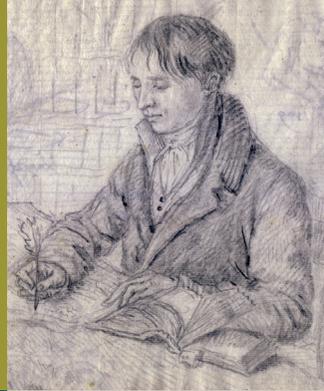


Stephan Meder

SAVIGNYS WEG IN DIE JURISTISCHE MODERNE

ROMANTIK, GENDER, RELIGION, WISSENSCHAFT



SCHWABE VERLAG



Stephan Meder

Savignys Weg in die juristische Moderne

Romantik, Gender, Religion, Wissenschaft

Schwabe Verlag



MIX
Papier aus verantwortungsvollen Quellen
FSC® C083411

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek

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

© 2023 Schwabe Verlag Berlin GmbH

Dieses Werk ist urheberrechtlich geschützt. Das Werk einschließlich seiner Teile darf ohne schriftliche Genehmigung des Verlages in keiner Form reproduziert oder elektronisch verarbeitet, vervielfältigt, zugänglich gemacht oder verbreitet werden.

Abbildung Umschlag: Friedrich Carl von Savigny, Zeichnung von Ludwig Emil Grimm; 31.12.1809 (Städtische Museen Hanau, Schloss Philippsruhe; Inventar-Nr. 6480)

Cover: Kathrin Strohschnieder, Zunder & Stroh, Oldenburg

Layout: icona basel gmbh, Basel

Satz: 3w+p, Rimpfar

Druck: CPI books GmbH, Leck

Printed in Germany

ISBN Printausgabe 978-3-7574-0108-5

ISBN eBook (PDF) 978-3-7574-0109-2

DOI 10.31267/978-3-7574-0109-2

Das eBook ist seitenidentisch mit der gedruckten Ausgabe und erlaubt Volltextsuche.

Zudem sind Inhaltsverzeichnis und Überschriften verlinkt.

rights@schwabeverlag.de
www.schwabeverlag.de

Inhaltsübersicht

| | |
|--|------------|
| Vorwort | 17 |
| 1. Kapitel Einleitung | 19 |
| Teil 1 Der junge Savigny – zwischen Frühromantik und Rechtswissenschaft | 61 |
| 2. Kapitel Jenseits des kantischen Systems: Symphilosophie, Kunstmoral, Primat des Besonderen | 67 |
| 3. Kapitel Gesellschaftliche Differenzierung und Gleichberechtigung: Auftakt zu einer Theorie der Moderne | 93 |
| 4. Kapitel Karoline von Günderrode, der Republikanismus-Vorwurf und das Ideal romantischer Liebe | 123 |
| 5. Kapitel Kannte Karoline von Günderrode Hölderlin? Das Rätsel um die Abschrift in Savignys Mappe | 151 |
| 6. Kapitel Fortsetzung: Konstellationen statt Einflüsse | 165 |
| Teil 2 Judenfeindlichkeit bei Savigny? | 185 |
| 7. Kapitel Savigny und die Juden I: Marburg 1805–1806 | 187 |
| 8. Kapitel Savigny und die Juden II: Die Rezension der «Ideen zu einer neuen Civil-Gesetzgebung» von 1816 | 221 |
| 9. Kapitel Savigny und die Juden III: War Savigny ein Antijudaist? | 249 |
| 10. Kapitel «Einfluss» der Erweckungsbewegung auf einen (angeblichen) «Antijudaismus» bei Savigny? | 289 |
| 11. Kapitel «Einfluss» der Erweckungsbewegung auf einen (angeblichen) «Antijudaismus» bei Stahl? | 317 |

| | |
|---|------------|
| Teil 3 «Autonomie» als Kernelement von Savignys Methodenprogramm | 339 |
| 12. Kapitel Römisches Recht im «christlichen Staat»? Autonomie und Reflexivität als Merkmale der juristischen Moderne | 343 |
| Schlussbemerkung: Begriffsjurisprudenz ohne «Begriffsjurisprudenz»? | 403 |
| Quellen- und Literaturverzeichnis | 431 |
| Personenregister | 463 |
| Sach- und Ortsregister | 469 |

Inhalt

| | |
|---|----|
| Vorwort | 17 |
| 1. Kapitel Einleitung | 19 |
| I. Die Frage nach dem Kontext: Zwischen Aufklärungsjurisprudenz und Romantik | 19 |
| II. Die Lektüre von Jhering: Savigny als Kantianer | 22 |
| III. Die Lektüre in der ersten Hälfte des 20. Jahrhunderts: Savigny als Begriffsjurist | 25 |
| 1) Begriffsjurisprudenz versus Romantik | 26 |
| 2) Vereinnahmungen durch die NS-Jurisprudenz | 31 |
| IV. Savigny durch die Brille des Freirechts in der zweiten Hälfte des 20. Jahrhunderts: Franz Wieacker | 33 |
| 1) Wirrwarr der Stilelemente: Humanismus, Vernunftrecht, Klassik, Romantik | 34 |
| 2) Geschichtsphilosophische Irritationen | 36 |
| 3) Zwischenergebnis | 39 |
| V. Savigny nach der Wende zum 21. Jahrhundert | 39 |
| 1) Angemessene Würdigung der Leistungen des 19. Jahrhunderts als Desiderat der Wissenschaft | 40 |
| 2) «Begriffsjurisprudenz» in den Einleitungen des «Palandt» von 1981 bis 2022 | 42 |
| VI. Savigny und die «Dialektik der Aufklärung»: Aufklärung als «Vehikel des Fortschritts und zugleich der Regression» | 45 |
| 1) Epochen der Rechtsgeschichte: Kreisförmige Bewegung von Fortschritt und Regression | 45 |
| 2) Die Epoche «nach der Aufklärung» als der «zweite entscheidende Schritt zur europäischen Moderne» | 47 |
| 3) Resümee | 49 |

| | |
|--|----|
| VII. Gang der Untersuchung | 50 |
| 1) Der erste Teil: Der junge Savigny – zwischen Frühromantik und Rechtswissenschaft (Kapitel 2–6) | 50 |
| 2) Der zweite Teil: Judenfeindlichkeit bei Savigny? (Kapitel 7–11) | 54 |
| 3) Der dritte Teil: «Autonomie» als Kernelement von Savignys Methodenprogramm (Kapitel 12 und Schlussbemerkung) ... | 57 |

Teil 1 Der junge Savigny – zwischen Frühromantik und Rechtswissenschaft

| | |
|--|----|
| 2. Kapitel Jenseits des kantischen Systems: Symphilosophie, Kunstmoral, Primat des Besonderen | 67 |
| I. Politik der freien Geselligkeit: Neue Formen der Gruppenbildung ... | 68 |
| II. Savigny über Geselligkeit, Freundschaft und Liebe | 71 |
| 1) Was «in Kants System durchaus fremd sey» | 71 |
| 2) Folgerungen für das Recht | 73 |
| III. Mit der Aufklärung über die Aufklärung hinaus | 75 |
| 1) Gegen den Trott des «gewöhnlichen Lebens» | 76 |
| 2) Neue Systementwürfe im Zeichen eines Primats des Besonderen vor dem Allgemeinen | 77 |
| 3) Kritik der instrumentellen Vernunft | 80 |
| 4) Exkurs: <i>Deus in nobis, civitas dei</i> und romantischer Messianismus | 83 |
| IV. Kritik des mechanistischen Paradigmas beim jungen Savigny | 86 |
| V. Zum Problem der Meinungsfreiheit und der Manipulation durch «Partei- und Sektenabsicht» | 89 |

| | |
|--|----|
| 3. Kapitel Gesellschaftliche Differenzierung und Gleichberechtigung: Auftakt zu einer Theorie der Moderne | 93 |
| I. Autonomie, Selbstreferenz, Reflexivität: «Aktuelle Anwendbarkeit» der Frühromantik «für eine Theorie der Moderne»? | 94 |
| 1) Zur «prinzipiellen Rehabilitierung» von Friedrich Schlegel ... | 94 |
| 2) Der Jurist als solcher: «Prototyp eines selbstreferenziell geschlossenen Systems»? | 97 |

| | | |
|-------------------|--|------------|
| II. | Friedrich Schlegels Entwurf einer neuen «Theorie der Weiblichkeit» | 100 |
| 1) | Kritik des bürgerlichen Modells der Geschlechterrollen | 102 |
| 2) | Exkurs: <i>Deus in nobis</i> als Element einer intersubjektiven Konzeption der Moral | 103 |
| III. | Savignys Reaktion auf Friedrich Schlegels «Theorie der Weiblichkeit» | 106 |
| IV. | Friedrich Schleiermacher: Die Frauen als «Stifter der besseren Gesellschaft» | 110 |
| V. | Forderung des jungen Savigny: Ein Platz für Frauen als «selbständige Wesen» | 112 |
| VI. | «Lieber Freund»: Savigny an Karoline von Günderrode | 114 |
| VII. | Folgerungen für das Familienrecht | 117 |
| | | |
| 4. Kapitel | Karoline von Günderrode, der Republikanismus-Vorwurf und das Ideal romantischer Liebe | 123 |
| I. | Keine Scheu vor allem, «was nur jemals die Gelehrsamkeit berührt hat» | 123 |
| II. | Erzkonservativer Monarchismus versus republikanische Gesinnung? | 125 |
| 1) | Der Republikanismus-Vorwurf | 125 |
| 2) | «Republikanismus» als Auslöser des Streits zwischen Hegel und Gans | 127 |
| 3) | Savigny – ein «erkonservativer Monarchist»? | 129 |
| 4) | Savigny im Visier der Demagogenverfolger | 132 |
| III. | «Und beinahe liebe ich ihn zu sehr, zu uneigennützig» | 135 |
| IV. | Zwischenergebnis: Brüche und Abweichungen vom herkömmlichen Verständnis romantischer Liebe | 139 |
| 1) | Zur «quantitativen Bestimmung» romantischer Liebe | 140 |
| 2) | Freundschaft und Geschwisterliebe im Schatten romantischer Liebe | 142 |
| V. | Die «Sache», die zwischen Karoline, Gunda und Savigny verhandelt wird | 144 |

| | | |
|-------------------|--|-----|
| 5. Kapitel | Kannte Karoline von Günderrode Hölderlin? Das Rätsel um die Abschrift in Savignys Mappe | 151 |
| I. | Nachbarinnen: Karoline von Günderrode und Hölderlins ‹Diotima› | 152 |
| II. | Das Rätsel um die Hölderlin-Abschrift in Savignys Mappe | 154 |
| III. | Susette Gonthard und Gunda Brentano – gemeinsame Reise nach Weimar und Jena im Sommer 1799 | 156 |
| IV. | ‹Dem Weg von Hölderlin zu Savigny nachspüren: Wer war die Vermittlerperson?› | 158 |
| | 1) Karoline von Günderrode liest Hölderlins Hyperion | 159 |
| | 2) Clemens Brentano trifft Isaac von Sinclair | 161 |
| | 3) Bettines Anteilnahme an Hölderlins Schicksal | 162 |
| V. | Ausblick | 163 |
| 6. Kapitel | Fortsetzung: Konstellationen statt Einflüsse | 165 |
| I. | Das Konditionalschema als kausal-mechanische Methode | 165 |
| II. | «Ableitungen» und «Abhängigkeiten»: Merkmale der kausal-mechanischen Methode | 167 |
| III. | Konstellationen statt Einflüsse | 170 |
| IV. | Der «Grunddefekt» par excellence: Das Fortschrittsdenken der Aufklärung | 171 |
| V. | Gemeinsame Denkräume statt ‹Einflüsse› | 172 |
| VI. | Autonome Rechtswissenschaft: Vorbilder im Römischen Recht und im Gelehrten Recht | 176 |
| | 1) Autonomie der Jurisprudenz im entwickelten römischen Recht | 177 |
| | 2) Autonomie der Wissenschaft im gelehrten Recht des Mittelalters | 179 |

Teil 2 Judenfeindlichkeit bei Savigny?

| | |
|--|---------|
| 7. Kapitel Savigny und die Juden I: Marburg 1805–1806 | 187 |
| I. Bettine Brentanos Aufzeichnungen über ihre Freundschaft mit dem Juden Ephraim | 188 |
| 1) Von Marburg nach Paris und zurück: Savignys «trefflicher Lehrer Weis» | 189 |
| 2) Die beiden jüngsten Brentano-Schwwestern Bettine und Meline 1805 und 1806 in Marburg | 193 |
| 3) Bettine im Kreis des Marburger Universitätslebens | 195 |
| 4) «Weißt Du denn, wer meine erste Bekanntschaft ist, die ich hier gemacht hab?» | 196 |
| II. Bettine als «Protektor» und «kleiner Nothelfer» der Juden | 198 |
| 1) Bettines Begegnung mit der Jüdin Veilchen im «Frühlingskranz» | 199 |
| 2) Der Streit über die Frankfurter «Städtigkeit» von 1807: Goethes Anfrage bei Bettine | 201 |
| 3) Bettines Selbstgespräche mit Savigny über Vorurteile gegen Juden | 205 |
| 4) Der Dialog über Ephraim zwischen Bettine und den «Savignys» im Forsthof | 208 |
| III. Resümee und Ausblick: War die Frühromantik antijüdisch? | 210 |
| 1) Zur Methode: Drei Interpretationslinien | 211 |
| 2) Folgerungen für die Savigny-Forschung | 216 |
| IV. Nachtrag – zu einem Kommentar von Adolf Stoll: «Weltbürgertümelei» oder «durch und durch deutsch»? | 217 |
| 8. Kapitel Savigny und die Juden II: Die Rezension der «Ideen zu einer neuen Civil-Gesetzgebung» von 1816 | 221 |
| I. War Savigny ein lernfähiger Denker? | 221 |
| II. Savignys Rezension des Werks von Pfeiffer: Zur Differenz von Einheimischen und Fremden | 225 |
| III. Keine «Härte und Unmenschlichkeit» gegen Fremde: Der Fall Brogi als Beispiel | 228 |
| 1) Niebuhrs Bittschrift an den Syndikus Johann Albrecht Friedrich Eichhorn | 228 |
| 2) Universitätspolitische Streitigkeiten: Schleiermacher versus Fichte | 230 |

| | | |
|-------------------|--|------------|
| 3) | Savignys Votum im Fall Brogi vom 23. März 1812 | 233 |
| 4) | Fehldeutungen des Begriffs «Sitte»: Nur «mechanischer Cultus», keine Sitte? | 235 |
| IV. | Exkurs: Savigny versus Kant – Das Judentum als Religion ernst genommen | 237 |
| 1) | Reflexionen über «Polemik» und «Formendienst» im Brief an Jacob Grimm vom 29. Dezember 1817 | 237 |
| 2) | Die Befähigung der Juden zu einem «inneren Zeugnis»: Brief an Ringseis vom 1. Februar 1817 | 238 |
| 3) | Verfehlungen der Juden als «Denkzeichen»: Zwei Briefe aus dem Jahre 1821 | 241 |
| 4) | Toleranz auch gegenüber Heiden und Atheisten: Brief an Sohn Leo Ostern 1836 | 243 |
| V. | Fortsetzung: «Sitte» als soziales Verhaltensmuster | 245 |
| VI. | Zwischenergebnis | 246 |
| | | |
| 9. Kapitel | Savigny und die Juden III: War Savigny ein Antijudaist? | 249 |
| I. | Gründe für die Ablehnung einer politischen und rechtlichen Gleichheit der Juden | 250 |
| 1) | Für immer «Fremdlinge» aufgrund «unglückseliger Nationalexistenz»? | 250 |
| 2) | Ist die Behauptung einer eigenen Nationalexistenz der Juden «antijudaistisch»? | 252 |
| 3) | Entweder individuelle oder kollektive Gleichstellung der Juden | 254 |
| 4) | Zwar «menschenfreundlich», aber «nichts weniger als wohlthätig» | 258 |
| 5) | «Trostlose Aufklärerey»? | 259 |
| II. | Zwischenergebnis | 263 |
| III. | Rechtliche Gleichbehandlung der Juden in Savignys rechtswissenschaftlichem Hauptwerk | 266 |
| 1) | Savignys Überlegungen zur «Assimilation» | 267 |
| 2) | «Ein Hinweis auf die Aufgabe des sittlich-religiösen Begründungsmusters für den Antijudaismus (1849)» | 269 |
| IV. | Resümee | 271 |

| | | |
|----|--|-----|
| V. | Anhang: Der Streit mit Gans und das Gutachten über den Gesetzentwurf einer Judenordnung von 1823 | 273 |
| 1) | Der Streit mit Eduard Gans | 274 |
| | Einwände von Gans gegen Savigny | 276 |
| | Die Kontroverse über das Gewohnheitsrecht | 278 |
| | Rechtskunde oder Rechtswissenschaft? | 280 |
| | Persisches, indisches, chinesisches oder römisches Recht? ... | 282 |
| 2) | «Antijudaismus» – ein Hindernis für eine Annäherung Savignys an Gans? | 284 |
| 3) | Savignys Gutachten über den Gesetzentwurf einer Judenordnung von 1823 | 286 |

10. Kapitel «Einfluss» der Erweckungsbewegung auf einen (angeblichen) «Antijudaismus» bei Savigny? 289

| | | |
|------|---|-----|
| I. | Zur Vorgeschichte des «in Bayern erfahrenen Einflusses der Erweckungsbewegung» | 290 |
| II. | «Christliche Rückbesinnung gegen Aufklärungstheologien» als Nährboden für Antijudaismus? | 291 |
| 1) | Kausalitäten zwischen Erweckungsbewegung und «christlich fundiertem Antijudaismus»? | 293 |
| 2) | Anliegen und Merkmale der Allgäuer Erweckungsbewegung | 295 |
| 3) | Exkurs: Friedrich Schleiermacher und die Erweckungsbewegung | 298 |
| 4) | Fortsetzung: Unterschiede der Erweckungsbewegung zur orthodoxen Kirche | 300 |
| 5) | Die besondere Rolle der Frauen | 303 |
| 6) | Zwischenergebnis | 304 |
| III. | Das besondere Interesse von Pietismus und Erweckungstheologie am Judentum | 305 |
| IV. | Der reformierte Theologe Johann Christian Gottlob Ludwig Krafft über Israel, die Juden und das Alte Testament | 308 |
| V. | Zwischenergebnis und Ausblick: Konversion versus Eschatologie ... | 312 |

11. Kapitel «Einfluss» der Erweckungsbewegung auf einen (angeblichen) «Antijudaismus» bei Stahl? 317

| | | |
|----|--|-----|
| I. | Friedrich Julius Stahl: Stationen seines Lebens und Laufbahn als Hochschullehrer | 317 |
|----|--|-----|

| | | |
|------|---|-----|
| II. | «Der christliche Staat und sein Verhältnis zu Deismus und Judentum» | 319 |
| III. | Zwischen den «beiden Polen des ächten selbständigen Judenthums» | 322 |
| IV. | Stahls Argumente für den Ausschluss der Juden aus der Universitätslaufbahn | 323 |
| | 1) Erwartung der Wiederherstellung des Tempelstaates | 324 |
| | 2) Gründe gegen eine Assimilation der Juden | 325 |
| | 3) Das Kriterium der Differenz: Fremdheit der Juden | 327 |
| V. | Zwischen Assimilation und Konversion: Eigenständigkeit des Judentums als dritter Weg? | 329 |
| | 1) Konvergenzen mit erweckungstheologischen Positionen | 329 |
| | 2) Neue Gründe gegen «Assimilation» | 331 |
| VI. | Savignys Position von 1816 im Licht von Stahls Differenzidee | 332 |
| VII. | Überlegungen zur Assimilation im ersten Band des Systems des heutigen Römischen Rechts von 1840 | 335 |

Teil 3 «Autonomie» als Kernelement von Savignys Methodenprogramm

| | | |
|--------------------|--|------------|
| 12. Kapitel | Römisches Recht im «christlichen Staat»? Autonomie und Reflexivität als Merkmale der juristischen Moderne | 343 |
| I. | Spuren von Religion im Rechtsdenken Savignys | 344 |
| II. | Von der Gefühlsreligion zur Begriffsjurisprudenz? | 346 |
| III. | Von der Begriffsjurisprudenz zur Gefühlsjurisprudenz? | 348 |
| | 1) «Selbstspezifikation der Elemente des Systems durch das System» | 349 |
| | 2) Die Entscheidung des Juristen « <i>modo legislatoris</i> » | 353 |
| IV. | Griechisch-römisches Altertum und europäisches Christentum: Wo liegen die Verbindungen? | 355 |
| | 1) Übereinstimmungen oder Unterschiede? Ein geschichtsphilosophisches Problem | 356 |
| | 2) <i>Querelle des anciens et des modernes</i> : Das römische Recht als Bildungsmittel | 359 |

| | | |
|-------|---|------------|
| 3) | Zur Grundlegung einer Wissenschaft außerhalb der christlichen Epoche | 363 |
| V. | «Christliche Rechtswissenschaft» statt romanistischem Wissenschaftsprogramm? | 366 |
| 1) | Die «Erinnerung» von Moritz August von Bethmann-Hollweg aus dem Jahre 1867 | 366 |
| 2) | Strikte Trennung von Recht und Sitte als Merkmal der Privatrechtswissenschaft im 19. Jahrhundert? | 368 |
| 3) | Ethische Defizite im Privatrecht als Folge einer «christlichen Rechtswissenschaft»? | 372 |
| 4) | Zur Aktualität der Bestimmung von Recht und Sitte durch die Romanisten | 374 |
| VI. | «Von frei zu sozial»: Die Vermengung zweier Epochen der Rechtsgeschichte am Beispiel der «Politik» von Friedrich Julius Stahl | 377 |
| VII. | Stahl zum Terminus «Historische Rechtsschule»: Epoche statt Schule? | 381 |
| VIII. | Koinzidenzen von Religion und Wissenschaft bei Savigny | 385 |
| 1) | Opposition auch gegen kirchliche Ableger des Absolutismus | 386 |
| 2) | «Weitgehende Parallelen zwischen der rechtswissenschaftlichen und der theologischen Erkenntnis»? | 388 |
| IX. | Keine «Vermischung verschiedener Gebiete des Denkens»: Das «Daseyn» des Rechts «ist ein selbständiges» | 390 |
| 1) | Unterschiede zwischen Religion und Wissenschaft | 391 |
| 2) | «Autonomie» als Merkmal der juristischen Moderne | 394 |
| | Selbständigkeit des Rechts gegenüber der Ethik | 394 |
| | Selbständigkeit des Rechts gegenüber der Geschichte | 395 |
| | Selbständigkeit des Rechts gegenüber dem Staat | 397 |
| | Selbständigkeit des Rechts gegenüber der Religion | 401 |
| | Schlussbemerkung : Begriffsjurisprudenz ohne «Begriffsjurisprudenz»? | 403 |
| | Erstaunliche Beharrlichkeit der Resultate überkommener Formalismusforschung | 403 |
| | Erstaunliche Langlebigkeit auch des Subjektivismus-Vorwurfs | 405 |

| | |
|---|-----|
| Reprise des Subjektivismus-Arguments nach der Wende zum 21. Jahrhundert | 408 |
| «Ein Recht, das sich selbst macht»? Fremdsteuerung durch Selbststeuerung | 409 |
| Der «praktische Rechtsgelehrte» – ein Relikt vergangener Zeiten? | 411 |
| «Auseinanderdenken des Römischen und des heutigen Rechts» | 414 |
| Die Beschreibung autonomer Rechtssysteme als «theoriehaltige» Gebilde | 416 |
| Aussonderung der Rechtsgeschichte aus dem Rechtssystem? | 418 |
| Aussonderung der Rechtswissenschaft aus dem Rechtssystem? | 422 |
| Statt eines Resümees: Eher Hegel als Savigny? | 427 |
| Quellen- und Literaturverzeichnis | 431 |
| Personenregister | 463 |
| Sach- und Ortsregister | 469 |

Vorwort

Obwohl im vergangenen Jahrhundert große Teile auch der ungedruckten Schriften Savignys, etwa Briefe oder Vorlesungen, ediert wurden, liegen die geistesgeschichtlichen und wissenschaftstheoretischen Grundlagen seines Denkens noch weithin im Dunkeln: Begriffs- und Gefühlsjurisprudenz, Klassik und Romantik, Philosophie und Nichtphilosophie, christliche und autonome Rechtswissenschaft, Objektivismus und Subjektivismus, Historismus und Gegenwartsbedeutung, Idealismus und Positivismus, Theorie und Praxis gehören zu den Gegensatzpaaren und Schlagworten, um welche die Diskussionen nach wie vor kreisen. Hinzu kommen Fragen nach dem System und dem Verhältnis der Jurisprudenz zum Staat, zur Politik, zur Ethik und zur Kunst, Wirtschaft, Religion, Geschichte und Wissenschaft. Diese Themen müssen schon aus dem Grund interessieren, weil sie den Schlüssel zum Verständnis eines denkwürdigen Autonomisierungsprozesses bilden, der an der Schwelle zum 19. Jahrhundert einsetzte und im Folgenden unter dem Stichwort der ‚juristischen Moderne‘ erörtert werden wird. Dass die neue Richtung einer «Wissenschaft, die ein Jahrhundert hindurch in Deutschland herrschte» (Landsberg) und deren Errungenschaften heute zu einer unhintergehbaren Realität geworden sind, auf das engste mit der Person und dem Werk Savignys verbunden ist, haben sogar seine größten Widersacher schon frühzeitig behauptet. So gelangte Eduard Gans – geistig ein Kind des objektiven Idealismus – wenige Jahre nach Erscheinen von Hegels «Grundlinien der Philosophie des Rechts» zu der Einsicht: «Allerdings muß ich, wenn ich von der historischen Schule spreche, an Herrn *von Savigny* denken, weil er meiner Meinung nach, ganz allein der Nerv, die Kraft, und die Bedeutung dieser Schule ist».

In der Entstehungsphase dieses Buches habe ich von vielen Seiten Hilfe erfahren. Mein Dank gebührt insbesondere Frau Stefanie Reuß für die kompetente Redaktion des Manuskripts. Darüber hinaus danke ich Frau Ina Krückeberg für die Unterstützung bei den Korrekturen. Herrn Cedric Kühn schulde ich Dank für die zum Teil aufwendigen und komplexen Literaturrecherchen. Frau Katharina Lakisa danke ich für die Anfertigung der Register. Und schließlich danke ich Frau Ruth Vachek und Herrn Christian Barth vom Schwabe Verlag für die hervorragende verlegerische Betreuung.

1. Kapitel Einleitung

«Dieser Mensch ist wie ein inhaltsreiches tiefes Buch, das man lange studieren kann, ohne es ganz zu erkennen.» Mit diesen Worten versucht der Altphilologe und Mythenforscher Friedrich Creuzer am 25. Dezember 1804 auf Anfrage von Susanne von Heyden, einer Freundin der Dichterin Karoline von Günderode, ein Charakterbild des Rechtsgelehrten Friedrich Carl von Savigny (1779–1861) zu entwerfen.¹ Seit Savignys Tod sind viele seiner ursprünglich nicht zur Veröffentlichung gedachten Aufzeichnungen, Entwürfe, Manuskripte, Notizen und Briefe gesammelt und ediert worden. Aber trotz der Fülle an Materialien gilt noch heute, was Friedrich Creuzer 1804 bekundete. Wer das Werk im Ganzen überblicken möchte, wird sich rasch eingestehen müssen: Savignys Schriften sind wie ein riesiges, überdimensioniertes Buch, das selbst die eifrigsten Leserinnen und Leser nur in Ansätzen entziffern können. Über die Ursachen der Schwierigkeiten scheint heute weitgehende Einigkeit zu herrschen. Sie rühren daher, dass das wissenschaftliche Werk interdisziplinär angelegt ist: Es gibt eine Verwandtschaft mit differierenden Denkmodellen und literarischen Erscheinungsformen, die wir, in Savignys Worten: «in ähnlicher Weise auch in anderen geistigen Gebieten wahrnehmen».²

I. Die Frage nach dem Kontext: Zwischen Aufklärungsjurisprudenz und Romantik

Wer also, um ein Beispiel zu nennen, Savignys Schriften als Juristin oder Jurist (oder zumindest als Rechtshistorikerin oder Rechtshistoriker) erkunden möchte, sollte auch eine Vorstellung davon haben, welche Disziplinen er mit den «anderen geistigen Gebieten» gemeint haben könnte. Und wer eines seiner Bücher aus philosophischer, altphilologischer oder literaturwissenschaftlicher Perspektive

¹ Friedrich Creuzers Brief an Susanne von Heyden (1775–1845) ist abgedruckt bei Hermann Kantorowicz, Savignybriefe, in: Neues Archiv für die Geschichte der Stadt Heidelberg und der Kurpfalz 13 (1924), S. 57–114, 112–114, 113 (im Anhang). Savigny weilte damals in Paris, um romanistische Quellenstudien zu betreiben (7. Kapitel I 1), während Friedrich Creuzer und Karoline von Günderode eine geheime Liebesbeziehung führten. Susanne von Heyden gehörte als beste Freundin zu den wenigen, die eingeweiht waren (4. Kapitel V a.E.).

² Savigny, System des heutigen römischen Rechts, Bd. I (1840), S. XXXI (Vorrede).

liest, muss bereit sein, sich in Grundsatzfragen der Jurisprudenz, Dogmatik, Rechtsquellenlehre und des römischen Rechts hineinzudenken. Hinzu kommt, dass Savigny, vor allem in Briefen, anspruchsvolle theologische Überlegungen anstellt, die erst in jüngerer Zeit zum Gegenstand der Forschung gemacht wurden. In welchem Verhältnis steht die Theologie zu jener Jurisprudenz, die Savigny als Wissenschaft entworfen hat? Das ist eine Frage, die vor allem seit Bekanntwerden der erweckungsbewegten Seite seiner Persönlichkeit aufgeworfen wurde. Bevor darauf zurückzukommen ist, darf festgehalten werden: Savignys wissenschaftliches Werk weist über die Beschränkungen der juristischen Disziplinen weit hinaus und muss innerhalb eines breiteren geistesgeschichtlichen Kontextes verstanden werden. Aber welcher Kontext soll das sein? Schon bei dieser Frage scheiden sich die Geister.

Savigny hat sich wiederholt über kulturgeschichtliche Epochen geäußert und dabei aus seinen Neigungen und Abneigungen kein Hehl gemacht. Seine Wissenschaft harmoniert im Kern mit einer kulturellen Strömung, die in der goethezeitlichen «*querelle des anciens et des modernes*» einen Ausdruck gefunden hat. Diese – auch «Literaturstreit» genannte – «*querelle*» bildet den Zusammenhang mit jenen «anderen geistigen Gebieten», auf die Savigny wiederholt hingewiesen hat.³ Er sagt also selbst, das antike Denken würde seiner Wissenschaft einen normativen Rahmen bieten, in dem auch Herder, Goethe, Schiller, Humboldt oder Friedrich Schlegel ihre Ideen entwickelt haben. Dass er sich mehr dem römischen Altertum zuwandte, während andere eher die Griechen entdeckten, spielt dabei keine Rolle. Savigny hat uns aber nicht nur über die geistesgeschichtlichen Anschlüsse, sondern auch über die epochalen Gegenspieler seiner Wissenschaft informiert. Seine Vorbehalte richten sich bekanntlich gegen das Vernunftrecht, dessen Merkmale unter Stichworten wie Rationalismus, Naturrecht, Aufklärung, Absolutismus oder Voluntarismus diskutiert werden.⁴ Wie die Neigungen müssen selbstverständlich auch die Abneigungen in einem größeren kulturellen Kontext gesehen werden: Es sind die gleichen Vorbehalte, die wir «auch in anderen geistigen Gebieten wahrnehmen».

Auf den ersten Blick lassen die Befunde vermuten, der Kontext könne mit Hilfe eines simplen Schemas identifiziert werden: Danach wären die Anhänger der Aufklärung ihren Feinden gegenüberzustellen, wobei die ersten oft als fortschrittlich, reformfreudig, innovativ und vorwärtsgewandt beschrieben werden,

3 Wie schon angedeutet z. B. im System I (Fn. 2), S. XXXI (zur «*querelle*» siehe 12. Kapitel IV 2).

4 Als Metapher für Voluntarismus zieht sich die Verwerfung der «Willkür» wie ein roter Faden durch Savignys gesamtes Werk. Ein häufiger zitiertes Beispiel bilden die Ausführungen im Brief an Wilhelm Grimm vom 29. April 1814, in: Adolf Stoll, Friedrich Karl v. Savigny, Bd. II: Professorenjahre in Berlin 1810–1842 (1929), S. 113f. (Hauptsache sei es, «wahr zu sein, d. h. nichts mit Willkür machen zu wollen»).

während die letzteren konservativ, rückschrittlich, restaurativ oder gar reaktionär sein sollen. Die Dinge liegen aber komplizierter. Schon der Terminus «System», den Savigny für den Titel seines rechtswissenschaftlichen Hauptwerks wählte, lässt vermuten, dass er der Ratio und letztlich auch der Aufklärung keine generelle Absage erteilen wollte.⁵ Hinzu kommt, dass sein «System» auf einer Abgrenzung formaler Freiheitssphären und der «jedem einzelnen Willen inwohnenden Kraft» fußt.⁶ Nicht zu Unrecht ist daher schon häufiger eine Nähe Savignys zum Rechtsdenken von Kant und zum rechtswissenschaftlichen Formalismus des Vernunftrechts behauptet worden.⁷ Die Bestimmung des Rechts als Grenze hat Savigny im berühmten § 52 seines «Systems» mit den Worten formuliert:

«Der Mensch steht inmitten der äußeren Welt, und das wichtigste Element in dieser seiner Umgebung ist ihm die Berührung mit denen, die ihm gleich sind durch ihre Natur und Bestimmung. Sollen nun in solcher Berührung freye Wesen neben einander bestehen, sich gegenseitig fördernd, nicht hemmend, in ihrer Entwicklung, so ist dieses nur möglich durch Anerkennung einer unsichtbaren Gränze, innerhalb welcher das Daseyn, und die Wirksamkeit jedes Einzelnen einen sichern, freyen Raum gewinne. Die Regel, worduch jene Gränze und durch sie dieser freye Raum bestimmt wird, ist das Recht.»⁸

Angenommen, es bestünde tatsächlich eine Nähe zum Vernunftrecht des 17. und 18. Jahrhunderts. Würden dann Savignys Klagen über die «trostlose Aufklärung» nicht einen unheilbaren Widerspruch bedeuten?⁹ Könnte es sein, dass er, ohne es zu ahnen, eine Art Kryptovernunftrecht produziert hat? Aber was bedeutet Aufklärung überhaupt? Und wo liegen die Unterschiede zur nachfolgenden Epoche, die gerne mit Etiketten wie Romantik, Konservatismus, Restauration oder Reaktion umschrieben wird? Ist es nötig, zwischen beiden Epochen eine strikte Trennlinie zu ziehen, oder gibt es Überschneidungen, Übergänge und Gemeinsamkeiten? Müssen Savignys Einwände gegen die Aufklärung eine Fortsetzung dieses Projekts zwangsläufig ausschließen? Bevor auf diese Fragen näher eingegangen wird, sei ein bis heute kolportiertes rechtsphilosophisches Narrativ

⁵ Vgl. nur Max Horkheimer, Theodor W. Adorno, Begriff der Aufklärung, in: Dialektik der Aufklärung (1944). Erneut in: Theodor W. Adorno, Gesammelte Schriften, Bd. 3 (1969), 2. Auflage (1984), S. 19–60: Das Ideal der Aufklärung «ist das System, aus dem alles und jedes folgt» (S. 23). Den Systembegriff gab es freilich schon früher; er ist kein Produkt der Aufklärung, siehe Hans-Erich Troje, Wissenschaftlichkeit und System in der Jurisprudenz des 16. Jahrhunderts (1967), in: ders., Humanistische Jurisprudenz (1993), S. 19–44.

⁶ Savigny, System I (Fn. 2), S. 331 f. (§ 52).

⁷ Im Anschluss an Hans Kiefner, Der Einfluss Kants auf Theorie und Praxis des Zivilrechts im 19. Jahrhundert, in: Jürgen Blühdorn, Joachim Ritter (Hgg.), Philosophie und Rechtswissenschaft (1969), S. 3–25 (siehe ferner die Nachweise unten II und IV).

⁸ Savigny, System I (Fn. 2), S. 331 f. (§ 52).

⁹ Siehe z.B. Savigny, Stimmen für und wider neue Gesetzbücher (1816), in: Hans Hattenhauer, Thibaut und Savigny (1973), S. 231–254, 240.

skizziert, das aus der zweiten Hälfte des 19. Jahrhunderts stammt. Es zielt darauf, Savigny zurück ins 18. Jahrhundert zu katapultieren, um sein Rechtsdenken für rückständig und obsolet zu erklären. Im Kern geht es um das immer gleiche Thema: In welchem Verhältnis steht Savignys Modell der Jurisprudenz zu der von Kant formulierten Rechts- und Transzendentalphilosophie?

II. Die Lektüre von Jhering: Savigny als Kantianer

Es war kein Geringerer als Rudolf von Jhering (1818–1892), der Savigny erstmals mit Kant in Verbindung brachte. Den Auftakt bildete sein Nachruf, der 1861, also noch in Savignys Todesjahr, publiziert wurde.¹⁰ Jhering lässt aber nicht locker: Er kommt auf das Thema wiederholt zurück und schildert Kants Philosophie gut zwanzig Jahre später sogar in Dialogen: Kant zufolge würde «die Welt, welche Du bisher wahrzunehmen glaubtest», nur als «Vorstellung» und in Gestalt von «Formen Deiner subjektiven Anschauung» existieren. Die den «Formen» entsprungenen Begriffe «vertragen sich nicht mit dem Leben, sie haben eine Welt für sich nötig, in der sie ganz genau für sich allein existieren, fern von jeglicher Berührung mit dem Leben».¹¹ Jhering beanstandet mithin, dass die Jurisprudenz durch Kants Transzendentalphilosophie zu einer bloß formalen Wissenschaft herabgewürdigt wird, die jeden Bezug zum «Leben» verloren hat und kein «Draußen» mehr kennt.¹²

Tatsächlich verwirklicht Kant zufolge rechtliches Handeln eine Regel der Vernunft, deren Gegenstand «außer dem Begriff gar nicht angetroffen wird».¹³ So ist auch die Freiheit ein «reiner Vernunftbegriff», dem «kein angemessenes Beispiel in irgend einer möglichen Erfahrung gegeben werden kann».¹⁴ Unter den Prämissen einer an Vernunftbegriffen ausgerichteten Philosophie können

¹⁰ Rudolf von Jhering, Friedrich Karl von Savigny (1861), in: ders., Gesammelte Aufsätze aus den Jahrbüchern für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts, Bd. 2 (1882), S. 1–21. Hierzu und zum Folgenden: Meder, Rechtsmaschinen (2020), S. 23–37.

¹¹ Jhering, Scherz und Ernst in der Jurisprudenz (1884), 9. Auflage (1904), S. 247 und 251. Die kritischen Bemerkungen über Kants «philosophischen Idealismus» sind in dem Kapitel «Im juristischen Begriffshimmel» enthalten, wo betont wird, «die reale Welt» sei für Kant «bloßer Schein, bloße Vorstellung des Subjekts» (a.a.O., S. 247–333, 274). Den Hauptpunkt der Kritik bildet mithin der Realitätsverlust des Idealismus, seine Entfernung von der Praxis.

¹² Horkheimer und Adorno haben den Verlust des «Draußen» durch «Immanenz» zu einem Merkmal ihrer Aufklärungskritik erhoben, Begriff der Aufklärung (Fn. 5), S. 32 passim («es darf überhaupt nichts mehr draußen sein, weil die bloße Vorstellung des Draußen die eigentliche Quelle der Angst ist»). Was die Jurisprudenz anbelangt, so darf dieses erkenntnistheoretische «Draußen» durchaus als eine Metapher für «Praxis» angesehen werden.

¹³ Siehe Kant, Kritik der reinen Vernunft, B 505 (S. 481 f.).

¹⁴ Kant, Metaphysik der Sitten (1797), in: Werkausgabe, Bd. VIII, 10. Auflage (1993), S. 326 (Beschränkung des Rechts auf Vernunftbegriffe und seine Verbannung aus der Empirie).

selbst die Umstände des Einzelfalls das Recht nicht mehr in Verlegenheit bringen. So muss Kant z. B. in Kauf nehmen, dass das höchste Recht zur höchsten Rechtsverletzung führen kann: *summum ius summa est iniuria*. Denn «ein Richter» darf «nach unbestimmten Bedingungen nicht sprechen».¹⁵

Aus heutiger Sicht knüpft sich an die Rechtskritik von Jhering eine grundsätzliche Frage, nämlich, ob es «Leben» oder «Draußen» jenseits vernunftgeleiteter oder sprachlicher Formen überhaupt gibt. Unter den Prämissen des sprachwissenschaftlichen Diskursbegriffs und des sogenannten «*linguistic turn*» oder diverser poststrukturalistischer und postmoderner Theorien wäre dies vielleicht zu verneinen.¹⁶ Gleichwohl hat Jhering einen wunden Punkt der kantischen Philosophie getroffen. Wenn Kant sagt, der Gegenstand rechtlichen Handelns könne «außer dem Begriff gar nicht angetroffen» werden, dann liegt es nahe, von «Begriffsjurisprudenz» zu sprechen. Darüber hinaus finden wir bei Jhering eine Vielzahl weiterer Merkmale, die bis heute als Etiketten des rechtswissenschaftlichen Formalismus ausgewiesen werden. Dazu gehört die Behauptung, der Begriffsjurist würde die Entscheidung aus Begriffen im Wege der Deduktion und ohne Folgenabschätzung einfach ableiten. Auch die Gleichung von Jurisprudenz und Mathematik findet bei Jhering bereits Erwähnung. Im Übrigen beruhe die Begriffsjurisprudenz auf der Vorstellung, das Recht sei ein nur der Logik verpflichtetes System, welches seine Prinzipien unabhängig von der sozialen Wirklichkeit entwickle.¹⁷

Alles in allem ist es Jhering gelungen, die Zusammenhänge zwischen Transzendental- und Rechtsphilosophie darzulegen und plausibel zu machen, warum eine an Vernunftbegriffen ausgerichtete Rechtslehre den Bedürfnissen der Praxis zuwiderlaufen muss. Zu ergänzen wäre allenfalls noch ein verfassungsrechtlicher

15 Kant, *Metaphysik der Sitten* (Fn. 14), S. 342 (keine Berücksichtigung der Billigkeit aufgrund einer kategorialen Trennung von Recht und Ethik). Die kantische Rechtsphilosophie kann die unabwiesbare Erfahrung praktizierender Juristinnen und Juristen, nämlich, dass das Leben stets neue Fälle produziert und – nicht zuletzt auch aus diesem Grunde – bei einer Entscheidung *Judiz*, *Intuition*, *Gefühl*, also «reflektierende Urteilskraft», unentbehrlich sind, also nur ignorieren: «Was in allen möglichen Fällen *Recht* oder *Unrecht* sei, muß man der Regel nach wissen können, weil es unsere Verbindlichkeit betrifft, und wir zu dem, was wir nicht wissen können, auch keine Verbindlichkeit haben», *Kritik der reinen Vernunft*, B 504 (S. 481; Hervorhebungen im Original). Dieses Wissen muss in temporaler Hinsicht vor der Entscheidung vorhanden sein, da «ein Richter nach unbestimmten Bedingungen nicht sprechen kann».

16 Näher *Rechtsmaschinen* (Fn. 10), S. 132 (wenn es kein objektives Textverständnis und keine Wirklichkeit jenseits der Formen und sprachlichen Konstruktionen gäbe, könnte es uns auch gleichgültig sein, ob ein Mensch oder eine Maschine Rechtstexte interpretiert und die entsprechenden Urteile fällt).

17 *Deduktion*, *Mathematisierung*, *Berechenbarkeit*, *Technik*, *Logik* und *Verlust der sozialen Wirklichkeit* sind alles Stichworte, die auch in der modernen Aufklärungskritik noch vorkommen, vgl. nur Horkheimer, Adorno, *Begriff der Aufklärung* (Fn. 5), S. 20, 22 f., 32, 38 *passim*.

Gesichtspunkt, der den Vernunftrechtlern Anlass gab, ethische und soziale Elemente aus der juristischen Entscheidung möglichst zu verbannen. Dieser hat in der Lehre vom Gesellschaftsvertrag einen Niederschlag gefunden, worauf so verschiedene Vernunftrechtslehrer wie Hobbes, Pufendorf, Thomasius, Rousseau und eben auch Kant ihre politische Philosophie aufbauen. Sie alle gehen davon aus, dass die Menschen von Natur aus gleich und frei seien, meinen aber, dass es eine solche Gleichheit nur im Naturzustand gegeben habe. Diesen schildert Hobbes bekanntlich als eine Art Kriegszustand: Weil der Mensch dem Menschen ein Wolf sei, habe es des Abschlusses eines Gesellschaftsvertrags bedurft, dessen Zweck darin bestehe, durch die einvernehmliche Übertragung der ungeteilten Macht auf *einen* Souverän den Frieden zu sichern und das private Eigentum zu schützen.¹⁸

Mit dieser Lehre verbinden sich eine Reihe von Konsequenzen, die hier nur angedeutet seien: Der Staat oder die Rechtsordnung sind nicht von Anfang an vorhanden, sondern werden durch die Fiktion eines Vertrages künstlich erst geschaffen. Die Folge ist eine Liquidation allen Rechts, das außerhalb des Staates bestehen könnte. Diese Sichtweise hat Konsequenzen für die Zulässigkeit von Juristenrecht: Ein Richter kann «nach unbestimmten Bedingungen nicht sprechen», weil er sonst Entscheidungsspielräume und letztlich Rechtsetzungskompetenzen in Anspruch nähme, die allein dem Souverän vorbehalten sind. Die Lösung neuer, bisher unbekannter und unregelter Fälle setzt solche Spielräume aber gerade voraus. In der Beschneidung «autonomer» Gestaltungsmöglichkeiten durch den aufgeklärten Absolutismus liegt also ein weiterer Grund dafür, warum uns die Absage an Einzelfallgerechtigkeit, der Ausschluss von Billigkeit, die rigide Abspaltung des Rechts von der Ethik, die Fixierung auf Wissen, Vernunft, Regel, Begriffe und Buchstaben, kurz: die Beschränkungen auf das formale Element des Rechts, heute so fremd geworden sind.

Jherings Einwände gegen die kantische Rechtsphilosophie treffen die gesamte Aufklärungsjurisprudenz. Die Schwäche seiner Kritik besteht darin, dass er die gegenüber dem philosophischen Idealismus erhobenen Vorwürfe auch auf die führenden Köpfe der Historischen Rechtsschule und namentlich auf Savigny erstreckt.¹⁹ Damit werden eben jene Elemente ausgegrenzt, die für die juristische Moderne charakteristisch sind und vorläufig unter Stichworten wie Pluralismus, Autonomie und Reflexivität zusammenzufassen wären. Dafür, dass sich Savigny

¹⁸ Siehe hierzu und zum Folgenden: Meder, *Doppelte Körper im Recht* (2015), S. 25, 114–119.

¹⁹ Vgl. nur Jhering, Scherz und Ernst in der Jurisprudenz (Fn. 11), S. 254–255. Die im Folgenden genauer zu untersuchenden Einwände erhob Jhering erst in der zweiten Werkperiode. Zuvor hatte er Savigny noch als den «ersten Juristen» gepriesen, siehe z. B. *Unsere Aufgabe*, in: *Jahrbücher für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts*, Bd. I (1857), S. 1–52, 23–24 (9. Kapitel V 1).

oder Puchta der kantischen Rechtsphilosophie verschrieben hätten, bieten die Quellen keine Anhaltspunkte.²⁰ Das zeigt sich schon darin, dass Savigny die Lehre vom Naturzustand ablehnt und der Jurisprudenz ein Maß an Gestaltungsmacht zugesteht, das ihr die Vertreter säkularen Naturrechts versagen mussten. Auf seine Offenheit gegenüber der Billigkeit, seine philosophische Hermeneutik, die Rechtsquellentheorie und andere Merkmale eines plural und autonom konzipierten Rechtsmodells ist noch zurückzukommen.

III. Die Lektüre in der ersten Hälfte des 20. Jahrhunderts: Savigny als Begriffsjurist

Nach der Wende zum 20. Jahrhundert fand Jherings Kritik der Begriffsjurisprudenz und der Historischen Rechtsschule trotz ihrer offenbaren Mängel in der Wissenschaft großen Anklang. Schon bald wird er als der «kräftigste Vorkämpfer» jener Richtung gefeiert, welche die Jurisprudenz vom Kopfe wieder auf die Füße ihrer sozialen Grundlagen stellte. Er habe zu Recht bestritten, «daß die Jurisprudenz – ähnlich der Logik und Mathematik eine formale Wissenschaft ist, daß sie lediglich die Formen des menschlichen Denkens entwickelt, daß ihr [...] die Realität abgeht».²¹ Diese Feststellungen münden in die Forderung nach mehr Richterfreiheit, die dann das Freirecht als die radikalste Strömung im zeitgenössischen Methodenstreit aufgreifen wird.²² Hermann U. Kantorowicz (1877–1940), einer der Hauptvertreter der sogenannten Freirechtsschule und Mitbegründer der modernen Rechtssoziologie, ging sogar so weit zu behaupten, eigentlich gebühre Jhering «der Ehrenplatz im Herzen des deutschen Juristen», den «noch immer Savigny besetzt hält». «Nur eine volle und systematische Entfaltung» von

²⁰ Es gibt viele Stellen, die auf eine entschiedene Ablehnung der kantischen Philosophie schließen lassen, siehe etwa die Beilage zum Brief an Friedrich Kreuzer vom 21. Juni 1799, in: Adolf Stoll, Friedrich Karl v. Savigny, Bd. I: Der junge Savigny (1927), S. 93–96; Franz Peter Bremer, Der junge Savigny zwischen Frühromantik und Rechtswissenschaft (1799–1806), I–VI, hg. v. Stephan Meder (in Vorbereitung), z. B. I, Bl. 10, 28, 52, 198. Jherings Versuche, die Historische Rechtsschule im Rahmen eines bestimmten geistesgeschichtlichen Kontextes zu würdigen, leiden an unheilbaren Widersprüchen. Denn an anderer Stelle meint er, die Historische Schule könne «eben so gut die *romantische* genannt werden», Kampf um's Recht (1872), 19. Auflage 1919, S. 11 (Hervorhebung im Original). Dass Romantik und Formalismus ein Paar wie Feuer und Wasser sind, Jhering also von einem Extrem ins andere fällt, bedarf hier keiner näheren Ausführungen (siehe unten III 1).

²¹ Julius Ofner, Studien sozialer Jurisprudenz (1894), S. 17; Karl Georg Wurzel, Das juristische Denken (1904), S. 6.

²² Schon vorher meinte Oskar Bülow, dass sich Gesetz und Richter die Rechtsetzungskompetenz teilen, Gesetz und Richteramt (1885), S. 41. Noch vor Bülow hat Franz Adickes in seiner «Lehre von den Rechtsquellen» (1872) die «subjektive Vernunft» des Richters zur Rechtsquelle erhoben.

Jherings «Gedanken» bedeute – «im Auslande nicht weniger als in Deutschland – die freirechtliche Bewegung».²³

1) Begriffsjurisprudenz versus Romantik

Wer nun nach den «Gedanken» fragt, die das Freirecht «voll und systematisch» zu entfalten habe, wird sofort auf das Verdikt der «Begriffsjurisprudenz» stoßen. Sowohl Hermann Kantorowicz als auch seine freirechtlichen Mitstreiter, etwa der Rechtssoziologe Eugen Ehrlich (1862–1922) oder der Anwalt Ernst Fuchs (1859–1929), wählen diesen Terminus als Anknüpfungspunkt für ihre Rechtskritik. Dabei kommen sie über die bereits von Jhering identifizierten Bestimmungen und Konkretisierungen der «Begriffsjurisprudenz» jedoch kaum hinaus: Abkehr von den Bedürfnissen des Lebens, Deduktion, Mathematik, Logik oder Praxisferne sind Prädikate, die auf die Aufklärungsjurisprudenz zutreffen mögen, mit Savignys Wissenschaftsmodell und den erwähnten «anderen geistigen Gebieten» aber nichts zu tun haben.²⁴ So stellt Eugen Ehrlich denn auch die Frage, ob Savignys Werk nicht eher im Kontext der Romantik, also einer an die Aufklärung anschließenden und von ihr zu unterscheidenden Epoche gesehen werden müsse:

«Man hat [...] nicht selten die Begründer der historischen Schule in Deutschland Romantiker geheißen. Aber mit Unrecht, denn weder sie noch irgendeiner ihrer Anhänger unter den Romanisten waren wirklich Romantiker. Die den Romantiker kennzeichnende Sehnsucht, das Leben in die Vergangenheit zurückzuschrauben, war ihnen vollständig fremd.»²⁵

²³ Hermann U. Kantorowicz, Die Epochen der Rechtswissenschaft (1914), in: Helmut Coing, Gerhard Immel (Hgg.), Hermann Kantorowicz, Rechtshistorische Schriften (1970), S. 1–14, 14; ders., Was ist uns Savigny?, in: Recht und Wirtschaft 1 (1912), S. 47–54.

²⁴ Hermann U. Kantorowicz, Rechtswissenschaft und Soziologie (1911), in: Thomas Würtenberger (Hg.), Rechtswissenschaft und Soziologie (1962), S. 117–144, 120; Eugen Ehrlich, Die juristische Logik (1917), 2. Auflage (1918), S. 134f., 294f.; Ernst Fuchs, Begriffsjurisprudenz (1912), in: Gesammelte Schriften über Freirecht und Rechtsreform, hg. v. Albert S. Foulkes, Bd. 2 (1973), S. 43–60, 50f. Ein Novum darf aber darin gesehen werden, dass das Freirecht seine Rechtskritik nicht nur auf Autoren der Historischen Rechtsschule oder Pandektistik beschränkt, sondern auch auf das gerade in Kraft getretene BGB und die Praxis des geltenden Rechts erstreckt: «Der Formalismus [...] durchseucht als formallogische Methode das ganze Recht», Fuchs, Begriffsjurisprudenz, a.a.O., S. 51. Nach 1933 wird die NS-Jurisprudenz den Formalismus-Vorwurf mit den freirechtlichen Postulaten einer «Gefühlsjurisprudenz» zu vereinnahmen wissen und zum Anlass nehmen, die Abschaffung des «liberalen» BGB und seine Ersetzung durch ein «soziales» Volksgesetzbuch zu fordern (zu den Kontinuitäten dieser unhaltbaren Rechtskritik bis in die Gegenwart siehe unten III 2).

²⁵ Eugen Ehrlich, Grundlegung der Soziologie des Rechts (1913), S. 258 (für den Hinweis auf diese Stelle danke ich Manfred Rehbinder). Vielleicht hatte Ehrlich (auch) an Jhering ge-

Ehrlich ist beizupflichten, soweit er von «Sehnsucht» spricht und damit auf das Programm und die Motive der «geschichtlichen Rechtswissenschaft» anspielt: Die Romanisten der Historischen Rechtsschule verfolgten nicht das Ziel, die Jurisprudenz in die Antike, in das Mittelalter oder in die Frühe Neuzeit «zurückzuschrauben». Savigny hatte ja sogar vor einer «blinden Überschätzung der Vergangenheit» gewarnt, «welche fast noch gefährlicher» sei «als jener eitle Dünkel, indem sie die Kräfte der Gegenwart völlig lähmt». ²⁶ Ihnen ging es in erster Linie darum, Lösungen für die Gegenwart und Zukunft zu entwickeln. Insoweit mag eine Parallele mit der Aufklärung oder anderen Strömungen innerhalb der neuzeitlichen Jurisprudenz bestehen. Eugen Ehrlich muss gleichwohl widersprochen werden, weil er, um das Verdikt der Begriffsjurisprudenz zu rechtfertigen, das Klischee bedient, die Romantik sei weniger Neubesinnung als Rückbesinnung auf die Vergangenheit gewesen.

Diese Sichtweise geht auf den Dichter, Schriftsteller und Journalisten Heinrich Heine (1797–1856) zurück, der als einer der letzten Vertreter der Romantik zugleich als deren Überwinder gilt. In seinem berühmten Essay über die «Romantische Schule» heißt es: Die Romantik «war nichts anders als die Wiedererweckung der Poesie des Mittelalters, wie sie sich in dessen Liedern, Bild- und Bauwerken, in Kunst und Leben manifestiert hatte». ²⁷ Die an Heine anknüpfenden Kritiker haben den Terminus «Romantik» bewusst eng gezogen, um einen Gegensatz zur Moderne zu suggerieren, der für die «Romantiker» gar nicht be-

dacht, der, wie bereits angedeutet, 1872 in seinem in Wien gehaltenen und im gleichen Jahr unter dem Titel «Kampf um's Recht» publizierten Vortrag behauptete, die Historische Rechtsschule könne angesichts «einer falschen Idealisierung vergangener Zustände» eben so gut «die *romantische* genannt werden», *Der Kampf um's Recht* (Fn. 20), S. 11 (Hervorhebung im Original). Schon 1861 hatte Jhering die Rechtsquellenlehre Savignys als «romantischen Konservatismus» bezeichnet. Darunter versteht er eine politische Richtung, die sich vom «echten Konservatismus» dadurch unterscheidet, dass sie «das Gewordene seiner selbst wegen erhalten möchte, und der Gegenwart vorenthält, was sie der Vergangenheit einräumt», Friedrich Karl von Savigny (Fn. 10), S. 13 f. Ehrlich hatte offenbar verstanden, dass er den Romantikvorwurf aus der Welt schaffen muss, um an seinem Verdikt der «Begriffsjurisprudenz» festhalten zu können (siehe oben II a.E.).

²⁶ Savigny, Ueber den Zweck dieser Zeitschrift, in: *Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft* I (1815), S. 1–17, 10; *System I* (Fn. 2), S. XIVf. Savignys Argumente zugunsten der Rechtsgeschichte sind «wissenschaftstheoretisch in reinster Form», Rudolf Stichweh, *Motive und Begründungsstrategien der Wissenschaftlichkeit in der deutschen Jurisprudenz des 19. Jahrhunderts*, in: *RJ* 11 (1992), S. 330–351, 340 (12. Kapitel III 1).

²⁷ Heinrich Heine, *Die romantische Schule* (1932/35), in: ders., *Werke und Briefe in zehn Bänden*, Bd. 5, 2. Auflage (1972), S. 7–164, 14 f.; ders., *Verschiedenartige Geschichtsauffassung*, in: *Werke*, a.a.O., S. 377–379 («fatalistische Ansicht» der Historischen Rechtsschule). Eine eingehende Analyse und kritische Würdigung von Heines Ansatz findet sich bei Karl Heinz Bohrer, *Die Kritik der Romantik. Der Verdacht der Philosophie gegen die literarische Moderne* (1989), S. 97–109, 102–108, 115.

stand. Die gegen Ende des 18. Jahrhunderts aufkommende, neue kulturgeschichtliche Epoche sollte also rückwärtsgewandt, konservativ, restaurativ, ja reaktionär gewesen und in diesem Sinne als Gegenbewegung zur Aufklärung zu begreifen sein. Genau genommen reicht die Geschichte der Romantikkritik aber noch weiter zurück, und zwar bis zu Georg Friedrich Wilhelm Hegel (1770–1831), der 1807 mit seiner «Phänomenologie des Geistes» den eigentlichen Anfang setzte.²⁸ Die Romantikkritik des 1818 als Nachfolger Fichtes an die Berliner Universität berufenen Philosophen sollte sich als überaus wirkungsmächtig erweisen: Sie gelangte zur nahezu unangefochtenen Herrschaft, nachdem hegelianisch geprägte Literaturhistoriker wie Karl Rosenkranz (1838), Robert Prutz (1847), Hermann Hellner (1850) oder Rudolf Haym (1870) daran angeknüpft hatten.²⁹

Für Hegel bildete freilich weniger die angebliche Rückwärtsgewandtheit der Romantik als die vermeintliche Maßlosigkeit ihres Ich-Begriffs den Stein des Anstoßes. «Substanzlose Subjektivität» lautete das Zerrbild, das er vom romantischen Verständnis der Individualität zeichnete.³⁰ Auf dieser Linie liegt auch die Kritik des Staatsrechtlers und Philosophen Carl Schmitt (1888–1985), wenn er die Romantik 1919 als «subjektivistischen Occasionalismus» charakterisiert.³¹ Von einem «extrem übersteigerten Subjektivismus» spricht 1927 zudem der Soziologe Karl Mannheim (1893–1947) in seinen Versuchen der Begriffsbestimmung eines modernen Konservativismus.³² Das «Klischee von der Romantik als

28 Siehe die Nachweise bei Otto Pöggeler, *Hegels Kritik der Romantik* (1999), S. 43–45; Ludwig Siep, *Vernunftrecht und Rechtsgeschichte*, in: ders. (Hg.), *G.W.F. Hegel*, 4. Auflage (2017), S. 1–22, 7; Bohrer, *Die Kritik der Romantik* (Fn. 27), S. 7, 97.

29 Michael Ansel, *Die Bedeutung von Heines «Romantischer Schule» für die hegelianische Romantik-Historiographie im 19. Jahrhundert*, in: *Heine-Jahrbuch* 40 (2001), S. 46–78.

30 Pöggeler, *Hegels Kritik der Romantik* (Fn. 28), S. 45–54; Siep, *Vernunftrecht und Rechtsgeschichte* (Fn. 28), S. 5–9; Einwände gegen diese Sichtweise auch bei Ernst Behler, *Kritische Gedanken zum Begriff der europäischen Romantik*, in: *Die Europäische Romantik* (1972), S. 7–43, 42. Im Ergebnis ebenso, aber mit treffender, philosophiegeschichtlicher Begründung: Bohrer, *Die Kritik der Romantik* (Fn. 27), S. 143 f., 147 f. (unzulässige «Deduktion aus dem Ich-Begriff Fichtes»). Was Fichtes viel diskutierten Ansatz beim «bloßen Ich» anbelangt, so stellt Savigny lakonisch fest, dass ihm dieser «am meisten mißlungen scheint» (3. Kapitel II 2).

31 Carl Schmitt, *Politische Romantik* (1919), S. 146, 161. Dazu näher Richard Brinkmann, *Romantik als Herausforderung*, in: ders. (Hg.), *Romantik in Deutschland* (1978), S. 7–37, 17–30.

32 Karl Mannheim, *Das konservative Denken* (1927), in: Hans Gerd Schumann (Hg.), *Konservativismus* (1974), S. 24–75, 47. Zum Subjektivismuskritik siehe 2. Kapitel III 3; 3. Kapitel II 2 und 10. Kapitel II 4.

reaktionärer, gegenmoderner Bewegung» hatte im Übrigen auch nach dem Zweiten Weltkrieg noch Konjunktur; es ist bis heute nicht verschwunden.³³

Die Romantiker haben den neuzeitlichen Rationalismus kritisiert und das Unwillkürliche und Unbewusste gepriesen. Sie glaubten, es gebe Gebiete, die dem rationalen Zugang verschlossen, die weder messbar noch quantifizierbar seien. Und sie behaupteten, die rationale Aufklärung über die Natur, das Leben, den Fortschritt oder die Geschichte wäre unzulänglich geblieben. Das macht sie aber nicht schon zu Gegnern der Aufklärung. Dass es Kräfte gibt, deren Macht der Mensch nicht oder nur mit Einschränkungen zu kontrollieren vermag, dürfte kaum zu bestreiten sein. Eine solche Annahme muss also keine irrationale Opposition gegen die Vernunft bedeuten. Im Gegenteil: Die Ergänzung um Gesichtspunkte des Unbewussten und Unbeherrschbaren könnte eine Steigerung von Rationalität, ja vielleicht sogar eine neue «Aufschließung» bedeuten.³⁴

Die Romantik wird heute nicht mehr als eine kulturelle Strömung begriffen, deren Anhänger darauf bedacht waren, «das Leben in die Vergangenheit zurückzuschrauben» (Ehrlich).³⁵ Die im 19. und frühen 20. Jahrhundert herrschenden Diagnosen scheinen eher die «Hypothese von der mißverstandenen Modernität der Romantik» zu bestätigen.³⁶ Nach den Erkenntnissen der jüngsten Forschung

33 Formulierung von Bohrer, *Die Kritik der Romantik* (Fn. 27), S. 7, 11 (dort auch zu den Gründen für die erstaunliche Hartnäckigkeit dieser Fehldeutung).

34 Franz Schultz, *Klassik und Romantik der Deutschen*, Bd. II, 3. Auflage (1959), S. 378 (zum Verhältnis von «Aufklärung» und neuer «Aufschließung»); Ricarda Huch, *Ausbreitung und Verfall der Romantik* (1902), ND Leipzig 1922, S. 102–106 (Entdeckung des Unbewussten bei gleichzeitiger Priorität der Vernunft).

35 Vgl. nur Ulrich Scheuner, *Staatsbild und politische Form in der romantischen Anschauung in Deutschland*, in: *Romantik in Deutschland* (Fn. 31), S. 70–89, 78 (die Romantik «war von dem Gedanken des Lebens, des ständigen Werdens und der tiefen Verbundenheit von Vergangenheit, Gegenwart und Zukunft ergriffen»); Ernst Lichtenhahn, *Zur Idee des goldenen Zeitalters in der Musikanschauung E.T.A. Hoffmanns*, in: *Romantik in Deutschland*, a.a.O., S. 502–512, 504 (die Romantik dürfe nicht «einseitig als bloß rückwärtsgewandte, auf Restauration bedachte Verherrlichung des Vergangenen verstanden» werden); Frank Wilkening, *Progression und Regression*, in: Gisela Dischner, Richard Faber (Hgg.), *Romantische Utopie – Utopische Romantik* (1979), S. 251–269, 252f. («der immer wieder beschworene Gegensatz von Aufklärung und <Romantischer Regression> trifft für die Frühromantik nicht zu»); Werner Krauss, *Französische Aufklärung und deutsche Romantik*, in: Klaus Peter (Hg.), *Romantikforschung seit 1945* (1980), S. 168–179, 178 («die deutsche Romantik» ist «kein Produkt der Restauration»; sie will «die Revolution auf das Gebiet der Literatur übertragen»). Einen Meilenstein in der Romantikforschung bilden die Überlegungen von Walter Benjamin zum «romantischen Messianismus» (2. Kapitel III 4 a.E.). Dass Friedrich Schlegels berühmtes Diktum vom «rückwärts gekehrten Propheten» nicht «einseitig auf die Vergangenheit» verweist, sondern auf Gegenwart und Zukunft zielt, hat Karl Heinz Bohrer zutreffend herausgearbeitet, *Die Kritik der Romantik* (Fn. 27), S. 111f.

36 Bohrer, *Die Kritik der Romantik* (Fn. 27), S. 284, 311.

ist die Romantik nicht als bloße Gegenaufklärung, sondern als der «nach der Aufklärung zweite Impuls der europäischen Moderne» zu begreifen.³⁷

Mit der Behauptung, die Romantik sei bestrebt, «das Leben in die Vergangenheit zurückzuschrauben», greift Ehrlich also auf einen Stereotyp zurück, das heute kaum noch Strahlkraft zu entfalten vermag. Dass die Romantik fortschrittliche Züge tragen, die Aufklärung ergänzen oder fortsetzen kann, sind Aspekte, die bei ihm ausgeklammert bleiben. Andererseits hat die Romantik auch in Ehrlichs Werk Spuren hinterlassen. Als Beispiel sei die Rolle des «Lebens» und des «lebenden Rechts» in seinem Theorieentwurf genannt.³⁸ Hinzu kommt der extreme Subjektivismus, welcher die freirechtliche Methode der Rechtsfindung kennzeichnet. Zwar ist das ungezügelte Ich, das als solches die Gerechtigkeit verfehlt, ein uraltes Thema. Von einer prinzipiellen Freiheit der Entscheidung und lediglich «subjektiver Vernunft» aus ließe sich aber ebenfalls eine Linie, zumindest zur missverstandenen Romantik und zur zeitgenössischen Romantikkritik, ziehen.

Ehrlich verfolgte freilich ganz andere Ziele. Ihm ging es darum, Savigny, wie schon angedeutet, aus der an die Aufklärung anschließenden Epoche heraus und in den Kontext des Vernunftrechts hineinzukatapultieren. Und dabei konnte er sogar auf den Beifall seiner Zeitgenossen zählen: Dass ein Begriffsjurist kein Romantiker sein kann, musste unmittelbar einleuchten.

37 Stefan Matuschek, *Das Modell Romantik*, in: *forschung. Das Magazin der Deutschen Forschungsgemeinschaft* 2/2022, S. 10–15, 10; ders., *Der gedichtete Himmel. Eine Geschichte der Romantik* (2021), S. 24. Dieses Diktum harmoniert mit einer Formel, die, frei nach Jhering, wie folgt lauten könnte: Mit der Aufklärung über die Aufklärung hinaus! In diese Richtung z. B. Christoph Siegrist, *Aufklärung und Sturm und Drang: Nebeneinander oder Gegeneinander?*, in: Walter Hinck (Hg.), *Sturm und Drang* (1978), S. 1–13, 1–2 (Aufklärung läuft weiter neben dem, was sich von «ihr loszulösen sucht»; keine Gegenbewegung, sondern «Abwandlung und Ergänzung» der Aufklärung); Wilkening, *Progression und Regression* (Fn. 35), S. 253 (warum «die Frühromantik Aufklärung keineswegs als Ganzes ablehnen kann»). Dass insbesondere die Frühromantik alles andere als «konservativ» war, hat die Wissenschaft oft hervorgehoben: Silvio Vietta, *Frühromantik und Aufklärung*, in: ders. (Hg.), *Die literarische Frühromantik* (1983), S. 7–84, 9; Hauke Brunkhorst, *Romantik und Kulturkritik*, in: *Merkur* 39 (1985), S. 484–496; Maurice Blanchot, *Das Athenäum*, in: Volker Bohn (Hg.), *Romantik, Literatur und Philosophie* (1987), S. 107–120. Siehe auch die Beiträge von Wolfgang Schieder, Ulrich Scheuner, Otto Dann und Ernst Hanisch, in: *Romantik in Deutschland* (Fn. 31), S. 39–46, 70–89; 115–131; 132–146.

38 Zum romantischen Lebensbegriff und der Folge, dass in der zweiten Hälfte des 19. Jahrhunderts eine ganze Kultur vor den «Richterstuhl des Lebens» zitiert wird: Rüdiger Safranski, *Romantik*, 7. Auflage (2018), S. 303–304 (zu beachten bleibt freilich, dass die NS-Jurisprudenz auch den Begriff des «Lebens» zu vereinnahmen suchte).

2) Vereinnahmungen durch die NS-Jurisprudenz

Auf die vor allem in den Literaturwissenschaften über den geistesgeschichtlichen Kontext der Romantik geführten Debatten muss hier nicht näher eingegangen werden. Es genügt, einen doppelten Gesichtspunkt festzuhalten: Einmal schließen sich, jedenfalls nach der neueren Forschung, Aufklärung und Aufklärungskritik nicht zwangsläufig aus. Und zweitens vollzieht die Historische Rechtsschule mit der Aufklärung und über die Aufklärung hinaus einen wichtigen Schritt in Richtung juristischer Moderne, indem sie die entwickelte römische Jurisprudenz für die Begründung eines pluralen, autonomen und reflexiven Rechts fruchtbar zu machen sucht. Dagegen glaubt das Freirecht, den sozialen Bedürfnissen des Lebens auf ganz anderen Wegen entsprechen zu müssen. So empfiehlt Kantorowicz, nachdem er die Historische Rechtsschule mit dem Verdikt der Begriffsjurisprudenz in den Kontext der Aufklärungsjurisprudenz zurückgesetzt hat, dem Richter Freiheit in Form von «Gefühlsjurisprudenz»:

«Dabei ist aber wohl zu beachten, daß es hierbei mehr auf gesundes, volkstümliches, nicht <weltfremdes> Empfinden und geraden Verstand, als auf theoretische Kenntnisse ankommt: Nicht alles, was man *erlernen* kann und *erlernen* muß, braucht und kann in der Form der Wissenschaft *gelehrt* werden.»³⁹

Das freirechtliche Postulat eines gesunden, volkstümlichen Empfindens spielte, wenn auch ungewollt, den nationalsozialistischen Juristen in die Karten, die ebenfalls an das Verdikt der «Begriffsjurisprudenz» anknüpften.⁴⁰ Hinzu kamen die Germanisten, die unter den Prämissen des Sozialen und Nationalen Jherings Angriffe gegen die Lehren des romanistischen Zweigs der Historischen Rechtsschule noch verschärft haben. Nach 1933 standen sich dann die Gegensatzpaare römisch, fremd, jüdisch, ungesund, formal, liberal, frei, individuell auf der einen und deutsch, einheimisch, gesund, material, sozial, gemeinnützig, kollektiv auf der anderen Seite gegenüber. Demgemäß reklamiert Ernst Forsthoff, der bei Carl Schmitt promoviert und 1933 ein Werk mit dem Titel «Der totale Staat» publiziert hatte, die freirechtliche Kontextverschiebung für die NS-Jurisprudenz mit

³⁹ Kantorowicz, Rechtswissenschaft und Soziologie (Fn. 24), S. 127 (Hervorhebungen im Original); Fuchs, Gefühlsjurisprudenz (1912), in: Gesammelte Schriften über Freirecht und Rechtsreform (Fn. 24), S. 61–74.

⁴⁰ Als Beispiel sei auf die Monographie des Heidelberger Privatdozenten und NS-Juristen Heinz Hildebrandt hingewiesen (Rechtsfindung im neuen deutschen Staate, 1935), die auf Grundlage des Freirechts eine Kritik der Begriffsjurisprudenz und des juristischen Formalismus zu entwerfen sucht. Seinen «obersten Leitgedanken» formuliert Hildebrandt wie folgt: «*Nicht der Begriff soll das Leben, sondern das Leben den Begriff bestimmen*» (a.a.O., S. 93 – Hervorhebung im Original). Zu Verbindungen zwischen Freirecht und NS-Jurisprudenz siehe auch Albrecht Götz von Olenhusen, Zur Entwicklung völkischen Rechtsdenkens, in: FS Martin Hirsch (1981), S. 77–108, 102 f.

den Worten: Erst Rudolf von Jhering habe versucht, «die soziale Wirklichkeit der bürgerlichen Gesellschaft mit neuen Mitteln rechtswissenschaftlich zu durchdringen und zu bewältigen».⁴¹ Der Gebrauch von Worten wie «sozial» oder «soziale Wirklichkeit» suggeriert also einmal mehr, dass die Epoche der Aufklärungsjurisprudenz erst mit der Rechtskritik von Jhering verabschiedet wurde. Einem als Kant maskierten Savigny werden die negativ konnotierten Etiketten frei, formal, individuell umgehängt. Dazu kommen nach 1933 noch fremd, römisch und römisch-jüdisch. Das sind die wichtigsten Merkmale jener Variante, in welcher das Narrativ «von frei zu sozial» in der NS-Zeit auftritt.

Die nationalsozialistischen Juristen hatten freilich ein ganz neues und bislang völlig unbekanntes Interesse daran, die Leistungen des 19. Jahrhunderts zu diskreditieren: Den Liberalismus hielten sie für überholt und propagierten stattdessen «sozial» und «national» als Leitbegriffe, denen die Zukunft gehören sollte. Unter den Prämissen eines grenzenlosen Antiformalismus waren sie bestrebt, die bestehende Rechtsordnung aufzulösen, um im Zeichen des Gemeinwohls einer neuen «Weltanschauung» möglichst ungehindert zur Durchsetzung zu verhelfen. An den Diskussionen über die Notwendigkeit einer fundamentalen Umwälzung der im 19. Jahrhundert begründeten und im BGB verankerten Rechtsordnung beteiligte sich auch der zunächst in Kiel und seit 1937 in Leipzig lehrende Rechtshistoriker Franz Wieacker (1908–1994). Auch er forderte eine Verdrängung des «formellen Prinzips» und der Pandektenwissenschaft durch «konkrete Ordnungen», die auf «selbständigen materiellen Grundsätzen» fußen.⁴²

41 Ernst Forsthoff, *Hermeneutische Studien*, in: *Recht und Sprache. Prolegomena zu einer richterlichen Hermeneutik* (1940), S. 18–44, 23.

42 Franz Wieacker, *Der Stand der Rechtserneuerung auf dem Gebiete des bürgerlichen Rechts*, in: Karl August Eckhardt (Hg.), *Deutsche Rechtswissenschaft* (1937), S. 3–27; ders., *Zum System des deutschen Vermögensrechts* (1941), S. 6. In diese Richtung (und in Anlehnung an Jherings «Zweck im Recht» von 1877) auch der seit 1933 ebenfalls in Kiel lehrende Rechtsphilosoph und Privatrechtswissenschaftler Karl Larenz, *Der Vertrag als Gestaltungsmittel der völkischen Ordnung*, in: *Vertrag und Unrecht* (1937), S. 31–36 (Vertrag als «von vornherein» zweckbestimmte und durch die «völkische Ordnung» geprägte «Gestaltungsmöglichkeit»). Auf Larenz' gegen die Wissenschaft des 19. Jahrhunderts erhobene Formalismus-Vorwürfe ist noch zurückzukommen (unten V 2).

IV. Savigny durch die Brille des Freirechts in der zweiten Hälfte des 20. Jahrhunderts: Franz Wieacker

Nach 1945 konnte Franz Wieacker in Göttingen fast nahtlos an sein Jugendwerk anknüpfen.⁴³ Doch schließt er sich nun deutlicher als in den 1930er-Jahren an die Lehren von Hermann Kantorowicz an. So erblickt Wieacker z. B. in Kantorowicz' Einteilung der Rechtsgeschichte in die Gegensätze von Formalismus und Finalismus den «ersten genialen Versuch geistesgeschichtlicher Stilcharakteristik».⁴⁴ Savignys Wissenschaftsprogramm findet sich dabei abermals auf der Seite des Formalismus wieder, und zwar als eine Spielart der Aufklärungsjurisprudenz, die «dem erkenntniskritischen Formalismus Kants» entsprungen sei und «treffender als rechtswissenschaftlicher *Formalismus*» bezeichnet werde.⁴⁵

Den Hauptvorzug von Kantorowicz' Gliederung scheint Wieacker darin zu sehen, dass unter ihren Prämissen die Geschichte «der europäischen Rechtswissenschaften» in der zweiten Hälfte des 20. Jahrhunderts einfach fortgeschrieben werden kann.⁴⁶ Worin besteht aber genauer die besondere Genialität von Kantorowicz' «geistesgeschichtlicher Stilcharakteristik»? Wieacker resümiert dessen Überlegungen mit der bemerkenswerten Formulierung: Kantorowicz legte den «Taktschlag»

«auf die Polarität Formalismus (konservativ, passiv-rezeptiv, theoretisch) – Finalismus (fortschrittlich, aktiv-produktiv, praktisch) fest und unterschied dann innerhalb des Formalismus scholastische, humanistische und romantisch-historische, innerhalb des Finalismus u. a. scholastische und methodologische Spielarten».⁴⁷

43 Zu Übergängen und Brüchen zwischen vor und nach 1945 siehe Meder, Franz Wieackers «Wandlungen im Bilde der historischen Rechtsschule» neu gelesen, in: Bernd H. Oppermann u. a. (Hgg.), Die Geschichtlichkeit des Rechts und ihre Folgen für das deutsche Staats- und Verwaltungsrecht (2020), S. 13–47, 21–22.

44 Privatrechtsgeschichte der Neuzeit (1952), 2. Auflage (1967), S. 20 (bei Note 19). Hinter dem «Finalismus» lauert Jherings Zweck im Recht, die sogenannte «Teleologie», in der schon Larenz ein Einfallstor für die «völkische Ordnung» gesehen hatte (gemeint ist mit «Finalismus» das materiale Recht, soweit es dem formalen Recht gegenübertritt).

45 Wieacker, Privatrechtsgeschichte der Neuzeit (Fn. 44), S. 432 (Hervorhebung im Original); ders., Zur praktischen Leistung der Rechtsdogmatik, in: FS Hans-Georg Gadamer (1970), S. 311–335, 315 passim («kritizistischer Formalismus»).

46 Wieacker, Privatrechtsgeschichte der Neuzeit (Fn. 44), S. 20.

47 Wieacker, Privatrechtsgeschichte der Neuzeit (Fn. 44), S. 20. Wieacker bezieht sich dabei im Wesentlichen auf Kantorowicz' Schrift: Die Epochen der Rechtswissenschaft (Fn. 23), S. 1–14. Es handelt sich also um eine schlichte Umkehrung der politischen Vorzeichen. Danach wäre die Aufklärung als «konservativ» und die in der nachfolgenden Epoche aufkommende Kritik der Aufklärungsjurisprudenz als «fortschrittlich» zu qualifizieren. Die einzige Konsistenz dieser rechtswissenschaftlichen «Stilcharakteristiken» scheint darin zu bestehen, dass Savigny immer auf der konservativen Seite steht.

1) Wirrwarr der Stilelemente: Humanismus, Vernunftrecht, Klassik, Romantik

Dieses Schema zeigt einmal mehr, wie schwierig es sein kann, kulturelle Phänomene in größeren geistesgeschichtlichen Zusammenhängen konsistent zu erfassen. Wenn Savigny wirklich, wie es Wieacker im Anschluss an Jhering und Kantorowicz behauptet, seine Rechtslehre auf Grundlage eines erkenntniskritischen Formalismus entwickelt hat, dann macht es wenig Sinn, diesen Ansatz in den Kontext von Humanismus oder Romantik zu stellen. Zweifel an der Genialität einer solchen «Stilcharakteristik» lässt auch der Umstand aufkommen, dass namentlich Kants Formalismus keine Frucht der Romantik oder des juristischen Humanismus sein kann. Es bleiben für den rechtswissenschaftlichen Formalismus nur die Aufklärung und das Vernunftrecht als geistesgeschichtlicher Kontext. Hat Kantorowicz ihn ausgeblendet, um dem «Gefühl» und dem «Zweck» alle Prädikate des Fortschritts zu sichern? Ist das eine jener «suggestiven Vereinfachungen» oder gar der Beweis einer «ersichtlichen Parteilichkeit des Freirechters», wovon bei Wieacker die Rede ist?⁴⁸ Wieacker selbst bevorzugt jedenfalls eine andere Einteilung, und zwar die Unterscheidung «zwischen logischem und kritischem Formalismus (Glossatoren, Vernunftrecht und Pandektenwissenschaft) einerseits und nominalistischem und positivistischem Naturalismus (Stoa, Spätscholastik und moderner Naturalismus) andererseits».⁴⁹

Auf die Probleme dieser «Charakteristik» muss hier nicht eingegangen werden. Gegenüber Kantorowicz' Einteilung hat sie zumindest den Anschein einer gewissen Folgerichtigkeit: Wer behauptet, Savigny habe sich «dem erkenntniskritischen Formalismus Kants» verschrieben, wird ihn in seiner «Stilcharakteristik» auf der Seite des «Vernunftrechts» aufführen müssen. Diese Konsequenz macht Wieacker an anderer Stelle aber wieder zunichte, und zwar dort, wo er auf die viel diskutierte Frage zu sprechen kommt, ob Savignys Wissenschaftsprogramm eher der Romantik oder mehr der Klassik zuzuordnen sei.⁵⁰ Wie schon

⁴⁸ Privatrechtsgeschichte der Neuzeit (Fn. 44), S. 20. Wieacker verweist in Note 19 (a.a.O., S. 20) zur Erläuterung auf eine andere Stelle seines Lehrbuchs (a.a.O., S. 579). Dieser Hinweis hilft aber nicht weiter, weil dort lediglich Kantorowicz' Kritik der Begriffsjurisprudenz nach Inkrafttreten des BGB gerechtfertigt wird. Warum Kantorowicz' Angriffe angesichts der erheblichen Spielräume, die das BGB der Rechtsfindung durch Wissenschaft und Rechtsprechung gelassen hat, so heftig ausfallen mussten, wird nicht erklärt. Es liegt daher nahe, auch eine Voreingenommenheit von Wieacker anzunehmen.

⁴⁹ Privatrechtsgeschichte der Neuzeit (Fn. 44), S. 20.

⁵⁰ Privatrechtsgeschichte der Neuzeit (Fn. 44), S. 20. Das Thema ist um die Wende zum 20. Jahrhundert in den Fokus rechtshistorischer Forschung gerückt (siehe den Vorspann zum 1. Teil). Es würde heute so nicht mehr erörtert werden, weil sich der neueren Forschung zufolge und mit Blick auf die international geführten literaturwissenschaftlichen Debatten die früher zwischen Klassik und Romantik gezogenen Grenzen weitgehend aufgelöst haben, vgl. die aktu-

angedeutet, hat Savigny selbst Auskunft gegeben, und zwar, indem er auf die Verwandtschaft seines Denkens mit kulturellen Erscheinungsformen aufmerksam machte, die wir «in ähnlicher Weise auch in anderen geistigen Gebieten wahrnehmen».⁵¹

Wieacker scheint diese Stellen nicht zu kennen; sie kommen in seiner ausführlichen Darstellung der Stilelemente von Romantik und Klassik jedenfalls nicht vor. Doch rückt auch er Savigny in die Nähe der Klassiker, indem er auf die Bedeutung des römischen Rechts, das Bildungsideal Wilhelm von Humboldts und einen «Zweiten Humanismus» um die Wende zum 19. Jahrhundert hinweist.⁵² Daran ist richtig, dass sich Savigny in der «*querelle des anciens et des modernes*» gegen jene Art des neuzeitlichen Rationalismus entschieden hätte, der allgemein als Kennzeichen des Vernunftrechts angesehen wird. Wie aber sind solche Befunde mit der Behauptung zu vereinbaren, Savignys Rechtsdenken sei «dem erkenntniskritischen Formalismus Kants» entsprungen? Auf diese sich aufdrängende Frage schweigt Wieackers «Charakteristik». Wieacker sagt nur, der «romanistische Zweig der historischen Rechtsschule» habe eine «späte Rückkehr der humanistischen Jurisprudenz auf deutschen Boden» bewirkt; doch soll das «*eigenlichste* Wesen» der Romanistik im Formalismus liegen.⁵³ Die «methodischen Stile» des Zweiten Humanismus und des rechtswissenschaftlichen Formalismus stehen also mehr oder weniger unverbunden nebeneinander. Am Ende wird der Humanismus durch den Superlativ von «eigentlich» überschrieben und der Widerspruch zwischen den beiden Stilelementen mit der spannungsreichen Persönlichkeit Savignys erklärt: Er habe nicht bemerkt, sich in den Bahnen des Kryptovernunftrechts zu bewegen, als er begann, die Optionen der römischen Ju-

elle Studie des Literaturwissenschaftlers Stefan Matuschek, *Der gedichtete Himmel* (Fn. 37), z. B. S. 77 («wenn man das Romantische [...] nicht in den Manifesten und Selbsterklärungen, sondern in den literarischen Werken selbst sucht, findet man es auch in klassizistischen Texten»). Siehe auch schon René Wellek, *Der Begriff der Romantik in der Literaturgeschichte*, in: ders., *Grundbegriffe der Literaturkritik* (1965), S. 95–143, 117–119 (zur «feindlichen Einstellung» Goethes gegenüber der «mechanistischen Weltmaschine des 18. Jahrhunderts»: Goethe «paßt demnach auf das Genaueste in die europäische Romantik hinein, eine Bewegung, die er wie kaum ein anderer einzelner Dichter mit ins Leben gerufen hat»); Richard Brinkmann, *Romantik als Herausforderung* (Fn. 31), S. 17. Hinzu kommt, dass bei den Romantikern in Jena eine exorbitante Goetheverehrung herrschte. Savigny kommentiert sie mit den Worten: «Aber ein Umstand muß den Vfn. viele *animos conciliiren*: Goethe ist ihr Gott», An Constantin von Neurath, wohl 1798, bei Stoll I (Fn. 20), S. 64–66, 66 (Brief Nr. 5 – Trages, Hervorhebungen im Original).

⁵¹ Savigny, *System* (Fn. 2), S. XXXI (Vorrede).

⁵² *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit* (Fn. 44), S. 360–373.

⁵³ *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit* (Fn. 44), S. 366 einerseits und S. 367 andererseits (Hervorhebung nicht im Original).

risprudenz für ein heutiges Recht auf Basis von Kants rechtswissenschaftlichem Formalismus auszuloten.⁵⁴

So schillernd, heterogen, unstimmig, widersprüchlich und verwirrend all diese Stilmerkmale auch sein mögen, die politischen Vorzeichen bleiben davon unberührt: Wer auf das formale Element des Rechts zurückgreift, ist «konservativ, passiv-rezeptiv, theoretisch», und wer Ethik, Materialisierung und Soziales postuliert, ist «fortschrittlich, aktiv-produktiv, praktisch».⁵⁵ Das sind zugleich die ideologischen Etiketten, die sowohl der Aufklärung als auch ihren Gegnern anhaften. Der bis heute behauptete Konservatismus Savignys rührt nach Wieacker mithin daher, dass er ein vernunftrechtliches Wissenschaftsprogramm propagiert habe.

2) Geschichtsphilosophische Irritationen

Vernunftrecht und Formalismus sind die Stichworte, die nach dem Zweiten Weltkrieg Anlass geben, auch Savignys Geschichtsverständnis auf den Prüfstand zu stellen. Im Mittelpunkt steht dabei die Behauptung, die Historische Rechtsschule sei «in Wahrheit die erste wirklich ungeschichtliche Rechtswissenschaft gewesen».⁵⁶ Diese Annahme hängt mit dem Formalismus-Vorwurf in doppelter Weise zusammen: Wer eine Ungeschichtlichkeit der Rechtswissenschaft behauptet, pflegt gewöhnlich an die Aufklärung und an das Vernunftrecht zu denken. Wäre die Historische Rechtsschule «die erste wirklich ungeschichtliche Rechtswissenschaft gewesen», hätte sie die Aufklärungsjurisprudenz aus dieser Perspektive mithin sogar noch überboten. Der zweite Gesichtspunkt betrifft die notorisch beschworene Abkoppelung des Rechts vom Sozialen und vom Leben. Danach hätte Savigny gerade durch die Ungeschichtlichkeit seiner Lehre die Jurisprudenz von ihrer «gesellschaftlichen und politischen Wirklichkeitsgrundlage» entfremdet.⁵⁷

⁵⁴ Privatrechtsgeschichte der Neuzeit (Fn. 44), S. 367 («strenge kritische Methode», «philologischer Wahrheitswille», «logische Widerspruchsfreiheit»).

⁵⁵ Privatrechtsgeschichte der Neuzeit (Fn. 44), S. 20.

⁵⁶ Ernst-Wolfgang Böckenförde, Die Historische Rechtsschule und das Problem der Geschichtlichkeit des Rechts (1964), in: ders. (Hg.), Staat, Gesellschaft, Freiheit (1976), S. 9–41, z. B. S. 18 f. Dazu näher Wieacker, Wandlungen im Bilde der historischen Rechtsschule (1967), S. 16 f. («*ungeschichtlich*, nämlich als der vitalen gesellschaftlichen Existenz entfremdet», a. a. O., S. 18); Privatrechtsgeschichte der Neuzeit (Fn. 44), S. 367.

⁵⁷ Noch schärfer wurden diese Einwände von Ernest Metzger formuliert, der von «*anachronism*» und mit Blick auf die Romanisten der Historischen Rechtsschule sogar von «*bad anachronism*» spricht: Roman Judges, Case Law, and Principles of Procedure, in: Law and History Review 22 (2004), S. 243–275, 243 f.

Gegen Savigny fordert Wieacker eine Emanzipation der Rechtsgeschichte vom juristischen Stoff, von Praxis und Dogmatik.⁵⁸ Er postuliert eine *«histoire pour l'histoire»*, die nicht Applikation sein dürfe, sondern «ein kontemplatives, im Wortsinn betrachtendes Verstehen eines unwiderruflich und unumkehrbar in die Vergangenheit zurückgetretenen rechtlichen Geschehens» ist.⁵⁹ Savigny hält dagegen eine «Applikation» im wohl verstandenen Sinne und mit der Frage durchaus für möglich: Kann die entwickelte römische Jurisprudenz einen Beitrag zur Lösung aktueller Rechtsprobleme leisten? Das Thema ist mit Blick auf die Parallelen zwischen Savignys juristischer Hermeneutik und Hans-Georg Gadamer's philosophischem Applikationsbegriff an anderer Stelle eingehender erörtert worden.⁶⁰

Hinzu kommt noch ein anderer Gesichtspunkt, den, soweit ersichtlich, die Wissenschaft bislang nicht diskutiert hat: Die Unterschiede zwischen Wieackers und Savignys Verständnis des Fortschritts in der Jurisprudenz.⁶¹ Ähnlich wie der

58 Dogmatik habe «als solche so wenig Geschichte wie die Naturgesetze oder die logischen Sätze» (Privatrechtsgeschichte der Neuzeit, Fn. 44, S. 17).

59 Privatrechtsgeschichte der Neuzeit (Fn. 44), S. 15; ders., Wandlungen im Bilde der historischen Rechtsschule (Fn. 56), S. 37–43 (zur Idee vom «Rechtshistoriker als solchem»). Mit ähnlichen Argumenten wirft Kantorowicz Savigny eine «Methodenverwirrung» vor: «Geschichtsschreibung» sei eine «reine Tatsachenwissenschaft», «Rechtsgeschichte und Rechtsdogmatik» müssten daher strikt voneinander getrennt werden, Was ist uns Savigny? (Fn. 23), S. 53.

60 Mißverstehen und Verstehen. Savignys Grundlegung der juristischen Hermeneutik (2004), S. 63–84. Wieacker hat keinen Hehl daraus gemacht, dass seine Geschichtsphilosophie eine Spielart des «historischen Objektivismus» ist, Privatrechtsgeschichte der Neuzeit (Fn. 44), S. 15. Dies muss unmittelbar einleuchten, zumal die Parallelen mit Rankes berühmtem Diktum, er wolle bloß sagen, wie es eigentlich gewesen sei, auf der Hand liegen. Aber wie passt ein derartiger Objektivismus mit Wieackers Kritik des rechtswissenschaftlichen Formalismus zusammen? Wie kann ein juristischer Antipositivist zugleich ein geschichtsphilosophischer Positivist sein? Warum das Ideal eines geschichtsphilosophischen Objektivismus heute obsolet ist, hat Gadamer im Zeichen der Wendung *vis a tergo* eindrucksvoll herausgearbeitet, Wahrheit und Methode (1960), 5. Auflage (1986), S. 366 (zum «historischen Objektivismus» siehe 9. Kapitel V 1; 12. Kapitel IV 2 sowie die Ausführungen in der Schlussbemerkung). Wieacker bleibt dagegen eine Antwort schuldig, wenn er sich auf die Behauptung zurückzieht, «daß die rechtshistorische Kritik des juristischen Positivismus nicht eine Kritik am «historischen Objektivismus» einschließt» (a.a.O., S. 15). Die Gegensätze bleiben also ebenso unverbunden nebeneinander stehen wie bei der «Charakteristik» Savignys als goethenahen Klassiker einerseits und als Vernunftrechtler andererseits.

61 Wieacker meint, in der Befreiung von der Applikation (unter den Prämissen eines «historischen Objektivismus», Privatrechtsgeschichte der Neuzeit, Fn. 44, S. 15) einen Fortschritt in der Rechtsgeschichte erblicken zu können. Dass das objektivistische Ideal auf einem linearen Fortschrittsdenken fußt, zeigen Aussagen wie z. B.: «im Mittelalter und bis zur Barockzeit [...] wie noch in der Rechtswissenschaft des 19. Jahrhunderts» habe es Applikation gegeben (a.a.O., S. 15; Hervorhebung nicht im Original). Auf Linearitätsvorstellungen lassen auch die Argu-

Dichter und Lyriker Friedrich Hölderlin (1770–1834) oder der Naturphilosoph Gotthilf Heinrich von Schubert (1780–1860) nimmt Savigny an, dass dem Menschen von Anfang an bestimmte Fähigkeiten verliehen wurden und die Geschichte als steter Abstieg und Aufstieg, Niedergang und Aufschwung zu begreifen ist. So kann es zur Aufgabe der Wissenschaft werden, sich darum zu bemühen, verlorene Errungenschaften oder Kompetenzen vergangener Kulturen für ›unsre Zeit‹ wiederzugewinnen.

Diese Perspektive ist auch für die Beschäftigung mit einem vorchristlichen Kulturphänomen wie dem römischen Recht von großer Wichtigkeit. Savigny warnt davor, auf frühere Rechtskulturen mit «falschem Stolz» herabzublicken. Wir bräuchten das römische Recht als «Bildungsmittel, weil wir es «durch eigene Kraft» schwerlich ersetzen könnten.⁶² Doch hat auch er einen Fortschritt im Auge, wenn er es für möglich hält, dass wir «den gegebenen Rechtsstoff» eines Tages «mit derselben Freyheit und Herrschaft zu behandeln [vermögen], die wir an den Römern bewundern».⁶³ Sobald wir diese Fähigkeiten wiedergewonnen haben, «können wir sie [die Römer] als Vorbilder entbehren, und der Geschichte zu dankbarer Erinnerung übergeben».⁶⁴ Die hier nur grob angedeutete Sichtweise Savignys ist vom Fortschrittsdenken der Aufklärung und ihren Objektivitätsidealen sehr verschieden. Dies verdient Hervorhebung, weil gerade die linearen Fortschrittskonzepte von Kant oder Hegel in der jüngsten Zeit wieder auf heftige Kritik gestoßen sind. Einer der Vorzüge von Savignys geschichtsphilosophischen Entwürfen liegt darin, dass auf ihrer Grundlage auch längst untergegangene oder fremde Völker als kulturelle Vorbilder dienen können. Auf Einzelheiten ist zurückzukommen.

mente schließen, mit denen Wieacker glaubt, begründen zu können, warum Dogmengeschichte nicht zur Aufgabe des Rechtshistorikers gehören kann: «Aber für die Erfassung der kontingent fortschreitenden rechtsgeschichtlichen Prozesse ist diese Darstellungsform nicht möglich» (a.a. O., S. 17). Zum Verständnis dieses Satzes ist wichtig, dass Wieacker den Terminus «kontingent» im Sinne von stringent und nicht von zufällig begreift (für den Hinweis danke ich Okko Behrends). An dem (falschen) Sprachgebrauch hielt Wieacker auch später noch fest, als er z. B. die «Dogmatiken» der Rechtswissenschaft als «kontingentes Gefüge (›Lehrgebäude‹) von juristischen Sätzen und Regeln» beschrieb, «die unabhängig vom Gesetz allgemeine Anerkennung und Befolgung beanspruchen», Zur praktischen Leistung der Rechtsdogmatik (Fn. 45), S. 319f.

⁶² Savigny, System I (Fn. 2), S. XXXI (Vorrede).

⁶³ Savigny, System I (Fn. 2), S. XXXI (Vorrede).

⁶⁴ Savigny, System I (Fn. 2), S. XXXI (Vorrede); Vom Beruf unsrer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft (1814), S. 133.

3) Zwischenergebnis

Es lässt sich also feststellen: Ungeachtet der Erfahrungen des Nationalsozialismus sind Begriffe wie formal, frei oder liberal nach 1945 weiterhin negativ konnotiert. Selbst die Auswüchse von Kollektivismus und Gefühlsjurisprudenz haben an dem Narrativ ‹von frei zu sozial› bzw. ‹von formal zu material› keine Zweifel aufkommen lassen. Dass sich mit Hilfe formalen Rechts ein Bollwerk bürgerlicher Freiheiten errichten lassen könnte, wird ausgeschlossen. Stattdessen kommen abermals politische Vorzeichen wie ‹konservativ›, ‹passiv-rezeptiv› oder ‹theoretisch› ins Spiel. Selbst der schlichte Versuch, Rechte durch feste Institute vorhersehbar zu ordnen, muss unter das Verdikt des Formalismus fallen. Rechte können der Entscheidung durch verlässliche Formen also nicht vorgegeben werden. Nur in der Immanenz der Entscheidungssituation zeige sich die Gerechtigkeit.⁶⁵ Savigny würde hier von Voluntarismus oder ‹Willkür› sprechen.

V. Savigny nach der Wende zum 21. Jahrhundert

Obwohl die Lehren des Freirechts schon frühzeitig überholt erschienen, haben epochale Zuschreibungen wie frei versus sozial oder formal versus material alle Stürme der ersten Hälfte des 20. Jahrhunderts überstanden. Sie sind auch nach 1945 dominierend geblieben und leben in abgeschwächter Form bis heute fort. Seit einigen Jahren beginnt sich das Bild freilich zu verändern, das wir uns von der Rechtswissenschaft des 19. Jahrhunderts zu machen pflegen. So wurde in jüngeren rechtshistorischen Arbeiten über Savigny, Puchta oder Windscheid mit überzeugenden Argumenten bestritten, dass es eine ‹Begriffsjurisprudenz› von Historischer Rechtsschule und Pandektistik je gegeben hat.⁶⁶

⁶⁵ Ich folge meinen Ausführungen in Franz Wieackers ‹Wandlungen im Bilde der historischen Rechtsschule› (Fn. 43), S. 42. Dort u. a. zu Wieackers Rekurs auf die Immanenz der Entscheidungssituation, welcher ihn einmal mehr als Freirechtler zeigt. In diese Richtung auch Dieter Simon, ‹Eine Rechtsgeschichte›, in: *myops* 20 (2014), S. 67–77: Bisher habe sich ‹noch jedes Gericht *souverän*, z. B. über den Willen eines historischen Gesetzgebers hinweggesetzt›, wenn ‹Fallgerechtigkeit› oder ‹Zweckmäßigkeit› dies erforderten (S. 72 – Hervorhebung nicht im Original). Unter den Prämissen des Dezisionismus erweist sich Wieacker freilich ebenfalls als ein Mann der Extreme: Dem äußersten Subjektivismus in der Entscheidungssituation tritt der strengste Objektivismus des Rechtshistorikers als solchem gegenüber. Siehe ferner: Wieacker, ‹Zur praktischen Leistung der Rechtsdogmatik› (Fn. 44), S. 325 f. (‹unverhüllt verzichtete der entschiedeneren Flügel der Freirechtsbewegung darauf, für den Spielraum des Richters allgemein formulierte Prinzipien anzugeben: Der Richter sollte von der Norm immer schon dann abweichen dürfen, wenn er ihre Anwendung im Einzelfall unrichtig oder auch nur unzweckmäßig findet›).

⁶⁶ Siehe die Nachweise in Rechtsmaschinen (Fn. 10), S. 106.

Dürfen wir nun hoffen, dass bald ein unverstellter Blick auf die Errungenschaften der Rechtswissenschaft des 19. Jahrhunderts möglich ist? Die Frage ist zu verneinen. Eine angemessene Würdigung der Leistungen des 19. Jahrhunderts bleibt Desiderat der Wissenschaft. Denn die Rahmenhandlung, in welche das Narrativ von der Begriffsjurisprudenz eingebettet war, wird im 21. Jahrhundert weiter fortgeschrieben. Danach habe Savigny in der Philosophie eine Leitwissenschaft gesehen und seinen Systembegriff an Kants erkenntniskritischem Formalismus ausgerichtet. Wie vor hundert Jahren wird der Fortschritt der Rechtswissenschaften noch heute unter den Prämissen «von frei zu sozial» beschrieben und der Historischen Rechtsschule eine «Politik» attestiert, die eigentlich eine «Stilcharakteristik» der Aufklärungsjurisprudenz sein müsste: Savigny soll eine unzeitgemäße Trennung von Recht und Moral postuliert, das ethische Element des Rechts ausgebremst und der Erfüllung seiner sozialen Aufgabe entgegengewirkt haben. Begründet werden solche Behauptungen nun aber seltener mit Hinweisen auf einen erkenntniskritischen Formalismus oder auf «Begriffsjurisprudenz» als mit Spekulationen über das Bekenntnis einzelner Protagonisten der Historischen Rechtsschule zum Christentum.

1) Angemessene Würdigung der Leistungen des 19. Jahrhunderts als Desiderat der Wissenschaft

Es ist daher die Aufgabe künftiger Wissenschaft, die Protagonisten der Historischen Rechtsschule wieder mehr selbst zu Wort kommen zu lassen. Als Beispiel sei hier nur die «Charakteristik» des in der zweiten Hälfte des 19. Jahrhunderts führenden Pandektisten Bernhard Windscheid (1817–1892) genannt, der 1879 den durch Savigny eingeleiteten Epochenwandel mit den Worten skizziert: Die dem vernunftrechtlichen Rationalismus entsprungene Jurisprudenz «war starr geworden». Sie habe verkannt, dass alle Rechtsbildung als das Produkt der in der Gesellschaft herrschenden «Bedürfnisse und Interessen» zu begreifen sei. Savigny habe «das Recht aus der kalten Nebelhöhle, in der es einsam thronte», wieder hervorgeholt und es «der warmen, nährenden Erde» zurückgegeben, wo «es sein Leben saugt». Die geschichtliche Betrachtung des Rechts sei nicht das «eigentliche Besondere» der Historischen Rechtsschule. Ihr «Kern» liege vielmehr darin, das Recht nicht als «willkürlich entstandene Satzung, als unbewegliches Dogma» zu betrachten, sondern als «das Kleid», welches «sich die realen Verhältnisse selbst herstellen». So sei das Recht «in unendlichem Flusse begriffen» und seine «geschichtliche Behandlung» nur «eine einzelne Konsequenz» dieser Auffassung.⁶⁷

⁶⁷ Bernhard Windscheid, Zum Gedächtnis von Savigny (1879), in: ders., Gesammelte Reden und Abhandlungen, hg. v. Paul Oertmann (1904), S. 81–99, 84f. (dazu näher im 12. Kapitel IX

Einmal mehr wird also deutlich: Savigny opponiert gegen Defizite der Aufklärungsjurisprudenz. Recht entsteht aus seiner Sicht nicht nur <von oben>, etwa als Befehl eines souveränen Willens, sondern vor allem auch <von unten> als das Produkt gesellschaftlicher Kräfte. Da es den in der Gesellschaft herrschenden «Bedürfnissen und Interessen» zu entsprechen sucht, ist es in stetem Wandel – «in unendlichem Flusse begriffen». In diesem großen «Flusse» treiben, wie noch auszuführen ist, auch die sozialen «Bedürfnisse und Interessen», die spätestens seit Mitte des 19. Jahrhunderts in besonderem Maße dem Wandel unterliegen. Nach der Legende von der Begriffsjurisprudenz hätten durch die Wissenschaft des 19. Jahrhunderts dagegen weder «Bedürfnisse» noch «Interessen» berücksichtigt oder die dafür erforderlichen Wertungen getroffen werden dürfen.

Aus diesem Grunde mussten Anfang und Mitte des 20. Jahrhunderts neue Methoden, etwa die Interessen- und die Wertungsjurisprudenz entwickelt werden. Es soll hier nicht geleugnet werden, dass Freirecht, Interessen- oder Wertungsjurisprudenz wichtige Beiträge zur methodologischen Diskussion in den Rechtswissenschaften geleistet haben. Soweit sich ihre Überzeugungskraft mit der Behauptung eines Fortschritts aber aus dem Formalismus-Vorwurf und der «Begriffsjurisprudenz» speist, besteht die Gemeinsamkeit dieser «Methoden» darin, dass sie auf einer Fehldeutung der Wissenschaft des 19. Jahrhunderts beruhen.⁶⁸

2 – im Abschnitt über die «Selbständigkeit des Rechts gegenüber der Geschichte»). Ähnlich charakterisiert der 1933 emigrierte Rechtssoziologe, Arbeitsrechtler und sozialdemokratische Politiker Hugo Sinzheimer (1875–1945) den Epochenwandel als Ringen der Wissenschaft des 19. Jahrhunderts mit der Aufklärungsjurisprudenz. Letztere «schaltet die Erfahrung aus», scheidet «an den Mächten des Lebens», habe nur «formale, keine wirkliche Freiheit gekannt» etc., Hugo Sinzheimer, Friedrich Julius Stahl, in: ders., *Jüdische Klassiker der deutschen Rechtswissenschaft* (1938), S. 9–49, 11–22, 11.

⁶⁸ Die «Begriffsjurisprudenz» bildete z.B. auch für Philipp Heck (1858–1943), den Mitbegründer der Interessenjurisprudenz, den entscheidenden Gesichtspunkt. Heck «betonte bei fast jeder Gelegenheit den Gegensatz zur Begriffsjurisprudenz», Heinrich Schoppmeyer, *Juristische Methode als Lebensaufgabe* (2001), S. 66–73, 66. Von Heck stammt auch der ehrliche Satz: Die Bekämpfung der Begriffsjurisprudenz bildet «den Hauptinhalt unserer Lehre» (Nachweise bei Johann Edelmann, *Die Entwicklung der Interessenjurisprudenz*, 1967, S. 26). Sie war der «Prügelknabe» (Edelmann, *Interessenjurisprudenz*, a.a.O., S. 26) und «die Gegnerin, die es zu besiegen galt» (Schoppmeyer, *Juristische Methode*, a.a.O., S. 66). Ebenso steht und fällt die sogenannte Wertungsjurisprudenz mit der Legende von der Begriffsjurisprudenz (keine dieser Methodenlehren kann dem Autonomiephänomen Rechnung tragen, um das Savignys Systemdenken kreist).

2) «Begriffsjurisprudenz» in den Einleitungen des «Palandt» von 1981 bis 2022

Die Wissenschaft vom geltenden Recht zeigt eine erstaunliche Resistenz gegenüber den Ergebnissen rechtshistorischer Forschung. Ein Beispiel für die Unerlöschlichkeit einer Linie, die sich von Jhering über das Freirecht, die Interessen- und NS-Jurisprudenz bis zur Wertungsjurisprudenz der Nachkriegszeit zieht, bildet die Einleitung in das Bürgerliche Gesetzbuch zum bekanntesten deutschen BGB-Kommentar, dem «Palandt», wo Savigny nach wie vor als Wegbereiter eines rechtswissenschaftlichen Formalismus diskreditiert wird:

«1900 war die sog. **Begriffsjurisprudenz** die herrschende juristische Methode (bekannteste Vertreter: Savigny, Windscheid). Ihre Anhänger waren der Ansicht, daß sich aus den vorhandenen Normen ein lückenloses System von Rechtsbegriffen entwickeln lasse. Die Ausdifferenzierung der Begriffe und ihre Zusammenfassung zu einem geschlossenen System wurden als logisch-formaler Prozeß verstanden, der von Wertungen weitgehend frei zu halten sei. Dem so erarbeiteten System sei für jeden denkbaren Konflikt eine Lösung zu entnehmen. Der Rechtsanwender brauche den Lebensvorgang nur unter die einschlägigen Rechtsbegriffe zu subsumieren.»⁶⁹

Diese komprimierte methodologische Skizze hat eine erstaunliche Geschichte von über vierzig Jahren. Sie findet sich nahezu wortgleich erstmals in der 40. Auflage des «Palandt» von 1981, nachdem der Präsident des Landgerichts Bremen, Helmut Heinrichs, die Kommentierung von seinem Vorgänger Bernhard Danckelmann übernommen hatte.⁷⁰ Heinrichs nennt auch den Urheber dieser «Methodengeschichte», nämlich den seit 1933 in Kiel und nach 1945 in München lehrenden Zivilrechtler und Rechtsphilosophen Karl Larenz (1903–1993).⁷¹

⁶⁹ Christian Grüneberg, Einleitung in: ders. (Hg.), Bürgerliches Gesetzbuch mit Nebengesetzen, 81. Auflage (2022), S. 7, Rdnr. 34 (Fettdruck im Original).

⁷⁰ Helmut Heinrichs, Einleitung, in: Palandt. Bürgerliches Gesetzbuch, 40. Auflage (1981), VI 1 (S. 5): «Seit dem Inkrafttreten des BGB war die im 19. Jahrhundert entstandene sog. **Begriffsjurisprudenz** die noch herrschende juristische Methode (bekannteste Vertreter: Savigny, Windscheid). Ihre Anhänger waren der Ansicht, daß sich aus den vorhandenen Normen ein *lückenloses* System von Rechtsbegriffen entwickeln lasse. Die Ausdifferenzierung der Begriffe und ihre Zusammenfassung zu einem geschlossenen System wurde als logisch-formaler Prozeß verstanden, der von Wertungen weitgehend frei zu halten sei. Dem so erarbeiteten System sei für jeden denkbaren Konflikt eine Lösung zu entnehmen. Der Rechtsanwender brauche den Lebensvorgang nur unter die einschlägigen Rechtsbegriffe zu subsumieren.» (Fettdruck und Hervorhebung im Original).

⁷¹ Bis zur 10. Auflage (1952) hatte Otto Palandt (1877–1951) die Einleitung des nach ihm benannten BGB-Kommentars verfasst (erstaunlicherweise fehlt schon in der ersten Einleitung von 1939 des oft gescholtenen Otto Palandt die in der NS-Kommentarliteratur zum BGB übliche Schmähung der Rechtswissenschaft des 19. Jahrhunderts). Nach Palandt trat Bernhard

Heinrichs' Kommentierung geht auf ein mit «Die Begriffsjurisprudenz des 19. Jahrhunderts» überschriebenes Kapitel zurück, das Larenz seit der ersten Auflage von 1960 bis zur sechsten und letzten Auflage 1991 seiner «Methodenlehre der Rechtswissenschaft» kaum verändert hat. 1981 konnte Heinrichs noch annehmen, mit seiner Neubearbeitung die Einleitung des «Palandt» auf den aktuellen Stand der Wissenschaft gebracht zu haben. Dies änderte sich erst, als allmählich auch in breiteren Kreisen bekannt wurde, dass die Positionen von Larenz bis in die 1930er-Jahre zurückreichen, in eine Zeit also, in welcher, wie bereits angedeutet, die Anfeindungen gegen die «Begriffsjurisprudenz» des 19. Jahrhunderts einen traurigen Höhepunkt erreichten und letztlich nicht nur die Außerkraftsetzung des BGB, sondern auch dessen Ablösung durch ein dem Leben vermeintlich näheres, den nationalen und sozialen Bedürfnissen besser entsprechendes Volksgesetzbuch rechtfertigen sollten.

Der Forschungsstand wurde durch die Erkenntnisse über Larenz' NS-Publikationen also mit einem Schlag um Jahrzehnte zurückgeworfen: Die Behauptung, das BGB sei eine Frucht der im 19. Jahrhundert angeblich herrschenden «Begriffsjurisprudenz», war auf einmal zur Verunglimpfung, mindestens aber legitimationsbedürftig geworden.⁷² «Rechtliches Handeln» verwirklicht eine Regel der Vernunft, deren Gegenstand «außer dem Begriff gar nicht angetroffen wird». Selbst die Freiheit ist ein «reiner Vernunftbegriff», dem «kein angemessenes Beispiel in irgend einer möglichen Erfahrung gegeben werden kann».⁷³ Die Beschränkung des Rechts auf seine formalen, logischen Elemente, die Ausschaltung der Erfahrung und des Lebens sind typische Positionen der Aufklärungsjurisprudenz, die, wie schon angedeutet, auch die Rechtsphilosophie von Kant kennzeichnen. Die Tätigkeit des «Rechtsanwenders» soll demnach darauf reduziert

Danckelmann (1895–1981) bis zur 36. Auflage (1977) als Autor auf. Heinrichs kommentierte ab der 37. Auflage (1978), übernahm die Einleitung von Danckelmann zunächst aber nahezu wörtlich (bis zur 39. Auflage). Die an Larenz angelehnten und bis heute erhaltenen methodengeschichtlichen Passagen finden sich erst seit der 40. Auflage.

⁷² Karl Larenz wird als Urheber der methodengeschichtlichen Skizze bis zur 78. Auflage (2019) des «Palandt» genannt, vgl. meinen Artikel: Rudolf von Jhering und der Aufstand gegen den rechtswissenschaftlichen Formalismus, in: JZ 2019, S. 689–696, 689. Warum der «Palandt» den Namen «Larenz» im Anschluss tilgte, kann nur vermutet werden. Seit der 79. Auflage von 2020 beruft sich das Werk für den gleichen Text jedenfalls nicht mehr auf Larenz, sondern auf die «Juristische Methodenlehre» von Thomas M. Möllers, die in 3. Auflage 2020 erschienen ist. Daran ist richtig, dass auch Möllers den Formalismus-Vorwurf kolportiert. In der Sache hat sich dadurch freilich nichts geändert, zumal nicht ersichtlich ist, dass der zitierte Autor durch eine selbständige Forschung zur Wissenschaft des 19. Jahrhunderts ausgewiesen ist.

⁷³ Siehe die Nachweise aus der Metaphysik der Sitten und der Kritik der reinen Vernunft oben II.

werden, «den Lebensvorgang [...] unter die einschlägigen Rechtsbegriffe zu subsumieren».⁷⁴

Ob eine solche «Methode» als Begriffsjurisprudenz gebrandmarkt werden darf, mag offenbleiben. Savigny jedenfalls ist angetreten, um ihr den Kampf anzusagen: Ihm geht es darum, den Juristen jene Gestaltungsmöglichkeiten und Spielräume für die Lösung von Interessenkonflikten und für Wertungen einzuräumen, die ihnen die Aufklärungsjurisprudenz versagen wollte. Sein Rechtsdenken fußt auf der Prämisse, dass das Leben ständig neue Fälle produziere und das Streben eines Gesetzgebers nach Vollständigkeit und Lückenlosigkeit illusorisch sei.⁷⁵ Als abschreckendes Beispiel dient ihm vor allem das Preußische Allgemeine Landrecht mit seinen fast 20.000 Bestimmungen.

Was die Rechtsfindung angeht, kommt es für Savigny also nicht nur auf Begriffe oder den Buchstaben des Gesetzes, sondern auch auf Takt, Gefühl oder Urteilskraft – auf die individuelle Leistung des «Rechtsanwenders» an. «Takt» apostrophiert zugleich den Kontrapunkt zu einem Verständnis von juristischer Methode, die gewöhnlich mit der Begriffsjurisprudenz in Zusammenhang gebracht wird.⁷⁶ Die Lehren von einer Pluralität der Rechtsquellen, von Dogmatik und Juristenrecht haben auch Eingang in das BGB gefunden. Gesetzgebungstechnik, Motive und zeitgenössische Stellungnahmen, etwa von Seiten des hannoverschen Richters Gottlieb Planck (1824–1910), des sogenannten «Vaters» des BGB, geben davon ein eindrucksvolles Zeugnis. Hier genügt es nur daran zu erinnern, wie häufig die BGB-Gesetzesverfasser auf eine Regelung verzichten und darauf vertraut haben, Wissenschaft und Rechtsprechung würden die richtige Lösung schon finden.⁷⁷ Ohne die im 19. Jahrhundert formulierte Lehre vom Juristenrecht wären derartige Äußerungen ebenso wenig vorstellbar wie die Tore, welche das BGB z. B. der Billigkeit geöffnet hat.

Das Gespenst der Formaljurisprudenz sollte aus den «Stilcharakteristiken» der Wissenschaft des 19. Jahrhunderts verbannt und als Denkmal einer Kette von Fehldeutungen der Geschichte übergeben werden. Das gleiche gilt für die despektierliche Vorstellung eines «Rechtsanwenders», der, wie ein Automat,

⁷⁴ Formulierung von Grüneberg, BGB, Einleitung (Fn. 69), Rdnr. 34.

⁷⁵ Das Lückenproblem erörtert Savigny im ersten Band des Systems (Fn. 2), S. 290–294 (§ 46). Dabei geht er von einer Lückenhaftigkeit der Rechtsquellen ohne nähere Begründung und wie selbstverständlich aus, um sodann, für den Fall der Lücke, die verschiedenen Formen einer «analogischen Rechtsfindung» zu erörtern (a.a.O., S. 291). Bei einer solchen «Rechtsfindung» kann es sich auf der schwierigsten Stufe um eine überaus komplexe, die Grenze zur Rechtsfortbildung berührende (oder gar überschreitende) Operation handeln, die ohne Takt, Gefühl und Urteilskraft nicht zu bewältigen ist (dazu sogleich unten und im 12. Kapitel III).

⁷⁶ Im Hintergrund steht eine elaborierte juristische Hermeneutik, deren Leistungsfähigkeit sich vor allem auch bei der Lückenfüllung zeigt. Sie ist an anderer Stelle eingehender gewürdigt worden, siehe Mißverstehen und Verstehen (Fn. 60).

⁷⁷ Siehe nur Meder, Gottlieb Planck und die Kunst der Gesetzgebung (2010).

«den Lebensvorgang [...] nur unter die einschlägigen Rechtsbegriffe zu subsumieren» brauche. Bis heute vermochten die Apologeten der Begriffsjurisprudenz keinen einzigen Autor der Historischen Rechtsschule und keinen einzigen BGB-Verfasser zu präsentieren, der jemals eine solche Auffassung geteilt hätte.

VI. Savigny und die «Dialektik der Aufklärung»: Aufklärung als «Vehikel des Fortschritts und zugleich der Regression»

Nach Savignys eigenem Bekunden bietet das antike Denken seiner Wissenschaft jenen normativen Rahmen, in welchem auch Herder, Goethe oder Humboldt ihre Ideen formulierten. Seine Vorbehalte sind gegen ein Vernunftrecht gerichtet, dessen Defizite sich mit dem Sammelbegriff des «Formalismus» auf einen gemeinsamen Nenner bringen ließen. Hat Savigny nun dem Formalismus der Aufklärungsjurisprudenz einfach die Postulate eines Antiformalismus entgegeng gehalten? Kann der geistesgeschichtliche Kontext seiner Wissenschaft auf Grundlage eines Schemas beschrieben werden, wonach an die Stelle des Vernunftrechts eine Jurisprudenz der Gegenaufklärung tritt? Diese Frage ist schwerer zu beantworten, als es auf den ersten Blick erscheinen mag. Denn Savigny wollte, wie anhand des Begriffs «System» bereits angedeutet, dem Rationalismus der Aufklärung keineswegs eine generelle Absage erteilen.

1) Epochen der Rechtsgeschichte: Kreisförmige Bewegung von Fortschritt und Regression

Dies bestätigt seine Bestimmung des Rechts als Grenze, mit welcher Savigny einen Grundgedanken der Aufklärungsjurisprudenz und nicht zuletzt auch von Kants Rechtsphilosophie aufgreift. Danach tritt der Mensch «inmitten der äußeren Welt» mit denen in Berührung, «die ihm gleich sind durch ihre Natur und Bestimmung».⁷⁸ Die Anknüpfung an formale Elemente wie Gleichheit, Freiheit oder Sicherheit darf aber nicht dahingehend missverstanden werden, dass Savigny die Positionen der Aufklärungsjurisprudenz einfach übernommen hat. Er sieht nämlich nicht nur die Vorteile des vernunftrechtlichen Formalismus, sondern auch dessen Schwächen, die z. B. in einem Monismus der Rechtsquellen, der Ausschaltung von Erfahrung, der Beschränkung der Entscheidungsfindung auf die Subsumtion des Besonderen unter das Allgemeine, der strikten Trennung von Recht und Ethik oder dem – daraus resultierenden – Ausschluss der Billigkeit liegen.

78 Savigny, System I (Fn. 2), S. 331 f. (siehe bereits oben I).

Der Formalismus der Aufklärungsjurisprudenz ist einerseits also «ein Vehikel des Fortschritts» andererseits aber auch eine Quelle der «Regression».⁷⁹ Wenn etwa «*summum ius summa iniuria*» sein kann und die Gerechtigkeit dabei auf der Strecke bleibt, oder, um ein weiteres Beispiel zu nennen: wenn vergangene oder fremde Kulturen nach der Lehre vom Naturzustand als roh, egoman und gewalttätig geschildert werden, dann könnte das einen Rückschritt gegenüber Standards und Positionen bedeuten, welche z. B. schon in der entwickelten Antike erreicht wurden.⁸⁰

Savignys Einwände gegen den vernunftrechtlichen Formalismus müssen eine Fortsetzung des Projekts der Aufklärung also nicht zwangsläufig ausschließen. Die Weiterführung setzt aber voraus, dass wir die Errungenschaften vergangener Kulturen zu schätzen lernen und ihnen nicht mit «falschem Stolz» begegnen. Dazu gehört auch die Einsicht, dass wir auf das römische Recht als «Bildungsmittel» angewiesen sind, weil wir dessen Niveau aus «eigener Kraft» kaum erreichen könnten.⁸¹ «Fortschritt» würde dann bedeuten, dass wir die Römer, «wenn wir gelernt haben», den «gegebenen Rechtsstoff mit derselben Freiheit und Herrschaft zu behandeln», als «Vorbilder entbehren, und der Geschichte zu dankbarer Erinnerung übergeben» können.⁸²

Auch diese Aussage ließe sich unter dem Gesichtspunkt einer Dialektik, etwa in der Form von These und Gegenthese, deuten. So könnte gegen die These eines Formalismus oder eines linearen Fortschritts als Gegenthese der Einwand erhoben werden, dass im Recht auch unformale Elemente relevant oder frühere den späteren Kulturen bisweilen überlegen sind. Aufklärungskritik würde dann als der Versuch erscheinen, «nach der Aufklärung» einen «zweiten entscheidenden

79 Formulierung von Horkheimer, Adorno, Begriff der Aufklärung (Fn. 5), S. 52 («Vehikel des Fortschritts und zugleich der Regression»).

80 Siehe Horkheimer, Adorno, Begriff der Aufklärung (Fn. 5), S. 52. Danach offenbare sich die «Dialektik der Aufklärung» im Auf und Ab von Fortschritt und Regression. In dieser als kreisförmige Bewegung beschriebenen Wechselwirkung liege zugleich der Unterschied zum linearen Fortschrittsdenken etwa von Kant oder Hegel. Durch die Defizite der Aufklärung wird «die Kreisähnlichkeit der Geschichte in ihrem Fortschritt [...] miterklärt» (Begriff der Aufklärung, a.a.O., S. 52): «Der Fluch des unaufhaltsamen Fortschritts ist die unaufhaltsame Regression» (a.a.O., S. 53). Was Savigny von zyklischen Geschichtsmodellen hielt, wissen wir nicht. Der große Respekt und die Hochschätzung, die er der Rechtsphilosophie von Giambattista Vico entgegenbrachte, lässt aber eine grundsätzliche Aufgeschlossenheit vermuten (vgl. 8. Kapitel II, 9. Kapitel I 1). Eine wichtige Gemeinsamkeit mit der «Dialektik der Aufklärung» besteht jedenfalls in der Ablehnung des einseitigen Fortschrittsdenkens der Aufklärungsphilosophie: So greift Savigny die Geschichte ebenfalls als eine Folge von Ab- und Aufstiegen: Auch er hält eine Regression der Moderne und Spitzenleistungen vergangener Kulturen jederzeit für möglich (6. Kapitel IV; 12. Kapitel IV 3).

81 Savigny, System (Fn. 2), S. XXXI (Vorrede).

82 System I (Fn. 2), S. XXXI (siehe 12. Kapitel IV 2).

den Schritt zur europäischen Moderne» zu vollziehen.⁸³ Dieser zweite Schritt wäre ohne den ersten aber gar nicht möglich und darf auch nicht einfach als «Irrationalismus» oder «Gegenaufklärung» verworfen werden.

2) Die Epoche «nach der Aufklärung» als der «zweite entscheidende Schritt zur europäischen Moderne»

Anders als zwischen «Romantik» und «Klassik» lässt sich zwischen Aufklärung und der anschließenden Epoche also durchaus eine markante Trennlinie ziehen. Doch gibt es auch Überschneidungen, Berührungen, Übergänge zwischen den Thesen und Gegenthesen. Aufklärungskritik muss Aufklärung nicht zwangsläufig ausschließen. Dies sei anhand von drei Beispielen kurz erläutert:

Dass die an die Aufklärung anschließende Epoche den neuzeitlichen Rationalismus kritisierte und einen Akzent auf das Unbewusste und Unwillkürliche legte, ist bereits ausgeführt worden. Wer der jüngeren Richtung folgt, muss aber nicht gleich als Gegner der Aufklärung qualifiziert werden. Denn die Annahme, dass Kräfte existieren, deren Macht der Mensch nicht oder nur eingeschränkt zu kontrollieren vermag, kann über eine irrationale Opposition gegen die Vernunft hinaus auch eine Steigerung von Rationalität und damit einen «zweiten Schritt» in Richtung «europäischer Moderne» bedeuten.⁸⁴

Als zweites Beispiel sei an Savignys Kritik der aufgeklärten Formaljurisprudenz erinnert, die mit ihrem kategorischen Ausschluss der Ethik aus der Entscheidungssituation in der Rechtspraxis oft zu ungerechten Ergebnissen führt.⁸⁵

⁸³ Matuschek, *Der gedichtete Himmel* (Fn. 37), S. 24 (oben II). Horkheimer und Adorno sprechen von der Möglichkeit, dass die Aufklärung «zu sich selbst» komme. Von einem «zweiten Schritt» könnte aus ihrer pessimistischen (angesichts der Zeitumstände sehr verständlichen) Sicht wohl nur gesprochen werden, wenn es gelänge, die destruktiven Folgen der Aufklärung zu beseitigen bzw. den Kreislauf von Regression und Fortschritt zu durchbrechen, Begriff der Aufklärung (Fn. 5), S. 59, 52 f.

⁸⁴ Siehe oben III 1. Damit soll nicht bestritten werden, dass es eine Gegenaufklärung gegeben hat. Von «Gegenaufklärung» könnte z. B. dann gesprochen werden, wenn die Betonung des Unbewussten oder Irrationalen in einer Weise dominierend wirkt, dass sie auf eine fundamentale Verwerfung von Vernunft, Rationalität oder Bewusstsein hinauslaufen würde. Savignys Rechtskritik darf mit der irrationalen Opposition gegen die Vernunft aber nicht verwechselt werden. Zu Merkmalen der Gegenaufklärung siehe: Wolfgang Albrecht, *Was war Gegenaufklärung? Strategien und Argumentationen deutscher Aufklärungsgegner um 1800*, in: Dieter Fratzke, Wolfgang Albrecht (Hgg.), *Weiblichkeitsentwürfe und Frauen im Werk Lessings* (1997), S. 195–229, 196 f. (die Gegenaufklärung habe es darauf angelegt, der Aufklärung vorwiegend zu «schaden», sie «auszuhöhlen und zu verdrehen»; sie sei «allermeist undialektische [...] Negation» geblieben).

⁸⁵ Damit wäre eine «destruktive» Seite der Aufklärungsjurisprudenz angesprochen, vgl. Horkheimer, Adorno, *Begriff der Aufklärung* (Fn. 5), S. 59 (unter Hinweis auf die «romanti-