

*Geschichte Prof. Hagerkamp*

Otto Depenheuer (Hrsg.)

# Reinheit des Rechts

Kategorisches Prinzip  
oder regulative Idee?

*15.11.904/10*



*V Depen*



VS VERLAG

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

1. Auflage 2010

Alle Rechte vorbehalten

© VS Verlag für Sozialwissenschaften | Springer Fachmedien Wiesbaden GmbH 2010

Lektorat: Dorothee Koch / Marianne Schultheis

Der VS Verlag für Sozialwissenschaften ist eine Marke von Springer Fachmedien.  
Springer Fachmedien ist Teil der Fachverlagsgruppe Springer Science+Business Media.  
[www.vs-verlag.de](http://www.vs-verlag.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.

Die Wiedergabe von Gebrauchsnamen, Handelsnamen, Warenbezeichnungen usw. in diesem Werk berechtigt auch ohne besondere Kennzeichnung nicht zu der Annahme, dass solche Namen im Sinne der Warenzeichen- und Markenschutz-Gesetzgebung als frei zu betrachten wären und daher von jedermann benutzt werden dürften.

Umschlaggestaltung: KünkelLopka Medienentwicklung, Heidelberg  
Gedruckt auf säurefreiem und chlorfrei gebleichtem Papier  
Printed in Germany

ISBN 978-3-531-17564-5

## Die sogenannte Begriffsjurisprudenz im 19. Jahrhundert – „reines“ Recht?\*

Hans-Peter Haferkamp, Köln

Denkt man an die Rechtswissenschaft des 19. Jahrhunderts, so denkt man an die Begriffsjurisprudenz. Die Begriffsjurisprudenz führte – da ist man sich seit langem einig – zu einer „Entfremdung zwischen Recht und Gesellschaft, zwischen Recht und Realität“<sup>1</sup>, zu einer Abschneidung „der gesellschaftlichen, politischen und moralischen Wirklichkeit des Rechts“<sup>2</sup> bzw. der „Lebenswirklichkeit“<sup>3</sup>, Begriffsjurisprudenz sei also ganz frei von „außerjuristischen Wertungen“<sup>4</sup>. Anscheinend also ganz „reines“ Recht.

Die scheinbare Evidenz dieser Bilder verdeckt schwierige Fragen. Genauer betrachtet handelt es sich bei „Begriffsjurisprudenz“ – wie auch bei „reinem Recht“ (sieht man von einer Einführung dieses Begriffs auf Kelsens Reine Rechtslehre ab) – um gleichermaßen unklare Phänomene. Unter „Begriffsjurisprudenz“<sup>5</sup> werden sehr unterschiedliche Bilder subsumiert. Manche meinen damit schlicht weltfremde Liebe zu begrifflicher Konstruktion, andere beklagen nur „formale“ Logik, also methodische Defizite, Dritte betonen Gerechtigkeitsdefizite. Manche beschreiben diese kritisierte Methode als Deduktion, andere als Induktion. Die einen identifizieren Begriffsjurisprudenz mit Gesetzespositivismus, die anderen mit rechtswissenschaftlichem Positivismus. Einflüsse und Vorbilder findet man teilweise im rationalen Vernunftrecht Christian Wolffs,

---

\* Die Vortragsform wurde beibehalten.

<sup>1</sup> Bernd Rüthers, *Rechtstheorie*, 2. Aufl. München 2005, Rn. 462.

<sup>2</sup> Adolf Laufs, *Rechtswissenschaften in Deutschland*, 4. Aufl. Berlin 1991, S. 193.

<sup>3</sup> Hans Schlosser, *Grundzüge der Neueren Privatrechtsgeschichte*, 10. Aufl. Heidelberg 2005, S. 154.

<sup>4</sup> Rudolf Hoke, *Rechtsgeschichte*, Wien 1992, S. 455.

<sup>5</sup> Eine Geschichte des Bildes einer „Begriffsjurisprudenz“ ist noch nicht geschrieben. Die älteren Überblicke konstruieren zumeist ein einheitliches Bild, das sich historisch schnell als stark gestuft und uneinheitlich erweist, vgl. etwa Werner Krawietz, Art. Begriffsjurisprudenz in: HWPh I, Darmstadt 1971, Sp. 809 ff. Eine teilweise Historisierung findet sich in: Hans-Peter Haferkamp, Georg Friedrich Puchta und die „Begriffsjurisprudenz“, Frankfurt a. M. 2004, S. 26-101 (zu Puchtabildern), Ulrich Falk, Ein Gelehrter wie Windscheid, 2. Aufl. Frankfurt a. M. 1999, S. 4 f. (zu Windscheidbildern); einen Kurzüberblick habe ich versucht in: Art. Jurisprudence of concepts, in: Stanley Katz (ed.), *The Oxford Encyclopedia of Legal History*, Vol. 3, New York 2009, S. 432.

teilweise bei Kant, teilweise in der Mathematik, teilweise im sog. Naturalismus nach 1850<sup>6</sup>. Positivismus, Vernunftrecht, Naturalismus: Man handelt sich schnell von einem unscharfen Ordnungsbegriff zum nächsten<sup>7</sup>.

Kennzeichnend für die Bezeichnung „Begriffsjurisprudenz“ ist denn auch weniger ein klares wissenschaftstheoretisches oder rechtspolitisches Profil, als die emotionale Reaktion, die dieser Terminus bewirkt. Begriffsjurisprudenz war und ist stets pejorativ gemeint und zwar seit 1884, als dieser Terminus erstmals auftauchte<sup>8</sup>. Niemand bekannte sich jemals zur Begriffsjurisprudenz. Man ist sich immer einig, „daß es sich hier um etwas Böses und Verwerfliches handelt“<sup>9</sup>. Begriffsjurisprudenz hat viele Feinde. 1997 konstatierte eine Durchsicht zentraler methodischer Konzeptionen im 20. Jahrhundert Einigkeit „lediglich darüber, was abzulehnen ist: die ... Begriffsjurisprudenz“<sup>10</sup>. Begriffsjurisprudenz dient in diesem Sinne als Folie, von der sich viele Methodenkonzeptionen absetzen. Je nach gewünschtem Feindbild verändert sie ihre Konzeption. Monika Frommel bescheinigte dem Terminus „Begriffsjurisprudenz“ daher zutreffend „hohen emotionalen Gehalt bei minimalem Aussagewert“<sup>11</sup>.

Eine gewisse Orientierung gibt die verbreitete historische Verortung der Begriffsjurisprudenz. Es begann, so die üblichen Erzählungen<sup>12</sup>, mit der Historischen Rechtsschule, ging auf die Pandektistik über und prägte von hier aus auch das Öffentliche Recht. Savigny war noch kein reiner Begriffsjurist, Puchta war

<sup>6</sup> Vertiefend und auch zur didaktischen Funktion dieser Bilder in der Historiographie bis heute mein Beitrag: Positivismen als Ordnungsbegriffe einer Privatrechtsgeschichte des 19. Jahrhunderts, erscheint in: Okko Behrends und Eva Schumann (Hgg.), Franz Wieacker - Historiker des modernen Privatrechts. Symposium zu Ehren des 100. Geburtstags von Franz Wieacker.

<sup>7</sup> Überblick über das begriffliche Elend im Bereich Naturrecht und Positivismus bei *Marietta Auer*, Normativer Positivismus – Positivistisches Naturrecht – Zur Bedeutung von Rechtspositivismus und Naturrecht jenseits von Rechtsbegriff und Rechtsethik, in: Andreas Heldrich u.a. (Hgg.), Festschrift für Claus-Wilhelm Canaris zum 70. Geburtstag, München 2007, S. 933 ff.

<sup>8</sup> Erstmals *Rudolf von Jhering*, Scherz und Ernst in der Jurisprudenz, Leipzig 1884, S. 337; vertiefend *Haferkamp*, Puchta (Fn. 5), S. 26 ff.

<sup>9</sup> *Eugen Bucher*, Was ist Begriffsjurisprudenz?, in: Zeitschrift des Bernischen Juristenvereins 02, 1966, S. 358 ff.; *Johann Edelmann*, Die Entwicklung der Interessenjurisprudenz. Eine historisch-kritische Studie über die deutsche Rechtsmethodologie vom 18. Jahrhundert bis zur Gegenwart, Bad Homburg v. d. Höhe 1967, S. 27 attestiert einen „Gefühlswert“ mit negativem Stimmungsgehalt.

<sup>10</sup> *Frank Laudenklos*, Rohls und Wolf, in: Joachim Rückert (Hg.), Fälle und Fallen in der neueren Methodik des Zivilrechts seit Savigny, Baden-Baden 1997, S. 315.

<sup>11</sup> *Monika Frommel*, Die Rezeption der Hermeneutik bei Karl Larenz und Josef Esser, Ebelsbach 1981, S. 184; vgl. auch Joachim Rückert, Handelsrechtsbildung und Modernisierung des Handelsrechts durch Wissenschaft zwischen ca. 1800 und 1900, Heidelberg 1993, S. 22: „ziemlich nebelhafte Vorstellung einer theorieversessenen Begriffsjurisprudenz“.

<sup>12</sup> Ausgehend von: *Walter Wilhelm*, Zur Juristischen Methodenlehre im 19. Jahrhundert, 2. Aufl. Frankfurt a. M. 2003.

der erste wirkliche, Windscheid der praktisch bedeutsamste, Jhering, zunächst ebenfalls Begriffsjurist, hatte dann ein „Damaskus“-Erlebnis und wurde später ein Bekehrter, Gerber etablierte die Methode im Öffentlichen Recht und Laband vollendete diese Spielart<sup>13</sup>. Puchta, Windscheid, Gerber und Laband gelten als wissenschaftstheoretisch naiv, weltfremd und ungerecht. Kelsen wird schon mit dem Neukantianismus und der Wiener Schule in Verbindung gebracht, gilt wissenschaftstheoretisch als neu fundiert und ernstzunehmender, steht also für einen anderen Weg.

Nachfolgend werde ich nur über einen Teil dieser Geschichte sprechen, über den privatrechtlichen Flügel, also die Zeit der Pandektenwissenschaft zwischen etwa 1830 und 1871. Diese Beschränkung folgt aus einer schlichten Überlegung. Wie „reines“ Recht aussieht und welche auch rechtspolitische Dimension damit verbunden ist, lässt sich nicht sinnvoll für Recht an sich diskutieren. Es liegt auf der Hand, dass die Eigenstruktur des Stoffs über die Art seiner „Reinheit“ mitbestimmt<sup>14</sup>. Entscheidend für das Verfahren der Pandektenwissenschaft war die Tatsache, dass sie mit Ius Commune arbeitete, kaum mit Richterrecht<sup>15</sup>, kaum mit Gewohnheitsrecht<sup>16</sup>. Reinigungs- und Reinhaltungsstrategien reagieren auf

<sup>13</sup> Grundlegend für dieses Bild wurde die in ihren Linien zweifelhafte Arbeit von *Walter Wilhelm*, Zur juristischen Methodenlehre im 19. Jahrhundert. Die Herkunft der Methode Paul Labands aus der Privatrechtswissenschaft, Masch. Diss. Frankfurt a. M. 1955, Druck: Frankfurt a. M. 1958; zu Jhering liegt nun eine gute Deutung vor von *Joachim Rückert*, Der Geist des Rechts in Jherings „Geist“ und Jherings „Zweck“, Teil 1, in: Rg, 5, 2004, S. 133 ff., Teil 2 in Rg 6, 2005, S. 122 ff.

<sup>14</sup> Man kann also nicht einfach von der Methode auf den Inhalt und umgekehrt schließen, klärend *Maximilian Herberger*, Zum Methodenproblem der Methodengeschichte: Einige Grundsatzreflexionen, in: Jan Schröder (Hg.), Entwicklung der Methodenlehre in Rechtswissenschaft und Philosophie vom 16. bis zum 18. Jahrhundert, Stuttgart 1996, S. 207 ff.

<sup>15</sup> Dies liegt vor allem daran, dass bis in die 1830er Jahre kaum verwendbare Urteilssammlungen vorlagen. Eine der ersten Sammlungen: Oberhofgericht Mannheim: Jahrbücher des Großherzoglichen Badischen Ober- Hofgerichts zu Mannheim, I–VII. Gesammelt und mit Genehmigung des Großherzoglichen obersten Justizdepartements herausgegeben vom Staatsrath von Hohnhorst, Kanzler des Oberhofgerichts, Mannheim 1824–1832; Oberappellationsgericht Wiesbaden: Sammlung der merkwürdigeren Entscheidungen des Herzöglich Nassauischen Oberappellations-Gerichts zu Wiesbaden. Herausgegeben von Wilhelm von der Nahmer (Advokat und Procurator bei dem Herzöglichen Oberappellations-Gerichte, so wie bei dem Herzöglichen Hof- und Appellations-Gerichte in Wiesbaden), I–II, Frankfurt am Main, 1824–1825; Oberappellationsgericht Lübeck: Juristische Abhandlungen mit Entscheidungen des Oberappellationsgerichts der vier freien Städte Deutschlands. Von A. Heise (Präsidenten) und F. Cropp (Rath bei dem Oberappellationsgerichte) I–II, Hamburg 1827–1830; Obertribunal in Berlin: Entscheidungen des Königlich Geheimen Ober-Tribunals, herausgegeben im amtlichen Auftrage von August Heinrich Simon (geheimer Ober-Justiz- und Revisions-Rathe), und Heinrich Leopold von Strampff (Kammergerichts-Rathe), (später durch: Seligo, Ulrich, Rintelen u.a.), I–LXXXIII, Berlin 1837–1879.

<sup>16</sup> Die Vorliebe der historischen Rechtsschule für Gewohnheitsrecht war mit Blick auf das Ius Commune eine Vorliebe für das Juristenrecht, vgl. *Haferkamp*, Puchta (Fn. 5), S. 141 ff.

bestimmte Stoffe, die es entsprechend zu prägen gilt. Zudem ist es auch rechtspolitisch ein entscheidender Unterschied, ob ich Privatrecht oder Verfassungsrecht als „reines“ Recht darstelle, also ob ich Willensfreiheit des Privatrechtssubjekts oder Willensfreiheit des Staates zum Ausgangspunkt nehme. Zeitgenossen haben immer mit Blick auf einen konkreten Stoff gedacht. Ich blicke nachfolgend daher auch konkret auf das *Ius Commune*, also auf die Pandektenwissenschaft, die nach gängigem Verständnis<sup>17</sup> die Historische Rechtsschule miteinbezieht.

Wie lauten meine Fragen an die Pandektenwissenschaft?

Auch der Terminus „reines Recht“ ist ja eher emotional formuliert, was im wohl zunächst geplanten Gegenbegriff „schmutziges Recht“ noch deutlicher wird. Hier schwingt Ironie mit, wobei zunächst offen bleibt, warum. Man muss sich Eckpunkte der eigenen Perspektive erst herausarbeiten.

Drei verschmutzende Faktoren will ich nachfolgend auf ihren Einfluss auf das Pandektenrecht befragen: „Realität“ bzw. Wirklichkeit, Gerechtigkeit und Politik. Es wird mir dabei gehen um Wirklichkeitsbezug, Wertbezug und politische Immunisierung. Zwei Facetten sind für diese Grenzgänge wichtig: Wissenschaftstheorie und politischer Kontext.

Zunächst bedarf es jedoch eines Blicks auf den Stoff, der geformt wurde.

Stoff der Pandektenwissenschaft war das *Ius Commune*, das Gemeine Recht<sup>18</sup>. Dieses Recht hatte ein paar Eigenschaften, die es für unser heutiges Thema interessant machen. Das *Ius Commune* bestand im Wesentlichen aus rezipiertem Römischem Recht und, in deutlich geringerem Anteil, aus Kanonischem Recht, also Kirchenrecht. Während das in den *Digesten* bzw. Pandekten überlieferte antike Römische Recht eigentlich eine Diskussionskultur war, die anhand konkreter Fälle Probleme besprach, veränderte sich diese Struktur des Römischen Rechts durch die Rezeption im Mittelalter fundamental. Die mittelalterlichen Juristen betrachteten die antiken Texte ähnlich der Bibel als *ratio scripta*, als geschriebene Vernunft. Folge war, dass Widersprüche in den Texten eigentlich nicht vorkommen durften. Für die Römer waren Widersprüche gerade Ausdruck freier Diskussionskultur, für die mittelalterlichen Juristen Verschleierung der

<sup>17</sup> Zu den Unterschieden *Hans-Peter Haferkamp*, Art. Pandektenwissenschaft, in: Enzyklopädie der Neuzeit 9, Stuttgart 2009, Sp. 777 ff.

<sup>18</sup> Guter Überblick von *Klaus Luig*, Art. Gemeines Recht, in: HRG 2 (9. Lieferung), Berlin 2. Aufl. 2009, Sp. 60 ff.

dahinter stehenden Wahrheit. Mittels dialektischer und topischer Verfahren abstrahierten die mittelalterlichen Juristen aus den vielen Fällen übergreifende Definitionen und Merksätze. Aus dem antiken Fallrecht wurde ein begriffliches Recht. Folge war, dass das *Ius Commune* wissenschaftliches Recht wurde und nur von Spezialisten nach mehrjährigem Universitätsstudium beherrschbar war. Die daraus folgende weitgehende fachliche Autonomie des *Ius Commune* wurde von einer weitgehenden institutionellen Autonomie flankiert. Nach der rezipierten oberitalienischen Rechtsquellenlehre galt das *Ius Commune* im ganzen Reich subsidiär. Obwohl auch der Kaiser das *Ius Commune* nicht irgendwie als Gesetz in Kraft setzte, galt es als Reichsrecht, als „Kaiserrecht“, und war so der Gestaltung der in der Neuzeit eingriffsfreudigen Territorialherren entzogen. Der Kaiser wiederum, der es hätte ändern können, verzichtete überwiegend auf gesetzgeberische Eingriffe und überließ die Weiterentwicklung der europäisch diskutierenden Rechtswissenschaft und der Rechtsprechung, insbesondere der des Reichskammergerichts. Das *Ius Commune* war damit kein eigentlich staatliches Recht. Es unterlag keiner geplanten politischen Einflussnahme. Es war ein Recht, das, so Gustav Hugo, „sich selbst macht“<sup>19</sup>. Sein großer Einfluss im Alten Reich resultierte vor allem aus zwei Aspekten. Daraus, dass die weitgehend einheitliche europäische Juristenausbildung in den *leges* einen europäischen Juristenstand schuf, mit gemeinsamer Fachsprache und Schriftkultur und daraus, dass das verwissenschaftlichte Römische Recht einen Rationalisierungsgrad erreichte, dessen Leistungsfähigkeit in der Problemlösung Zeitgenossen offenbar beeindruckte. Dieses Recht war – ohne, dass irgendwer dies bewusst geplant hätte – weitgehend autonom im Luhmannschen Sinne, d. h. es entwickelte sich nach einem eigenen wissenschaftlichen Code und unabhängig von direkter Fremdsteuerung durch seine Umwelt. Kennzeichnend waren ein hoher Rationalisierungsgrad, eine ausgebildete Fachsprache und ein spezialisierter Rechtsstab.

Dieses bereits wissenschaftliche Recht bekam um 1800 nochmals einen Verwissenschaftlichungsschub<sup>20</sup>. Dies lag zunächst an der wissenschaftlichen Revolution, die Kant auslöste. Aus der *Jurisprudentia*, der Rechtsklugheit, wurde in 20 Jahren fast flächendeckend die *Jurisscientia*, die Rechtswissenschaft. Hatte man früher die *Jurisprudenz* im Sinne der antiken *ars aequi et boni* als Kunst verstanden, das geltende Recht zu kennen und gerecht anzuwenden, so formulierte etwa Gottlieb Hufeland 1797 den neuen Begriff einer *Jurisscientia*: „Rechtswissenschaft ist „eine in ein zusammenhängendes Ganzes verbundene Summe von Er-

<sup>19</sup> Gustav Hugo, *Die Gesetze sind nicht die einzige Quelle der juristischen Wahrheiten*, *Civilistisches Magazin* IV, Berlin 1815, 89 ff.

<sup>20</sup> Grundlegend zum Folgenden Jan Schröder, *Wissenschaftstheorie und Lehre der „praktischen Jurisprudenz“ auf deutschen Universitäten an der Wende zum 19. Jahrhundert*, Frankfurt a. M. 1979.

kenntnissen<sup>21</sup>. System wurde Signum von Wissenschaftlichkeit. Wer nicht systematisch arbeitete, betrieb nach Kants Methodenlehre keine Wissenschaft, weil er die Anforderungen kausalen Verknüpfens, die die reine Vernunft an das menschliche Denken stellte, nicht erfüllte<sup>22</sup>. Zwar geriet Kant bald vielen aus dem Blick und vor allem Hegel und Schelling, später die Naturwissenschaften, bestimmten die Debatte darüber, wie ein wissenschaftliches System auszusehen habe. Durchgängig blieb aber das Privatrecht des 19. Jahrhunderts darum bemüht, Rechtssysteme herzustellen. Gegenstand dieser Rechtssysteme war dabei durchweg das positive Recht. Kants Erkenntnistheorie verabschiedete jeden Versuch, durch Beobachtung anthropologischer Konstanten ein Idealrecht aufzubauen. Auch Hegelianer suchten das Vernünftige Recht daher im wirklichen, also positiven Recht. Die Privatrechtswissenschaft des 19. Jahrhunderts baute also Systeme des Positiven Rechts, weil dies der zeitgenössischen Wissenschaftstheorie entsprach<sup>23</sup>. Der Anspruch Wissenschaft zu betreiben forderte zur nochmaligen Verdichtung der rationalen Zusammenhänge des *Ius Commune* auf. Das Recht wurde noch wissenschaftlicher und damit gegenüber Fremdeinflüssen autonomer, wenn man so will, also „reiner“.

Nach 1806 geriet die rechtspolitische Dimension dieser Entwicklung immer deutlicher in den Blick<sup>24</sup>. Zwischen dem Untergang des Alten Reiches und der Reichsgründung 1871 fehlte einem nationalen Recht die staatliche Struktur. Mit der Reichskammergerichtsordnung war 1806 das letzte Reichsgesetz weggefallen, das die Anwendung des *Ius Commune* vor Gericht ausdrücklich vorschrieb. Kritiker des *Ius Commune* meinten nun, es gelte nur noch territoriales Recht. Spreche sich ein Territorium, wie die meisten, nicht ausdrücklich für das *Ius Commune* aus, so gelte dieses Recht auch nicht mehr. In diesem Kontext beschwor Savigny 1814 die Vorstellung eines nationalen Rechts ohne Gesetzgeber<sup>25</sup>. Dieses Recht umfasse alles Recht, was national anerkannt sei, allen voran

<sup>21</sup> *Gottlieb Hufeland*, Abriß der Wissenschaftskunde und Methodologie der Rechtsgelehrsamkeit, Jena 1797, Einleitung § 2, S. 2.

<sup>22</sup> *Immanuel Kant*, *Metaphysische Anfangsgründe der Naturwissenschaften*, Königsberg 1786, Vorrede, AA IV f.

<sup>23</sup> Hierzu *Jan Schröder*, *Wissenschaftstheorie* (Fn. 20), S. 147 ff.

<sup>24</sup> Hierzu näher *Joachim Rückert*, Heidelberg um 1804, oder: die erfolgreiche Modernisierung der Jurisprudenz durch Thibaut, Savigny, Heise, Martin, Zachariä u. a., in: *Friedrich Strack*, Heidelberg im säkularen Umbruch. Traditionsbewußtsein und Kulturpolitik um 1800, Stuttgart 1987, S. 83 ff.; *Hans-Peter Haferkamp*, Die Bedeutung von Rezeptionsdeutungen für die Rechtsquellenlehre zwischen 1800 und 1850, in: *ders.* und *Tilman Reppen*, *Usus modernus pandectarum. Römisches Recht, Deutsches Recht und Naturrecht in der frühen Neuzeit*. Klaus Luig zum 70. Geburtstag, Köln 2007, S. 25 ff.

<sup>25</sup> *Friedrich Carl v. Savigny*, *Vom Beruf unserer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft*, Heidelberg 1814.

das *Ius Commune*. Träger dieses Rechts sei nicht der Gesetzgeber, sondern das gemeinsame Bewusstsein des Volkes bzw. der Volksgeist<sup>26</sup>, den Savigny als metaphysische Wertegemeinschaft<sup>27</sup> beschrieb, die die Rechtsentwicklung vorantrieb. Träger des nationalen Rechts wurden nun die spezialisierten Repräsentanten dieser Wertegemeinschaft, die autonom agierende Wissenschaft des „heutigen Römischen Rechts“ (Gustav Hugo) an den Universitäten und vor Gericht<sup>28</sup>.

Politisch war diese Rechtswissenschaft nun deutlicher als im Alten Reich bewusst auf Autonomie bedacht. Das Pandektenrecht sollte insofern „rein“ sein, als es direkter politischer Einflussnahme möglichst entzogen war. Gefährlich waren zunächst territoriale Gesetze, die seit 1814 vielerorts geplant und teilweise auch umgesetzt wurden<sup>29</sup>. Es ging aber nicht nur um die Verteidigung der Geltung des *Ius Commune*, sondern vor allem um die Sicherung des Privatrechts als staatsfreien Freiheitsraum. Diese Aufgabe übernahm der von den Pandektisten verwendete Rechtsbegriff. Recht wurde nicht mit Kant als Möglichkeit des Zwanges, sondern mit Hegel vom individuellen Freiheitsraum her als Möglichkeit des freien Wollens definiert<sup>30</sup>. Mit Willensmacht als Ausgangspunkt setzte das Privatrecht vorstaatlich an. Nicht der Staat weist Willensfreiheit zu, sondern er hat sie nur anzuerkennen. Im Versuch, alle juristischen Begriffe mit diesem obersten Rechtsbegriff zu verkoppeln, sollte das Privatrecht gegen den Staat immunisiert werden. Überscharf wurde getrennt zwischen der Stellung des unterworfenen Staatsbürgers im Öffentlichen Recht und der des freien Pri-

<sup>26</sup> Savigny sprach vom Bewusstsein des Volkes. Der Hegel entlehnte Terminus ‚Volksgeist‘ stammt von Georg Friedrich Puchta, *Rez. Eduard Gans: Das Erbrecht in weltgeschichtlicher Entwicklung*, Teil 1, Berlin 1824, Teil 2, Berlin 1825, in: (Schuncks Erlanger) *Jahrbücher der gesamten deutschen juristischen Literatur* 1, 1826, S. 14.

<sup>27</sup> Vertiefend zu diesen Denkmustern bei Savigny *Joachim Rückert*, *Idealismus, Jurisprudenz und Politik* bei Friedrich Carl von Savigny, Ebelsbach 1984, S. 240 ff., 312 ff.

<sup>28</sup> Zu dieser rechtspolitischen Dimension *Joachim Rückert*, *Autonomie des Rechts in rechtshistorischer Perspektive*, Hannover 1988, S. 77 ff.; *Hans-Peter Haferkamp*, *The Science of Private Law and the State in Nineteenth Century Germany*, in: Nils Jansen and Ralf Michaels (Hgg.), *Beyond the State. Rethinking Private Law*, Tübingen 2008, S. 245 ff.

<sup>29</sup> Aufzählung bei *Barbara Dölemeyer*, in: Helmut Coing (Hg.), *Handbuch der Quellen und Literatur III 2*, München 1982, S. 1409 ff.

<sup>30</sup> Vgl. *Hegel*, *Rechtsphilosophie*, § 45; zu den philosophischen Zusammenhängen *Michael Quante*, „Die Persönlichkeit des Willens“ als Prinzip des abstrakten Rechts, in: Ludwig Siep (Hg.), *G. W. F. Hegel, Grundlinien der Philosophie des Rechts*, Berlin 1997, S. 73 ff.; *Joachim Ritter*, *Person und Eigentum. Zu Hegels Grundlinien der Philosophie des Rechts*, 1969, zitiert nach dem Abdruck in: Manfred Riedel (Hg.), *Materialien zu Hegels Rechtsphilosophie*, Bd. 2, Frankfurt a. M. 1975, S. 109 ff.; zu den Rezeptionswegen *Hans-Peter Haferkamp*, *Die Bedeutung der Willensfreiheit für die Historische Rechtsschule*, in: Ernst-Joachim Lampe, Michael Pauen und Gerhard Roth (Hgg.), *Willensfreiheit und rechtliche Ordnung*, Frankfurt a.M. 2008, S. 196 ff.

vatrechtssubjekts im Privatrecht. Puchta machte diese Position in einem Brief an den Staatsdenker Ludwig von Gerlach deutlich, der versuchte, das Privatrecht christlichen Vorgaben zu unterwerfen: „Der Staatsmann hat nicht das Bedürfnis, das Recht von den übrigen Elementen und Seiten des geistigen Lebens zu unterscheiden ... Der Jurist dagegen hat das Interesse, nur von vorneherein den Begriff des Rechts streng und rein zu fassen und seine Übergänge in andere Gebiete als Modifikationen jenes Begriffs zu behandeln und damit zugleich in ihre erforderlichen Schranken einzuschließen. Dieses Interesse ist ein theoretisches – von ihrem Standpunkt aus ist ein Rechtssystem unmöglich –, und es ist ein praktisches, das Recht sicherzustellen, gegen die Staatskünstler, mögen sie in der Jakobinermütze oder in der Tiara auftreten.“<sup>31</sup> In der Entscheidung, das Privatrecht durch fachwissenschaftliche Immunisierung zu schützen, war zugleich eine Entscheidung gegen die Alternative, die individuelle Freiheit durch Verfassungen zu schützen, enthalten. Nach dem Hannoverschen Verfassungsbruch 1837 und der Entlassung der Göttinger Sieben, schrieb Puchta mit Bezug auf einen der soeben Entlassenen: „ich finde eine Art Nemesis darin, daß sich an Dahlmann seine Constitution rächt, bey der er auch von der Abneigung der neueren Politiker gegen die Juristen und die juristische Behandlung der Sache geleitet worden zu seyn scheint. Nun sieht man, was dabey heraus kommt, wenn man alles auf solche in die Luft gebauten Stände baut; ... Es ist merkwürdig, daß in dem ersten Band der Politik von Dahlmann, der doch schon die Grundlage der Staatsverfassung enthält, die Gerichte nicht vorkommen“<sup>32</sup>. Deutlich wurde, worauf die Pandektisten im institutionellen Gefüge des Deutschen Bundes setzten. Nicht auf Gesetzgebung, sondern auf die Justiz. Ideal war eine selbstständig wissenschaftlich arbeitende Justiz. Dies bedeutete die Bereitstellung anwendungssicherer und leistungsfähiger Pandektensysteme, es bedeutete aber eben auch die Verwissenschaftlichung der Justiz, um auch hier die Immunisierung gegen politische Tageseinflüsse zu bewirken<sup>33</sup>.

„Reinheit“ bezog sich also zunächst auf eine Immunisierung des Pandektenrechts gegen staatliche und politische Steuerung. Zwei andere Aspek-

<sup>31</sup> Hans Liermann/ Hans-Joachim Schoeps, Materialien zur preußischen Ehescheidungsreform, Göttingen 1961, S. 501; Verwendung dieses Briefs bereits bei Wieacker, Privatrechtsgeschichte der Neuzeit, Göttingen 2. Aufl. 1967, S. 402; Joachim Bohnert, Beiträge zu einer Biographie Georg Friedrich Puchtas, in: ZRG GA 96 (1979), S. 229 - 242, S. 238; Joachim Rückert, Autonomie des Rechts, Hannover 1988, S. 80. Bohnerts gleichwohl gemeinsame Verankerung von Gerlach und Puchta in der „äußersten Rechten“ verweist m. E. die doch erheblichen Differenzen zwischen beiden.

<sup>32</sup> Brief an Hugo vom 14. 2. 1839; jetzt ediert bei Horst Heinrich Jakobs (Hg.), Georg Friedrich Puchta. Briefe an Gustav Hugo, Frankfurt a. M. 2009, S. 198.

<sup>33</sup> Näheres bei Hans-Peter Haferkamp, Private Law (Fn. 28), S. 251 ff.

te bleiben jedoch zu betrachten. Erstens: Bedeutete „Reinheit“ auch eine Abschottung gegenüber der „Gerechtigkeit“ des Privatrechtssystems und zweitens: Wie versuchte die Pandektenwissenschaft den Praxisbezug und die Tauglichkeit ihrer Ergebnisse in der Rechtswirklichkeit sicherzustellen. In neukantianischer Terminologie möchte ich also nach Wertbezug und Wirklichkeitsbezug der „Begriffsjurisprudenz“ fragen.

Wie sah es also erstens mit der Gerechtigkeit, genauer mit dem Wertbezug dieser sog. Begriffsjurisprudenz aus? Apriorisches und Überpositives findet man in den Pandektenlehrbüchern nicht. Die etwa in der Methodenlehre von Karl Larenz zu findende Ansicht, insbesondere das Pandektensystem Puchtas habe das gesamte Recht wie ein Vernunftrechtssystem deduktiv aus einem obersten Begriff abgeleitet<sup>34</sup>, ist unrichtig. Der Rechtsbegriff diene durchaus als logische Klammer der Pandektensysteme. Man versuchte das positive Recht zu rationalisieren, indem man es, falls möglich, mit dem obersten Begriff verknüpfte. Die Rechtsquellenlehre zeigte aber durchweg, dass die Ableitung eines Rechtssatzes aus übergeordneten Begriffen oder Prinzipien kein Recht schuf. Geltendes Recht war nur Positives Recht. Für den Fall der Lücke wurden von Pandektisten Rechtssätze konstruiert, die sich aus den Wertungszusammenhängen des Systems ergaben. Das sich nun Recht der Wissenschaft oder Juristenrecht nennende Verfahren der Lückenfüllung im Positiven Recht ging aber über die alte Analogiebildung nicht hinaus<sup>35</sup>. Man suchte einen ähnlichen Rechtssatz, benannte ein Prinzip als *tertium comparationis* und schlug einen neuen Rechtssatz vor. Gebunden war niemand an einen solchen Satz des wissenschaftlichen Rechts<sup>36</sup>. Er hatte nur die begrenzte Autorität wissenschaftlicher Schlüssigkeit, ganz der heutigen Analogie entsprechend. Sinn des wissenschaftlichen Rechts war es, die Rechtsfortbildung durch Betonung der Wertungszusammenhänge des bestehenden Positiven Rechts zu kontrollieren. Mehr nicht.

Sucht man nach apriorischem, quasi überpositivem Recht, so findet man in den Pandektensystemen nur den obersten Rechtsbegriff. Versuche, den Rechtsbegriff, Privatrecht als Willensmacht, philosophisch abzusichern, finden sich insbesondere im Vormärz und im Umfeld Savignys<sup>37</sup>. Zumeist wurde hierbei die Freiheit des Menschen von Gott her abgeleitet. Man bestand damit auf der Au-

<sup>34</sup> Karl Larenz, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 6. Aufl. Berlin 1991, S. 20 f.

<sup>35</sup> Hierzu Jan Schröder, Zur Analogie in der juristischen Methodenlehre der frühen Neuzeit, in: ZRG GA 114 (1997), S. 1 ff.

<sup>36</sup> Bei Puchta nicht, vgl. Haferkamp, Puchta (Fn. 5), S. 371 ff.; sonst schon deshalb nicht, weil nahezu niemand Juristenrecht als Rechtsquelle anerkannte, vgl. Regina Ogorek, Richterkönig oder Subsumtionsautomat? Zur Justiztheorie im 19. Jahrhundert, Frankfurt a. M. 1986, S. 211 ff.

<sup>37</sup> Hans-Peter Haferkamp, Willensfreiheit (Fn. 30), S. 209 ff.

tonomie des Privatrechts gegenüber dem Staat und auf der Allgemeinen Rechtsfähigkeit. Sonstiges überpositives Recht findet sich nicht, auch nicht abgeleitet aus der Willensmacht. Savigny nannte die Vorstellung eines „Vernunftsrechts, ohne Rücksicht auf etwas bestehendes“ eine „völlig hohle Ansicht“<sup>38</sup>.

Auch das Römische Recht war nicht apriorisch gesetzt. Die Rechtsquellenlehre des *Ius Commune*<sup>39</sup> ließ viele Möglichkeiten einer Derogation antiker Sätze zu. Zudem führte der lebendige Auslegungsdiskurs dazu, dass nur wenige Textinhalte unstreitig feststanden.

Das Fehlen überpositiver Argumente sagt freilich noch nichts über den Gerechtigkeitsgehalt des Pandektenrechts aus. Ebenso wenig wie aus der Argumentationsstruktur kann man aus der Tatsache, dass dieses Recht rational verdichtet wurde, über den Inhalt dieses Rechtes etwas aussagen. Eine solche Annahme wäre logisch ein unzulässiger Schluss von der Form auf den Stoff. Man muss sich vielmehr auf eine andere Art, die Gerechtigkeit zu thematisieren, einlassen, um das spezifische der Pandektenwissenschaft zu verstehen. Dabei muss man die Jahre vor und nach 1848 unterscheiden.

Für den Vormärz, die Hochzeit der Historischen Rechtsschule, wurde die Gerechtigkeitsfrage im Volksgeistbegriff diskutiert. Der Volksgeist war nicht empirisch, gar durch Abstimmung zu ermitteln, sondern er war metaphysisch, eine Gesamtheit die mehr war als die Summe der Individuen, eher eine Art kollektives Empfinden. Das Recht war gerecht, wenn es dem Volksgeist entsprach, da dieser gerecht war. Puchta bezeichnete den Volksgeist freilich als eine „dunkle Werkstätte“<sup>40</sup>. Die Rechtentstehung war eine black box. Das Recht wurde also – wenn auch in anderem Sinne als bei Kant – einem erkenntnistheoretischen Dualismus ausgesetzt. Sichtbar war nur das Positive Recht. Ob dieses Positive Recht dem Volksgeist entsprach, war jedoch unsicher. Es gab kein, wie es damals hieß, „äußeres“ Kriterium, an dem die Richtigkeit eines Rechtssatzes gemessen werden konnte. Der Jurist war damit auf seine Überzeugung von der Übereinstimmung einer Ansicht mit dem Volksgeist verwiesen: „Es entsteht eine Vermutung für die Wahrheit einer Ansicht, wenn sie von den bewährtesten Rechtsgelehrten übereinstimmend vorgetragen wird (*communis opinio*), und wenn sie sich auch in der Anwendung constant geltend gemacht hat (*usus fori*) und ein gewissenhafter Richter wird im Zweifel dabei stehen bleiben. Aber diese Vermuthung muß der Wahrheit weichen; sowie ein Richter sich von ihrer

<sup>38</sup> Carl-Friedrich v. Savigny, *Beruf* (Fn. 25), S. 18.

<sup>39</sup> Zusammenstellung bei Jan Schröder, *Recht als Wissenschaft*, München 2001, S. 191 ff.

<sup>40</sup> Georg Friedrich Puchta, *Cursus der Institutionen*, Bd. 1, Leipzig 1841, S. 30.

Unrichtigkeit überzeugt hat, würde er pflichtwidrig handeln, wollte er sie noch ferner anwenden, und hätte man sie Jahrhunderte für wahr gehalten, und seit Menschengedenken in den Gerichten befolgt<sup>41</sup>. Das Risiko liegt auf der Hand. Ein Jurist konnte die Freiheit missbrauchen und unter dem Mantel des Volksgeistes Unrecht behaupten. Hier setzte das tief religiöse Moment in der Historischen Rechtsschule an<sup>42</sup>. Hintergrund war die starke Beeinflussung von Savigny, Stahl, Bethmann-Hollweg, Puchta und anderen durch eine pietistische Spielart, die sog. Erweckungsbewegung. Savigny betonte: „Der Wille Gottes ist also der tiefere Grund der Sittlichkeit und des Rechts, der Liebe wie der Gerechtigkeit; die jedem Menschen mitgetheilte Gottesverwandtschaft ist der Grund des gemeinschaftlichen Denkens, Fühlens und Wollens, welches wir im Einzelnen, wie in den Völkern, wirken sehen, der Grund aller Einheit mitten in den Vielen“<sup>43</sup>. Der Volksgeist war ein Schatten des göttlichen Rechts. Ihn verstehen konnte der Jurist, so Bethmann-Hollweg, nicht durch „Speculation“, sondern nur durch „den Weg des Glaubens, auf dem ein höheres Licht ihm entgegenstrahlt, und, indem es sein ganzes Wesen ergreift, verjüngt und belebt, jeder Kraft in ihm neuen Schwung verleiht. Was er dort sehnsüchtig zu schauen trachtet, empfängt er hier zu eigen, das ewige Recht, das göttliche Gesetz, nicht bloß als dunkles Gefühl, sondern als erleuchteten innersten Trieb seiner Seele. Nichts ist für den praktischen Juristen wichtiger als Entwicklung und Belebung dieses Rechtsgefühls, und wie sollte dieß geschehen, als durch Stärkung seines sittlichen Wesens überhaupt“<sup>44</sup>. Hinter dem Volksgeist stand ein Gemeinschaftsideal, das Ineinandergehen freier Seelen in der Liebe. Für Bethmann-Hollweg war der Staat „nur eine vorbereitende, pädagogische Anstalt, bestimmt, einst in einer höhern Einheit, der civitas Dei, aufzugehen“<sup>45</sup>. Verstand man mit ihm das „Sittliche als Liebe“<sup>46</sup> so ging es um einen Aufbau einer christlichen Gemeinschaft, die eine Einwohnung Christi im Gläubigen bewirke, die allein Weg zur Sittlichkeit sei. Savigny meinte, man brauche „ein stilles demüthiges Herz, treue

<sup>41</sup> Georg Friedrich Puchta, Vorlesungen über das heutige römische Recht, Adolf August Friedrich Rudorff (Hg.), Bd. 1, Leipzig 1847, S. 44.

<sup>42</sup> Hierzu Hans-Peter Haferkamp, Der Einfluss der Erweckungsbewegung auf die „christlich-historische Schule“, in: Konfession und Recht. Auf der Suche nachkonfessionell geprägten Denkmustern und Argumentationsstrategien in Recht und Rechtswissenschaft des 19. und 20. Jahrhunderts. Symposium zum 65. Geburtstag von Michael Stolleis, Pascale Cancik, Thomas Henne, Thomas Simon, Stefan Ruppert und Miloš Vec (Hgg.), Frankfurt a. M. 2009, S. 71 ff.

<sup>43</sup> Carl-Friedrich v. Savigny in der ungedruckten Debatte um § 52 seines ‚Systems‘, Bl. 224 S. 6, im Internet greifbar unter <http://savigny.ub.uni-marburg.de/>.

<sup>44</sup> Moritz August von Bethmann-Hollweg, Grundriß zu Vorlesungen über den gemeinen und Preußischen Civilprozeß mit einer Vorrede zur Einleitung in die Civilpraxis, 3. Aufl. Bonn 1832, S. XIV.

<sup>45</sup> Moritz August von Bethmann-Hollweg, Rez. Savigny, System, Bd. 1, in: Göttingische gelehrte Anzeigen 1840, S. 1587 f.

<sup>46</sup> Theobald v. Bethmann-Hollweg in der Debatte um § 52, Bl. 218 S. 1.

Liebe zur Wahrheit und herzliches Gebet ... denn ... es [ist] doch am Ende der einfältige Kindersinn, dem allein die Wahrheit offenbart wird<sup>47</sup>. Puchta schließlich betonte übereinstimmend, das Recht gelange „in das menschliche Bewußtseyn ... auf dem natürlichen Weg eines eingeborenen Sinnes oder Triebes.“ Dieser „natürliche Weg“ der Rechtentstehung sei einer, „bey welcher der eigentliche Schöpfer sich verbirgt, und das Recht als eine Schöpfung des menschlichen Geistes erscheinen ... läßt“<sup>48</sup>. Deus in nobis. Das Recht war Menschenwerk, Gott waltet aber immer in uns, wenn man das zuließ.

Nach 1848 findet sich diese christliche Aufladung des Volksgeistes nicht mehr<sup>49</sup>. Überhaupt verblasste die Volksgeistmetaphysik, ja die ganze philosophische Grundlage der Historischen Rechtsschule. Bei Jhering oder bei Windscheid muss man Gerechtigkeitsentscheidungen in der konkreten Dogmatik suchen. Windscheid trat vehement für eine „Verdeutschung des römischen Rechts“<sup>50</sup> ein. Er genoss bei Zeitgenossen den Ruf, auch klar gegen die antiken Quellen zu entscheiden, wenn er dies für notwendig hielt<sup>51</sup>. Jhering forderte ähnlich, den antiken Quellen auch das zu entnehmen, was „kein römischer Jurist ausgesprochen“ habe und so „durch das römische Recht über das römische Recht hinaus“<sup>52</sup> zu gelangen. Wie fand man das richtige Ergebnis? Jhering persiflierte 1884 sein eigenes älteres Erkenntnisverfahren. Um durch die Lektüre der antiken Quellen heutige Gerechtigkeitsanforderungen befriedigen zu können, brauche er nur eine „Cigarre, nicht zu schwer, nicht zu leicht, außerdem ein Sofa oder Kanapee ... ob man dabei die Beine in die Höhe strecken will, wie ich es bei mir probat gefunden, hängt von der Individualität ab.“ Nun galt es nur

<sup>47</sup> Brief Savignys an Jacob Grimm; bei *Adolf Stoll*, Friedrich Karl v. Savigny – Ein Bild seines Lebens mit einer Sammlung seiner Briefe, Bd. II – Professorenjahre in Berlin 1810-1842, Berlin 1929, Nr. 338, S. 239; hierzu auch *Dieter Nörr*, Savignys philosophische Lehrjahre, Frankfurt a. M. 1994, S. 263; *Joachim Rückert*, Religiöses und Unreligiöses bei Savigny, in: Pascal Cancik u.a. (Hgg.), Konfession im Recht. Auf der Suche nach konfessionell geprägten Denkmustern und Argumentationsstrategien in Recht und Rechtswissenschaft des 19. und 20. Jahrhunderts, Frankfurt a. M. 2009, S. 49-69.

<sup>48</sup> *Georg Friedrich Puchta*, Cursus (Fn. 40), S. 23.

<sup>49</sup> Zu Neuausrichtung der Pandektistik im Umfeld der „Wendepunkte“ Sten Gagnér Zielsetzungen und Werkgestaltung in Paul Roths Wissenschaft, in: ders., Hans Schlosser und Wolfgang Wiegand Festschrift für Hermann Krause, Wien 1975, S. 276 ff., ND mit hilfreichen Inhaltsverzeichnis in: *Sten Gagnér*, Abhandlungen zur europäischen Rechtsgeschichte, Goldbach 2004, S. 347 ff.

<sup>50</sup> *Bernhard Windscheid*, Lehrbuch der Pandekten, Vorrede zur 1. Aufl., Frankfurt a. M. 1862.

<sup>51</sup> Hierzu *Falk*, Windscheid (Fn. 5); *ders.*, „Ein Gegensatz principieller Art“, in: *RJ* 9 (1990), S. 221 ff.

<sup>52</sup> *Rudolph von Jhering*, Unsere Aufgabe, in: *JhJb* I, 1857, S. 4 f.

noch, „sein ganzes Denken mit aller Willenskraft auf die alte Zeit“ zu richten. Freilich, so Jhering: „muss man zu rauchen verstehen!“<sup>53</sup>

In teilweise hoch spekulativem Umgang mit den Quellen bauten diese Pandektisten an einem liberalen Warenverkehrsrecht, ganz wie es dem liberalen Credo ihrer Zeit entsprach. Viel klarer als vor 1848 wurde in diesen Privatrechtssystemen das Bild einer gerechten Privatrechtsordnung deutlich. Man hat dieses Bild später als Willensformalismus<sup>54</sup> sehr schief dargestellt. Abstrakte Erwägungen zu diesen Entscheidungen, also etwa ökonomische Theorien oder philosophische Absicherungen finden sich nach 1848 jedenfalls nicht mehr. Im „reinen“ Pandektenrecht wurde über Gerechtigkeit konkret, nicht abstrakt entschieden.

Vor 1848 suchte man gerechtes Recht in einer christlichen Lebensart. Diese galt es zu propagieren, um dem Volksgeist zurück zu Gott zu verhelfen. Die Anhänger der Historischen Rechtsschulen waren folglich intensiv kirchlich und, etwa in der Ehescheidungsfrage, auch rechtspolitisch christlich engagiert.

Nach 1848 sucht man Gerechtigkeit nicht mehr im Volksgeist, sondern in einer aktiven Umgestaltung der Pandektendogmatik. Außerwissenschaftliches Engagement war nun die Ausnahme. Nun wurde Gerechtigkeit von selbständig agierenden Spezialisten gemacht, nicht mehr gefunden.

Damit komme ich zur letzten noch ausstehenden Perspektive auf die sog. Begriffsjurisprudenz, auf den Wirklichkeitsbezug. Das alte Vorurteil, das „reine“ Recht weltfremdes Recht ist, verdeckt, wie zu Beginn meines Vortrages bereits angedeutet, tiefgehende Probleme. Dazu gehört nicht nur das alte kantsche Dilemma zwischen Anschauung und Begriff. Dieser Dualismus prägte die Rechtswissenschaft vor allem unter neukantianischem Einfluss, also erst gegen Ende meines Untersuchungszeitraumes<sup>55</sup>. Vor allem die Hegelianer vertraten

<sup>53</sup> Rudolf von Jhering, Scherz und Ernst in der Jurisprudenz, hier nach 13. Aufl. Leipzig 1924, S. 125.

<sup>54</sup> Erstmals Rudolf von Jhering, Geist des römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung, Bd. III, Leipzig 1865, S. 334, 337 mit Fn. 441 und 442; Revidierung dieses Bildes bei Sibylle Hofer, Freiheit ohne Grenzen? Privatrechtstheoretische Diskussionen im 19. Jahrhundert, Tübingen 2001.

<sup>55</sup> Hierzu Hans-Peter Haferkamp, Neukantianismus und Rechtsnaturalismus, in: Rechtswissenschaft als Kulturwissenschaft?, Kongress der Schweizerischen Vereinigung für Rechts- und Sozialphilosophie, 15. und 16. Juni 2007, Universität Zürich, Marcel Senn und Dániel Puskás (Hgg.), (ARSP Beiheft B 115), Stuttgart 2007, S. 105; Hasso Hofmann, „In Europa kann’s keine Salomos geben.“ – Zur Geschichte des Begriffspaars Recht und Kultur, in: JZ 2009, S. 1 ff.

zuvor durchaus, dass nur eine begrifflich-rational arbeitende Philosophie die Wirklichkeit in ihrer Vernünftigkeit begreifen könne. Das Problem war damit auch für heute instruktiv verschoben: Es geht bei der steten Mahnung nach wirklichkeitsnahem Recht ja nie darum, Wirklichkeit im Recht nur irgendwie abzuspiegeln. Neben das Erkenntnisproblem tritt immer das Wertungsproblem. Nach einem etwas abgegriffenen Beispiel von Arnold Brecht: Aus der Tatsache, dass dem Mann ein Bart wächst folgt noch nicht, dass man ihn auch wachsen lassen soll. In einem wirklichkeitsnahen Recht müssen also Regelungsgegenstand und Regelungszweck, wenn man so will, Sein und Sollen, immer irgendwie verschmelzen. Gerechtigkeits- und Wirklichkeitsperspektive sind also nicht so leicht trennbar, wie das bisweilen suggeriert wird.

Wie gingen die Pandektenwissenschaftler dieses Problemfeld an?

Hierzu bedarf es nun eines näheren Blicks in das Geltungsproblem im *Ius Commune*. Das Gemeine Recht bestand 1814 aus einer kaum noch überschaubaren Fülle von Informationen: Schwer interpretierbare, teilweise widersprüchliche Textstellen im *Corpus Iuris*, wissenschaftliche Ansichten hierzu aus 600 Jahren, Gerichtsurteile und anderes mehr. Nicht jeder dieser Texte konnte als Recht angesehen werden. Wie also war zu entscheiden, welcher Satz gelten sollte? Die Tatsache, dass ein Satz von der Mehrheit der Juristen für richtig gehalten wurde, war für Savigny, wie bereits angedeutet, kein Richtigkeitskriterium. Diese Ansicht hätte der Geltung einer *communis opinio doctorum* oder des *usus fori* entsprochen. Savigny hielt ironisch entgegen, bei einer solchen Auffassung könne „keiner möglichen Entscheidung ein Vorwurf gemacht werden ..., da jede Entscheidung die angesehensten Autoritäten für sich hat“<sup>56</sup>. Geltungsgrund war erneut nur der Volksgeist, nun aber in einer anderen Perspektive. Savigny betonte: „Das Recht nämlich hat kein Dasein für sich, sein Wesen ist vielmehr das Leben der Menschen selbst, von einer besonderen Seite angesehen“<sup>57</sup>. Über den Volksgeist hat man das Leben in den Rechtsbegriff hineinkonstruiert. Das Leben schuf also das Recht, nicht die Vernunft oder eine politische Instanz. Savigny meinte 1815, das Recht komme, „aus des Volkes ... Natur, Schicksal, Bedürfnis“<sup>58</sup>. Ein „oft wiederkehrendes Bedürfnis“, mache auch ein „gemeinsames Bewußtseyndes Volkes selbst möglich“<sup>59</sup>. Das war für Savigny also das

<sup>56</sup> Friedrich Carl Savigny, *Beruf* (Fn. 25), S. 72.

<sup>57</sup> Friedrich Carl Savigny, *Beruf* (Fn. 25), S. 30.

<sup>58</sup> Friedrich Carl v. Savigny, Rezension von N. Th. v. Gönner, *Über Gesetzgebung und Rechtswissenschaft in unserer Zeit*, 1815; zitiert wird nach dem Wiederabdruck in: *Friedrich Carl Savigny, Vermischte Schriften*, Bd. 5, 1850, ND Aalen 1981, S. 141.

<sup>59</sup> Friedrich Carl Savigny, *Beruf* (Fn. 25), S. 13.

Bingeglied zwischen Recht und Leben, der weltliche Motor des Volksgeistes, das „Bedürfnis“<sup>60</sup>. Zwanglos ergab sich daraus die Aufgabe des Juristen. Aufgabe des Juristen sei es den „gegenwärtigen Zustand des Rechts allmählich von demjenigen zu reinigen, was ... ohne alles wahrhaft praktische Bedürfnis hervorgebracht worden ist“<sup>61</sup>. Juristen mussten also historisch arbeiten, indem sie die Bedürfnisse erkannten, die dem Rechtssatz bei seiner Entstehung zugrunde lagen. Sodann mussten sie die weitere Geschichte des Rechtssatzes und der zugrunde liegenden Bedürfnisse verfolgen um zu erkennen, ob der Rechtssatz auch heute noch einem Bedürfnis entsprach.

Blickt man auf die nachfolgenden Juristen, so zeigt sich, dass der Blick auf die „Bedürfnisse“ fast Gemeingut war. Für Theodor Marezoll führte 1839 ein „Bedürfnis“ in den bürgerlichen Verhältnissen zur Schaffung neuen Rechts<sup>62</sup>. Johann Christian Kierulff notierte im selben Jahr: „Das wirkliche Recht ist das befriedigte Bedürfnis“<sup>63</sup>. Rudolph v. Jhering meinte 1865, Rechtssätze wechselten „mit den Bedürfnissen des Lebens“<sup>64</sup>. Bernhard Windscheid betonte 1884, die Rechtswissenschaft orientiere sich an „praktischen Bedürfnissen“<sup>65</sup>.

Der Gedanke war alt. Savigny selbst war bei seinen Gedanken möglicherweise durch die Lektüre der Politik von Aristoteles inspiriert<sup>66</sup>. In der Übersetzung Schlossers, die Savigny benutzte, findet sich der Satz, es sei „das, was die Sitten eines Volkes bestimmt, immer noch wichtiger und stärker als das, was die geschriebenen Gesetze gebieten“<sup>67</sup>. Übertragen auf das Gemeine Recht ging es also nicht um wissenschaftliche Sitten bzw. Gewohnheiten, sondern darum, was diese Sitten bestimmt. Savigny war dabei nicht der Einzige der diesen Bestimmungsgrund „Bedürfnis“ nannte.

<sup>60</sup> Zur Geschichte dieses Topos im 19. und 20. Jahrhundert *Hans-Peter Haferkamp*, Der Jurist, das Recht und das Leben, in: Verein zur Förderung der Rechtswissenschaft (Hg.), Fakultätsspiegel Sommersemester 2005, Köln 2005, S. 83.

<sup>61</sup> *Friedrich Carl Savigny*, Beruf (Fn. 25), S. 119.

<sup>62</sup> *Theodor Marezoll*, Lehrbuch der Institutionen des Römischen Rechts, Leipzig 1839, S. 11.

<sup>63</sup> *Johann Friedrich Martin Kierulff*, Theorie des gemeinen Civilrechts, Altona 1839, S. 1.

<sup>64</sup> *Rudolf v. Jhering*, Geist III (Fn. 54), § 59, S. 314.

<sup>65</sup> *Bernhard Windscheid*, Die Aufgaben der Rechtswissenschaft, 1884, in: Paul Oertmann (Hg.), Gesammelte Reden und Abhandlungen. Von Bernhard Windscheid, Leipzig 1904, S. 109.

<sup>66</sup> Hierzu und zu den Traditionslinien: *Sten Gagnér*, Oersteds Wissenschaft, die deutschen Kriminalisten und die Naturrechtslehre, zunächst 1980 auf Schwedisch, nun übersetzt zugänglich in: Joachim Rückert, Michael Stolleis und Maximiliane Kriechbaum (Hgg.), *Sten Gagnér*, Abhandlungen zur Europäischen Rechtsgeschichte, Goldbach 2005, S. 521 ff., 589 ff.

<sup>67</sup> *Joahn Schlosser*, Aristoteles Politik und Fragment der Oeconomik, I. Abteilung, Leipzig 1812, S. 344.

Erneut drängt sich freilich die Frage auf, wie der Jurist die Bedürfnisse erkennen soll, an denen das Gemeine Recht zu messen war?

Wieder zeigt sich die Funktion des Volksgeistes: Dass ein praktisches Bedürfnis existiert, erkennen wir immer erst, wenn ein Rechtssatz da ist, der es ausdrückt. Die Geschichte war das ‚Weltgericht‘. Ein Bedürfnis musste sich also durchsetzen. Sichtbar ist nur „das Entstandene selbst“<sup>68</sup>. Freilich war dies nur eine scheinbare Sicherheit, ein Indiz. Nicht alles, was wir als Rechtssätze vorfinden, bezeugte ein Bedürfnis. Rechtssätze entstanden durch Menschen. Nicht jeder hatte gleichermaßen einführenden Anteil am Volksgeist. Eben deshalb blieb der Volksgeist dunkle Werkstatt. Ein verhängnisvoller Zirkel: Wir wissen erst, was gilt, wenn es da ist, nicht alles, was da ist, gilt jedoch. Daher also der behauptete einzige Ausweg: Wir wissen nicht wie die Bedürfnisse entstehen und können nicht beweisen, dass sie gelten. Daher müssen wir auf unser Rechtsgefühl vertrauen. Nur die Akzeptanz der Entscheidung durch andere konnte größtmögliche Sicherheit geben. Wirkliche Sicherheit gab es nie. Um die praktischen Bedürfnisse zu erkennen brauchte man daher, so Puchta, ein „natürliche[s] Gefühl der Billigkeit, welchem der Jurist ... das Gehör nicht versagen darf“<sup>69</sup>. Daher forderte Savigny als Ziel der universitären Erziehung „den Richterstand in eine Lage zu bringen, in welcher er mit lebendigem Denken und nicht auf mechanische Weise sein Geschäft vollbringe“<sup>70</sup>.

Neben rationale Sinnzusammenhänge trat in der Arbeit des Rechtswissenschaftlers also ein bewusst intuitiver Zugang zum Recht als Ausfluss des Lebens. Nur dadurch, dass man hier auf Intuition setzte, blieb auch insofern die Reinheit des Rechts gewahrt. Die Juristen waren als Repräsentanten die Priester der Themis. Ihre Zugänge zur Rechtsoffenbarung waren der politischen Diskussion entzogen. Savigny wurde von Zeitgenossen als „Olympier“ bezeichnet. Auch wenn die religiösen Ausgangspunkte dieser Vorstellung nach 1848 verschwanden, blieb dieser bewusst intuitive Zug in der Pandektenwissenschaft auch weiter signifikant. Jhering etwa wehrte sich stets dagegen, Wirklichkeit einfach nur zu betrachten. Dies sei bloßer „Handwerker-Positivismus“. Er verstand Wirklichkeit als „Ursubstanz von Ideen, Anschauungen, Erwägungen, Zwecken“<sup>71</sup> und suchte hier nach dem richtigen Recht. Für die Begründung seiner Haftung aus

<sup>68</sup> Georg Friedrich Puchta, *Cursus I* (Fn. 40), S. 30.

<sup>69</sup> Georg Friedrich Puchta, *Ueber die Negatorienklage*, in: *Rheinisches Museum für Jurisprudenz, Philologie, Geschichte und Griechische Philosophie I*, 1827, hier zitiert nach Nachdruck in: Adolph August Friedrich Rudorff (Hg.), *Georg Friedrich Puchta. Kleine zivilistische Schriften*, Leipzig 1851, ND Aalen 1970, S. 163 f.

<sup>70</sup> Savigny an Wilhelm von Gerlach vom 1. 3. 1934, abgedruckt bei Hans Liermann/Hans-Joachim Schoeps, *Materialien zur preußischen Ehrechtsreform*, Göttingen 1961, S. 490.

<sup>71</sup> Rudolf v. Jhering, *Geist III* (Fn. 54), § 59, 315.

culpa in contrahendo bedeutete dies beispielsweise: „Wer fühlt nicht, dass es hier einer Schadensersatzklage bedarf?“<sup>72</sup>

Neben dieser offen korrigierenden Berufung auf das Rechtsgefühl wurde schon früh ein zweiter Weg der Verschmelzung von Recht und Anforderungen der Wirklichkeit durchdacht, der Weg durch die Quellen hindurch. Für Jhering wurde seine Zigarrenmethode bereits vorgestellt. Dahinter standen ernstzunehmendere hermeneutische Überlegungen. Schon Gadamer hat herausgearbeitet, wie intensiv vor allem Savigny die Schleiermachersche moderne Hermeneutik rezipiert hat<sup>73</sup>. Savigny lehnte bereits früh die Vorstellung ab, es gäbe, getreu der Parömie in claris non fit interpretatio, so etwas wie einen klaren Gesetzeswortlaut. Textarbeit war immer Verschmelzung von Objekt und Subjekt, Text und Interpret. Die Wirklichkeit der Gegenwart floss in die antiken Texte durch die – modern gesprochen – Vorverständnisse der Interpreten. Wie weit das ging und wann aus Interpretation Manipulation wurde, das war schon damals das eigentliche Problem.

Ich fasse die bisherigen Ergebnisse zusammen und komme dann zu einem abschließenden Ausblick.

Am klarsten fassbar wird das Bedürfnis nach Reinheit des Privatrechts, welches die Rechtswissenschaft der Historischen Rechtsschule und der Pandektistik durchaus prägte, in rechtspolitischer Perspektive. Es ging um nationales Recht ohne Staat, ohne Steuerung durch Thron, Ständeversammlung und Altar. Prägend waren Vorbilder, das antike Juristenrecht gleichermaßen wie das *Ius Commune* im Alten Reich. Privatrecht, entwickelt durch die Professoren, verwirklicht durch die Justiz, hatte hier Verfassungsersatz und lebte vom Glauben in die Herrschaft von Spezialisten über das Recht.

Weniger weiterführend ist dagegen die Frage, ob dadurch Gerechtigkeit ausgeklammert wurde. Apriorische Werte wurden im Dunkel des Volksgeists verborgen. Recht wurde als geschichtlich und in seiner Entstehung nur Gott einsichtig verstanden. Vor 1848 hieß die Devise, *deus in nobis*, das gerechte Recht offenbart sich dem, der sich auf Gott einlässt. Nach 1848 war der Volksgeist die

<sup>72</sup> *Rudolph Jhering*, *Culpa in contrahendo* oder Rechtsschutz bei nichtigen oder nicht zur Perfektion gelangten Verträgen, in: *JhJb* 4, 1861, S. 5.

<sup>73</sup> Hierzu vertiefend *Stephan Meder*, *Missverstehen und Verstehen. Savignys Grundlegung der juristischen Hermeneutik*, Tübingen 2004, S. 28 ff.; genauer zu Savignys Hermeneutik *Joachim Rückert*, *Savignys Hermeneutik – Kernstück einer Jurisprudenz ohne Pathologie*, in: Jan Schröder (Hg.), *Theorie der Interpretation vom Humanismus bis zur Romantik – Rechtswissenschaft, Philosophie, Theologie*, Stuttgart 2001, S. 288 ff.

schlichte Leerstelle, um individuelle Gerechtigkeitskonzeptionen in das Recht zu bringen. Ob das gerecht oder ungerecht war, lässt sich abstrakt nicht beantworten. Die Art der Argumentation, ob naturrechtlich, positivistisch, dogmatisch, lebensbezogen oder konfessionell, sagt nichts über die Gerechtigkeit des Ergebnisses. Was es freilich nicht gab war ein Diskurs über Gerechtigkeitskonzeptionen. Dies wäre die „Politik“ gewesen, die man zugunsten der Fachautonomie aus dem Recht heraushalten wollte.

Die Frage nach dem Wirklichkeitsbezug zeigte, dass stets die Nähe zur Wirklichkeit, zu den „praktischen Bedürfnissen“ gesucht wurde. Als Erkenntnisweg nutzte man erneut die intellektuelle und intuitive Teilhabe des Juristen am Volksgeist. Empirische Studien wurden nicht unternommen. In der Sprache des Rechtssystems ließen Argumente wie praktische Bedürfnisse, die Verkehrsübung, Treu und Glauben oder die guten Sitten viel Luft, im Recht gefühlte Wirklichkeitszwänge umzusetzen. Intuition als Erkenntnisweg war für die Pandektenwissenschaft Teil des Reinheitspostulats, sie waren als Priester der Themis Orakel, nicht Träger von bewusster Politik. Heute würde niemand behaupten, dass Intuition von Spezialisten über die Praxistauglichkeit von Rechtsätzen entscheidet. Die heute überall betonten praktischen Bedürfnisse der Wirtschaft etc. haben freilich nicht zu einer Herrschaft der Rechtssoziologie, also einer beobachtenden Wirklichkeitswissenschaft geführt. Rechtssoziologie wird auch an den Universitäten vielmehr abgeschafft. Auch heute dient die Berufung auf Praxis meist dazu, über kaum nachprüfbare Wirklichkeitsbehauptungen Wertvorstellungen zu transportieren. Hier setzen die Fragen ein, ob die Öffnung eines Wissenschaftsdiskurses Fremdsteuerung bedeuten muss.

Lohnend ist zum Schluss ein Ausblick. Wie wurde aus der zeitgenössisch hoch geachteten, weltweit erfolgreichen Pandektenwissenschaft das heutige Bild der Begriffsjurisprudenz? Zwei Aspekte sind interessant.

1888 beschrieb Jhering gegenüber Bismarck den Gesinnungswandel, der sich seit 1871 bei ihm entwickelt hatte. Er habe als Student 1837 den Hannoverschen Verfassungsbruch und die Vertreibung der Göttinger Sieben miterlebt, danach schlechte Könige und Misswirtschaft. Erst Kaiser Wilhelm habe seinen Glauben in den Staat und die Monarchie geweckt und zu einem „Umschwung in meiner ganzen Anschauungsweise und Gesinnung“<sup>74</sup> geführt. Nun fiel ein Schlüssel-

<sup>74</sup> Brief an Bismarck vom 15. 9. 1888, in: Helene Ehrenberg (Hg.), Rudolf von Jhering in Briefen an seine Freunde, Leipzig 1913, S. 442 f.; hierzu *Ulrich Falk*, Von Dienern des Staates und von anderen Richtern. Zum Selbstverständnis der deutschen Richterschaft im 19. Jahrhundert, in: André Gouron (Hg.), Europäische und amerikanische Richterleitbilder, Frankfurt a. M. 1996, S. 271 ff.

satz, der die Entwicklung nach 1871 gut umschreibt: „Gegenüber der öden Verherrlichung von Prinzipien und toten Formeln hoffe ich auf den Segen einer gewaltigen Persönlichkeit“. Jhering war es, der 1884 den Terminus „Begriffsjurisprudenz“ erfand und die Pandektenwissenschaft nachhaltig diskreditierte. Er startete mit seinem „Zweck im Recht“ in einer diffusen Mischung aus Rechtsphilosophie, Rechtssoziologie und Rechtspolitik eine offene Debatte über den Inhalt und die Aufgabe des Rechts. Er öffnete das „reine Recht“ gegenüber seiner Umwelt, insbesondere auch gegenüber der Politik. Er vertraute sich und sein Recht, wie die meisten Pandektenwissenschaftler nach 1871, nun dem Staat an<sup>75</sup>. Der Volksgeist als undurchsichtiger Träger des nationalen Rechts war plötzlich als Mystik abgetan<sup>76</sup> und verschwand aus der theoretischen Diskussion. Auch Windscheid suchte nationales Recht nun beim Gesetzgeber, nicht mehr in der Rechtswissenschaft. Er wurde konsequent Mitglied der Ersten Kommission zur Schaffung des BGB. Die Diskussion verlagerte sich von Lehrbüchern und Aufsätzen zunehmend in politische Gremien. Otto v. Gierke trug seine bedeutsamen Angriffe gegen das BGB vor dem Preußischen Landes-Ökonomie-Kollegium vor<sup>77</sup>. Die Schriften von Nationalökonomern bekamen starken Einfluss auf die Rechtswissenschaft<sup>78</sup>. Die Juristen begriffen sich als Teil des Staates, als Zuarbeiter staatlicher Rechtssetzung. Mit dem Verlust ihrer politischen Aufgabe begann man die Pandektenwissenschaft als naive Begriffsschieberei zu karikieren.

Hierzu trug ein zweiter Aspekt bei. Das liberale Credo nahm Mitte der 1870er Jahre durch den Gründerkrach empfindlich Schaden. 1878 begann Bismarck seine konservative Wende und begann die Politik des Staatsinterventionsimus. Der Rechtsbegriff, Recht als Willensmacht, verlor durch die Hinwendung zum Staat seine Aufgabe, ein staatsfreies Privatrecht abzusichern. Er wurde nun als Recht des formalen Anspruchsinhabers kritisiert, seine Rechte schikanös durchzusetzen<sup>79</sup>. Das Römische Recht galt nun als unsozial<sup>80</sup>. Begriffsjurisprudenz wurde jetzt nicht nur als naiv, sondern auch als ungerecht abgestempelt. Für die

<sup>75</sup> Zum Wandel des Rechtsbegriffs nach 1850 nun klärend *Jan Schröder*, Zur Geschichte der juristischen Methodenlehre zwischen 1850 und 1933, in: Rg 13, 2008, S. 160 ff.

<sup>76</sup> Etwa von *Ernst Landsberg*, Geschichte der deutschen Rechtswissenschaft, Abteilung 3 Halbband 2: 19. Jahrhundert bis etwa 1870, München 1910, Neudruck Aalen 1978, S. 446; *Erich Rothacker*, Einleitung in die Geisteswissenschaften, Tübingen 1919, S. 126 Anm. 1.

<sup>77</sup> Hierzu nun *Rüdiger Hansel*, Jurisprudenz und Nationalökonomie. Die Beratungen des BGB im Königlich Preussischen Landes-Ökonomie-Kollegium 1889, Köln 2006.

<sup>78</sup> Hierzu *Sibylle Hofer*, Jurisprudence, History, National Economics after 1850; in: Peter Koslowski (Hg.), The Theory of Capitalism in the German Economic Tradition. Historism, Ordo-Liberalism, Critical Theory, Solidarism, Berlin, Heidelberg 2000, S. 467 ff.

<sup>79</sup> Vertiefung bei HKK-Hans-Peter Haferkamp, §§ 226-231, Rn. 11 ff.

<sup>80</sup> *Sibylle Hofer*, Freiheit (Fn. 54), S. 74 ff.

Vorstellung eines reinen Rechts war dies verhängnisvoll. Für die rationale Struktur der Pandektensysteme war entscheidend, dass mit Willensfreiheit als Ausgangspunkt eine Klammer bestand, die Gleichheit betonte. Hierdurch wurde die rationale Symmetrie getragen. Die vielen Sonderrechte der Neuzeit für Alte und Junge, Hörige und Freie, Männer und Frauen, Bürger und Nichtbürger, Adlige und Nichtadlige, für Soldaten, Geistliche, Handwerker, Studenten und so vieles mehr, hatten es lange unmöglich gemacht, einen übergreifenden Systemzusammenhang zu entwickeln<sup>81</sup>. Das Naturrecht konnte nur durch die Annahme von Rechtsgleichheit Gesamtsysteme unter übergreifenden Grundsätzen zustande bringen<sup>82</sup>. Nun ging man wieder daran, die verklammernden Gemeinsamkeiten immer stärker durch Sonderregelungen, etwa im Arbeits- oder Mietrecht auszuhebeln. Die Verfasser des BGB hofften diese Entwicklung dadurch abzumildern, dass man ein liberales Kerngesetz, das BGB, streng systematisch aufbaute, und die vielen Ausnahmen auf Sondergesetze verwies<sup>83</sup>. Gierke dagegen wollte weiter gehen und schlug vor, schon in der Feststellung eines Anspruchs auch öffentliche Interessen stets mitzubedenken<sup>84</sup>. Damit zeichneten sich bereits um 1900 die beiden Hauptwege im 20. Jahrhundert ab, die dem Weg der Pandektenwissenschaft entgegeng gehalten wurde: Intervention durch Sondergesetze und Richterrecht.

Max Weber hatte bereits 1902 davor gewarnt, dass „wenn einmal der rein formale Standpunkt des Rechts verlassen wird, aus solchen allgemeinen Empfindungen heraus je nach der persönlichen Weltanschauung auch das gerade Gegenteil deduzierbar ist“<sup>85</sup>. In „Wirtschaft und Gesellschaft“ betonte er, die Be-

<sup>81</sup> Vertiefungen bietet nun *Thomas Duve*, Sonderrecht in der Frühen Neuzeit, Frankfurt a. M. 2008.

<sup>82</sup> Prägnant hierzu *Pio Caroni*, Art. Kodifikation, in: Enzyklopädie der Neuzeit Bd. 6, Stuttgart 2007, Sp. 857 f.

<sup>83</sup> *Gustav Planck*, Zur Kritik des Entwurfs eines bürgerlichen Gesetzbuchs, Archiv für civilistische Praxis 75, 1889, S. 327 f.; *Tilman Repgen*, Die soziale Aufgabe des Privatrechts, Tübingen 2001, S. 68 f., 112 f.

<sup>84</sup> *Otto v. Gierke*, Zusammenstellung der gutachtlichen Äußerungen zu dem Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuches, Bd. IV, Berlin 1890, 207 ff.: „Es sind echt germanische und echt christliche Grundsätze, daß es kein Recht ohne Pflicht gibt, daß jedes Recht seine Schranke in sich trägt, daß die Befugnisse zum Schutze vernünftiger Interessen dienen und durch diesen ihren Zweck begrenzt sind.“; hierzu *HKK-Duve/Haferkamp*, § 242, Rn. 54, 83 ff.; zu den rechtspolitischen und dogmatischen Folgen der Gegensätze von „Innen- und „Außentheorie“ privatrechtlich *Joachim Rückert*, Zur Legitimation der Vertragsfreiheit im 19. Jahrhundert, in: Diethelm Klippel (Hg.), Naturrecht im 19. Jahrhundert. Kontinuität – Inhalt – Funktion – Wirkung, Goldbach 1997, S. 135 ff., 140 f.; staatsrechtlich *Otto Depenheuer*, Grundrechte und Konservatismus, in: Detlef Merten u.a. (Hgg.), Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa, Band I, Heidelberg 2003, Rn. 52 ff.

<sup>85</sup> *Max Weber*, Rezension zu: Philipp Lotmar: Der Arbeitsvertrag nach dem Privatrecht des deutschen Reiches. 1. Bd. (1902), in: Archiv für soziale Gesetzgebung und Statistik 17 (1902), S. 723 ff., 730 Fn. 1; vgl. auch *ders.*: Wirtschaft und Gesellschaft (Fn. 135), Kap. VII, § 8; vgl. *Joachim Rück-*

rücksichtigung bestimmter ökonomischer Effekte und wirtschaftlicher Erwartungshaltungen im Privatrecht sei „rechtslogisch gesehen, irrational“. Er warnte davor, eine Entrationalisierung des Rechts führe zu einer Instrumentalisierung des Rechts durch „materiale Gerechtigkeitsanforderungen sozialer Klasseninteressen und Ideologien, durch die auch heute wirksame Natur bestimmter politischer, speziell autokratischer und demokratischer Herrschaftsformen sowie derjenigen Anschauungen über den Zweck des Rechts, welche ihnen adäquat sind“<sup>86</sup>. Form als „Zwillingschwester der Freiheit“<sup>87</sup>. Auch Max Weber träumte noch von einem „reinen Recht“.

---

ert, Die Unmöglichkeit und Annahmeverzug im Dienst- und Arbeitsvertrag, ZfA 1983, 1 ff., 13 Fn. 49; Rainer Schröder, Die Entwicklung des Kartellrechts und des kollektiven Arbeitsrechts durch die Rechtsprechung des Reichsgerichts vor 1914, Ebelsbach 1988, 516 f.

<sup>86</sup> Max Weber, Wirtschaft und Gesellschaft. Grundriss der verstehenden Soziologie, hier nach 6. Aufl. Frankfurt a.M. 1976, Kap. VII, § 8: Die formalen Qualitäten des modernen Rechts (entstanden zwischen 1911 und 1913), S. 512 f.

<sup>87</sup> Max Weber: Rez. Lotmar (Fn. 85), S. 725; zu diesen Zusammenhängen Peter Oestmann, Die Zwillingschwester der Freiheit. Die Form im Recht als Problem der Rechtsgeschichte, in: ders., Zwischen Formstrenge und Billigkeit. Forschungen zum vormodernen Zivilprozeß, Köln 2009, S. 1 ff.