ‚innere Einheit‘ des Rechtsgefühls des Volkes und vertrat sie damit eine „spiritualistische Naturrechtstheorie“[95]?

---

[87] *Puchta*, Pandekten (Fn. 70), S. 26; Friedrich Carl v. Savigny, System des heutigen Römischen Rechts, Bd. I, Berlin 1840, S. 290.

[88] *Gustav Hugo*, Institutionen des heutigen Römischen Rechts, Berlin 1789, S. 17.

[89] *Savigny*, Methodologie 1802, bei Mazzacane (Fn. 73), S. 108.

[90] Zur Entstehung *Haferkamp*, Puchta (Fn. 21), S. 371 ff.

[91] *Georg Friedrich Puchta*, Das Gewohnheitsrecht, Teil 2, Erlangen 1837, S. 15.

[92] Soweit ersichtlich einzige Ausnahme war der von den Anhängern Savignys gering geachtete *Albrecht Schweppe*, Das Römische Privatrecht in seiner heutigen Anwendung, Bd. 1, 4. Aufl. Göttingen 1828, S. 5 f.

[93] *Johann Friedrich Ludwig Göschen*, Vorlesungen über das gemeine Civilrecht, hg. von Albrecht Erxleben, Bd. 1, Göttingen 1838, S. 49.

[94] *Bergbohm* (Fn. 6), S. 492.

[95] *Bergbohm* (Fn. 6), S. 518, 526.

Digitaler Sonderdruck des Autors mit Genehmigung des Verlages.

Bergbohm bezog diese These im Wesentlichen auf Savignys Berufsschrift und Puchtas Gewohnheitsrechtslehre. Diese Schriften durchzog die Vorstellung, „daß jedes Volk in seinen Zuständen überhaupt, und so auch besonders in seinem bürgerlichen Recht, eine nicht blos zufällige, sondern wesentliche und nothwenige, durch seine ganze Vorzeit begründete Individualität habe“[96]. Eine solche Prämisse war aus neukantianischer Perspektive unbeweisbar, eben Metaphysik. Dies betraf auch die daran anschließende Folgerung, der Volksgeist erzeuge eine dem Recht innewohnende Einheit[97]. Nach kantischem und auch neukantischem Verständnis war es die ordnende Vernunft, die ihre Gegenstände systematisiert und es war unbeweisbar und ein naturalistischer Fehlschluss, diese Ordnung im Sein selbst zu verorten. Auch insofern attestierte Bergbohm ganz konsequent Metaphysik. Zur Beschreibung der Historischen Schule ist dieses Bild freilich nur begrenzt geeignet. Nur einige Anhänger Savignys dachten so. Hierzu gehören neben Puchta, von dem Savigny den Volksgeistterminus übernahm[98], etwa Bethmann-Hollweg[99] und Stahl[100]. Diesen Juristen diente die Vorstellung eines Volksgeistes zur Begründung ihrer Quellenarbeit oder ihres Systemverständnisses. Hintergrund war das soeben bereits aufgezeigte religiös fundierte Rechtsverständnis[101], das Gott in der Geschichte wirken sah. Stahl meinte 1833: „Es ist ein höherer Gedanke, welcher über ihnen waltet, ihm folgt die Beobachtung im Gefühle der Nothwendigeit, und daraus wird die dauernde äussere Gestalt, welche eben das Recht ist“[102]. Der Rechtswissenschaftler musste dann über die Teilhabe an diesem geistigen Prozess die Sinnhaftigkeit des Rechtsorganismus in seiner geschichtlichen Entwicklung entschlüsseln. Bethmann-Hollweg betonte ebenfalls 1833:

> „In der Geschichte ist die Offenbarung enthalten, in sofern ist diese Philosophie eine christliche zu nennen. Die Offenbarung lehrt uns Gott als den Schöpfer der Welt kennen, welcher die Einheit seines Wesens allen Dingen mitgetheilt hat. Die Aufgabe ist nun die: wenn alle diese Dinge erkannt werden, sie in ihrer Abhängigkeit vor diesem Absoluten, diesem Gott, aufzufassen und zu erforschen. Das ist die Einheit in ihrer Manichfaltigkeit, oder das Allem einwohnende Gesetz. Diese Einheit erkennen vermögen wir, insofern als unsrem Geiste durch den Schöpfer die selbe Einheitverliehen worden ist.“[103]

---

[96] *Savigny*, Rez. Gönner (Fn. 36), S. 142.

[97] *Rückert*, Savigny (Fn. 47), S. 232 ff.

[98] Erstmals: *Puchta*, Rez. Gans, Das Erbrecht in weltgeschichtlicher Entwicklung, Teil 1, Berlin 1824, Teil 2, Berlin 1825, in: Jahrbücher der gesamten deutschen juristischen Literatur, hg. von *Schunck* (= Erlanger Jahrbücher), Bd. 1, Erlangen 1826, S. 14; prominent dann in: ders., Das Gewohnheitsrecht I, Erlangen 1828, S. 3.

[99] *Haferkamp*, Christentum und Privatrecht (Fn. 43).

[100] Vgl. nur *Friedrich Julius Stahl*, Vorrede zur dritten Aufl. von Bd. II 1 der Philosophie des Rechts, Heidelberg 1854.

[101] *Haferkamp*, Erweckungsbewegung (Fn. 55), S. 71 ff.

[102] *Stahl*, Philosophie des Rechts, II 2, Heidelberg 1833, S. 137.

[103] *A. von Sachsen-Coburg*, Juristische Encyeclopaedie (nach Vorträgen des Professors Beth-

Digitaler Sonderdruck des Autors mit Genehmigung des Verlages.

Der Volksgeist unterstellte also göttlich durchwirkten Sinn in der Rechtsentwicklung. Die Dechiffrierung dieses Sinns durch die Rechtswissenschaftler gab den Zugang zu einer Unterscheidung richtigen und unrichtigen Rechts. Eine Reihe von Anhängern Savignys betrieben in Bergbohms Sinne also eindeutig Metaphysik.

Freilich gilt dies keineswegs für alle Anhänger der Historischen Schule. Schon bei Stahl verschoben sich die Schwerpunkte bald. 1854 betonte er bereits sehr stark die äußere Ordnung als Ausdruck obrigkeitlicher Gestaltung. Nun galt das Recht „nicht als obrigkeitlicher Wille oder als Volksbewußtseyn, sondern schlechthin als Recht. Der äußern gegenständlichen Ordnung als solcher wohnt das Ansehen Gottes inne, welche sie stützen soll. Das Recht bleibt daher in unverkürzter Geltung, auch wenn das rechtliche Bewußtseyn bei Volk und Obrigkeit längst ein anderes geworden ist, wenn Alle es als unvernünftig und ungerecht erkennen, und man denkt bei den geltenden Rechtsnormen nicht mehr an ihren Ursprung, ja sie gewinnen noch an Heiligkeit, je mehr dieser in Vergessenheit gerathen ist“[104].

Anderen Anhängern Savignys blieb der Volksgeist von Anfang an fremd. Göschen etwa, meist der Historischen Schule zugewiesen, arbeitete ohne den Volksgeist und griff noch traditionell auf die „allgemeine Natur des Menschen“ und damit auf „Naturrecht oder natürliches Recht“ zurück[105]. Am radikalsten lehnte Hugo, für den Recht eben „zufällig“[106] war, den Volksgeist ab[107]: „kein Volk hat Sitte, Sprache und Recht fertig in seinem Innern liegen“. Für ihn trat an die Stelle der Volksgeistmetaphysik die schlichte Sitte als Rechtsentstehungsgrund: „Bey Weitem das Meiste macht sich von selbst wie die Sprache oder wie die (äußern) Sitten eines Volks“[108]. Sein Schüler Marezoll[109] verzichtete in diesem Sinne für die Rechtsentstehungslehre konsequent auf jede vorpositive Entstehungsquelle: „Dieses positive Recht eines Volkes, als ein geschichtlich bestehender Zustand, kann natürlich immer nur aus gewissen geschichtlichen Thatsachen hervorgehen … Diese Thatsachen bilden dann die Quellen des positiven Rechts“[110].

---

mann-Hollweg), Royal Archive RA VIC/Add A10/81/16, Prince Albert's Schoolroom and University Notes, Vol. 16, S. 54 f.

[104] *Stahl*, Philosophie des Rechts, II 1, 3.Aufl. 1854 (Fn. 100), S. 235; vgl. auch in der 1. Aufl. S. 143 ff. mit dem starken Zug zum positiven Recht; hierzu *Wiegand*, Stahl (Fn. 81), S. 205 ff., der S. 213 von einer zunehmenden „Hegemonie der ‚Natur‘ über den ‚Geist‘ bei Stahl spricht.

[105] *Göschen*, Vorlesungen (Fn. 93), S. 48 f.

[106] *Hugo*, Encyclopädie (Fn. 65), S. 19.

[107] Vgl. nur *Gustav Hugo*, Rez. Savigny, System Bd. 1, in: Göttingische gelehrte Anzeigen 1840, S. 1019.

[108] *Hugo*, Encyclopädie (Fn. 65), S. 21.

[109] Zu ihm ADB 20, 1884, S. 315 (Wenzelburger).

[110] *Theodor Marezoll*, Lehrbuch der Institutionen des römischen Rechts, 3. Aufl. Leipzig 1847.

Digitaler Sonderdruck des Autors mit Genehmigung des Verlages.

Auch textkritischen Altertumsforschern wie Haubold[111] oder Dirksen[112] blieben die Vorstellungen eines Volksgeistes fremd.

Besonders deutlich wurden die Zweifel vieler Anhänger Savignys am Volksgeist bei der Rechtsquellenlehre. Wenn man etwa die metaphysische Prämisse, dass die „geistige Verwandschaft" und „nationelle Verbindung"[113] eines Volkes eine „gemeinsame Ueberzeugung des Volkes, das gleiche Gefühl innerer Nothwendigkeit"[114] hervorbrachte, nicht teilte, dann blieb Gewohnheitsrecht Folge der Übung, nicht, wie Puchta betonte, die Übung Folge des im Volksgeist schlummernden Antriebs[115]. Unterholzner[116] beharrte skeptisch darauf, dass „erst das Geltendwerden einer Meinung entscheidet"[117], Bluhme hielt die Übung weiterhin nicht für den „todten Spiegel", sondern den „befruchtenden Boden"[118]. Vor allem Hugo wünschte nüchtern, die „Philosophie dieser Lehre vorausgeschickt zu sehen"[119] und machte die Gewohnheit zum Rechtsträger[120]. Wie schwer es Zeitgenossen fiel, die Volksgeistprämisse nachzuvollziehen, zeigen auch Missverständnisse um den Volksbegriff. Auch wenn Puchta klarstellte, dieser „Wille ist nicht der Wille des Volks als eines Bestandtheils des Staates, sondern des Volks als der natürlichen Verbindung" und es bedeute die „Begriffe gänzlich auf den Kopf zu stellen" wenn man dies als „Volk im politischen Sinn, den Regirten im Gegensatz zu dem Regenten" verstehe[121], ergaben sich immer wieder Fehlverständnisse. Maurenbrecher etwa bezog das Volk als Rechtsentstehungsquelle gleichberechtigt auf Savigny und Hugo und folgerte, dies sei „ein Verstoß gegen das geltende deutsche Staatsrecht, dessen sich die heutige Zeit schämen sollte"[122]. Indem Bergbohm nur Puchta und Savigny untersuchte, konnte er in neukantianischer Perspektive zutreffend auf Metaphysik verweisen. Indem er daraus auf die Historische Schule als Ganzes schloss, übersah er die Uneinigkeit unter vielen Autoren, die meist unter diesen Begriff fielen, über diesen Gegenstand.

---

[111] *Vano*, Gaius (Fn. 46), S. 59 ff.

[112] *Friedrich Daniel Sanio*, Zur Erinnerung an Heinrich Eduard Dirksen, Leipzig 1870, S. 86 ff.

[113] *Puchta*, Gewohnheitsrecht I (Fn. 98), S. 134 f.

[114] *Savigny*, Beruf (Fn. 13), S. 8.

[115] *Haferkamp*, Puchta (Fn. 21), S. 176 ff.

[116] *Vahlen* (Fn. 40), S. 5.

[117] *Unterholzner*, Rez. Puchta, Gewohnheitsrecht I, in: Kritische Zeitschrift für Rechtswissenschaft 5, 1829, S. 375.

[118] Brief Bluhmes an Savigny vom 29.6.1840, in: Strauch (Fn. 50), S. 295.

[119] *Hugo*, Rez. Puchta, Gewohnheitsrecht I, in: Göttingische gelehrte Anzeigen, 1828, S. 1731.

[120] *Gustav Hugo*, Gesetze sind nicht die einzigen Quellen der juristischer Wahrheiten, in: Civilistisches Magazin IV, 1814, S. 89 ff.

[121] *Puchta*, Institutionen I (Fn. 13), S. 29.

[122] *Romeo Maurenbrecher*, Lehrbuch des gesammten heutigen gemeinen deutschen Privatrechts, Bd. 1, 2. Aufl. Bonn 1840, S. 31.

Digitaler Sonderdruck des Autors mit Genehmigung des Verlages.

3. Begriffspyramide: Ging die Historische Rechtsschule davon aus, dass alle Rechtsbegriffe aus einem Obersten Begriff ableitbar sein mussten?

„Die Begriffsjurisprudenz, wie sie durch Savigny eingeleitet worden war, ist in erster Linie durch den Satz gekennzeichnet, daß die Rechtsbegriffe ausschließlich Geltung haben. … Ein Rechtsbegriff kann nach der Idee der Begriffsjurisprudenz nur dann für die Rechtsgemeinschaft Geltung haben, wenn er als Bestandteil des Begriffssystems ausgewiesen ist … Was sich umgekehrt aus den Begriffen des Systems nicht ergibt, kann in der Rechtsfindung nicht zur Geltung kommen."[123]

„Was Puchta hier und an anderer Stelle … die ‚Genealogie der Begriffe' nennt, ist nichts anderes als die Begriffspyramide des nach den Regeln der formalen Logik gebildeten Systems … Die ‚Genealogie der Begriffe' besagt daher, daß der höchste Begriff, von dem alle anderen abgestammt werden, durch seinen Inhalt alle übrigen mitbestimmt." Dieses „logisch-deduktive Verfahren" entstamme „dem Rationalismus des 18. Jahrhunderts, insbesondere der Denkweise Christian Wolffs."[124]

Karl Larenz spielte hier auf S. 101 in Puchtas Institutionen von 1841 an. Dort hieß es:

„Der nun besitzt diese systematische Kenntnis, welcher des Zusammenhangs der Rechtssätze sich bemächtigt, ihre Verwandtschaft unter einander erforscht hat, so daß er die Abstammung eines jeden Begriffs durch alle Mittelglieder, die an seiner Bildung Antheil haben, auf- und abwärts zu verfolgen vermag. Wenn wir z. B. das einzelne Recht über ein Grundstück zu gehen, welches der Eigenthümer dieses Grundstücks dem Eigenthümer eines benachbarten bestellt hat, betrachten, so muß dem Juristen theils seine Stellung im System der Rechtsverhältnisse, theils der Rechte, also seine Herkunft bis zum Begriff des Rechts hinauf zum Bewußtsein kommen, und er muß ebenso von diesem herab zu jenem einzelnen Rechte gelangen können, dessen Natur erst dadurch vollkommen bestimmt wird. Es ist ein Recht, also eine Macht über einen Gegenstand; ein Recht an einer Sache, also der besonderen Natur dieser Rechte teilhaftig; ein Recht an einer fremden Sache, also eine parthielle Unterwerfung derselben; die Seite, von welcher die Sache unterworfen ist, ist die der Benutzung, es gehört zu dem Geschlecht der Rechte an Sachen auf Benutzung; die Benutzung ist für ein gewisses Subjekt bestimmt, über das sie hinausgeht, also ist das Recht eine Servitut; für ein Grundstück, also Prädialservitut; für dieses Bedürfnis eines Grundstücks, Wegservitut. Ich nenne dieß eine Genealogie der Begriffe."[125]

Puchta scheint hier einem deduktiven System mit Ableitungsmöglichkeiten das Wort zu reden. Nachdenklich machen sollten freilich bereits die bei einer solchen Sichtweise massiven Brüche in Puchtas Rechtskonzept. Wenn der Volksgeist nach logischen Kriterien funktionieren würde, träte an die Stelle des Volksgeists das Reglement der Vernunft. Seine ganze scharfe Kritik an Hegel wäre bloße Camouflage – und genau so hat es die ältere Forschung auch gesehen, indem

[123] *Jerusalem* (Fn. 15), S. 148.
[124] *Larenz* (Fn. 20), S. 19–21.
[125] *Puchta*, Institutionen I (Fn. 13), S. 101.

Digitaler Sonderdruck des Autors mit Genehmigung des Verlages.

man den Volksgeist zum bloßen Lippenbekenntnis machte[126] oder gar in Puchta einen kaum getarnten Hegelianer[127] sah. Zweifel nähert auch bereits Puchtas Terminologie. Er sprach nicht von Logik und Deduktion bzw. Ableitung, sondern von „Verwandtschaft" und „Abstammung", zudem von „auf und abwärts". Zumeist nicht zitiert wird auch der Nachsatz in Puchtas Text: Er nenne dies eine Genealogie der Begriffe,

> „darin liegt, daß man diese Leiter nicht als ein bloßes Schema von Definitionen betrachten darf. Jeder dieser Begriffe ist ein lebendiges Wesen, nicht ein todtes Werkzeug, das bloß das Empfangene weiterbefördert. Jeder ist eine Individualität, unterschieden von der Individualität seines Erzeugers, wie sich auch bei seinem Erzeugten wieder das Anerzeugte mit einem neuen Element, welches man, um im Gleichniß zu bleiben, das mütterliche nennen kann, zu einer eignen Lebenskraft verbindet. Der Vater der Rechtsinstitute ist das Princip des Rechts, die Mutter der Stoff, die Mannigfaltigkeit der Menschen und Dinge; in diesem letzteren Moment liegt die Seite der Nothwendigkeit in den Rechtsbildungen, ihre Vernunft, die Eigenschaft des Rechts als eines Systems."

In Puchtas organizistischer Sprache ging es also um die Verwandtschaft von Individualitäten, nicht um eine bloße Kausalbeziehung. Dies wird deutlicher, wenn man Puchtas Bild von „Vater" und „Mutter" dechiffriert. Vater des Rechts, das Rechtsprinzip, war für ihn die menschliche Freiheit. Die Nothwendigkeit resultierte aus den Gegenständen, der „Mannigfaltigkeit der Menschen und Dinge", die der Freiheit in der Entwicklung des Rechts ihre Wahlmöglichkeit gab und sie dadurch begrenzte. Recht war also nicht bloßer Zufall und dennoch nicht einfach vernünftig. Es hatte für Puchta eine vernünftige Seite und die Aufgabe der Rechtswissenschaft war es, das positive Recht in seiner vernünftigen Seite zu begreifen. Daraus folgte, dass es Teile im Recht gab, die als klare Zusammenhänge verstehbar waren und andere Seiten, die sich einer solchen rationalen Erklärung entzogen. Insofern behielt das Recht eine geschichtliche, mithin positive, freie Seite. Puchtas Rechtssystem war daher nicht in der Lage, das Recht als vernünftig abzubilden. Er suchte vielmehr nach den vernünftigen Seiten im Recht.

Ausgangspunkt waren dabei keineswegs Rechtsbegriffe, sondern wie im obigen Zitat Puchtas deutlich wird, ging es um die Verwandtschaft der Rechtssätze. Für Puchtas System wiederum waren auch nicht Rechtssätze erkenntnisleitend, sondern subjektive Rechte. Sein privatrechtlich orientiertes System der Rechte unterwarf Gegenstände dem menschlichen Willen. Puchta erläuterte 1829 die

---

[126] *Walter Wilhelm*, Zur juristischen Methodenlehre im 19. Jahrhundert. Die Herkunft der Methode Paul Labands aus der Privatrechtswissenschaft, Frankfurt a. M. 1958, S. 79: „Der Nebel des Volksgeists hob sich von diesem wissenschaftlichen Recht, und hervor traten die kahlen Gesetze des Denkens."

[127] *Walter Schönfeld*, Puchta und Hegel, in: Festgabe für Julius Binder, Berlin 1930, S. 52: „Wenn wir die hervorragend begrifflich-systematische Art Puchtas bedenken, so wundern wir uns, daß er sich mehr an Schelling als an Hegel gebunden fühlte."

Digitaler Sonderdruck des Autors mit Genehmigung des Verlages.

„Idee", die „meines Erachtens einer Classification der Rechte nach ihrer Natur zu Grunde liegen muß"[128]:

> „Jedes Recht ist eine Beziehung des Willens auf einen Gegenstand, und diese Beziehung ist die Unterwerfung des Gegenstands."[129]

Leitendes Prinzip der „Verschiedenheit der Gegenstände" sei „das Princip unseres Systems"[130]. Puchta unterschied fünf Gegenstände:

> „1) Sachen 2) Handlungen 3) Personen, und zwar a) Personen ausser uns, b) Personen, welche ausser uns existiert haben, aber in uns übergegangen sind, c) unsre eigene Person."[131]

Puchta vertrat zwar die Ansicht, mit diesen fünf Gegenständen alle Unterwerfungsobjekte der menschlichen Freiheit gefunden zu haben und daraus fünf Rechte konstruieren zu können. Keineswegs glaubte er jedoch, dass hieraus das gesamte positive Recht irgendwie ableitbar wäre. Das Recht war für ihn von Prinzipien durchzogen, aber nicht von einem Prinzip ableitbar.

> „Wer in einer streng fortschreitenden Bewegung das System zu finden sucht, wie es uns durch das bestehende Recht selbst gegeben ist, so daß wir es nur ans Tageslicht zu fördern haben, der muß nothwendig in jeder Classe auf den Punkt stoßen, von welchem aus jene Entwicklung aufhören muß, das Princip seinen Einfluß verliert, und vor anderen von hier aus sich eindrängenden Principien abtritt."[132]

Der Grund dafür, dass eine „Classification" der Rechte das Recht nicht abbilden konnte, war die Divergenz einer solchen zu der von Puchta unterstellten Eigenstruktur des Rechts. Diese entzog sich für Puchta nämlich einer Darstellung unter einem obersten Grundsatz.

> „In einem organischen Ganzen stehen alle Glieder in Wechselwirkung auf einander, je systematischer nun ein Recht ist, desto mehr muß dasselbe bey allen Rechtsverhältnissen der Fall seyn. … Die Ehe z. B. gehört allerdings in die Lehre vom Eigenthum, von den Servituten, vom Pfandrecht, von den Obligationen, von der Verwandtschaft, von der väterlichen Gewalt, vom Erbrecht, denn in allen diesen Lehren muß von der Ehe die Rede seyn. Aber eine ganz andere Frage ist die: wohin sie selbst, als ein eignes, selbstständiges Rechtsverhältniß gehöre?"[133]

Der Systematiker bedurfte daher einer bewusst gewählten Einteilungsnorm, sonst gebe er „den Vorsatz, seine Darstellung zu ordnen, auf"[134]. Puchta un-

---

[128] *Georg Friedrich Puchta*, Betrachtungen über alte und neue Rechtssysteme, in: Rheinisches Museum für Jurisprudenz 3, 1829, S. 230.

[129] *Puchta*, Betrachtungen (Fn. 128), S. 230.

[130] *Georg Friedrich Puchta*, Zu welcher Classe von Rechten gehört der Besitz, in: Rheinisches Museum für Jurisprudenz 3, 1829, S. 248.

[131] *Puchta*, Besitz (Fn. 130), 1829, S. 249 f.

[132] Brief an Blume vom 22.5.1829, abgedruckt bei *Haferkamp*, Puchta (Fn. 21), S. 523 f.

[133] *Puchta*, Betrachtungen (Fn. 128), S. 235.

[134] *Puchta*, Betrachtungen (Fn. 128), S. 235.

Digitaler Sonderdruck des Autors mit Genehmigung des Verlages.

terschied daher radikal zwischen der Eigenstruktur des Organismus und seiner wissenschaftlichen Darstellung.

> „Ich vergleiche die systematische Darstellung mit der Zeichnung eines plastischen Kunstwerks, die von verschiedenen Seiten möglich ist. Die verschiedenen Standpuncte haben relative Vorzüge vor einander, von einem Standpunct aus kann z. B. das Ganze und seine einzelnen Partien sich vollständiger darstellen, als von dem anderen, während ein anderer vielleicht wieder einen eigenthümlichen Vorzug hat, und für gewisse Zwecke diensam seyn kann, aber keine Auffassung u.[nd] Darstellung ist absolut die wahre oder falsche. Eine falsche würde nur die zu nennen seyn, welche den Gegenstand selbst veränderte, und etwa die übrigens ganz richtig gezeichneten Füße an den Armen anbrächte."[135]

Daraus folgte für ihn, dass es nicht nur ein System geben konnte, sondern viele.

> „Daraus, daß die Wissenschaft die Grundlage und der Gegenstand der Darstellung in den Rechtssystemen ist, folgt noch keineswegs, daß es auch nur Eine jener entsprechende Darstellung, wie eine Wissenschaft geben könne. … Da mithin kein System in jenem formellen Sinne die Wissenschaft selbst, sondern nur eine Annäherung an dieselbe von dieser oder jener Seite her seyn kann, so müssen sich mehrere Systeme in diesem Sinne nebeneinander denken lassen. Der Grund dieser reelen Verschiedenheit der Darstellung (abgesehen nämlich von der Verschiedenheit, welche aus der Fähigkeit des Darstellers folgt) liegt in dem gewählten Medium zwischen der Wissenschaft und der äußeren Gestalt, die sie annehmen soll, in dem, was man den Plan der Anordnung nennt."[136]

Puchtas System war demnach keine Abbildung des Rechts oder eine Deduktion aller Begriffe des Rechts, es war eine Ordnung des Privatrechts als subjektive Rechte. In der dabei prägenden Perspektive war es eine Interpretation des Privatrechts. Puchta legte besonderen Wert darauf, das Privatrecht als Freiheitsraum gegen den Staat darzustellen. August Wilhelm v. Schröter hatte 1840 Recht, wenn er mit Blick auf Puchta hervorhob: „Der Gedanke des subjektiven Rechts hat auch gewiß in der Scheidung des Privatrechts von dem öffentlichen Recht viele Nahrung gefunden"[137].

Wenn Zeitgenossen gleichwohl die besondere rationale Verdichtung in Puchtas Pandektenlehrbuch als „neue Richtung"[138] wahrnahmen, so lag dies zunächst

---

[135] *Puchta* an Savigny vom 26.12.1831, bei Joachim Bohnert, Vierzehn Briefe Puchtas an Savigny, in: Nachrichten der Akademie der Wissenschaften in Göttingen, I. Philologisch-historische Klasse, Jahrgang 1979, Nr. 2, S. 20.

[136] *Puchta*, Betrachtungen (Fn. 127), S. 222; vgl. auch Brief an Savigny vom 26.12.1831, bei Bohnert, Vierzehn Briefe (Fn. 134), S. 20: „Ich habe mich von Anfang gegen die Meinung derer erklärt, welche, weil die Wissenschaft nur Eine sey, auch nur eine wahre Darstellung (Ein wahres System in diesem gewöhnli.[ichen] Sinne des Worts) annehmen. Die Gesichtspunkte können verschieden seyn, wie wenn Caius von d.[er] Erwerbung ausgeht, ich dagegen von der Natur u.[nd] dem Inhalt der Rechte, beide Systeme wahr seyn können."

[137] *August Wilhelm v. Schröter*, in: Rez. Puchta, Pandekten, Kritische Jahrbücher für Deutsche Rechtswissenschaft 4, 1840, S. 294.

[138] *Schröter*, Rez. Puchta (Fn. 137), S. 300; Wilhelm August Friedrich Danz, Das Systematische an der Methode der beiden neuesten Pandectenlehrbücher von Mühlenbruch und Puchta, in: Hallische Jahrbücher 1838, Sp. 1392.

Digitaler Sonderdruck des Autors mit Genehmigung des Verlages.

daran, dass man Puchtas Lehrbuch der Pandekten nicht im Zusammenspiel mit seinem Lehrbuch der Institutionen erkannte. In seinem Studienkonzept bot die zuerst kommende Institutionenvorlesung die historischen und sozialen Grundlagen des Römischen Rechts, das dann in der Pandektenvorlesung als rationales Sinngefüge dargestellt wurde[139]. Sein doppelter Blick folgte den methodischen Vorgaben Schellings, der zwischen einer positiven und einer negativen Philosophie unterschied[140]. Recht als historisch frei entstehender Erkenntnisgegenstand wurde zunächst historisch aus seiner Entstehungsgeschichte „a posteriori" gedeutet (positive Philosophie) und dann „a priori" als rationaler Sinnzusammenhang von einem obersten Grundsatz interpretiert (negative Philosophie). Puchta machte dabei die Rationalität des Rechts zur Geltungsvermutung für den Fall, dass das positive Recht keine Antwort gab. Recht entstand ohne rationale Zwänge. War es aber einmal entstanden und widersprach kein anderer Rechtssatz, so durfte der Jurist konsequent die bestehenden Prinzipien des Rechts weiterdenken.

> „Die Entstehung des Rechts durch den unmittelbaren Willen der Nation und den Gesetzgeber ist eine freie; was sie hervorbringen, unterliegt im Einzelnen keiner eine bestimmte Linie vorschreibenden Nothwendigkeit (z. B. Formen bei der Eigenthumserwerbung, Fristen für die Ausübung von Rechten, Voraussetzungen der Verbindlichkeit der Verträge, Berechtigung zur Erbfolge u. s. w.). Im Ganzen besteht auch für sie eine gewisse Schranke in der vernünftigen Natur des Rechts; das Recht ist etwas Vernünftiges, in seiner Entwicklung einer logischen Nothwendigkeit Unterliegendes. Wenn z. B. der Gesetzgeber das Eigenthum als unmittelbare Herrschaft über eine Sache anerkennt, so anerkennt er damit nothwendig auch die vernünftigen Consequenzen aus dieser seiner Natur, wonach es z. B. in seiner Wirkung eine ganz andere Beschaffenheit hat, als die *Obligatio*, wiewohl freilich unter Umständen das Bedürfnis zu einer Abweichung von diesen Consequenzen führen kann."[141]

Puchta trennte in seiner Darstellung also die freie und die notwendige Seite des Rechts. Dabei betonte er für beide: „Nicht die Hervorhebung einer Seite des Ganzen ist ein einseitiges Verfahren, nur der ist einseitig zu nennen, welcher eine Seite als das Ganze behandelt"[142]. Hätte er nun behauptet, es sei möglich, das gesamte positive Recht von einem obersten Grundsatz her abzuleiten, so hätte er die Freiheit der Rechtsentstehung vernichtet. In doppelter Hinsicht widersprach sein System der Rechte daher dem Bild der Begriffspyramide. Zunächst stellte er keineswegs alle Rechte als Ableitung aus seinem Willensprinzip dar. Die Reichweite seines eigenen Ordnungsrasters war vielmehr erstaunlich gering. Für das Obligationenrecht betont Puchta, dass für dessen Einteilung aus seinem Rechtsbegriff gar nichts folge. Gegenstand der Unterwerfung seien hier Handlungen

[139] Vgl. *Hans-Peter Haferkamp*, Pandektisten am Katheder (Fn. 52), S. 94 ff.
[140] Vgl. *Haferkamp*, Puchta (Fn. 21), S. 309 ff.
[141] *Georg Friedrich Puchta*, Vorlesungen über das heutige römische Recht, hg. von Adolf Rudorff, Bd. 1, Leipzig 1846, S. 25.
[142] *Puchta*, Institutionen I (Fn. 13), 1841, S. 100.

Digitaler Sonderdruck des Autors mit Genehmigung des Verlages.

„die einen ihnen vollkommen entsprechenden Sachwerth haben". Mit der Feststellung, dass bei der obligatio die Handlung „immer nur von derselben Seite dem Willen" unterworfen sei, war die ordnende Kraft des Rechtsbegriffs erschöpft. Puchta stand „an dem Punkte, wo eine Verschiedenheit der Rechte durch andere hereinlaufende Ursachen erzeugt wird; wir treffen eine Verschiedenheit, welche keine Grundverschiedenheit ist"[143]. Im Sachenrecht ging die systematisierende Kraft des obersten Prinzips weiter. Die Unterwerfung einer Sache konnte hier total (Eigentum) oder partial (jura in re) gedacht werden. Letztere Unterscheidung ermöglichte weiterhin deren Trennung in die Unterwerfung von der Seite der Benutzung (etwa Servituten) und des Werts (etwa Pfandrecht). Dann galt auch hier: „Von hier aus aber treten andre Quellen weiterer Untersuchung hinzu, der ersten Classe der *Jura in re* in Servituten, *Emphyteusis*, *Superficies*, und dann wieder der Servituten in mehrere Arten"[144].

Zweitens betonte Puchta stets, dass es Rechte gäbe, die sich auch einem als multiple Prinzipiendurchdringung dargestellten System entzögen, weil sie galten, aber nicht rational ableitbar waren. Eine Rechtsquelle war stets in der Lage, Rechte auch „*contra rationem*" als *ius singulare* einzuführen[145]. Dass auch Recht galt, welches sich „über die Principien des Rechts hinweggesetzt" habe, folgte aus „der Unvollkommenheit menschlicher Dinge überhaupt, welche die vollständige Erreichung jener Idee des reinen Rechts, also die innere Vollendung des Rechts ausschließt"[146].

Larenz thematisierte mit seinem Bild Puchta. Erweitert man den Blick auf die Historische Schule insgesamt, so zeigt sich, dass Puchta mit seinen Überlegungen auch in diesem Kreis weitgehend isoliert war, also keineswegs für die Historische Rechtsschule insgesamt stehen konnte.

Im gemeinsamen Ausgangspunkt, dass eine Klassifikation eines leitenden Grundsatzes und einer konsequenten Durchführung bedürfte, waren sich die meisten Anhänger Savignys einig: Mit Kant wurde nach 1790 System zum Signum von Wissenschaftlichkeit[147]. Kant verstand unter einem System ein „nach Prinzipien geordnetes Ganzes"[148]. Später radikalisiert von Reinhold und Fichte blieb auch in der Folgezeit bis zur Jahrhundertmitte die Vorstellung herrschend,

---

[143] *Puchta*, Besitz (Fn. 130), S. 251.

[144] *Puchta*, Besitz (Fn. 130), S. 250.

[145] *Puchta*, Institutionen I (Fn. 13), S. 93.

[146] *Puchta*, Institutionen I (Fn. 13), S. 93 f.

[147] *Jan Schröder*, Wissenschaftstheorie und Lehre der „praktischen Jurisprudenz" auf deutschen Universitäten an der Wende zum 19. Jahrhundert, Frankfurt a. M. 1979, S. 83 ff., 92 ff.; *Joachim Rückert*, Heidelberg um 1804 – oder: die erfolgreiche Modernisierung der Jurisprudenz durch Thibaut, Heise, Martin, Zachariae u. a., in: F. Strack (Hg.), Heidelberg im säkularen Umbruch, Heidelberg 1987, S. 92 ff.

[148] *Immanuel Kant*, Metaphysische Anfangsgründe der Naturwissenschaften, Riga 1786, Vorrede, A Vf.

Digitaler Sonderdruck des Autors mit Genehmigung des Verlages.

dass ein System auf einem obersten Grundsatz beruhen müsse[149]. Freilich hatte vor Puchta noch kein Pandektenlehrer versucht, diesen wissenschaftlichen Anspruch in einem Lehrbuch umzusetzen. Man konstruierte Pandektensysteme mit rein didaktischem Anspruch. Für Rechtswissenschaftler wie Hugo oder Thibaut, die positives Recht schlicht als „Zufall"[150] oder das einheimische Recht als endlosen „Wust einander widerstreitender, vernichtender, buntschäckiger Bestimmungen"[151] bezeichneten, war mehr sowieso ausgeschlossen, weil der unstrukturierte Erkenntnisgegenstand eine systematische Ordnung nach Kants Prämissen nicht zuließ. Als Hugo 1798 das Pandektensystem schuf, war es für ihn eine persönliche Lehranordnung zum Gebrauch in der Vorlesung und wie wenig wissenschaftlich „richtig" eine derartige subjektive Ordnung für ihn war, zeigte die Tatsache, dass er schon in der nächsten Auflage seines Lehrbuches zur Institutionenanordnung zurückkehrte[152].

Schon gegen den Versuch, ein System nach Kants Systembegriff wirklich durchzuführen, sprachen für die Pandektenlehrer auch die Bedürfnisse des Unterrichts[153], denen zufolge man „zum Zwecke der Verständlichkeit oft gezwungen (werde, HPH), die strenge logische Ordnung zu verlassen, und das Material stufenweise so zu stellen, wie es am mehrsten Licht über die folgenden Theile verbreitet"[154]. Kein geringerer als Georg Arnold Heise betonte daher 1819 für sein berühmtes System, es mache „auf wissenschaftlichen Verdienst überall keinen Anspruch", sondern sei „einzig zum Gebrauche bey meinen Vorlesungen bestimmt". Systeme hatten didaktisch die Aufgabe, so Savigny, das Recht „in seinem organischen Zusammenhange den Zuhörern zur Anschauung"[155] zu bringen. Mühlenbruch meinte schlichter, es gehe darum, „sämmtliche Lehren … in einen systematisch-materiellen Zusammenhang zu bringen", da dies „dem Erlernen und Behalten der dargestellten Begriffe ungemein förderlich ist"[156].

Als Puchta 1829 erstmals öffentlich über ein wissenschaftliches System nachdachte, hatte sich das Umfeld geändert. Auslöser des nun einsetzenden Disputs waren Provokationen von Eduard Gans[157], der 1827 ein „System des Römischen

---

[149] *Schröder*, Wissenschaftstheorie (Fn. 147), S. 95; zur weiteren Entwicklung *Manfred Frank*, „Unendliche Annäherung". Die Anfänge der philosophischen Frühromantik, Frankfurt a. M. 1997, S. 48 ff.

[150] *Hugo*, Encyclopädie (Fn. 65), S. 19.

[151] *Anton Friedrich Justus Thibaut*, Über die Nothwendigkeit eines allgemeinen bürgerlichen Rechts für Deutschland, Heidelberg 1814, S. 14.

[152] Hierzu *Lars Björne*, Deutsche Rechtssysteme im 18. und 19. Jahrhundert, Ebelsbach 1984, S. 131.

[153] Hierzu *Haferkamp*, Pandektisten am Katheder (Fn. 52).

[154] *Anton Friedrich Justus Thibaut*, System des Pandekten-Rechts, 8. Aufl. Jena 1834, S. 5.

[155] *Karl Adolph v. Vangerow*, Leitfaden für Pandektenvorlesungen, Marburg 1838, S. V f.

[156] *Mühlenbruch*, Selbstanzeige Doctrina, (Schuncks Erlanger) Jahrbücher der gesamten deutschen juristischen Literatur 1826, S. 15 f.

[157] Zum Streit zwischen Gans und der Historischen Schule: Johann Braun, Schwan und Gans, in: ders., Judentum, Jurisprudenz und Philosophie, Baden-Baden 1997, S. 75 ff.

Digitaler Sonderdruck des Autors mit Genehmigung des Verlages.

Civilrechts“ vorlegte und darin die Historische Rechtsschule wegen ihrer „vornehme(n) Verachtung … vom … Systematischen im Rechte“ als „Nichtphilosophische“ Schule verhöhnte[158] und sie 1833 herausforderte: „Systeme können nur durch Systeme widerlegt werden, und so lange ihr uns kein wissenschaftliches zu bereiten gedenkt, müssen wir bei dem bleiben, welches wir haben“[159]. Dieser Angriff wurde im Umfeld Savignys sehr ernst genommen. Einig war man unter den hier Debattierenden darin, dass das Recht als Organismus einen sich freilich stets verändernden Sinnzusammenhang hatte. Puchtas Vorstellung, dass man ein solches System eines Gegenstandes, der in einem Zusammenspiel von freier Setzung und Konsequenz entstand, unter einem obersten Prinzip konstruieren könne, fand jedoch scharfen Widerspruch durch Friedrich Julius Stahl[160]. Er lehnte jede „Klassifikation“, also bewusste Ordnung des Stoffes unter einem obersten Grundsatz als „rationalistisch“ ab und war so der erste, der Puchta vorhielt, in naturrechtliches Denken zurückgefallen zu sein. Sein System fußte nicht auf der Rechtsquellenlehre, es ging also nicht primär um Rechte oder Rechtssätze, sondern auf Rechtsinstituten als „Complex von Thatsachen und thatsächlichen Beziehungen und ihren rechtlichen Normen, welche sämmtlich durch die Einheit ihres erzeugenden Triebes ein unauflösliches Ganzes bilden“[161]. Dieses System beanspruchte, die Wirklichkeitszusammenhänge der Rechtsinstitute, wie sie durch den ihnen innewohnenden Telos geprägt wurden, abzubilden: „Der Zusammenhang des Rechts mit den Lebensverhältnissen ist aber der, daß das Recht dieselben stets als seinen faktischen Stoff ergreift, und zur sittlichen Gestalt bestimmt. Diese bildende Thätigkeit muß daher das System durch seine Form aufzeigen“[162]. Dies ging gegen die „rationalistische Richtung“, zu der er auch Puchta zählte, die den Zusammenhang des Systems in „leeren Abstractionen“ suche. Für Stahl beruhte damit Puchtas System auf einem „inhaltslosen Begriff“ der Rechte[163]. Wollte man ein abstraktes Prinzip konsequent in den der Erfahrung entnommenen Rechtssätzen verwirklichen, musste es nach Stahl entweder zu logisch erzwungenen Verstößen gegen das positive Recht kommen oder sich die Unfähigkeit eines so gebildeten Systems zeigen, „seiner eigenen Anforderung logischer Übereinstimmung treu“ zu bleiben[164]. Genüsslich hielt er den „Rationalisten“ und den in ihren Systemen hilfsweise herangezogenen Kategorien wie „Erwerb, Verlust, Ausübung, Abtretung, Subjekt, Objekt u. s. w.“ entgegen: „Ein so buntes Gemisch von Scheidungsprincipien, das nicht in einem höhern Princip begründet ist, wird doch wohl nicht als eine logisch haltbare Anordnung

[158] *Eduard Gans*, System des Römischen Civilrechts, Berlin 1827, S. 162 f.

[159] *Eduard Gans*, Vorrede zu Hegel, Grundlinien der Philosophie des Rechts, Akademie Ausgabe, S. 8 datierend vom 29.5.1833.

[160] Zu dieser Kritik: *Haferkamp*, Puchta (Fn. 21), S. 311 ff.

[161] *Friedrich Julius Stahl*, Philosophie des Rechts II 1, Heidelberg 1833, S. 146.

[162] *Friedrich Julius Stahl*, Philosophie des Rechts II 1, Tübingen 1833, S. 147.

[163] *Friedrich Julius Stahl*, Philosophie des Rechts II 1, 5. Aufl. Tübingen 1878, S. 147.

[164] *Stahl*, (Fn. 163), S. 148.

Digitaler Sonderdruck des Autors mit Genehmigung des Verlages.

gelten dürfen!“[165]. Stahl glaubte also daran, dass Recht in seiner inneren Sinnhaftigkeit auch abbilden zu können: „Die Aufeinanderfolge der Rechtsinstitute beruht daher darauf, wie zunächst die Lebensverhältnisse, dann auch bereits rechtlich wirksamen Institute, thatsächlich (realiter) einander vorausgehen und nachfolgen als bedingt und bedingend. Ob sie logisch einfacher oder verwickelter seyen, entscheidet nicht … Allein in allem Organische ist nie ein Glied bloß Vorbedingung des andern, sondern immer wieder, wenigstens um seine Bestimmung zu erfüllen, durch das andere bedingt.“[166]

Savigny ging einen mittleren Weg[167]. Schärfer als Stahl forderte er die Aufgabe eines Rechtssystems, den positiven Stoff auf seine „Grundsätze“ zurückzuführen und dadurch zu „vergeistigen“[168]. Für Savigny war System ähnlich wie für Kant die „Einheit des Mannigfaltigen“[169]. Zugleich war es aber „nicht Anordnung, sondern Erkennen jenes lebendigen Ganzen“[170]. Ähnlich Stahl ging auch Savigny von den Rechtsverhältnissen und Rechtsinstituten und nicht den Rechtssätzen oder Rechten als Grundlage seines Systems aus. Ausgangspunkte waren Rechtsverhältnisse als „Beziehung zwischen Person und Person, durch eine Rechtsregel bestimmt“ (I, 333). Anders als Stahl, der sehr stark die in der dem Menschen vorgegebenen Ordnung liegenden Sinnstrukturen betonte, machte Savigny dabei die Beziehungen zwischen Menschen mit der „innewohnende(n) Kraft“ und die hierdurch geprägte und diese wiederum prägende rechtliche Regel zum Motor der Rechtsentwicklung[171]. Recht entstand im Leben, war weniger vorgegeben. Für das Privatrecht wurde damit die Freiheit und der Wille des Menschen zum Ausgangspunkt und Savigny näherte sich Puchta wieder an, wenn er aus „drey Hauptgegenstände(n) der Willensherrschaft … drey Hauptarten aller Rechtsverhältnisse“ (I, 335) folgerte: „die eigene Person, die unfreye Natur, fremde Personen“ (I 335). In dieser Architektonik der Darstellung betonte Savigny weniger als zunächst Puchta die freie Wahl der Einteilungsnorm als die maßgebende Prägung derselben durch den Stoff selbst: „Die hier versuchte Zusammenstellung der Rechtsinstitute ist gegründet auf das innerste Wesen derselben, nämlich auf ihren organischen Zusammenhang mit dem Wesen des Menschen selbst, dem sie inhärieren. Alle anderen Eigenschaften derselben müssen dagegen vergleichsweise als untergeordnet, und zur Grundlage des ganzen Rechtssystems nicht geeignet erscheinen“ (I 388). Deuten sich insoweit durchaus Ähnlichkeiten zu Puchta

[165] *Stahl*, (Fn. 163), S. 149 f.

[166] *Stahl*, (Fn. 163), S. 295.

[167] Hierzu *Hans Kiefner*, Das Rechtsverhältnis. Zu Savignys System des heutigen römischen Rechts, in: FS Coing, Bd. 1, München 1982, S. 149–176; wichtig nun auch *Thiago Reis*, Savignys Theorie der juristischen Tatsachen, Frankfurt a. M. 2013.

[168] Vgl. *Savigny*, Beruf (Fn. 13), S. 22.

[169] Methodologie 1802, bei Mazzacane (Fn. 73), S. 104; hierzu *Mazzacane*, S. 35 f.

[170] *Savigny*, Einleitung zu den Pandekten 1811, in: Mazzacane (Fn. 73), S. 251.

[171] *Joachim Rückert*, Savignys Dogmatik im „System“, in: Andreas Heldrich u. a. (Hgg.), Festschrift für Claus-Wilhelm Canaris zum 70. Geburtstag, München 2007, S. 1286 f.

Digitaler Sonderdruck des Autors mit Genehmigung des Verlages.

an, so unterschied sich Savigny doch deutlich von jenem, indem er keineswegs zwischen dem Historischen und dem Systematischen Blick trennte, sondern ein historisch veränderliches System darzustellen versuchte. Im System des heutigen Römischen Rechts verband er die dogmatisch-systematische Einordnung eines Rechtsinstitutes stets mit einer historischen Herleitung und Einordnung vom Corpus Juris bis zur Darstellung der Meinungen neuerer Schriftsteller seit der Glosse[172]. Indem Savigny sein System veränderlich konstruierte, war auch der oberste Grundsatz kein statischer Fixpunkt für Ableitungen, sondern ein dynamischer Zielpunkt der Rechtsentwicklung[173].

Bei allen Verschiedenheiten der Systemkonzepte im Umfeld Savignys im Einzelnen gilt jedenfalls: Niemand leitete alle Rechtsbegriffe aus einem obersten Begriff ab. Kein System hob den Vorrang des positiven Rechts auf. Der Blick war stets induktiv, nicht deduktiv[174]. Der Jurist arbeitete nach den Konzeptionen Puchtas oder auch Savignys in seinen Konstruktionen durchaus mit den Prinzipien des geltenden Rechts. Diese konnte er aber nicht durch Ableitung erkennen, sondern nur durch Induktion aus dem geltenden Recht selbst. Niemand ging dabei davon aus, dass diese Prinzipien durchweg irgendwie hierarchisch gestuft waren. Auch die Findung von Prinzipien im positiven Recht, die nicht vom Obersten Grundsatz abstammten, war also nicht Deduktion von anderen Prinzipien. Die Findung von Prinzipien war nicht einfach ein abstrahierend logisches Verfahren, sondern bezog andere Richtigkeitskriterien mit ein. Savigny betonte, die unterstellte „innere Consequenz des Rechts" sei „nicht immer eine bloß logische Consequenz, wie das reine Verhältnis von Grund und Folge, sondern zugleich eine organische, die aus der Gesammtanschauung der praktischen Natur der Rechtsverhältnisse und ihrer Urbilder hervorgeht"[175]. Puchta verweigerte sich Verfahrensbeschreibungen gleich ganz[176]: „Dieses Recht wird daher aus inneren Gründen erkannt, besondere Regeln lassen sich für diese Erkenntnis nicht mit einiger Vollständigkeit geben, die ganze Rechtswissenschaft muß die Anleitung dazu enthalten. Jeder Jurist, also insoferne er dieses ist, jeder Richter ist dazu berufen; eine Hülfe gewährt dafür die juristische Literatur." (§ XVIII). Die Vorstellung einer Begriffspyramide ist jedenfalls als Beschreibung des Verfahrens

[172] Hierzu *Rückert*, System (Fn. 171), S. 1280.

[173] Sehr klar zu diesem Irrtum für eine „‚verstandesmäßige' Betrachtung", die verkenne, dass Savigny seinen Rechtsbegriff nicht als „axiomatisches Prinzip", sondern als „(genetischen) Ausgangspunkt" betrachte *Dieter Nörr*, Savignys philosophische Lehrjahre. Ein Versuch, München 1994, S. 270.

[174] Zutreffend *Schröder*, Recht als Wissenschaft (Fn. 86), S. 252 ff.

[175] *Savigny*, System I (Fn. 87), S. 292.

[176] Hierzu *Hans-Peter Haferkamp*, Rechtslehre und Methode bei Georg Friedrich Puchta (1798–1846), in: Joachim Rückert u. Ralf Seinecke (Hgg.), Methodik des Zivilrechts – von Savigny bis Teubner, 2. Auflage, Baden-Baden 2012; *Christoph-Eric Mecke*, „Regeln werden nur den Schwachköpfen dienen, um sie des eigenen Denkens zu überheben" – Puchtas und Savignys juristische Hermeneutik im Vergleich, in: Stephan Meder u. a., Juristische Hermeneutik zwischen Vergangenheit und Zukunft, Baden-Baden 2013, S. 37 ff.

Digitaler Sonderdruck des Autors mit Genehmigung des Verlages.

der Historischen Rechtsschule für keinen der unter diesem Begriff üblicherweise genannten Rechtswissenschaftler tauglich.

4. Pflichtenbindung: Versah die Historische Rechtsschule die Privatautonomie mit einer generellen sittlich-ethischen Sozialbindung?

> „Das rechtsphilosophische a priori des Puchtaschen Systems ist nun im Näheren der Kantische Freiheitsbegriff … Erst nachdem er solchermaßen gleichsam die Spitze der Begriffspyramide an dem Firmament der Ethik aufgehängt hat, steigt Puchta von dort in die Niederungen des positiven Rechts und bis zu den letzten Unterbegriffen herab, wobei sich der ethische Gehalt des Ausgangsbegriffs naturgemäß immer weiter verdünnt und bis zur Unkenntlichkeit verblasst … Insofern entbehrt die Begriffsjurisprudenz bei Puchta nicht einer rechtsethischen Grundlage."[177]

Bei Puchta, Stahl und Savigny war nicht zu verkennen, dass ihrer Ordnungsperspektive, ihrer Einteilungsnorm anthropologische Annahmen über menschliche oder gesellschaftliche Grundeigenschaften zugrunde lagen. Hier berührte man sich mit Argumentationen des alten Naturrechts. Gefunden wurden diese anthropologischen Annahmen in der Geschichte, der eben Sinn zu entnehmen war. Sie folgten nicht aus einem unterstellten Urzustand, sie verstanden sich dynamisch, selbst als Teil der Geschichte. Eine Deduktion des Rechts aus solchen anthropologischen Überlegungen schied jedoch deshalb aus, weil mehr als allgemeine Grundzüge des Rechts solchen Überlegungen auch für die Juristen, die anders als etwa Hugo an eine solche Metaphysik der Rechtsentwicklung glaubten, nicht zu entnehmen waren. Johannes Emil Kuntze, der als später Epigone der Metaphysik Savignys noch nah stand, machte die Zusammenhänge 1880 deutlich:

> „so finden wir auch in der Weltgeschichte des Rechts das Walten einer Centralkraft des menschlichen Geistes, eine Bahn allmählichen Fortschritts, die stille Herrschaft von Rechtsidealen, welchen die Besten der Nation, der Zeit zustreben, und die Völker, so lange sie blühen immer näher kommen. In den Gesetzen, von welchen dieser Gang universal- und nationalgeschichtlicher Entwicklung des Rechts gerichtet wird, sind die Grundzüge der Rechtsordnung enthalten, und diese sind so tief im Wesen des menschlichen Geistes begründet und von so allgemeinem ethischen Werthe, daß sie als absolute gelten und auf einem von der Geschichte verhältnißmäßig unabhängigen Wege philosophischer Speculation erkannt werden können … Man bezeichnet das dem positiven Recht einer einzelnen Nation oder Culturepoche gegenüberstehende und unabhängig hiervon entworfene Musterbild einer Rechtsordnung als Vernunft- oder Naturrecht, insofern es als ein durch abstractes Nachdenken und logische Deduction aus der allgemeinen Natur des Menschen gewinnbares gilt. Der Versuch einer solchen Gewinnung nun hat seine Berechtigung, so lange die Speculation sich auf die bezeichneten allgemeinen Grundzüge und auf die der Höhe des christlichen Lebensideales zustrebenden Entwicklungsgesetze beschränkt; allein es darf nicht vergessen werden,

[177] *Larenz* (Fn. 20), S. 20.

Digitaler Sonderdruck des Autors mit Genehmigung des Verlages.

daß mit diesen allgemeinen Linien nimmer ein praktisch ausreichendes, lebensvolles und lebensfähiges Recht gewonnen, und daß die ganze reale Ausfüllung nur durch die schöpferische Kraft solcher Mächte, welche ganz unter dem Einfluß des geschichtlichen Wechsel stehen bereitet wird. Die alte Naturrechtsidee übersah oder unterschätzte die historische Strömung und die organische Um- und Fortbildung, in welcher die Rechtsidee, indem sie sich zum praktischen System entfaltet, unablässig begriffen ist."[178]

In diesen allgemeinen Annahmen über den Menschen und seine Freiheit bei Puchta, Stahl, Savigny, Bethmann-Hollweg und anderen, liegt die Erklärung für die Antwort auf die von Larenz und anderen aufgeworfene Frage, ob und inwieweit Puchta das Privatrecht „ans Firmament der Ethik" gehängt habe. Was Larenz damit meinte, verdeutlicht ein Blick in die Rechtsphilosophie seines Lehrers Julius Binder aus dem Jahr 1925. Binder setzte sich hier mit der Freiheit als Prämisse des Personbegriffs der Historische Schule auseinander. Er betonte, die der Rechtsperson eingeräumte Willensfreiheit sei „niemals bloße Willkür, sondern immer vernünftiger Wille, soziales Bewußtsein und Wollen … nicht freie Willkür, sondern Amt, und seine Ausübung eine soziale und darum sittliche Aufgabe"[179]. Binder nannte in diesem Zusammenhang, wie später Larenz, Kant als Referenz. In Kants Freiheitsbegriff wurde zeitgenössisch auch nach 1945 von Vielen eine sittliche Bindung betont. Bei Hans Welzel hieß es 1951[180]: „Kants Ethik setzt immerfort eine objektiv-sittliche Ordnung der Dinge voraus. Kant ist weit davon entfernt, der Vertreter eines reinen ethischen Subjektivismus zu sein, wie er erst innerhalb des Neukantianismus und in gewissen existenzialistischen Lehren entwickelt worden ist". Mit diesem Kant-Verständnis war die Brücke geschlagen zur positiv konnotierten Gemeinschaftsbindung des Naturrechts: Franz Wieacker betonte 1952 die „sittliche Verantwortung der autonomen, frei wollenden Persönlichkeit" und stellte erleichtert fest, dass bei Savigny „keine Aushöhlung der altnaturrechtlichen Pflichtenlehre" eingetreten sei[181].

Wie also steht es im Rechtsdenken der Historischen Rechtsschule mit der sittlichen Bindung der Willensmacht?

Savigny, dessen Position in diesem Zusammenhang zumeist diskutiert wurde, hatte im System in berühmten Worten ausgeführt: „Das Recht dient der Sittlichkeit, aber nicht, indem es ihr Gebot vollzieht, sondern indem es die freye Entfaltung ihrer, jedem einzelnen Willen innwohnenden Kraft sichert. Sein Daseyn aber ist ein selbstständiges, und darum ist es kein Widerspruch, wenn im einzelnen Fall die Möglichkeit unsittlicher Ausübung eines wirklich vorhandenen Rechts behauptet wird."[182] Besonders für das Vermögensrecht betonte Savigny, dass dort die „Herrschaft des Rechtsgesetzes vollständig durchgeführt

[178] *Johannes Emil Kuntze*, Excurse über Römisches Recht, 2. Aufl. Leipzig 1880, S. 18.
[179] *Julius Binder*, Philosophie des Rechts (Fn. 23), S. 444, 449.
[180] *Hans Welzel*, Naturrecht und materiale Gerechtigkeit, Göttingen 1962, S. 169.
[181] *Franz Wieacker*, Privatrechtsgeschichte der Neuzeit, 1. Aufl. Göttingen 1952, S. 229 f.
[182] *Savigny*, System I (Fn. 87), S. 332.

Digitaler Sonderdruck des Autors mit Genehmigung des Verlages.

(werde), und zwar ohne Rücksicht auf die sittliche oder unsittliche Ausübung des Rechts. Daher kann der Reiche den Armen untergehen lassen durch versagte Unterstützung oder harte Ausübung des Schuldrechts, und die Hülfe, die dagegen Statt findet, entspringt nicht auf dem Boden des Privatrechts"[183]. Ganz ähnlich argumentierte der von Larenz benannte Puchta. Der Mensch werde zum berechtigten Wesen „nicht dadurch erst, dass er sich zum Guten entschließt".[184] Auch er brachte ein ähnliches anstößiges Beispiel, indem er betonte, dass das Recht unter Umständen „den in seinem Eigenthum schützt, der einen unmoralischen Gebrauch davon macht"[185]. Jenseits durch Rechtsinhaltsbestimmungen positivierter Schranken der Rechtsausübung lehnten Puchta und Savigny also allgemeine sittliche Bindungen der Willensmacht deutlich ab. Erweitert man den Blick auf andere Autoren im Umfeld Savignys so zeigt sich immer wieder die Betonung einer Freiheit, auch das Unmoralische rechtlich wirksam zu tun. Eine sittliche Bindung der Willensmacht wurde zurückgewiesen. Hasse erläuterte den Studenten: „Der Betheiligte kann die Mittel anwenden, die der Staat angeordnet hat, aber es kann wohl geschehen, daß er's nach sittlicher Beurtheilung nicht darf. So kann der Creditor seinen Schuldner exegniren, aber ob er's bei manchen Umständen, wenn dieser übrigens ein rechtlicher Mann ist, darf, ist eine andre Frage, die immer wieder von der sittlichen Beurtheilung abhängt."[186]

In diesem Zusammenhang taucht nun fast durchweg erneut eine christliche Begündung auf, die von Binder, Larenz, Welzel üblicherweise nicht thematisiert wurde. Die Sittlichkeit wurde von Gott abgeleitet und dabei besonderer Wert darauf gelegt, dass der Mensch die Möglichkeit habe, dieser Sittlichkeit zu folgen oder auch nicht. Puchta betonte, „Der Mensch hat die Freiheit, auf dass er durch seine freie Bestimmung den Willen Gottes ausführe"[187]. Friedrich Bluhme meinte: „Die sittliche Ordnung der Dinge waltet über dem Menschen als einem freieren, geistigen Wesen. Er könnte sie durchbrechen, aber er darf es nicht, nach Gottes Gebot und nach der Stimme seines Gewissens; sie hebt seinen Willen nicht auf, aber sie veredelt und heiligt denselben, wenn er ihr gehorsam wird."[188]. Indem das Recht Entscheidungsmöglichkeiten bot und die Entscheidung zum Bösen nicht ausschloss, war Raum für die, so Savigny, „nur in Freiheit mögliche[n] Entwicklung des Guten"[189]. Die Moral, aber eben nicht das Recht habe, so Friedrich Ludwig Keller, „die Vollendung des Einzelwesens zu ihrem Objecte"[190]. Bethmann-Hollweg verdeutlichte: „Die formale Freiheit oder

[183] *Savigny*, System I (Fn. 87), S. 370.
[184] *Puchta*, Institutionen I (Fn. 13), S. 9; „Keim des Rechts" ebd., S. 6.
[185] *Puchta*, Institutionen I (Fn. 13), S. 15.
[186] *Hasse*, Institutionenvorlesung (Fn. 43), S. 15.
[187] *Puchta*, Institutionen I (Fn. 13), S. 8.
[188] *Bluhme*, Übersicht (Fn. 79), S. 4.
[189] *Kiefner*, Rechtsverhältnis (Fn. 167), S. 159, vgl. http://savigny.ub.uni-marburg.de/, hier: Bl. 223 S. 4.
[190] *Friedrich Ludwig v. Keller*, Pandekten-Vorlesungen, 2. Aufl. Bd. 1, Leipzig 1866, S. 1.

Digitaler Sonderdruck des Autors mit Genehmigung des Verlages.

Selbstbestimmung des Menschen ist die Vorbedingung der wahren, sittlichen Freiheit, da der Mensch mit seinem Willen in den göttlichen eingeht."[191]. Wenn nur in freier Hinwendung des Menschen zu Christus die Sittlichkeit gefunden werden konnte, so waren menschliche Bestimmungen der Sittlichkeit, die dann auf das Recht durchzuschlagen drohten, eine Behinderung des religiösen Rückwegs des Menschen zu Gott. Wenn der Staat „Unsittliches gebietet oder sittlich Nothwendiges verbietet" werde das „Sittliche, das seiner Natur nach frei ist … in seinem innersten Wesen vernichtet". Zudem gelte, „daß der Wille, der stets in zwingenden Schranken gelaufen, auch zum Guten nie erstarkt, und daß das Bewußtsein sittlicher Würde, die Bedingung alles Guten, nur in der reinen Luft der Freiheit gedeiht; daß also der Staat mit seinen zwingenden Verboten sich innerhalb gewisser Grenzen halten muss, wenn er nicht zerstören will, was er bauen soll"[192]. Konsequent lehnte Bethmann-Hollweg die Vorstellung ab, „den Staat als eine Zwangsanstalt zu betrachten": „Er hat noch ganz andere Mittel als den äußeren Zwang, vor allem das Gemeinschaftsgefühl seiner Bürger, daß er als sittliche Kraft in freier Weise zu wecken und als Bürgertugend für die hohen menschlichen Zwecke, die er vertritt, zur That entwickeln" solle[193].

Die menschliche Freiheit zur Sünde wurde der Motor einer Geschichte, die von der Entzweiung im Sündenfall zurück zu Gott führen sollte. Der Mensch müsse „jene furchtbare, in seine Hand gelegte Entscheidung, so wenig wir sie zu begreifen vermögen, als das höchste Privilegium seiner Natur in Ehren halten, weil es die wesentliche Bedingung auch seiner Errettung, seines Eingangs in das Reich wahrer sittlicher Freiheit ist. Denn gezwungene Bürger will der große König dieses Reiches nun einmal durchaus nicht haben!"[194]

Indem Gott, so Puchta, den „Sinn des Rechts" durchwirkte entstand die Vision, ein „allgemeines Recht der civilisierten Nationen" zu schaffen.[195] Das Recht erlebte eine „Bildungsgeschichte"[196], die der beobachtende Wissenschaftler durch „stufenweises Abstreifen" der „deckenden und trübenden Hüllen" nur „theils ahnen, theils erkennen" könne[197]. Bethmann-Hollweg erläuterte: „Gott, als das schlechthin Gute, behauptet sich dem menschlichen Willen gegenüber, indem er zugleich diesen in seiner Selbständigkeit anerkennt (die Wurzel des Rechts), ihm die frei Wahl des Guten ermöglicht, nach dem Fall ihn zur Erkenntnis der Sünde bringt und ihm die Sehnsucht nach Wiedervereinigung mit Gott

---

[191] *Moritz August v. Bethmann-Hollweg*, Familien-Nachricht, Bd. II, Bonn 1878, S. 349 f.

[192] *Moritz August v. Bethmann-Hollweg*, Zur Geschichte der Freiheit, in: (Gelzers) Protestantische Monatsblätter für innere Zeitgeschichte, Bd. 9, 1857, S. 27 ff.; 94 ff.; 141 ff.; 239 ff.; 297 ff.; hier S. 31.

[193] *Bethmann-Hollweg*, Zur Geschichte (Fn. 192), 1857, S. 30.

[194] *Bethmann-Hollweg*, Zur Geschichte (Fn. 192), S. 29.

[195] Zitate nach *Puchta*, Institutionen I (Fn. 13), S. 21, 18, 107; hierzu im Einzelnen: Haferkamp, Puchta (Fn. 21), S. 342 ff.

[196] *Puchta*, Institutionen I (Fn. 13), S. 22.

[197] *Puchta*, Institutionen I (Fn. 13), S. 22.

Digitaler Sonderdruck des Autors mit Genehmigung des Verlages.

erweckt (Gesetz). Dann setzt Gott seinen guten Willen durch die Gnade in den dafür empfänglichen Willen des Menschen und führt ihn also zu vollendeter Sittlichkeit, wahrer Freiheit (Evangelium)". Der Staat sei „nur eine vorbereitende, pädagogische Anstalt, bestimmt, einst in einer höhern Einheit, der civitas Dei, aufzugehen".[198] Im Volksgeist herrschte ein „Trieb nach dem Idealen"[199]: „Der Fortschritt des Rechts ist ein Fortschritt zur Freiheit."[200] Das Recht bekam eine optimistische Richtung als „theogonischer Prozess"[201] zu Gott hin. Durch freie Wahl von Gott sollte der Mensch den Sündenfall überwinden und wieder eins werden mit Gott. Die in der Geschichte auftauchenden Abwege des Menschen von Gott sollten den Gesamtblick nicht trüben. Savigny meinte, man könne „selbst in der tiefsten Verderbtheit noch die göttlichen Keime erkennen, die der böse oder ungeschickte Mensch zu seinem Verderben verunstaltet hat"[202]. Bethmann-Hollweg betonte ähnlich: „Rückblick aus der Gegenwart: Scheinbare Vereitlung der Liebesabsichten Gottes durch die Verkehrtheit des Menschen, deren goldner Faden aber durch alle Irrgänge doch zum Ziel kommt. Die Zukunft in Staat und Kirche, Gesetz und Evangelium, freie Sittlichkeit!"[203].

Hintergrund dieser Überlegungen war eine Hinwendung des Berliner Freundeskreises von Savigny und Bethmann-Hollweg zu den Gedanken der Allgäuer und bayerischen Erweckungstheologie. Erweckungstheologen wie Johannes Müller oder Friedrich August Tholuck vertraten die Vorstellung, die menschliche Freiheit sei ein „Akt grundloser, unableitbarer Wahl", womit der Mensch nach Adams Fall von Geburt an zum Bösen disponiert sei. Die „Vernunft" dieser letztlich natürlich göttlichen Entscheidung für die menschliche Freiheit sah Tholuck darin, dass nur „unter deren Voraussetzung allein freie redliche Geister geschaffen werden konnten".[204] Philosophisch war dies erneut mit Schelling abgesichert, der, weiter gehend als Kant, bereits 1809 in der Freiheitsschrift unter Bezugnahme auf den Sündenfall betont hatte, der Mensch werde mit „dem Prinzip des Bösen geboren".[205] Damit war der Freiheitsbegriff von Bethmann-

---

[198] *Bethmann-Hollweg*, Rez. Savigny, System, in: Göttingische Gelehrte Anzeigen 1840, S. 1573 ff., S. 1587 f.

[199] *Fritz Fischer*, Moritz August von Bethmann-Hollweg und der Protestantismus (Religion, Rechts- und Staatslehre), Berlin 1938, S. 238.

[200] *Fischer*, Bethmann-Hollweg (Fn. 199), S. 260.

[201] Vgl. *Friedrich Wilhelm Joseph Schelling*, Philosophie der Mythologie in drei Vorlesungsnachschriften, hg. von Klaus Vieweg u. Christian Danz, München 1996, S. 94 f.

[202] Savigny an Ringseis vom 25.6.1818, bei Otto Pfülf, Friedrich Karl von Savigny als Ireniker, Stimmen aus Maria Laach, Katholische Blätter 66 (1904), S. 182.

[203] *Bethmann-Hollweg*, Familien-Nachricht II (Fn. 191), S. 349 f.

[204] *Friedrich August Gottreu Tholuck*, Die Lehre von der Sünde und vom Versöhner oder: Die wahre Weihe des Zweiflers, 1823, hier nach 8. Aufl., Gotha 1862, S. 16; zu den Zusammenhängen zwischen Schelling und der Erweckungstheologie in dieser Frage auch: *Axt-Piscalar*, Art. Sünde, in: HWPh 10, 1998, Sp. 611 f.

[205] *Friedrich Wilhelm Joseph Schelling*, Philosophische Untersuchungen über das Wesen der menschlichen Freiheit, Sämtliche Werke, hg. von K. F. A. Schelling, 1856 ff., Bd. 7, S. 388.

Digitaler Sonderdruck des Autors mit Genehmigung des Verlages.

Hollweg, Puchta, Bluhme und auch Savigny religiös grundiert. Es ging um Ideal einer Gemeinschaft, die in Hinwendung zu Christus nach dem Guten strebt. Gerade weil man eine hier „höhere Seeligkeit als die Befolgung des kategorischen Imperativs“[206] suchte, schnitt man ethische Bindungen der Rechtsausübung überscharf aus dem Recht aus. Mit einer naturrechtlichen Pflichtenordnung im Sinne Pufendorfs oder Wolffs hatten diese Überlegungen keinerlei Gemeinsamkeit, Bethmann-Hollweg verwies in dieser Frage schlicht auf die „Verkehrtheit der älteren Systeme des Naturrechts“[207].

5. Dogmatik: Übernahm die Historische Schule konkret-dogmatische Sätze des Naturrechts, ohne dies offen zu legen?

Schwierig ist die Auseinandersetzung mit der abschließenden Frage nach dem Einfluss des Naturrechts auf dogmatische Lösungen der Historischen Rechtsschule. Letztlich wird man hier in dogmenhistorische Einzelentwicklungen gewiesen.

Zumeist nicht aufklärbar ist dabei der – für die rhetorische Kraft dieser Deutungen zentrale – Vorwurf, geistige Abhängigkeiten nicht erkannt oder – schlimmer – verschleiert zu haben. Hier steht man zunächst vor einer letztlich spekulativen Deutung psychologischer Vorgänge. So stellte Wollschläger für die Unmöglichkeitslehre fest, Jhering sei sein Rückfall in naturrechtliche Lösungen „nicht bewußt“ gewesen, wie überhaupt die Lehre der Historischen Rechtsschule „unbewußt aus dem Vernunftrecht“ übernommen worden sei[208]. Die Autoren sind tot und können zu solchen Fragen keine Auskunft mehr geben. Da die Quellen der Konzepte in diesen Fällen gerade nicht offengelegt werden bzw. antike Belegstellen als nicht entscheidungstragend eingestuft werden, bleibt es bei unsicheren Abgrenzungen zwischen direkter Übernahme, vermittelter Übernahme (etwa zum Eigentumsbegriff über Hegel oder zum Vertragskonzept über Kant) und paralleler Neuentdeckung.

Ein Scheinproblem ist die Frage des Fortlebens des alten Naturrechts jedenfalls dann, wenn man der Ansicht ist, die Historische Schule hätte dogmatische Sätze des Naturrechts grundsätzlich abgelehnt. Die Übernahme naturrechtlicher Konstruktionen in ihre konkrete Dogmatik war für die Historische Rechtsschule kein grundsätzliches Problem. Konkrete dogmatische Sätze des alten Naturrechts galten für die Historische Rechtsschule niemals als Naturrecht, sondern nur als Positives Recht fort. Gleichzeitig waren sie als solche völlig unproblematisch fortgeltend. Darüber, was vom alten Naturrecht galt,

[206] *Bethmann-Hollweg*, Familien-Nachricht II (Fn. 191), S. 218.

[207] Brief Bethmann-Hollwegs an Savigny vom 21.5.1838, im Internet abrufbar unter http://savigny.ub.uni-marburg.de/, hier: Bl. 218 S. 1.

[208] *Christian Wollschläger*, Die Entstehung der Unmöglichkeitslehre, Köln 1970, S. 158 f.

Digitaler Sonderdruck des Autors mit Genehmigung des Verlages.

entschied also nicht die Ablehnung überpositiven Rechts, sondern die Frage, ob ein solcher Satz eine Rechtsquelle, also Gewohnheits-, Juristen- oder Gesetzesrecht, war. Zentrale Indizien waren ob er anerkannt war (communis opinio doctorum, usus fori), die Übereinstimmung mit „praktischen Bedürfnissen" und die rationale Einfügbarkeit in den Systemzusammenhang. Ein Gesetz galt kraft seiner Setzung. Insofern ist mit der Fortgeltung von Sätzen, die im Naturrecht entwickelt worden waren, nicht das Naturrecht als verdeckt eben doch fortgeltend angenommen worden, sondern schlicht das Positive Recht als Ausfluss des Naturrechts.

IV. Ergebnis

Die sog. Historische Schule lehnte aus unterschiedlichen Gründen das ältere, aber auch das jüngere Naturrecht ab. Kant wurde nicht als Leitphilosoph betrachtet, Wolff oder gar Grotius waren keine Figuren, an denen man sich orientierte. Sie wurden fast nie zitiert und spielten in der Auseinandersetzung keine Rolle. Das als gefährlich empfundene Gegenbild für Savigny und sein engeres Umfeld seit den 1820er Jahren waren vielmehr die Hegelianer.

Hugo beschritt dabei insgesamt einen eigenen Weg, seine Prägezeit lag früher, um 1800. Savigny, Puchta, Bethmann-Hollweg, teilweise auch Stahl standen in engeren Denkzusammenhängen, stärker geprägt auch von den Entwicklungen seit 1814.

Funktional hatte man viele Probleme, die auch das Naturrecht bewegt hatten.

Wie füllt man Lücken des positiven Rechts? Ist Recht ein System? Wie kann man es darstellen? Was ist Recht? Wie ist das Verhältnis von Recht und Moral?

Die Argumentationsweise war aber anders. Es gab im Umfeld Savignys keine Berufung auf überpositives Recht. Abgelehnt wurde es, dass Recht aus begrifflichen Konstruktionen herzuleiten. Recht kam nicht aus der Vernunft, sondern von Gott und war gleichwohl menschengemacht. Seine Erkenntnis war unsicher, aber doch möglich. Metaphysisch war dieses Recht daher durchweg.

In den Pandektenlehrbüchern konnten sich die Darstellungen annähern. Auch die Anhänger Savignys arbeiteten hier mit Definitionen und versuchten, begriffliche Zusammenhänge herauszuarbeiten. Ausgangspunkt war aber immer das positive Recht, nie die Vernunft. Es ging, in verschiedener Intensität, um eine Rationalisierung des Gegebenen.

Wiederholt man die Ausgangsfragen, so ergibt sich Folgendes.

Die Historische Schule hat das Naturrecht als Argumentationsform und als Behauptung überpositiven Rechts durchweg abgelehnt. Recht war geschichtlich.

Die Historische Schule ist nicht Erbin des Naturrechts. Sie hatte ein eigenes Systemverständnis und eine eigene Dogmatik. Wenn die konkreten Ergebnisse dieser Dogmatik mit denen des Naturrechts übereinstimmten, so war dies doch

Digitaler Sonderdruck des Autors mit Genehmigung des Verlages.

nicht eine Folge einer unreflektierten Übernahme der naturrechtlichen Ergebnisse, sondern einer eigenständigen Begründung gleicher Ergebnisse.

Die Historische Rechtsschule war in verschiedener Intensität und mit eindeutiger Ausnahme Hugos, tief durchzogen von metaphysischen Annahmen. Das ganze gottdurchwirkte Konzept des Volksgeistes ist voller naturalistischer Fehlschlüsse, das konnten jedenfalls Neukantianer wie Bergbohm mit guten Gründen behaupten.

Kurz gesagt: Die Historische Schule war nicht überpositiv, nicht more geometrico, nicht deduktiv, aber sie war jedenfalls in Teilen ein hochidealistisches Produkt einer Zeit, die jenseits der Rationalität nach Wahrheit suchte, mithin nach Metaphysik.

Digitaler Sonderdruck des Autors mit Genehmigung des Verlages.