Puchtas Jurisprudenz im Kontext

1. *Puchtas Hinwendung zur »Praxis«*

I. Bekenntnisse gegenüber Hugo

Puchtas Angst, die »Zahl der unberufenen Schriftsteller zu vermehren«,[1] ließ ihn schon früh ein eigenes Profil suchen. Als wissenschaftliches Betätigungsfeld wählte Puchta zunächst die Römische Rechtsgeschichte. Seit längerem hatte er sich mit der Thematik beschäftigt. Bereits zu Schulzeiten hatte Puchta von seinem Vater Niebuhrs »Römische Geschichte« erhalten,[2] mit der er sich zeitlebens auseinandersetzte.[3] Noch vor Beginn des Studiums traten zudem Hugos »Institutionen«[4] in seinen Blick. Auch die 1823 erschienenen »civilistischen Abhandlungen« blieben in ihrer Fragestellung durchweg auf die Antike beschränkt. Zu diesem Zeitpunkt waren für ihn die 12 Tafeln »ein Gegenstand, welchem ich wohl einst meine Kräfte und einen Theil meiner Zeit widmen, und zu dem ich mich jetzt vorbereiten möchte«.[5] Infolge der Anregungen Savignys während Puchtas Aufenthalt in Berlin las Puchta ab 1822 auch wiederholt über Gaius.[6] 1823 glückte ihm mit der Entdeckung des

1 Brief an Hugo vom 17.6.1826.

2 Bohnert, Beiträge, 1979, S. 232, belegt den Verweis auf Puchtas Vater nicht; er findet sich im Brief an Savigny vom 21.3.1836. Puchta sprach auch in den biographischen Notizen, kzSchr., S. 20 f., für die Zeit vor 1820 von einem mächtigen Einfluß Niebuhrs.

3 Die zweite Auflage Niebuhrs wurde von Puchta rezensiert in: EJ 5, 1827, S. 18 ff.; der aus dem Nachlaß herausgegebene dritte Teil in: Bayerische Annalen 1833, S. 276 ff.; Puchta verteidigte Niebuhr in einer scharfen Rezension gegen den Vorwurf von C. L. F. Schulz, Niebuhrs politische Geschichtsschreibung unterstütze die Revolution, vgl. Rez. Schultz, 1834, S. 457 ff. Gegenüber Hugo zeigte Puchta demgegenüber zunehmende Distanz gegen Niebuhrs fehlende christliche Ausrichtung seiner Geschichtsschreibung. Diese »heidnischen Greuel« zeugten von einer »Borniertheit«, die ihn bei der Lektüre der zweiten Auflage »tief verletzt« habe, Brief an Hugo vom 25.6.1827.

4 Vgl. den Hinweis Puchtas in ders., Lehrbuch für Institutionen-Vorlesungen, 1829, S. XIII.

5 Civilistische Abhandlungen, 1823, Vorrede, S. 23.

6 Civilistische Abhandlungen, 1823, Vorrede, S. 24.

https://doi.org/10.5771/9783465133278-113 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

Namens der »*Lex Rubria*« auch eine bleibende rechtshistorische Leistung, an die er Zeit seines Lebens vertiefende Untersuchungen anschloß.[7]

1824 kündigte Puchta als erstes größeres Werk die Herausgabe einer eigenen Römischen Rechtsgeschichte an.[8] Zehn Jahre zuvor hatte Savigny, trotz Lobes für Hugo, eine »gründliche Rechtsgeschichte« gefordert.[9]

Dieses wissenschaftliche Programm bekam 1827 einen Bruch, dessen Folgen im weiteren die Perspektive auf Puchtas Methode lenken sollen. Am 5.4.1827 machte Puchta Hugo brieflich auf diese Neuausrichtung aufmerksam:

»Was sagen Sie dazu, daß ich mich des heutigen Rechts und der Praxis annehme?«

II. »Praxis« – Annäherungen an eine ungewohnte Perspektive

Der »practische« Puchta ist eine ungewohnte und scheinbar widerlegte Perspektive. Die Konflikte mit dem traditionellen Bild des Begriffsjuristen liegen auf der Hand. Für Landsbergs Zeitgenossen war Puchta bereits 1910 »der typische Vertreter der einseitigsten, verstiegenen, welt- und lebensfremden, praktisch unanwendbaren, dialektisch haarspaltenden ›Begriffsjurisprudenz‹.[10] Der Vorwurf der Praxisferne traf Puchta in vielen Facetten. Er fand sich im Bild einer historischen Schule, die »friedlich von einem Archiv zum anderen« reist und sich durch ein »Abstandnehmen von zeitgeschichtlichen und politischen Fragen« auszeichnen soll.[11] Unscharf stand daneben, deutlich politischer gewendet, der alte Vorwurf des »Quietismus« der historischen Schule.[12] Wie das erste Kapitel zu zeigen versucht hat, erweisen sich diese Bilder ihrerseits tief von historischen Großdeutungen durchzogen, die nicht einfach im Material falsifiziert werden können.

Puchtas Bekenntnis öffnet nur für einen Teil dieser Problematik eine allerdings sehr reizvolle Perspektive. Puchta kündigte Hugo ein doppeltes an, er wolle sich »des heutigen Rechts« annehmen, was, wie sein späteres

7 Über den Namen der s. g. Lex Gallia Cisalpina, 1823, S. 71 ff.; Über die Lex Rubria, 1837, S. 123 ff.; Ueber den Inhalt der Lex Rubria de Gallia cisalpina, 1842, S. 518 ff.

8 Brief an Savigny vom 29.12.1824.

9 Savigny, Beruf, 1814, S. 121.

10 Landsberg, GDR 3. 2., S. 458.

11 Thieme, Rechtsgeschichte und Rechtswissenschaft, 1980, S. 278 f.; leider unkritisch übernommen von Braun, Eduard Gans und die Wissenschaft von der Gesetzgebung, 1982, S. 127 ff., dessen Vergleich der philosophischen und der historischen Schule daher in Schieflage gerät.

12 Zusammenstellung der (älteren) Literatur zu diesem Thema bei Caroni, Savigny und die Kodifikation, 1969, S. 135, Anm. 228; zu den bereits zeitgenössischen Vorwürfen Rückert, Reyscher, 1974, S. 232.

https://doi.org/10.5771/9783465133278-113 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

Werk zeigte, bedeutete: des »heutigen römischen Rechts«, also jedenfalls des 1828 geltenden Rechts. Zweitens wolle er sich der »Praxis« zuwenden. Dies konnte nach dem Sprachgebrauch der Zeit bloßer Gegenbegriff zu »Theorie«[13] sein. Puchta meinte dies jedoch juristischer: Praxis bedeutete in dieser Perspektive die gerichtliche Praxis, den Gerichtsgebrauch.[14] Puchta wendete sich also einerseits dem »heutigen« römischen Recht und andererseits der gerichtlichen Praxis zu.

In dieser Präzisierung treten die Divergenzen zur gängigen Beurteilung des Werks Puchtas deutlicher zutage. Dagegen, daß Puchtas Plan in seinem späteren Werk eine Entsprechung gefunden habe, spricht Jherings dargestellter[15] Vorwurf des »Mumiencultus« ebenso, wie die nicht erst seit Landsberg[16] verbreitete Ansicht, die historische Schule sei »nicht eben geneigt« gewesen, die Praxis, also die Gerichte, zu beachten,[17] und gerade Puchta habe sein Juristenrecht als Professorenrecht konzipiert.[18]

13 H. Kleger in: HWBPh 7, 1989, Sp. 1295 ff.; Kluge, Etymologisches Wörterbuch, 23. Aufl. Berlin u. a. 1995, S. 645, siedeln diesen Gegensatz im 18. Jahrhundert an.

14 Der Ausdruck Praxis als Synonym für Gerichtsgebrauch findet sich gerade auch bei Hugo, Die Gesetze sind nicht die einzige Quelle der juristischen Wahrheiten, 1813, S. 105; daneben etwa bei Maurenbrecher, Lehrbuch, 1832, § 17; Mühlenbruch, Pandekten I, 3. Aufl. 1839, S. 107, (kritisch) uva.; eine Abgrenzung zwischen Gerichtsgebrauch und Praxis versuchte dagegen Schweppe, Das Römische Privatrecht, 2. Aufl. 1819, § 36; dieser juristische Bezug wird auch bei Grimm, Deutsches Wörterbuch 13, Sp. 2078, deutlich.

15 Vgl. oben S. 38.

16 Landsberg, GDR 3.2., 1910, S. 445. Dies hinderte ihn nicht daran, wenig später Puchtas Stärke auf dem »Boden der positiven Jurisprudenz« hervorzuheben, wo es um Fragen der Beweislast oder um den Amtsuntersuchungsgrundsatz in Fragen des Gewohnheitsrechts gehe – offensichtlich doch sehr praktische Fragen. Richtig ist lediglich, daß die »wirkliche, vor Augen liegende Rechtspraxis«, vor allem also der Gerichtsgebrauch (GDR 3.2., 1910, S. 591) von Puchta vorausgesetzt und aus juristischen Ansichten geschlossen, kaum jedoch eigenständig untersucht wurden. Gerade der in diesem Zusammenhang herangezogene Kierulff taugt freilich bekanntlich lediglich im Programm, nicht in der Ausführung als Gegenbeispiel.

17 Die These von der Nichtbeachtung der Praxis durch die, zumeist pauschal, historische Schule war bis zur Arbeit von Ogorek, Richterkönig oder Subsumtionsautomat?, 1986, S. 200, ohne Widerspruch. Bis 1972 eine genaue Auswertung der Vorwürfe bei Scheuermann, Einflüsse der historischen Rechtsschule, 1972, S. 3 ff., der im Ergebnis jedoch beim alten Bild bleibt, vgl. unten Kap. 2 I Gewohnheitsrecht – die »fast obsolete« Rechtsquelle?; auf dieser Linie weiterhin Larenz, Methodenlehre, 6. Aufl. 1991, S. 24; Schlosser, Privatrechtsgeschichte, 8. Aufl. 1996, S. 134; in der 9. Aufl. 2001, S. 154 f., schränkt Schlosser inzwischen unter Pauschalverweis auf Ogorek seine frühere Ansicht ein. Worin der Wandel gegenüber seiner früheren Ansicht konkret liegen soll, bleibt jedoch unklar.

18 Trennung zwischen Gerichten und Puchtas Wissenschaftsrecht in neuerer Zeit etwa bei Raisch, Juristische Methoden, 1995, S. 95, Anm. 81 (obwohl er Puchtas Bezug

https://doi.org/10.5771/9783465133278-113 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

Zeitgenossen war der »practische« Puchta demgegenüber bemerkenswert vertraut.[19] Hierauf wurde bereits hingewiesen. In der Bewertung des »praktischen« Puchta zeigten sich zwischen 1846 und den 1870er Jahren auffallende Divergenzen, die mit dem Aufstieg des »Begriffsjuristen« Puchta einhergingen. »Praxis« ist also eine reizvolle Perspektive auf die Rechtslehre Puchtas.

III. Frühe Ausgangsposition 1821–1826

Puchtas Hinwendung zur »Praxis« verschob seinen Forschungsschwerpunkt, nicht jedoch seine bereits zu diesem Zeitpunkt gefestigten Grundüberzeugungen in Fragen der juristischen Methode und der Aufgabe des Rechtswissenschaftlers. Über den Ausgangspunkt dieser Überlegungen ließ er zu keinem Zeitpunkt einen Zweifel: Friedrich Carl von Savigny und insbesondere dessen »Beruf« von 1814.

1. Frühe Bekenntnisse zu Savigny

Im Sommer 1821 unternahm Puchta als junger Privatdozent eine *peregrinatio academica* »durch ganz Deutschland«.[20] Auf den Stationen Jena, Berlin, Göttingen, Bonn und Heidelberg lernte er u. a. Savigny, Hugo, Göschen, Hasse, Ribbentrop, Bethmann-Hollweg und Thibaut persönlich kennen.[21] Prägend war insbesondere eine zweimonatige Hospitanz bei Savigny in Berlin, wo Puchta Savignys Vorlesungen über Gaius besuchte.[22] Wohl bereits während des Studiums hatte Puchta erstmals mit Savignys »Beruf« von 1814 Bekanntschaft gemacht.[23] Der »mächtigste Einfluß« der Schriften Savignys, den Puchta rückblickend für die Erlanger Jahre vermerkte, bezog sich auf »Bewußtsein von dem Standpunkt und Beruf, so wie von der Methode der

auf die Gerichte zuvor noch zitiert); Hattenhauer, Die geistesgeschichtlichen Grundlagen, 4. Aufl. 1996, Rn. 411; richtigstellend Ogorek, Richterkönig oder Subsumtionsautomat?, 1986, S. 204 (gegen Forsthoff).

19 Schon Ogorek hat auf dieses vergessene Bild hingewiesen: Richterkönig oder Subsumtionsautomat?, 1986, S. 200 ff.

20 Brief an seinen Sohn Wolfgang August vom 30.5.1835; vgl. auch Bohnert, Beiträge, 1979, S. 232.

21 Vgl. die biographische Notiz, die Puchta seinem italienischen Übersetzer kurz vor seinem Tode mitteilte, abgedruckt in KzS, S. XX f.

22 Brief an Savigny vom 31.7.1830, bei Bohnert, Vierzehn Briefe, 1979, S. 15; dies stimmt mit dem Vorlesungsverzeichnis der Berliner Universität überein. Die Vorlesungen Savignys begannen am 24. April 1821; Puchta hörte sie, so brieflich gegenüber Hugo am 4.12.1839, vier Wochen.

23 Biographische Notiz, die Puchta seinem italienischen Übersetzer kurz vor seinem Tode mitteilte, abgedruckt in KzS, S. XX f. Dort nennt er Glück, der durch seinen Fleiß, und Gros, der durch seine Persönlichkeit während des Studiums auf ihn gewirkt haben.

https://doi.org/10.5771/9783465133278-113 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

Wissenschaft«.[24] Schon die Encyclopädie des Jahres 1822 hatte Puchta zu Bekenntnissen zu Savigny genutzt.[25] 1825 formulierte Puchta dann in aller Deutlichkeit, Gott habe Savigny zu demjenigen erwählt, dem »die gereifte Frucht der Wissenschaft zufallen sollte«.[26]

Savigny gegenüber bezeichnete sich Puchta mit Blick auf die Erlanger Zeit als »Mensch, der nur die Resultate, wozu man gelangen muß, vor sich sah, den aber niemand über die Art und den Weg, dahin zu gelangen, belehrt hat«.[27] Die Erlanger Periode Puchtas zeigt sich von dem Versuch geprägt, Savignys 1814 formuliertes Arbeitsprogramm umzusetzen. Seine Kenntnis dieser Ansichten speiste sich, eigenen Angaben zufolge, weitgehend aus den veröffentlichten Werken Savignys. Mit dem »Beruf« geriet er zudem in den Besitz einer unvollständigen Mitschrift von Savignys Rechtsgeschichte-Vorlesung in Berlin.[28] Dort hatte er auch Gelegenheit gehabt, Einblick in eine Nachschrift »eines Zuhörers über Rechtsgeschichte und Pandekten« zu nehmen.[29] Vielleicht waren ihm also auch Savignys zu diesem Zeitpunkt relativ knappe Vorbemerkungen zur Methodenlehre in diesen Vorlesungen bekannt.[30] Eine eigene Mitschrift der Pandektenvorlesungen besaß er auch später aber wohl nicht. Noch 1829 berief er sich auf die Darstellung durch Ludwig Pernice in dessen Institutionenkompendium und »sonstige Mittheilungen«, um eine Auseinandersetzung mit Savignys System zu versuchen.[31] Neben dem »Besitz« von 1803, als Vorbild einer Ausführung, setzte sich Puchta vor allem mit Savignys Schriften der Jahre 1814 und 1815 auseinander. Ungewohnt lyrisch schilderte Puchta 1824 die erste Wirkung des »Berufs« auf ihn. Er schwärmte vom »Gefühl … welches mich beim ersten und zweiten Lesen jener Blätter ergreift, und das ich am ehesten dem Einsaugen eines frischen Windeswehens nach drückender Stille, oder dem

24 Puchtas biographische Notiz, a. a. O., S. XX f.
25 Encyclopädie und Methodologie, 1822, S. 25, * und im Aufbau, etwa § 1 mit dem handschriftlichen Zusatz »Volk« in Puchtas Handexemplar, § 51; vgl. auch die Rezension von L. P. H., 1825, Sp. 304; hiergegen wiederum scharf Puchta, Encyclopädie, 1825, S. 6.
26 Puchta, Encyclopädie, 1825, S. 68.
27 Brief an Savigny vom 31.7.1830, bei Bohnert, Vierzehn Briefe, 1979, S. 15.
28 Brief an Savigny vom 18.5.1824, »der Mittheiler hatte den größten Theil desselben verloren«.
29 Brief an Savigny vom 31.7.1830, bei Bohnert, Vierzehn Briefe, 1979, S. 15.
30 Wohl in der auf 1813 rückbezüglichen Fassung von 1818 – SomSem 1820 (Savigny, Methodologie, 1818/19, S. 195 f.), da Savigny erst wieder im WS 1821 Pandekten las.
31 Puchta, Betrachtungen über alte und neue Rechtssysteme, 1829, S. 236.

https://doi.org/10.5771/9783465133278-113 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

Geruch von Orangen und dem Odem südlichen Frühlings in einem sonnigen Föhrenwalde vergleichen kann«.[32]

2. Verwissenschaftlichung des Gemeinen Römischen Rechts als Aufgabe

Puchtas Frontstellung gegen die »Antiquarischen«, seine Hinwendung zur »Praxis« brachte ihm einen neuen Erkenntnisgegenstand. An die Stelle des antiken römischen Rechts trat das rezipierte, gemeine römische Recht. Was diese beiden Stoffe vereinigte und unterschied, hatte Puchta bereits früh thematisiert. Auch hier war es Savigny, dem Puchta die entscheidenden Anregungen entnahm.

a) Am »Anfang der dritten Periode«

»So stehen wir in Deutschland mit unserem gemeinen bürgerlichen Recht am Anfang der dritten Periode«. 1823[33] und erneut 1825[34] erwies sich das gemeine Recht bei Puchta als Teil eines geschichtsmetaphysischen Konzepts. Mit Blick auf Hugos Einteilung der römischen Rechtsgeschichte in eine Periode der Kindheit und eine Jugend-, Mannes- und Altersperiode kritisierte Puchta 1823, es »wäre eine bestimmtere Erklärung der zu Grunde liegenden Wahrheit wünschenswerth gewesen«.[35] Viel war hier freilich von Hugo nicht zu erwarten.[36] Auch wenn Hugo seine von Gibbon übernommene Gliederung als passend rechtfertigte, da sie auch dem »Geist des Ganzen« entspreche, sah er eine tiefere Wahrheit darin nicht. Es möge jedem »frey stehen, andere ZeitRäume anzunehmen«.[37] Die Perioden waren bei Puchta demgegenüber Eigenschaften des Rechts selbst, sie seien, »sofern Wahrheit in ihnen ist, nicht von diesem oder jenem Bearbeiter willkührlich hinzugemacht, sondern sie gehören selbst mit zur Geschichte, und können so wenig als diese beliebig umgeschaffen oder für den Hausbedarf verändert werden«.[38] Damit hatte die

32 Brief an Savigny vom 18.5.1824. Er fuhr fort: »Und so muß ich alles fort und fort, was die Wissenschaft mir geworden ist, an Ihrem Namen anknüpfen, und ich komme mir selbst wie ein mittelmäßiges Buch vor, in welchem auf den guten Seiten Zitate aus Ihren Schriften und mündlichen Vorträgen stehen.«

33 Puchta. Über die Perioden in der Rechtsgeschichte, 1823, S. 143; die Metaphysik und auch die Nähe zu Savigny in dieser Frühschrift betont zu Recht Baldus, Einheit der Rechtsordnung, 1994, S. 66 f.

34 Puchta, Encyclopädie 1825, S. 76.

35 Puchta, Über die Perioden in der Rechtsgeschichte, 1823, S. 135 ff., 137; Savignys zentrale Rezension von Hugos Rechtsgeschichte aus dem Jahr 1806 war Puchta natürlich bekannt, vgl. Rez. Schweppe, 1826, S. 287 f.

36 Verzerrend daher die Linie Hugo-Puchta in der Periodenfrage bei Hollerbach, Schelling, 1957, S. 325.

37 Hugo, Rechtsgeschichte, hier nach 11. Aufl. 1832, S. 59.

38 Puchta, Über die Perioden in der Rechtsgeschichte, 1823, S. 136.

https://doi.org/10.5771/9783465133278-113 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

Geschichte des Rechts unabhängig vom Betrachter eine eigene »Tendenz«:[39] Unschuld – Mannigfaltigkeit – Wissenschaft – Verfall.[40] Wem die Perioden nichts seien »als Schubfächer und Zellen, in die er seine Güter einträgt«, der stelle »eher sich und sein Wissen, als die Geschichte« dar.[41] Gegenüber dem verhaßten[42] Schweppe formulierte er 1826 offensiv, was er gegenüber dem hochgeachteten Hugo nur angedeutet hatte. Schweppe fehle schon der rechte »Begriff von Geschichte«,[43] indem er unter Geschichtlichem das bloß »Antiquarische«,[44] mithin Zufällige verstehe und auch in Perioden nicht mehr als »Haltepunkte fürs Gedächtniß« finde:[45] »Fürwahr eine jämmerliche Aussicht für einen, der sich der Rechtswissenschaft widmen will, und ein solches Gewebe des Zufalles, ein so zusammenhangloses Flickwerk zu gegenwärtigen hat.«[46]

Die »dritte Periode«, die Puchta nun beginnen ließ, war diejenige der Wissenschaft. Die Periode der Wissenschaft erschien als Reaktion auf einen Rechtszustand, bei dem es nicht mehr möglich war »durch Sammlung und Aufzeichnung der Rechtssätze sich die Herrschaft über sein Recht zu sichern«.[47] Damit gehe das Recht »naturgemäß« in den dritten Bildungsgrad über, der in der »Hervorbringung einer formellen Einheit, des Systems« bestehe und, »da die Wissenschaft die Darbringung eines Lebens fordert,

39 Bohnert, Puchta, 1975, S. 30. Puchta stimmte mit Abegg nicht zufällig ein Hegelianer zu, vgl. Abegg, Encyclopädie und Methodologie, 1823, S. 23 Anm. *); zu Puchta und Abegg oben 2. 2. Taktische Fragen sowie unten Kap. 3 II 5. Vergleich mit zeitgenössischen Systemmodellen. Hatte Savigny auch weniger zugespitzt formuliert, so hatte doch auch bei ihm die Geschichte eine klare Richtung, immer werde das Recht bei einem Volke »natürliches Recht« oder »gelehrtes Recht« sein, »wobey eine scharfe Grenzziehung von selbst als unmöglich erscheint«, Savigny, Beruf, 1814, S. 13; vgl. Rückert, Savigny, 1984, S. 335 ff.

40 Puchta, Über die Perioden in der Rechtsgeschichte, 1823, S. 138 u. ö.

41 Puchta, Über die Perioden in der Rechtsgeschichte, 1823, S. 137.

42 Puchta hatte in seinen Civilistischen Abhandlungen Schweppes »unfreundliche Absicht« und »höchst einseitige Polemik« gegenüber Hugo kritisiert (Adversus hostem aeterna auctoritas, 1823, S. 35, mit Anm. r)). Schweppe replizierte scharf in der zweiten Aufl. seiner Rechtsgeschichte (S. XVIII), was wiederum zu entsprechenden Ausfällen in der benannten Rezension veranlaßte; Puchta zustimmend dann Hugo, Beyträge zur civilistischen Bücherkenntnis II, S. 682.

43 Puchta, Rez. Schweppe, Römische Rechtsgeschichte, 2. Aufl., 1826, S. 293.

44 Puchta, Rez. Schweppe, Römische Rechtsgeschichte, 2. Aufl., 1826, S. 291.

45 Puchta, Rez. Schweppe, Römische Rechtsgeschichte, 2. Aufl., 1826, S. 298.

46 Puchta, Rez. Schweppe, Römische Rechtsgeschichte, 2. Aufl., 1826, S. 299. Mit dieser Ansicht müsse man Schweppe »eher für alles Andere halten, als für einen zur Geschichte Berufenen« (S. 294), und so böte seine Rechtsgeschichte statt des »lebendigen Leibs der römischen Welt« auch nur eine »Fleischbude« an (S. 293); nicht viel anders sah das auch Landsberg, GDR 3.2., 1910, S. 293, Noten S. 124 f.

47 Puchta, Über die Perioden in der Rechtsgeschichte, 1823, S. 138.

https://doi.org/10.5771/9783465133278-113 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

zugleich Eigenthum eines besonderen Standes«, der Juristen werde.[48] Hier fand sich also und ganz unaufhaltsam die entscheidende »Modification« des Volksbegriffs, indem das Volk bei der Rechtsfindung nun durch die Juristen »repräsentiert« werde.[49]

Es bedurfte nicht der überdeutlichen Anspielungen,[50] um Zeitgenossen klarzumachen, zu wem sich Puchta mit diesen Feststellungen bekannte, nämlich zu Savigny. Als er diesem die Abhandlung übersandte, sprach er die Hoffnung aus, daß »die innige Überzeugung, daß man demjenigen was uns von einem Manne aus der Ferne durch Schrift und mündliche Überlieferung zugekommen ist, das wichtigste und liebste verdankt, das Recht verleihen kann, in ihm den Lehrer zu erblicken«.[51] Savignys Autorität ersetzte 1823 auch die tiefere philosophische Begründung von Puchtas Geschichtsmetaphysik. Puchtas Abhandlung hielt nur, wenn Savigny Recht hatte, wenn »alles Recht« auf die von ihm beschriebene Weise »erst durch Sitte und Volksglaube, dann durch Jurisprudenz«[52] entstand. Zimmerns Einwand, Puchta Periodisierung generalisiere »zu sehr …, was allerdings der Gang bey den Römern gewesen«,[53] lief dann ins Leere.[54]

48 Puchta, Über die Perioden in der Rechtsgeschichte, 1823, S. 138.

49 Puchta, Encyclopädie, 1825, S. 27.

50 Vgl. die Anspielung in: Über die Perioden der Rechtsgeschichte, S. 144 und 148: »Dies alles, könnte man sagen, führe auf etwas ganz bekanntes hinaus, und wenn man Lust habe, es noch einmal zu hören, so würde wohl eine bessere Quelle zu finden seyn.«

51 Brief an Savigny vom 6.3.1823.

52 Savigny, Beruf, 1814, S. 13 f.

53 Zimmern, Rez. Encyclopädie, 1827, S. 22.

54 Puchta beschränkte sich 1823 in der Abhandlung zu den Perioden aber nicht nur auf eine Darstellung der savignyschen Ansichten, für die sich, wie er zugestand, »wohl eine bessere Quelle« finden lasse, Über die Perioden in der Rechtsgeschichte, 1823, S. 140. Die »Anwendung, welche die folgenden Blätter enthalten, verdanke ich zunächst keinem anderen« bemerkte er nicht ohne Stolz (S. 136) und verwies besonders darauf, daß es ihm darum gegangen sei, Savignys Periodisierung in »politischer Bedeutung« fortzudenken. Erkenne man das Wesen der Perioden als »etwas inneres, geschichtliches«, sei es möglich, »eine helle Anschauung von einem Zustande, der noch in der Entwicklung begriffen ist, von dem gegenwärtigen Standpunkt eines Volks und eines Rechts zu erhalten« (S. 140). Nun bedürfe es keines Vergleiches mehr mit dem »Bildungsgang des römischen Rechts«, sondern es sei möglich, »diejenigen Folgerungen als etwas sicheres anzusehen, welche sich aus dem Charakter der Perioden im allgemeinen ergeben« (S. 144). Konkret lief dies gegen Hegels Bekenntnis zur Gesetzgebung, aber auch gegen Schraders Vorschlag, die prätorischen Edikte in abgewandelter Form wieder einzuführen (S. 144 f.), zu Schrader vgl. auch unten S. 164.

https://doi.org/10.5771/9783465133278-113 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

b) Der antike und der heutige Rechtswissenschaftler

Stand man damit unentrinnbar am Anfang der »dritten Periode«, so stellte sich die Frage, was aus dem römischen Vorbild für den heutigen Rechtswissenschaftler folgte. Puchta benannte Gemeinsamkeiten und Unterschiede. Auch insoweit war er Savigny sehr nah.

Das Ideal der römischen Juristen sah Puchta mit Savigny in deren Methode. Savignys Ziel bestand bekanntlich nicht, »wie einige neuere Gegner unbegreiflicherweise gesagt haben, in ausschließlicher Anpreisung des Römischen Rechts«,[55] auch nicht als »die ewigen Regeln der Gerechtigkeit«.[56] An den Römern bewunderte Savigny vielmehr die »Vollständigkeit in anderer Art«,[57] ihr »ächt wissenschaftliche[s]«[58] Verfahren der Stoffbearbeitung. Zeitlich fanden beide dieses Ideal in der römischen Klassik.[59] Zu Beginn der Klassik hätten die römischen Juristen das Recht »als eine Masse von Rechtssätzen, welche in den Gegensätzen des *Jus civile* und *Jus Gentium* auseinander gehalten waren«, vorgefunden:[60] Ziel der Rechtswissenschaft sei es nun gewesen, »diese Gegensätze zu vereinigen, was denn nicht schlechthin durch Aufhebung, sondern durch Vermittlung derselben geschah«.[61] Hierdurch sei es gelungen, dem römischen Recht »eine wissenschaftliche Form und eine innere Ausbildung« zu geben,[62] so daß es den römischen Juristen möglich war, »mit ihren Begriffen zu rechnen«.[63] Das antike Vorbild verfügte über eine Fähigkeit, die auch Ziel der Gegenwart war: Beherrschung eines Rechtsorganismus durch Wissenschaft.

Unterschiede fanden Puchta und Savigny im Rechtsstoff. Savigny hatte bemerkt, es habe die »Geschichte des Römischen Rechts bis zur classischen

55 Savigny, Beruf, 1814, S. 117.
56 Savigny, Beruf, 1814, S. 27.
57 Savigny, Beruf 1814, S. 22.
58 Savigny, Rez. Gönner, 1815, S. 140.
59 Savigny, Beruf, 1814, S. 21; Puchta, Über die Perioden in der Rechtsgeschichte, 1823, S. 140. Puchtas genaue Einteilung findet sich ebda., S. 138 ff.; übereinstimmend ders., Encyclopädie und Methodologie, 1822, § 51: erste Periode bis zu den zwölf Tafeln, zweite Periode bis zu Cicero oder Augustus, dritte Periode bis zur Mitte des dritten Jahrhunderts, danach vierte Periode des Verfalls.
60 Puchta, Encyclopädie, 1825, S. 37.
61 Puchta, Encyclopädie, 1825, S. 37.
62 Puchta, Lehrbuch für Institutionen-Vorlesungen, 1829, S. 17 f.
63 Savigny, Beruf, 1814, S. 29; dies sollte wie in der Mathematik erfolgen, nämlich ähnlich sicher, es war aber keine Mathematik; zu diesem Zitat vgl. die Materialien Akamatsu/Rückert (Hgg.), Savigny, Politik und Neuere Legislation, 2000, S. 120; in der Sache Rückert, Savigny, 1984, S. 373 ff.; D. Nörr, Savignys philosophische Lehrjahre, 1994, S. 47 und 265 f.

https://doi.org/10.5771/9783465133278-113 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

Zeit überall allmähliche, völlig organische Entwicklung« gezeigt.[64] Demgegenüber mache der Zustand des gemeinen Rechts die Aufgabe »ohne Vergleichung schwerer als die der Römischen Juristen«.[65] Savignys Hinweise auf den »nicht wenig verwickelten Zustand der Rechtsquellen in Deutschland«[66] und die besonders im 18. Jahrhundert zutage getretene Unfähigkeit, diese »Mannigfaltigkeit« zu einem »organischen Ganzen« zu verarbeiten,[67] machten also Unterschiede deutlich. Puchta stimmte mit dieser Analyse überein. Die römische ungestörte Entwicklung habe, so Puchta 1823, zu einem antiken Recht geführt, welches »einem Baume vergleichbar [sei], wo jedes Zweiglein den Ast, und jeder Ast den Stamm als seinen Stamm nachweisen kann«.[68] Für die antiken Juristen, selbst untrennbar eins mit diesem Recht – Savignys »fungible Personen«[69] – sei es ganz natürlich, die »Art der Verwandtschaft aller juristischen Begriffe und Sätze zu erkennen«.[70]

Ganz anders sei die Entwicklung des gemeinen Rechts verlaufen. Schon der Einfluß »gesetzgeberischer Willkühr« könne, so Puchta 1823, mächtig genug sein, »um den Augen des Beobachters die Scheidung des regelmäßigen vom willkührlichen unmöglich zu machen«.[71] Für das gemeine Recht, Puchtas Untersuchungsgegenstand, fehle es überhaupt an einem »materiell« homogenen Rechtsstoff, die Zustände seien »verwickelt«, so daß der »innere Zusammenhang« des Rechtsstoffs oftmals »der Anschauung verborgen« sei.[72] Das gemeine Recht habe sich »keiner so ungestörten und concentrierten Ausbildung zu erfreuen« gehabt, es sei »vielmehr unter den ungünstigsten Umständen emporgewachsen, unter den verderblichsten Einflüssen gereift«.[73] Puchtas einziger Versuch einer Geschichte des gemeinen Rechts in seiner Encyclopädie des Jahres 1825, zählte das Mangelhafte der Entwicklung auf: die »Partikularität« des germanischen und mittelalterlichen Rechts«,[74] das Fehlen einer allgemeinen deutschen Gerichtsbarkeit bis in das 15. Jahrhundert[75] und die unklare Vermischung des zunächst fremden römischen und des einheimischen Rechts.[76] Auch bei ihm lag das Hauptproblem auf methodi-

64 Savigny, Beruf, 1814, S. 32.
65 Savigny, Beruf, 1814, S. 50.
66 Savigny, Beruf, 1814, S. 50.
67 Vgl. Savigny, Beruf, 1814, S. 112.
68 Puchta, Über die Wegservituten, 1823, S. 123.
69 Savigny, Beruf, 1814, S. 189.
70 Savigny, Beruf, 1814, S. 22.
71 Puchta, Über die Wegservituten, 1823, S. 123
72 Puchta, Encyclopädie, 1825, S. 20.
73 Puchta, Über die Perioden in der Rechtsgeschichte, 1823, S. 143, 140.
74 Puchta, Encyclopädie, 1825, S. 43.
75 Puchta, Encyclopädie, 1825, S. 48.
76 Puchta, Encyclopädie, 1825, S. 52, 55.

https://doi.org/10.5771/9783465133278-113 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

scher Ebene, es fehlte an einer richtigen wissenschaftlichen Behandlung des Gegenstands, sei es durch die praxisferne »holländische Behandlung«,[77] die Behinderung der Wissenschaft durch die gesetzgebende Gewalt[78] oder die Versuche, ein »ewiges Recht«, abgesehen von »Zeit und Raum« zu statuieren.[79]

Um diesen Eigentümlichkeiten des Stoffs methodisch Rechnung zu tragen, hatte Savigny in berühmter Wendung gefordert, »den gegenwärtigen Zustand des Rechts allmählich von demjenigen zu reinigen, was durch bloße Unkunde literarisch schlechter Zeiten, ohne alles wahrhaft praktische Bedürfniß, hervorgebracht worden ist«.[80] Hierbei werde »in dem Mannichfaltigen, welches die Geschichte bietet« die »höhere Einheit«[81] aufgesucht. Dabei dürfe man jedoch dem Stoff nicht »bewußtlos dienen«, sondern müsse »ihm eine lebendig bildende Kraft« entgegensetzen.[82] Nur dann könne man den historischen Stoff »frey als unser Werkzeug gebrauchen«.[83] Dies wiederum erfordere genaue Quellenkenntnis. Es sey keineswegs »das mühselige Detail entbehrlich«, erst durch »Quellenanschauung« bekäme dies ein »wahres Leben«.[84]

Deutlicher als Savigny[85] hob Puchta an dieser Stelle auch methodische Differenzen zwischen den antik-römischen und den neuzeitlich-deutschen Juristen hervor. »Den römischen Juristen war ein richtiges Gefühl von ihrem Verhältnisse zu dem bestehenden Recht eingepflanzt, und es war ihnen gewissermaßen durch eine Naturnothwendigkeit die Abweichung von der richtigen, nationalen Fortbildung des Rechts unmöglich gemacht: während wir gleichsam vom Baum der Erkenntnis gegessen haben, und nun jener Untersuchung nicht entbehren können, um bey unserem verwickelten Rechtszustand zu dem Bewußtseyn jenes Zusammenhangs zu gelangen.«[86] Während

77 Puchta, Encyclopädie, 1825, S. 58.
78 Puchta, Encyclopädie, 1825, S. 59.
79 Puchta, Encyclopädie, 1825, S. 61.
80 Savigny, Beruf, 1814, S. 119.
81 Savigny, Rez. Gönner, 1815, S. 140.
82 Savigny, Beruf, 1814, S. 113.
83 Savigny, Beruf, 1814, S. 113.
84 Savigny, Beruf, 1814, S. 124.
85 Savignys historisch-systematische Methode (vgl. etwa Mazzacane, in: Savigny, Methodologie, 1993, S. 35 ff.; Rückert, Savigny, 1984, S. 331 ff.), orientierte sich bei allem stofflichen Unterschied deutlicher am Verfahren der antiken Juristen. Aufgabe sei es, so meinte er im Beruf, 1814, S. 120, zu erreichen, daß die römischen Juristen »wieder belebt werden: wir sollen uns in sie hinein lesen und denken… sollen ihnen ihre Weise ablernen, und so dahin kommen, in ihrer Art und von ihrem Standpunkt aus selbst zu erfinden und so ihre unterbrochene Arbeit in gewissem Sinne fortzusetzen«.
86 Puchta, Gewohnheitsrecht I, 1828, S. 68.

https://doi.org/10.5771/9783465133278-113 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

bei einem Juristen wie Gaius »die glückliche Natur … die Kunst ersetzt« habe, so 1829, so hätten dem heutigen Juristen »die Götter die Mühe vor das Ziel gesetzt«, und es bedürfe »abstrakter Forschungen«, um zu einem vergleichbaren Ergebnis zu gelangen.[87]

Puchta forderte zu aktivem Tun auf. Das gemeine römische Recht war nicht organisch, es sollte organisch werden. Vor diesem Hintergrund konnte ihn, die Neigung seiner Zeitgenossen zu »unpractischen Spitzfündigkeiten«, zur »micrologische[n] Ergrübelung einzelner Puncte« nicht befriedigen.[88] Die historische Behandlung mußte ihre Ergebnisse »unmittelbar in die Gegenwart versetzen und zur Anwendung [zu] bringen« versuchen. Hierzu mußten die Rechtssätze in ihrer Genese seit der Antike verfolgt und zudem »das Leben selbst« beachtet werden. Vor allem ging es aber um Systematisierung des »verwickelten« Rechtsstoffs: »Es gibt kein Mittel, materielle Mannichfaltigkeit festzuhalten und zu beherrschen, als wenn sie zur formellen Einfachheit zurückgeführt wird.«[89] Puchta nahm 1828 in Savignys dreistufigem Arbeitsprogramm[90] also eine Umorientierung von der mehr vorbereitenden rechtshistorischen Arbeit auf die historisch-systematische Bearbeitung des gemeinen römischen Rechts in seiner seit der Rezeption vielfach »modificierten« Form vor.

IV. Wissenschaftspolitischer Kontext 1826/1827: Krise in Berlin

Puchtas Neujustierung seiner Forschungsschwerpunkte spiegelte ein Krisenempfinden wider. Savigny und seine Anhänger, zu denen sich Puchta nun öffentlich zählte, gerieten vor allem durch einen Gegner zunehmend in die Defensive: Eduard Gans.

1. Eduard Gans und die »historische Schule«

Als Puchta im November 1828 erstmals aus München an Savigny schrieb, berichtete er bereits nicht ohne Stolz, man nenne ihn »den Lieutenant du Roi«.[91] Sein gegenüber Savigny geäußertes Bedürfnis, »den Ehrennamen ihres Schülers öffentlich zu behaupten«,[92] zeigte sich besonders in der 1823

87 Puchta, Betrachtungen über alte und neue Rechtssysteme, 1829, S. 238.
88 Vgl. im Einzelnen die Nachweise S. 130 ff.
89 Puchta, Über die Perioden in der Rechtsgeschichte, 1823, S. 138.
90 Römisches Recht, Germanisches Recht, neuere Modifikationen beider Rechte als »drey Haupttheile unserer Wissenschaft«, vgl. Savigny, Beruf, 1814, S. 118.
91 Puchta an Savigny vom 6.11.1828. Entgegen der Darstellung von Braun, Gans und Puchta, 1998, S. 764 f., und Bohnert, Beiträge, 1979, S. 229 f., 4, Bohnert gab sich Puchta diesen Namen also nicht selbst.
92 Puchta an Savigny vom 6.3.1823.

https://doi.org/10.5771/9783465133278-113 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

erschienenen Abhandlung über die Perioden in der Rechtsgeschichte.[93] Wie hier, so ging es auch noch 1828 in seinem ersten Band des Gewohnheitsrechts darum, Gedanken Savignys weiterzuentwickeln.[94]

Diesem durchlaufenden Motiv steht als Bruch die Abkehr von seinen ursprünglichen Ambitionen in der römischen Rechtsgeschichte gegenüber. Hierfür lassen sich zunächst Gründe finden, die der Sphäre der römischen Rechtsgeschichtsschreibung seiner Zeit entstammen. Sein Plan, auf diesem Gebiete zu reüssieren, hing wohl damit zusammen, daß eine römische Rechtsgeschichte, welche die Vorgaben Savignys, insbesondere eine Durchführung seiner Periodisierung zugrundelegte, nicht veröffentlicht existierte. Savigny selbst riet freilich Puchta brieflich von einem derartigen Vorhaben ab.[95] Hinzu kam, daß, neben dem in den Details von Puchta hochgeachteten Werk Hugos, der wenig später mit ihm eng befreundete Zimmern 1826 eine römische Privatrechtsgeschichte vorlegte, die Puchta in vielem befriedigte.[96]

Aber auch persönliche Gründe kommen in Betracht. Puchtas erste Schriften hatten wenig Aufsehen erregt.[97] Der darin zu Tage tretende Hang zur Polemik[98] stieß bei Savigny[99] und im von Puchta bewunderten engeren Kreis seiner Schüler, etwa bei Bethmann-Hollweg,[100] auf wenig Gegenliebe. Zudem wertete Savigny Puchtas schriftliche Arbeiten zunächst als nicht besonders gründlich.[101] Ende der zwanziger Jahre zeigte sich bei Puchta ein Gefühl der

93 Hierzu bereits oben S. 118 ff.

94 Hierzu näher unten S. 168 ff.

95 Hinweis im Brief an Savigny vom 29.12.1824.

96 Puchta, Rez. Zimmern, 1826, S. 275 ff., auch hier kritisierte er jedoch die fehlende Berücksichtigung der Perioden Savignys, S. 278. Knapp zur Charakteristik der Rechtsgeschichte Zimmerns: Krampe, Zimmern, 1993, S. 42; Biographisches bei Braun, Zimmern, 1991.

97 Seine Dissertation war nicht in den Buchhandel gelangt, von seinen Civilistischen Abhandlungen scheint keine Rezension zu existieren, vgl. etwa Kappler, Juristisches Promptuarium, 1835 u. 1837 unter Nr. 384.

98 Viele Beispiele Puchtascher Polemik bringt Braun, Gans und Puchta, 1998, S. 763 ff.

99 Vgl. Brief an Savigny vom 31.7.1823.

100 Im Brief an Savigny vom 31.7.1823 klagt er mit Bezug auf seine Abhandlungen (1823), »daß ich durch jenen unseligen Ton wahrscheinlich Hollwegs Wohlwollen verscherzt habe, der in einem kurzen Brief mir schriftliche Belehrung zwar nicht unfreundlich, aber sehr bestimmt versagt hat. Denn daß, wie er sagt, eine solche ganz unfruchtbar sein würde, hat er wohl nicht im allgemeinen, sondern bloß in Beziehung auf mich behaupten wollen. Zwar weiß ich zunächst nicht, wie ich einer Manier entgehen soll, die mich auch sonst durch mein Leben begleitet hat, aber auch hier wird vielleicht schon die nächste Zeit eine bessere Erkenntnis bringen.«

101 Vgl. Brief an Savigny vom 31.7.1830, bei Bohnert, Vierzehn Briefe, 1979, S. 14 f.; mit Hinblick auf Puchtas Rezensionen übte 1827 auch Abegg, Kritik. »Gründliche Männer seien nicht zufrieden«, so die Mitteilung Puchtas an Hugo, Brief vom 2.1.1827.

https://doi.org/10.5771/9783465133278-113 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

fachlichen Krise. Gegenüber Savigny wies er darauf hin, daß er nur ein »*Autodidactus*« sei.[102] Hugo gegenüber fügte er hinzu, er besitze »wenige gründliche Kenntnisse … *multa sed non multum*, das ist mein aufrichtiges Bekenntnis«.[103] Zugleich übte er auch öffentlich an seinen eigenen frühen Werken Kritik.[104]

Ein weiteres Motiv kommt hinzu, Eduard Gans. Von Puchta zunächst nicht besonders beachtet, hatte Gans 1823 in der Vorrede zum ersten Band seines »Erbrecht[s] in weltgeschichtlicher Entwicklung« grundsätzliche Kritik an der historischen Schule geübt. Gans betonte die Divergenz zwischen der von Savigny 1814 formulierten »Philosophie dieser historischen Schule« und »den Arbeiten …, die aus ihr hervorgegangen sind«.[105] Die Philosophie sei »mehr ein Schild« gewesen und habe in Wirklichkeit »niemals irgend einen Einfluß auf die Arbeiten und Abhandlungen der zu ihr Gehörigen geäußert«.[106] In ihrer praktischen Wirksamkeit war für Gans die historische Schule nicht mehr als »der allgemeine Versammlungssaal für die sehr zerstreuten Quellenarbeiter«.[107]

1825 spitzte sich der Konflikt zwischen Savigny und Gans in Berlin dramatisch zu, indem Gans mit dem Übertritt zum Christentum Ende 1825 die von der Fakultät zunächst gegen ihn aufgebauten Hürden beseitigte und am 13.3.1826[108] auf Druck des ihm wohlgesonnenen Altenstein von der Berliner Fakultät zum Extraordinarius ernannt wurde.[109] Der nun einsetzende Lehrerfolg von Gans war beträchtlich, und bereits Ende 1826 versah Puchtas Jugendfreund[110] Heinrich Leo die Einladung, an Hegels Berliner Literaturzeitung[111] mitzuarbeiten, mit dem Hinweis, Gans werde »bürgerlich

102 Brief an Savigny vom 31.7.1830, bei Bohnert, Vierzehn Briefe, 1979, S. 15.
103 Brief an Hugo vom 15.2.1828.
104 Bemerkenswerterweise sprach er gerade gegenüber seinem Gegner Schweppe davon, seine Civilistischen Abhandlungen seien noch mit »scholastischem Wust« behangen gewesen, Puchta, Rez. Schweppe, 1826, S. 298.
105 Gans, Erbrecht I, 1824, S. VII.
106 Gans, Erbrecht, I, 1824, S. X.
107 Gans, Erbrecht, I, 1824, S. IX.
108 Braun, Die Lex Gans, 1985, S. 71 Anm. 119 nach der Personalakte.
109 Zum Konflikt die klassische Darstellung von Lenz, Geschichte der Königlichen Friedrich-Wilhelms-Universität II 1, 1910, S. 390 ff.; ergänzend, Reissner, Gans, 1965, S. 113 ff.; Braun, »Schwan und Gans«, 1979, S. 75 ff., 81 ff.
110 Puchta kannte Leo eigenen Angaben zufolge seit seiner Jugend (Brief an Hugo vom 2.1.1827). In dessen Erlanger Zeit zwischen 1820 und 1825 pflegte er engeren Kontakt mit Leo (vgl. Bonwetsch, Gotthilf Heinrich Schubert in seinen Briefen, 1918, Brief Schuberts vom 25.7.1825, abgedruckt S. 220), den er später zunächst brieflich fortsetzte (Brief an Hugo, a.a.O.). 1843 gab er zusammen mit Leo die »Fliegenden Blätter zu Fragen des Tages« heraus; vgl. Brief Puchtas an Oberpostdirector v. Hüttner vom 6.3.1843.
111 Hierzu die Beiträge in Jamme, Die »Jahrbücher für wissenschaftliche Kritik«, 1994.

https://doi.org/10.5771/9783465133278-113 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

sehr bedeutend werden« und Puchta möge die Einladung nicht annehmen, wenn er sich »von Savigny und seinen Freunden so viel deren in Berlin seien, etwas hoffte«.[112] Puchtas Briefe aus dieser Zeit spiegeln ein deutliches Krisenempfinden angesichts der sich verändernden Machtverhältnisse in Berlin wider. Seine Informationen liefen darauf hinaus, daß »dieser Mensch in Berlin wirklich nicht bloß ein Publikum hat, sondern auch mit einer gewissen Dauer sich geltend macht«.[113] In Anspielung auf nun häufiger und langandauernd auftretende Unpäßlichkeiten Savignys bemerkte er gegenüber Hugo:

»Aber wenn der Meister Kopfweh hat und die Jünger so thun, als ob sie es hätten, was soll da herauskommen.«[114]

Puchta reagierte schnell. Schon Anfang 1826 griff er in einer ausführlichen Rezension die ersten beiden Bände von Gans' Erbrecht in weltgeschichtlicher Entwicklung an.[115] 1827 folgte eine scharfe Antikritik gegen Gans' Rezension von Savignys Geschichte des römischen Rechts im Mittelalter.[116]

2. Taktische Fragen

Puchtas Strategie gegenüber den Machtverschiebungen in Berlin wurde 1828 in Auseinandersetzungen mit Hugo und Klenze deutlich.

Hugo meinte 1828 in seiner Rezension von Band 1 des Gewohnheitsrechts, Puchta verbinde »wie nicht leicht ein Anderer« civilistische Kenntnisse mit der »Bildung in der Hegel'schen Schule noch von der Zeit her, da Herr Professor Hegel nicht auf der Universität lebte«.[117]

Puchta selbst hatte Hugo zu dieser Rezension aufgefordert.[118] Umso verärgerter war er über diese Anspielung. Sein Groll bezog sich, wie er gegenüber Blume herausstellte, auf die »sehr zweideutige Rede über meine Verbindung hegel'scher und savigny'scher Bildung …, indem diese Äußerung in ihrer Zweideutigkeit stark an die unglücklichen Consiliationsversuche meines Freundes Abegg erinnert«.[119] Kurz darauf forderte er Hugo brieflich auf, ihm zu sagen, »ob es nicht eine kleine Bosheit war, wenn Sie von meiner Verbindung der Hegelischen Bildung mit einer anderen so zweideutig sprechen, daß man leicht dieß so verstehen kann, als wenn ich zu der Ver-

112 Bericht Puchtas an Hugo im Brief vom 2. Januar 1827.
113 So Frau v. Cotta an Puchta, berichtet in Brief an Savigny vom 29.3.1829.
114 Brief an Hugo vom 5.1.1828.
115 Puchta, Rez. Gans, Erbrecht, 1826, S. 1 ff.
116 Puchta, Über eine Rezension von Savigny's Geschichte des römischen Rechts im Mittelalter, 1827, S. 327 ff.
117 Hugo, Rez. Gewohnheitsrecht I, 1828, S. 1731.
118 Brief an Hugo vom 23.8.1828.
119 Brief an Blume vom 10.1.1829.

https://doi.org/10.5771/9783465133278-113 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

söhnungstheorie meines Freundes Abegg, oder ähnlichen Abgeschmacktheiten mich bekennte. Denn zu dem bloßen Ausspruch: ich sey anfangs bey Hegel, dann bey Ihnen und Savigny in die Schule gegangen, welcher eigentlich allein die Wahrheit enthalten würde, sind ihre Worte viel zu weit und vieldeutig.«[120] Puchta, der zwischen 1811 und 1816 unter Hegel das Nürnberger Ägidien-Gymnasium besucht hatte, war offensichtlich um Abgrenzung bemüht. Die Anspielung auf die »Versöhnungstheorie« seines zwei Jahre älteren Freundes Abegg, der wie Puchta in Nürnberg Hegels Unterricht besucht hatte,[121] zielte auf dessen kurz zuvor angekündigten Versuch, für das Gebiet des Strafrechts die Lehren der historischen Schule mit der Philosophie Hegels zu vereinigen.[122]

Bereits 1823 hatte Puchta in auffallender Schärfe im Streit zwischen Hegel und Savigny um die Bedeutung der Gesetzgebung für den letzteren Partei genommen. Seine scharfen Ausfälle gegen Hegels »frivole Philosophie,«[123] fanden ihre Fortsetzung in polemischen Attacken gegen Hegels Schüler Eduard Gans, dessen schärfster Gegner Puchta über den Tod von Gans im Jahr 1839 hinaus blieb.[124]

Welche Position Puchta selbst beziehen wollte, machte ein Konflikt mit Klenze im Jahr 1829 deutlich.[125] Der enge Vertraute Savignys hatte 1828 in der Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft einen Versuch unter-

120 Brief an Hugo vom 28.1.1829.

121 Vgl. nur Landsberg, Noten S. 289; Teichmann in ADB 1, S. 5 ff.; in der Staatsbibliothek Berlin findet sich ein kleiner Zettel Puchtas vom 10.8.1813: »Lebe glücklich und denke auch manchmal an Deinen Freund G. F. Puchta aus Cadolzburg.« Der Briefwechsel in der angesprochenen Frage zwischen Puchta und Abegg war auch im Familienarchiv, welches weitgehend in Nürnberg lagert, nicht auffindbar. In der Staatsbibliothek Berlin findet sich ein Brief Puchtas vom 9.2.1841, in dem Puchta von einer anonymen Abhandlung zum Kirchenrecht berichtet, die nicht nachweisbar war, und Abeggs Lehrbuch der Strafrechtswissenschaft wegen der »Schärfe des Begriffs« lobt.

122 Der »Schritt zur Versöhnung« fand sich erstmals in Abeggs Encyclopädie und Methodologie, 1823 in der dort vorangestellten Abhandlung: Über die wissenschaftliche Darstellung des Rechts; deutlicher dann ders., System der Criminal-Rechts-Wissenschaft, 1826, Vorrede, dort S. XIII auch das Zitat. Eine gute Einordnung von Bemühungen Abeggs in die zeitgenössische Landschaft bringt Biener, Über die historische Methode und ihre Anwendung auf das Criminalrecht, 1829, S. 476 ff., 477, 479, 504 ff.

123 Puchta, Über die Perioden in der Rechtsgeschichte, 1823, S. 146 f., 147.

124 Vgl. Puchta, Rez. Gans, Über die Grundlage des Besitzes, 1839, erschienen nach dem Tode von Gans, vgl. den Brief Puchtas an Savigny vom 7.5.1839, abgedruckt bei Bohnert, Vierzehn Briefe, 1979, S. 55 ff.

125 Vgl. hierzu bereits Braun, Gans und Puchta, 1998, S. 763 ff., 765, der den Ablauf des Streits mit Gans detailliert schildert.

https://doi.org/10.5771/9783465133278-113 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

nommen, für das altrömische Verwandtschaftsrecht, Cognaten oder Assinen, über eine historische Rechtsvergleichung zu übergreifenden Ergebnissen zu kommen. Andeutungen, es könne dabei nicht um eine »speculative Vereinigung der schon gegebenen Resultate fremder und natürlich zum Theil sehr unzuverlässiger Forschung« gehen,[126] deuteten die Stoßrichtung dieses Unternehmens an. Klenze hatte Puchta brieflich seine Motive offengelegt.[127] »Meiner Abhandlung liegt, wie Sie bald sehen werden, ein anderer Gegenstand als die Sache selbst zugrunde.« Alle berechtigte Kritik an der universalhistorischen Methode von Gans helfe »bey denjenigen nicht, die von der Universalität seines Treibens imponiert sind«. Gans habe »die Menge für sich mit dem einfachen Worte: ›wenn ihr das zugebt, so probiert es einmal‹. Entgegen seinem ursprünglichen Plan, »das Erbrecht in weltgeschichtlicher Entwicklung einmal vollständig zu recensieren«, habe er, so Klenze, nun »eine eigene Abhandlung davon gemacht, ohne das gansische Machwerk anders als beiläufig zu nennen.«

Puchta war schon die Tendenz »widerstrebend, einem Menschen [sc. wie Gans], von dem man kaum sagen kann, worin er schwächer ist, in der Philosophie oder in der Geschichte, zu zeigen, daß man doch auch etwas vermöchte, eine Tendenz, welche gerade durch das Verbergen, durch ein gewisses absichtliches Umgehen des Helden, recht fühlbar wird«.[128] »Ganz melancholisch gemacht« hatte ihn aber, daß Klenzes Versuch seines Erachtens qualitativ der von Gans in dieser Frage gewählten Argumentation nicht gewachsen war. Puchta fürchtete auf diese Weise »dem ungeschickten Gegner selbst die Waffen in die Hände zu spielen, die ihm vielleicht fehlen. Vielleicht; denn manches ist stark genug, um auch von ihm gesehen zu werden, und dann müssen wir gar die Freude erleben, uns vom Gegner belehren zu lassen, und seinen Triumphgesang erhören zu müssen, ohne den Trost, daß er Unrecht hat.«[129]

Klenzes Weg, Gans auf seinem eigenen Feld zu schlagen, schien ihm offensichtlich nicht aussichtsreich, obwohl er sich durchaus zutraute, »einen besseren Hegelianer zu geben als Gans selbst«.[130] Wissenschaftspolitisch

126 Klenze, Die Cognaten und Assinen, 1828, S. 114.

127 Nachfolgend zitiert Puchta aus einem Brief Klenzes an ihn, mitgeteilt im Brief an Savigny vom 29.5.1829.

128 Brief an Savigny vom 24.3.1829, vgl. die gleichlautende Kritik im Brief an Blume vom 22.5.1829 (S. 865); Savigny und Blume teilten die Kritik Puchtas nicht. Savigny sprach von einem »entschiedenen faktischen Irrthum«, vgl. Brief an Savigny vom 29.5.1829; Blume sprach 1829 von »Klenze's trefflicher Abhandlung«, Blume, Grundris des Pandektenrechts, 1829, S. XXX.

129 Brief an Savigny vom 24.3.1829.

130 Brief an Savigny vom 17.8.1829; vgl. auch Puchta, Zu welcher Classe von Rechten gehört der Besitz, 1829, S. 246.

https://doi.org/10.5771/9783465133278-113 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

gedacht, sollte er recht behalten. Altenstein nutzte die verbindlichen Worte Savignys von 1828[131] und Klenzes Versuch einer Universalrechtsgeschichte in seinem Gutachten zur Befürwortung der Berufung von Gans zum Ordinarius in Berlin, um den Streit zwischen jenen und diesem herunterzuspielen. Die Meinungen der Beteiligten, so sein Resumée, lägen nicht so weit auseinander, »daß sie nicht friedlich coexistieren können«. Dies folgte nicht zuletzt daraus, daß wie es schiene, Savigny und Klenze die »Richtigkeit der vom Professor Gans ausgestellten Ansicht gleichfalls zugegeben« hätten.[132]

3. Aufnehmen des Fehdehandschuhs

Puchta rezensierte die ersten beiden Bände von Gans' Erbrecht auf 43 Seiten. Eine ähnliche Länge erreichte von allen Rezensionen Puchtas später nur noch diejenige über Savignys System. Dies verdeutlicht, wie ernst Puchta die Angriffe von Gans nahm.

Betrachtet man die Auseinandersetzung Puchtas mit den Vorwürfen von Gans in der benannten Rezension inhaltlich, so springt zunächst ins Auge, daß Puchta den entscheidenden Angriff von Gans gegen das Verharren der historischen Schule in längst vergangenen Rechtszuständen mit keinem Wort aufgriff, während die daneben vorgebrachte Kritik am »Fehlen des Begriffs« und an der Gesetzgebungsfeindlichkeit der historischen Schule scharf zurückgewiesen wurde.[133] Daß dies wohl kein Zufall war, machte Puchtas nachfolgender Umgang mit Gans' 1827 erscheinendem System des Römischen Civilrechts deutlich. Viel schärfer noch als 1823 hielt Gans hier der historischen Schule vor, daß »sie kein heutiges Römisches Recht kennt«.[134] Die historische Schule habe mit ihrer Fixierung auf das antike römische Recht nicht nur ein »rechtsgeschichtliche[s] Hurrarufen« veranstaltet, sondern dem »heutigen practischen Recht seine Bestimmtheit beraubt, indem man von seinem Gelten absehend, es in den Nebel seines rechtsgeschichtlichen Anfangs zurückverlegt hat«.[135] Das Recht »in die Vergangenheit zurück[zu]verlegen« hieße aber nichts anderes, als »Aufhebung des Rechts selbst«.[136] Auf diesen

131 Savigny, Beruf, 2. Aufl. 1828, S. VIII f.

132 Das Gutachten von Altenstein »über die wissenschaftlichen Differenzen zwischen der historischen Rechtsschule und der rechtsphilosophischen Position Gans/Hegels« ist abgedruckt bei Meist, Altenstein und Gans, 1979, S. 46 ff., hier 47 f., 48 Anm. 24, mit Hinweis S. 45 im Text.

133 Zur Begriffsproblematik unten, S. 234 ff., Auseinandersetzungen mit Gans 1826/27 um das »zufällige Dasein« in der Geschichte; zur Gesetzgebungsfeindlichkeit ebenfalls unten S. 165 ff. 1; Puchta, Rez. Gans, Erbrecht, 1826, S. 42 f.

134 Gans, System des Römischen Civilrechts, 1827, S. 146.

135 Gans, System des Römischen Civilrechts, 1827, S. 146.

136 Gans, System des Römischen Civilrechts, 1827, S. 157.

https://doi.org/10.5771/9783465133278-113 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

Angriff reagierte Puchta, der ansonsten die Schriften von Gans mit Polemiken überzog, gar nicht. Dies lag, wie zu zeigen sein wird,[137] daran, daß Puchta insoweit die Einschätzung von Gans weitgehend teilte.

Auch hier nahm er nur den erneut geäußerten Aspekt der Gesetzgebungsfeindlichkeit der historischen Schule in den Blick,[138] – während das System des Römischen Civilrechts ansonsten das einzige größere juristische Werk von Gans nach 1826 blieb, welches Puchta nicht rezensierend bekämpfte.[139] Noch 1825 war er Feuerbach gegenüber in der gleichen Frage selbstbewußter entgegengetreten. Dieser sei 1816 durch seinen philosophischen Standpunkt nicht in der Lage gewesen, »das Wesen der historischen Schule, welche ihm als die antiquarische erscheint, aufzufassen und zu würdigen«.[140]

Gans trat er in dieser Frage jedoch nicht entgegen. Zwischen 1825 und 1827 hatten sich seine eigenen Zweifel am Vorgehen der Anhänger Savignys verstärkt. Daran, daß für das heutige Recht der Blick auf die antiken Zustände nicht genügen konnte, hatte Puchta zu keinem Zeitpunkt einen Zweifel aufkommen lassen. Schon in seiner Studie zu den Wegservituten hatte er 1823 festgestellt: »Die Schicksale der dargestellten Rechtssätze von dem Ende der dritten Periode an bis auf unsere Zeit …, die Ansichten der älteren und neueren Rechtslehrer und ihr Einfluß auf die Praxis, deutscher Volksgebrauch und dessen Modificationen durch die Theorie der Gelehrten«, all dies müsse zuvor untersucht werden, bevor die Frage beantwortet werden könne, ob die römischen Grundsätze über Wegservituten heute noch Anwendung fänden.[141] Er selbst hatte 1823 vor einem derartigen Weiterführen der historischen Untersuchung zunächst noch zurückgeschreckt, eine solche Herleitung erfordere »augenscheinlich einen Geschickteren«.[142]

1825 deuteten sich bereits deutliche Zweifel an der bisherigen Schwerpunktsetzung seiner Untersuchungen an. Nun schien ihm die Tatsache, daß er sich bisher noch hauptsächlich mit dem römischen Recht beschäftigt hatte, die Gefahr einer gewissen »Einseitigkeit und Unrichtigkeit« seiner Enzyklopädie hervorzurufen.[143] Seine Kritik wandte sich nun gegen jene, »welche sich aus

137 Vgl. sogleich S. 133 ff.
138 Puchta, Gewohnheitsrecht I, 1828, S. 214 f.
139 Vgl. Puchta, Über eine Recension von Savignys Geschichte des römischen Rechts im Mittelalter, 1827; ders., Rez. Gans, Vermischte Schriften, 1835; ders., Rez. Gans, Über die Grundlage des Besitzes, 1839.
140 Puchta, Encyclopädie, 1825, S. 67; gemeint war Paul Johann Anselm Feuerbach, Einige Worte über historische Rechtsgelehrsamkeit, 1816, S. 211 ff.
141 Über die Wegservituten, 1823, S. 131.
142 Über die Wegservituten, 1823, S. 131.
143 Puchta, Encyclopädie, 1825, S. 5.

https://doi.org/10.5771/9783465133278-113 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

Faulheit auf dieses oder jenes beschränken, was die Vorzeit geleistet hat, und aus diesem Grund für das eigentliche, in Produktion bestehende geistige Leben ganz erstorben sind«.[144] Damit meinte Puchta zunächst die »antiquarische« Methode der »Theoretiker« des 18. Jahrhunderts, von denen noch immer einige »wie Schatten unter den Lebendigen« umhergingen.[145] Hier habe die Methode auf eine »mikrologische Ergrübelung einzelner Punkte« gezielt, das Recht sei wie »todte Buchstaben« behandelt worden.[146] Folge sei eine Entfremdung der Theorie von der Praxis gewesen. Die Theoretiker hätten »lediglich ein Aggregat von gelehrten todten Kenntnissen« besessen und seien »keine Juristen, sondern Philologen, und zwar im gewöhnlichen Sinne« gewesen.[147]

Spätestens 1827 kritisierte Puchta auch seine Zeitgenossen offen als unpraktisch-antiquarisch.

Dem Greifswalder Germanisten Karl Schildener[148] warf Puchta vor, aus antiquarischen Studien über das »ursprüngliche und reine deutsche Recht« unmittelbar auf geltendes Recht zu schließen. Puchta betonte einen »Unterschied zwischen antiquarischer und juristischer Behandlung des deutschen Rechts«. Die legitimen antiquarischen Studien dürften sich nicht »an die Stelle der juristischen Behandlung setzen«, indem sie »ihre Resultate unmittelbar in die Gegenwart zu versetzen und zur Anwendung bringen sucht, indem sie sich als historische Behandlung giebt und auf der anderen Seite doch alle Geschichte, die zwischen dem reinen und dem jetzigen deutschen Recht liegt, bey Seite setzt«.[149]

Angesichts der bei den »historischen Schulmännern« vorzufindenden Einseitigkeit[150] äußerte Puchta nun deutlich »Verdruß über die jetzige Handschriftenkrämerey«:[151]

»Was mir seit einiger Zeit gewisse historische Juristen zuwider werden, weiß ich kaum zu sagen.«[152]

Kurz und bündig schrieb er Hugo: »Für das reine R[ömische] R[echt] habe ich doch zu wenig Kenntnisse.«[153]

144 Puchta, Encyclopädie, 1825, S. 70.
145 Puchta, Encyclopädie, 1825, S. 69.
146 Puchta, Encyclopädie, 1825, S. 57.
147 Puchta, Encyclopädie, 1825, S. 58.
148 Landsberg, GDR 3.2., 1910, Noten S. 142 f.; ADB 31, S. 204 f. (Häckermann).
149 Puchta, Rez. Schildner, 1828, S. 13 f.
150 Brief an Hugo vom 23.11.1827.
151 Brief an Hugo vom 17.6.1826.
152 Brief an Hugo vom 23.11.1827.
153 Brief an Hugo vom 5.4.1827.

https://doi.org/10.5771/9783465133278-113 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

Puchtas Hinwendung zur »Praxis«, sein Engagement im »heutigen römischen Recht«, war gleichermaßen Reaktion auf erkannte Schwachpunkte der bisher vorherrschenden wissenschaftlichen Behandlung wie wissenschaftspolitische Stellungnahme vor dem Hintergrund der erwähnten Machtverschiebungen in Berlin.

V. Gegen die »Antiquarischen« und »Unpractischen« – Stellungnahmen zur Zeitschriftenlandschaft 1828/1829

Eine erste Konkretisierung fand Puchtas neues Forschungsprogramm in einer Reihe von Rezensionen, in denen er ab 1827 die zeitgenössische Zeitschriftenlandschaft in den Blick nahm. Schon seit 1824 hatte Puchta als Rezensent Aufsehen erregt. Als Rezensionsorgan wählte er die von seinem Erlanger Fakultätskollegen Friedrich Christoph Karl Schunck herausgegebenen Jahrbücher der gesamten juristischen Literatur. Puchta war von Schunck früh als Mitherausgeber gewonnen worden.[154]

Nach den civilistischen Abhandlungen des Jahres 1823 trat Puchta mit eigenen Aufsätzen erst 1827 wieder vor das Publikum. Schuncks Rezensionsorgan kam hierfür nicht in Betracht.[155] Briefe und Rezensionen Puchtas machen deutlich, daß er »subtile Vorentscheidungen, in welchem Organ und mit welchem Ton«[156] er etwas schreiben wollte, traf. Dies entsprach der Bedeutung der Zeitschriften in einer von Schulenbildungen geprägten Wissenschaftslandschaft. In seinen Pandekten hob Puchta 1844 hervor, daß sich die Diskussion juristischer Detailfragen von akademischen Gelegenheitsschriften »heutiges Tages … auf die Zeitschriften geworfen« habe, die gewöhnlich einen »Kampfplatz ohne Schranken« abgäben.[157] Puchtas Orientierungen in den zwanziger Jahren auf diesem Feld vermitteln Einblicke in Grundentscheidungen, wobei auch hier nur die Perspektive »Praxis« überprüft werden soll.

Weniger eignet sich für diese Perspektive freilich sogleich die Zeitung, der Puchta zwischen 1827 und 1837, dem Ende ihres Bestehens, seine gesamten juristischen Beiträge anvertraute, das Rheinischen Museum. Nachdem er bereits 1827 eine wichtige Abhandlung dort veröffentlicht[158] und zugleich

154 Auch Puchtas Vater saß im Herausgebergremium.

155 Hierzu Klippel, Die juristischen Zeitschriften im Übergang vom 18. zum 19. Jahrhundert, 1999, S. 24 ff.

156 Stolleis, Juristische Zeitschriften – die neuen Medien, 1999, S. XIII.

157 Puchta, Pandekten, 2. Aufl. 1844, § 9 a, S. 15 Anm. o); dieser Zusatz fehlt in der 1. Aufl.; dieser Übergang wurde bereits herausgehoben von Hugo, Rez. Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft, 1816, abgedruckt in: Beyträge zur civilistischen Bücherkenntnis II, 1829, S. 250 ff., 251.

158 Puchta, Über die Negatorienklage, 1827, hierzu S. 206 ff.

https://doi.org/10.5771/9783465133278-113 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

den ersten Band sehr freundlich rezensiert hatte,[159] trat Puchta mit Erscheinen des zweiten Jahrganges ins Herausgeberkollegium ein. Zuvor war er bereits von Schrader zur Mitarbeit an der Tübinger kritischen Zeitschrift aufgefordert werden,[160] die jedoch, nachdem Puchta zwei Beiträge bereits eingesandt hatte, ihr Erscheinen einstellte. Der Plan einer späteren Zeitungsgründung mit Robert v. Mohl scheiterte.[161] Die Nähe Puchtas zum Rheinischen Museum erklärt sich wohl zunächst aus persönlichen Kontakten, zu denen er bereits während seines Besuchs im Sommer 1821 den Grundstein gelegt hatte.[162] Er stand dem späteren Mitherausgeber Pugge und dem Mitbegründer der Zeitschrift Hasse persönlich nahe.[163] Hinzu kam das hohe wissenschaftliche Profil der Zeitschrift, wobei insbesondere seine Verehrung für Niebuhr, der den nichtjuristischen Teil betreute,[164] eine Rolle gespielt haben dürfte. Niebuhr war es jedoch auch, der das wissenschaftliche Profil des Museums 1827 auf die Zusammenarbeit zwischen den Bearbeitern der antiken römischen Jurisprudenz, dem »Mittelpunkt der Wissenschaft« und der Philologie ausgerichtet hatte.[165] Puchta rückte somit durchaus in die Nähe der »Antiquarischen«. Demgegenüber zeigten juristische Mitherausgeber wie Hasse freilich Tendenzen, die Puchtas Ideal einer praxisorientierten historischen Dogmatik sehr nahe kamen.[166]

Wird man Puchtas Mitarbeit am Rheinischen Museum also wohl nicht lediglich als Umsetzung eines wissenschaftlichen Programms verstehen dürfen, so zeigten seine zeitgleichen Auseinandersetzungen mit konkurrierenden Zeitschriften, der AcP, Hugos Civilistischem Magazin und Savignys Zeitschrift für Rechtswissenschaft, doch sehr klar, worum es Puchta um 1828 wissenschaftlich ging.

159 Erlanger Jahrbücher, 1827, S. 1 ff.
160 Briefe an Mohl vom 10. 7., 11. 9., 24.11.1830.
161 Brief an Mohl vom 27.3.1832.
162 Nach der Notiz in den kleinen civilistischen Schriften, S. XXI, hatte er bereits damals Hasse, der in Bonn seit 1821 lehrte, kennengelernt.
163 Vgl. etwa Brief an Savigny vom 27.9.1828: »ich habe acht Tage in Bonn, ausschließlich in Hasses und Pugges Gesellschaft zugebracht, die mich wie einen alten Freund aufnahmen, und mir so viel Liebe bewiesen, als ich nur bey den extravagantesten Ansprüchen hätte erwarten können.« Zu Pugge daneben Brief an Savigny vom 6.1.1828; zu Puchtas auch wissenschaftlicher Verehrung für Hasse vgl. unten S. 196 ff.
164 Vgl. oben unter, S. 113.
165 Niebuhr, Rheinisches Museum 1, 1827, Vorrede.
166 Vgl. unten S.186 ff.

https://doi.org/10.5771/9783465133278-113 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

a) Archiv für die civilistische Praxis

»Praxis« – das klingt nach der AcP. Jüngst wurde das Profil der frühen AcP erstmals genauer analysiert.[167] Die Beiträge betrafen etwa zur Hälfte das gemeine römische Zivilrecht, sie waren aktuell, an juristischen Tagesfragen orientiert.[168] Im Herausgebergremium saß mit Mittermaier ein alter Freund von Puchtas Vater,[169] zugleich aber seit 1822 auch Thibaut, dem Puchta mit Zurückhaltung begegnete.[170] Von den Juristen, denen sich Puchta bereits früh angenähert hatte, schrieben viele nicht in der AcP. Dies gilt etwa für Hugo, Göschen, Heise, Savigny, Rudorff, Blume oder Keller.[171] Mit Hasse und Zimmern gehörten freilich zwei der engsten Freunde und hochgeschätzten Kollegen Puchtas in den zwanziger Jahren zu den Autoren der AcP.[172] Der Aspekt der »Schulenbildung« allein vermag also noch nicht die Tatsache zu erklären, daß Puchta mit keinem einzigen Artikel in der AcP auftrat. Brieflich machte Puchta tiefere Gründe deutlich. Wiederholt mokierte er sich über mangelnde Wissenschaftlichkeit der AcP, was er insbesondere auf die mangelhafte Qualitätskontrolle seitens der Herausgeber zurückführte. Die AcP war für ihn ein Beispiel dafür, daß »die wenigsten Herausgeber eine Verantwortlichkeit für einen gewissen Werth des von ihnen dem Publikum dargebotenen übernehmen, indem sie die Rolle von bloßen Colporteuren für angemessener halten«.[173] In einer Rezension von Band IX des Archivs bezeichnete er den

167 Rückert, Geschichtlich, praktisch, deutsch, 1999, S. 146 ff.

168 Rückert, Geschichtlich, praktisch, deutsch, 1999, S. 177 ff.

169 Die 6 Briefe an Mittermaier aus den Jahren 1833–40 in der Heidelberger Universitätsbibliothek stammen entgegen ihrer Katalogisierung nicht von Georg Friedrich, sondern von Wolfgang Heinrich Puchta.

170 Vgl. etwa Puchta, Encyclopädie, 1825, S. 66; versöhnlicher dann nach Kritik Hugos an dieser Passage in Brief an Hugo vom 23.9.1827: »Thibaut bin ich diesmal, ungeachtet ich ihm in der Encycl[opädie, 1825, S. 66: »gewisse Unterordnung der Jurisprudenz unter andere Gegenstände« – Anspielung auf Thibauts musikalische Neigungen] an seiner empfindlichsten Seite wehe getan, näher gekommen als früher, er ist ein Ehrenmann, und hat mit Achtung von Ihnen gesprochen.« Im Briefwechsel mit Savigny blieb die Kritik an Thibaut dagegen konstant, so verfaßte Puchta seit den zwanziger Jahren »sehr kurze Aufsätze«, die er im Scherz als »zweiten Band meiner Civilistischen Abhandlungen« bezeichnete. Thibaut wurde folgendermaßen erfaßt: »Gedanken vor dem Einschlafen – Wenn ich die römischen Juristen tadle, so geschieht es freilich nur deswegen, weil ich einen zu großen Maßstab, den meinigen, an sie lege«, vgl. Brief an Savigny vom 13.2.1839 – in Zusammenhang mit Puchtas anonymer Rezension von Thibauts »Ueber die sogenannte historische und nichthistorische Rechtsschule« in: Richters Jahrbücher 3, 1839, S. 187–199.

171 Vgl. Rückert, Geschichtlich, praktisch, deutsch, 1999, S. 177.

172 Etwa Hasse, Über Universitas juris rerum, und über Universal- und Singularsuccession, 1822, S. 1 ff.; Zimmern, Kurze Aufsätze, 1825, S. 153 ff.

173 Puchta, Pandekten, 2. Aufl. 1844, § 9 a, S. 15 Anm. o).

https://doi.org/10.5771/9783465133278-113 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

Beitrag von »Herrn Criminalassesor« Henschel als »Satyre«. Die Aufnahme eines solchen Aufsatzes in »diese achtungswerthe Zeitschrift« sei nur zu rechtfertigen mit dem Beispiel »jenes Mannes, welcher eine große Angst vor Widersinnigkeiten und Thorheiten, aber nur zukünftigen, hatte, und der daher über jede wirklich geborene eine große Beruhigung empfand, weil sie nun doch abgethan und die Zahl der noch bevorstehenden um eine gemindert sey«.[174] Privat war die AcP für Puchta schlicht ein »Klingelbeutel …, welcher jetzt so laut durch Deutschland klingelt«,[175] ja »öffentliche[r] Abtritt«.[176] Dazu trug wohl auch das Berufsspektrum der Mitarbeiter der AcP bei. Während eine große Zahl an Anwälten und Richtern an der AcP mitwirkte,[177] fehlte es weitgehend an Historikern und Philologen, deren Nähe Puchta suchte.[178]

Die AcP war Puchta jedoch nicht nur zu wenig wissenschaftlich, sie war ihm auch zu wenig praktisch. Dies deutete bereits ein Rätsel an, welches er 1828 Hugo stellte: »Wie heißt der Ort, wo das lebende Recht *ad acta* gelegt wird?« Antwort: »das Archiv« oder wie Puchta hinzufügte, der »Gottesacker für die civilistische Praxis«.[179]

Puchta hatte offensichtlich eine ganz bestimmte Vorstellung von »civilistischer Praxis«, und die AcP wurde diesem Leitbild nicht gerecht. Zeitgenössisch stand »civilistisch« in der Tradition Hugos oder Savignys für wissenschaftliche Abhandlungen im Gebiet des römischen Privatrechts.[180] Auch

174 Rez. AcP IX, 1827, S. 6.

175 Brief an Savigny vom 29. 12 1824.

176 Brief an Hugo vom 5.1.1828; vgl. auch Brief vom 16. März 1832 an Blume mit der Aufforderung, am »ersten Gesetz« festzuhalten und »in der Aufnahme von Arbeiten so difficil als nur immer möglich zu seyn, und uns hierin gänzlich von dem Archiv für civ. Pr. zu entfernen, welches zur Schande seiner ehrenwerthen Herausgeber ein wahrer öffentlicher Abtritt ist«.

177 Vgl. Rückert, Geschichtlich, praktisch, deutsch, 1999, S. 177.

178 In München stand Puchta in engem Kontakt zum Philologen Friedrich Wilhelm v. Thiersch. Briefe Puchtas an Thiersch befinden sich in der Münchner Staatsbibliothek. Am 6.7.1841 empfahl Puchta Thiersch den soeben erschienenen Band 1 seines Cursus der Institutionen: »Ich habe bey dem Hauptinhalt der Schrift nicht bloß auf juristische Leser gerechnet, sondern auch die Hoffnung gehabt, jüngeren Philologen nützlich zu werden. Vielleicht, wenn Sie die Ausführung billigen, weisen Sie … die Zöglinge auf das Buch, mit dem ich gar wohl den Unterricht fortsetzen kann, den ich vor fast sechs Jahren in München beschloß. Denn das Buch ist ein Buch nicht um darüber zu lesen, sondern um den academischen Unterricht fortzusetzen oder zu ergänzen.« Zu Puchtas Verehrung für Niebuhr vgl. oben. Auch Rankes deutsche Geschichte – »wo jede Seite Gedanken giebt, und Gedanken weckt« – verehrte er, vgl. Brief an Savigny vom 9.8.1839.

179 Brief an Hugo vom 5.1.1828, vgl. Verweis in Brief an Hugo vom 15.2.1828.

180 Vgl. Rückert, Geschichtlich, praktisch, deutsch, 1999, S. 155.

https://doi.org/10.5771/9783465133278-113 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

Puchta sah dies so. Freilich war er der Ansicht, auch diese Begrenzung auf das römische Recht sei in den Abhandlungen real nicht eingehalten, demnach hätten die »Herausgeber den früheren Plan« wohl aufgegeben, um nun »ein Magazin für Privatrecht und Civilprozeß überhaupt« zu liefern.[181] In der Kombination des Titels stand die AcP jedenfalls für Abhandlungen, die zugleich wissenschaftlich und praktisch sein sollten. Dies entsprach auch der Intention der Herausgeber.[182] Die Vorstellung, daß beide Elemente zusammenspielen mußten, um beste Ergebnisse zu erzielen, war Zeitschriften, die nicht reine Praktikerorgane sein wollten, zu diesem Zeitpunkt durchaus vertraut.[183] Puchtas Kritik an der AcP, die er in zwei umfangreichen Rezensionen im Detail äußerte, erlaubt es, seine Vorstellung dieses Zusammenspiels etwas näher einzugrenzen. Zunächst finden sich ganz allgemein Forderungen nach einem »lebensnahen« Umgang mit den römischen Rechtsquellen, ein Plädoyer gegen »unpractische Spitzfündigkeiten«.[184] An Thibauts Auslegung einer Ulpian-Stelle lobte Puchta: »Damit stimmt auch das Leben selbst überein«, wie ein von Thibaut besprochener gerichtlicher Konflikt zwischen einem sächsischen Gutsherrn und seinen Bauern zeige.[185] Damit einhergehend zeigte sich eine deutliche Schwerpunktverlagerung Puchtas auf das »heutige«, mithin geltende gemeine römische Zivilrecht. Mitherausgeber Löhr fand diesbezüglich Kritik mit seiner Ablehnung der in zeitgenössischen Lehrbüchern vertretenen Vorstellung einer »Quasipupillarsubstitution«, da sie den römischen Quellen widerspreche. Puchta, der Löhrs Auslegung der fraglichen Codexstellen ausdrücklich teilte, hielt entgegen: In einem »Archiv für civilistische Praxis« habe die Beantwortung der Frage wohl erwartet werden dürfen, »ob nicht durch die deutsche Praxis, durch die gemeinsame Überzeugung unserer Juristen seit so langer Zeit jene Quasipupillarsubstitution für uns … zum Recht geworden ist … und inwiefern dieß fernerhin anerkannt werden muß«.[186] Von einer römischen Quellenstelle sollte offensichtlich nicht vorschnell auf die heutige Geltung geschlossen werden können. Auch Burchardi mußte sich entgegenhalten lassen, seine Untersuchung der römischen *donatio propter nuptias* passe nicht in ein Archiv für civilistische Praxis. Dies sei nur dann der Fall, »wenn sie auf die Geschichte dieses Instituts und seine Sätze in Deutschland gerichtet, also eine dogmengeschichtliche ist, keineswegs

181 Puchta, Rez. AcP IX: Burchardi, Über den Zweck der donatio propter nuptias, 1827, S. 292.
182 Rückert, Geschichtlich, praktisch, deutsch, 1999, S. 160 ff.
183 Rückert, Geschichtlich, praktisch, deutsch, 1999, S. 167 f.
184 Puchta, Rez. AcP VIII: Thibaut, Über die Senectus, 1826, S. 13.
185 Puchta, Rez. AcP VIII: Thibaut, Über Vergleiche gegen rechtskräftige Urteile, 1826, S. 46.
186 Puchta, Rez. AcP IX: Löhr, Bemerkungen aus der Lehre von der Substitution, 1827, S. 287 f.

https://doi.org/10.5771/9783465133278-113 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

aber insofern sie das reine justinianische Recht über dasselbe zum Gegenstand hat».[187] Roßhirt hielt er entgegen, daß die detailliertere Ausarbeitung der Anwendung der fraglichen römischen Grundsätze auf das deutsche Recht »einem wirklichen Bedürfnis entsprochen hätte«.[188] Ein Blick in die »civilistische Praxis« erforderte für Puchta somit eine historische und zugleich wissenschaftliche Herleitung der untersuchten Rechtsfigur bis in die Gegenwart. Ein bloßer Blick in die Gegenwart genügte gleichfalls nicht. Marezoll erntete Kritik dafür, »daß er die einzelnen Vorschriften von der Verbindlichkeit, dem periculum, und dem Schutzmittel des Vormunds, nur neben einander hingestellt hat, ohne ihre Entstehung zu erklären, wodurch denn diese Rechtssätze ein höchst willkührliches, unwissenschaftliches Ansehen bekommen«.[189] Ein eigenes Konzept von Praxisnähe durch juristische Dogmatik deutet sich an: ein Zusammenspiel zwischen »lebensnaher« Quellenarbeit, geschichtlicher Herleitung und »wissenschaftlicher« Bearbeitung des fraglichen Rechtsproblems. Ein Blick in Puchtas Auseinandersetzung mit Alternativen in der zeitgenössischen Zeitschriftenlandschaft bestätigt dieses Bild.

b) Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft und Civilistisches Magazin

Nimmt man Puchtas Kritik an der Wissenschaftlichkeit der AcP ins Zentrum der Betrachtung, so liegt es nahe, in Savignys Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft Puchtas publizistische Heimat zu suchen. An wissenschaftlicher Reputation und auch an wissenschaftlicher Qualität der Beiträge stand die Zeitschrift Savignys deutlich über der AcP. Jedoch kam zwischen 1823 und 1828, dem Eintritt Klenzes in die Redaktion, keine Ausgabe zustande.[190] Nicht nur die unregelmäßige und unsichere Erscheinungsweise sprach jedoch aus Sicht Puchtas gegen die ZfgR. Auch später, als die Ausgaben regelmäßiger erschienen, trug Puchta nur zwei Beiträge bei[191] und dies auch erst, als er als Mitglied der Berliner Fakultät und Savignys Nachfolger beständig mit diesem und den anderen Herausgebern in engem Kontakt stand. Die Zeitschrift Savignys fand vielmehr ebenfalls grundsätzliche Kritik, sie

187 Puchta, Rez. AcP IX: Burchardi, Über den Zweck der donatio propter nuptias, 1827, S. 294.

188 Puchta, Rez. AcP VIII: Roßhirt, Zu der Lehre vom Besitz und insbesondere von der Quasipossessio, 1826, S. 9.

189 Puchta, Rez. AcP IX: Marezoll, Bemerkungen über die Verbindlichkeit der Vormünder, die Mündelcapitalien verzinslich auszuleihen, 1827, S. 276.

190 Hierzu Rückert, Geschichtlich, praktisch, deutsch, 1999, S. 133.

191 Ueber den Inhalt der lex rubria de Gallia cisalpina, 1842, S. 195 ff.; ders., Veräußerung gegen Vertrag. Bemerkungen zu L. 7 §. 2 D. de distr. pgn., 1845, S. 220 ff.

https://doi.org/10.5771/9783465133278-113 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

enthalte, wie er 1826 zusammenfaßte, »fast ausschließend nur historische Aufsätze, in dem Sinn, in welchem man dieses Wort gewöhnlich nimmt, und wenn über die rechte, geschichtliche Behandlung des gegenwärtigen Rechts als eines jetzt anwendbaren hin und wieder im Allgemeinen sehr beherzigenswerthe Winke gegeben werden, so haben sich die eigentlichen speciellen Abhandlungen der Zeitschrift doch nicht unmittelbar mit jener Behandlung, sondern gewissermaßen nur mit der Vorbereitung dazu befaßt«.[192] Die Beiträge der ZfgR blieben fast durchweg auf kritische Quellenstudien und Dogmatik des antiken römischen Rechts beschränkt,[193] stellten nach Puchta somit »nur historische Aufsätze«, im »gewöhnlichen Sinn« von historisch, dar. Hugos Civilistisches Magazin erfüllte aus dem gleichen Grunde Puchtas programmatische Anforderungen nicht. Es genügte Puchta nicht, daß Hugo »es sich selbst mit einem gewissen Humor zum Verdienst an[rechne], daß er am Ende dieses Aufsatzes doch auch einmal eine s. g. practische Frage aufwerfen wolle«. Trotz der persönlich engen Beziehungen zu Hugo trat Puchta auch dem Civilistischen Magazin nur mit einer einzigen Abhandlung bei.[194]

VI. Puchtas Arbeitsplan

Puchtas Hinwendung zum »heutigen Recht« und insbesondere zur »Praxis« leuchtete angesichts dessen, was er von Puchta kannte, Hugo nicht unmittelbar ein.

Auf Hugos Nachfrage, wo er sich der Praxis annehme, wurde Puchta konkret:[195]

> »1) in meiner Encyclopädie, wo ich sie in ihre Rechte als Rechtsquelle einsetze 2) in meinen Pandektenvorlesungen 3) in meinem Aufsatz über die *negatoria*, indem ich ihr *quoat hanc materiam* eine wissenschaftliche Gestalt zu geben suche.«

Puchta arbeitete also auf drei Ebenen an seinem Ziel.

(1) In der Rechtsquellenlehre hatte er die Praxis zur Rechtsquelle gemacht: Dies war sein Juristenrecht, und hier setzte 1828 sein Gewohnheitsrecht, an dem er seit 1824 arbeitete,[196] an. (2) In seinen Pandektenvorlesungen arbeitete er an einem System des heutigen römischen Rechts. Hugo gegenüber hatte

192 Puchta, Rez. Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft, 1826, S. 263 ff., 263.
193 Vgl. die Ergebnisse der Analyse von Rückert, Geschichtlich, praktisch, deutsch, 1999, S. 142 f.
194 Über die Lex Rubria, in: (Hugos) Civilistisches Magazin VII, 1837, S. 123 ff.
195 Brief an Hugo vom 25.6.1827.
196 Brief an Savigny vom 29.12.1824; auch öffentlich kündigte er wenig später das Werk an: Encyclopädie, 1825, S. 78.

https://doi.org/10.5771/9783465133278-113 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

Puchta bereits am 2. Februar 1827 erstmals den Plan geäußert, ein »Pandektenkompendium als heutiges römisches Recht« zu schreiben.[197] Es erschien als Grundriß erstmals 1832 und dann ab 1838 in ausformulierter Fassung als »Lehrbuch der Pandekten«, ab der zweiten Auflage 1844 knapper: Pandekten.

(3) Weiterhin bearbeitete er einzelne Lehren des heutigen römischen Rechts, d. h. insbesondere der »Praxis« nach Maßgabe seines Methodenprogramms. Die von ihm hier genannte Abhandlung zur Negatorienklage, die 1827 im Rheinischen Museum erschienen war, war sein erster Versuch seines Juristenrechts.

197 Brief an Hugo vom 2.2.1827.

https://doi.org/10.5771/9783465133278-113 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

2. *Juristenrecht – »das Recht der Praxis« (1822–1828)*

Puchta hatte für sein neues Arbeitsprogramm gegenüber Hugo zunächst auf seine 1825 in der Enzyklopädie[1] formulierte Rechtsquellenlehre hingewiesen und darauf, daß er hier die »Praxis« in ihre Rechte als Rechtsquelle eingesetzt habe. Der erste Schwerpunkt in Puchtas Werk ist damit sein Juristenrecht. Der *Terminus* »Juristenrecht« war bereits 1822 in Puchtas erster Enzyklopädie unkommentiert aufgetaucht.[2] Nach der zweiten Enzyklopädie von 1825 war es dann der erste Band Puchtas Gewohnheitsrechts, durch welchen seine Neujustierung der Aufgabe der Rechtswissenschaft im Rechtsquellenkanon breite Aufmerksamkeit erhielt. Obwohl Puchta vorgab, hier nur »einiges aus der Theorie des Juristenrechts, wiewohl diese nicht der Gegenstand der Schrift ist, einzuschalten«,[3] war es die an dieser Stelle thematisierte Abgrenzung von Gewohnheitsrecht und Juristenrecht, die seiner Arbeit das breite Aufsehen sicherte. Deutlich nannte er sein Juristenrecht hier auch »das Recht der Praxis«.[4] In der Thematik des Juristenrechts führte Puchta seine frühen methodischen Überlegungen und seine »Hinwendung zur Praxis« wie in einem Brennglas zusammen. Um diese Zusammenhänge zu verdeutlichen, bedarf es zunächst einer Erarbeitung des Ausgangspunktes von Puchtas Überlegungen zum Juristenrecht: der Gewohnheitsrechtslehre seiner Zeit.

Auch die späteren Kritiker seiner »Begriffsjurisprudenz« fanden in Puchtas Überlegungen zum Juristenrecht (und damit zugleich zum Gewohnheitsrecht) einen ihrer wichtigsten Anhaltspunkte. An dieser Stelle fließen Puchtas eigene Schwerpunktsetzungen und spätere Blicke auf sein Werk also erstmals ineinander.

I. Die Problematik des Gewohnheitsrechts im Kontext der 1820er Jahre

1. Gewohnheitsrecht – die »fast obsolete« Rechtsquelle?

1825 hatte Puchta Band I des »Gewohnheitsrechts« unter dem Titel »über Gewohnheitsrecht *und Praxis*« angekündigt.[5] Landsberg erschien diese Benennung schlicht irreführend. In Puchtas Gewohnheitsrecht sei von der Praxis in Band 1 überhaupt nicht und in Band 2 lediglich »ganz nebenbei« die Rede.[6]

1 Puchta, Encyclopädie 1825, S. 23.
2 Puchta, Encyclopädie 1822, S. 18, § 48.
3 Puchta, Gewohnheitsrecht I, 1828, S. 162.
4 Puchta, Gewohnheitsrecht I, 1828, S. 167.
5 Puchta, Encyclopädie, 1825, S. 78, Hervorhebung von mir.
6 GDR 3.2., 1910, S. 445 mit Anm. 5, Noten S. 204, mit dem bemerkenswerten Verweis auf Band 2, S. 14 ff., denen Puchta die Überschrift »Praxis« gab.

https://doi.org/10.5771/9783465133278-113 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

Gerade Puchtas Beschäftigung mit dem Gewohnheitsrecht scheint das dargelegte Bild des praxisfernen Puchta zu bestätigen.[7]

Die Praxis hat diese Nichtbeachtung aber wohl nicht gestört. Scheuermann wies in der bis heute zentralen Untersuchung dieser Frage darauf hin, daß das Preußische Obertribunal und fast alle anderen Obergerichte wenigstens bis 1861 »bei jeder Entscheidung, in der es auf die Prinzipien des Gewohnheitsrechts ankam«, auf die von Puchta ausgehende Gewohnheitsrechtslehre zurückgriffen.[8] Puchtas Theorie habe, so Scheuermann, den Gerichten eine »wissenschaftlich überzeugende und zudem praktikable Gewohnheitsrechtstheorie« geliefert, mit der sich Ergebnisse hätten erzielen lassen, »die weitaus besser als die der älteren Lehre den Anforderungen der Gerichtspraxis« entsprachen.[9] Für Anerkennung habe auch gesorgt, daß Puchta die Stellung des Richters gehoben habe, indem er dem Grundsatz »*iura novit curia*« zur Durchsetzung verholfen und damit den Richter nicht »unwürdig« dem Parteivorbringen unterworfen habe.[10] Auch für die achtziger Jahre des 19. Jahrhunderts deuten die bei Zitelmann[11] genannten Urteile auf eine durchaus nennenswerte praktische Bedeutung des Gewohnheitsrechts.

Dieser Erfolg Puchtas in der Praxis schien Scheuermann freilich als von Puchta nicht beabsichtigt. Mit Landsberg betont auch er, Puchta habe nicht für die Praxis geschrieben, was sich schon daran zeige, daß er »auf die Ansichten der Praxis keine Rücksicht genommen habe«.[12] Statt dessen, so die noch immer gängige Deutung, verfolgte Puchta schlicht weltfremd zu nennende Interessen. Bereits 1852 hatte Jhering die »blinde Liebe« zum »Schoßkind« Gewohnheitsrecht bei Puchta gegeißelt.[13] Seit den siebziger Jahren des 19. Jahrhunderts findet sich diese Kritik auf breiter Front. Bruns wetterte gegen Puchtas »Abgötterei des Gewohnheitsrechts«,[14] und auch der zurückhaltendere Windscheid sah sich genötigt zu betonen, daß das Gewohnheitsrecht »gegenüber dem Gesetzesrechte nur einen untergeordneten Raum«

7 Vgl. oben S. 51 f.
8 Scheuermann, Einflüsse der historischen Rechtsschule, 1972, S. 86.
9 Scheuermann, Einflüsse der historischen Rechtsschule, 1972, S. 92 f.
10 Scheuermann, Einflüsse der historischen Rechtsschule 1972, S. 93.
11 Zitelmann, Gewohnheitsrecht und Irrtum, 1883, S. 324 ff. Tiefergehende Untersuchungen, die vor allem nach Rechtsgebieten unterscheiden, fehlen jedoch.
12 Scheuermann, Einflüsse der historischen Rechtsschule, 1972, S. 93.
13 So sehr früh bereits Jhering, Geist II 1, 1854, § 25, S. 25.
14 Bruns, Encyclopädie I, 1870, § 7.

https://doi.org/10.5771/9783465133278-113 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

einnehme.[15] Landsberg sprach 1910 bereits verächtlich vom Gewohnheitsrecht als »Liebling der Schule«.[16]

Die sich hier andeutende Praxisferne der Gewohnheitsrechtslehre stünde gleichwohl in scharfem Kontrast zur von Puchta behaupteten »Hinwendung zur Praxis«. Eine mögliche Erklärung dieses Phänomens bietet eine Deutung von Jakobs.[17] Puchta habe Savignys Darlegungen im »Beruf« verfälscht und mit der Behandlung des Gewohnheitsrechts »den Akzent auf die verkehrte Stelle« in Savignys Werk gesetzt. Während Savigny die Rechtserzeugung sukzessiv »erst durch Sitte und Volksglaube, dann durch Jurisprudenz« geschildert und damit das Gewohnheitsrecht der Vergangenheit zugewiesen habe,[18] stelle Puchta diese Entstehungsarten simultan nebeneinander, was zu einer Monographie über eine praktisch »fast obsolete Rechtsquelle«[19] geführt habe.

Nachfolgend wird es zunächst darum gehen, zu zeigen, daß das Gewohnheitsrecht in den zwanziger Jahren entgegen der Annahme der Späteren eine enorme praktische und politische Dimension besaß. Puchta behandelte damit eine hochaktuelle und gerade mit seinem Blick auf die Gerichtspraxis zentrale Materie, und es war kein Zufall, daß gerade hier sein Juristenrecht als Reformprojekt ansetzte.

2. Annäherung: Marezolls »abentheuerliche Ansichten«, 1824

Theodor Marezoll, Puchtas späterer Hausgenosse in Leipzig,[20] mußte sich 1824 scharfe Kritik gefallen lassen: Marezoll würde »gut thun, eine Theorie

15 Windscheid, Pandekten, 8. Aufl. 1892, § 15 a. E.; er bevorzugte 1892 das Gesetz, da es »auf bewußter Abwägung der Gründe und bewußter Erfassung der zu erreichenden Ziele« beruhe, a. a. O., Anm. 4; anders noch die 3. Aufl. 1870, § 15 a. E.: Gesetzgebung sei nur der praktischen Bedeutung nach, jedoch »nicht dem Range nach die erste«.

16 Landsberg, GDR 3.2., 1910, S. 445.

17 Jakobs, Die Begründung der geschichtlichen Rechtswissenschaft, 1991, S. 39, 363 ff. (unhistorische Betrachtung); Jakobs sieht freilich, daß dies nicht eine Hochschätzung des Gewohnheitsrechts durch Puchta bedeutet. Gerade Puchtas Rechtsquellenlehre habe, jedenfalls vor 1837, dem Gewohnheitsrecht ein Ende bereitet (S. 49) und über »Prinzipien« der Wissenschaft unterworfen (S. 47), die ihrerseits damit von einer Rechtsquelle zur bloßen Methode geworden sei (S. 49).

18 Jakobs, Die Begründung der geschichtlichen Rechtswissenschaft, 1991, S. 39.

19 Jakobs, Die Begründung der geschichtlichen Rechtswissenschaft, 1991, S. 38.

20 Zwischen beiden entwickelte sich ein freundliches Verhältnis, vgl. Brief an Savigny vom 5.11.1837: »Mit Marezoll, der mit mir unter einem Dach wohnt, stehe und verstehe ich mich recht gut. Es fehlt ihm denn auch, wie ich glaube, nicht an dem Humor, der es zuläßt, daß man nicht immer derselben Meinung mit ihm ist.«

https://doi.org/10.5771/9783465133278-113 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

des Gewohnheitsrechts auszuarbeiten«.[21] Grund war eine Ansicht Marezolls, die »unserer Jurisprudenz alles lebendige, active Verhältnis zum Recht abspricht«.[22] Man müsse sich »wundern, wie er noch die angeerbte Halsstarrigkeit haben kann, an sein eigenes Leben zu glauben«.[23] Auch gegenüber Marezolls Göttinger Lehrer Hugo machte sich Puchta Luft: »wo hat er denn seine abentheuerlichen Ansichten über die Gestalt des jetzt anwendbaren römischen Rechts her? Von Ihnen doch gewiß nicht!«.[24] Gemeint war Marezolls Werk »Über die bürgerliche Ehre, ihre gänzliche Entziehung und theilweise Schmälerung« aus dem Jahr 1824. Die gegenüber Hugo gemachte Ankündigung, er werde Marezoll »etwas zupfen«, machte Puchta in einer Rezension einer kürzeren Abhandlung Marezolls wahr.[25] Marezoll hatte auch hier die von Puchta kritisierte Ansicht vertreten: Nachdem die Rezeption durch die mittelalterliche Gerichtspraxis erfolgt sei, »konnte für die Zukunft keine Gerichtspraxis, als solche, an dem bestehenden Rechte mehr etwas ändern«.[26] Er berief sich hierzu auf C. 7, 45, 13, die als glossiert und damit rezipiert für Marezoll verbindlich aussprach, daß »durch die bloße Meinung des Richters und des Gerichts überhaupt fest begründete und bestehende Rechtssätze weder aufgehoben, noch sonst geändert werden dürfen«.[27] Damit war die gesamte entgegenstehende spätere Gerichtspraxis für Marezoll »schon aus diesem Grunde verwerflich«.[28]

Puchta hielt diesem »Todtenschein für die neuere Jurisprudenz« entgegen, ob Marezoll glaube, »die unermeßliche Kraft des Geistes, die immer wirkende Macht der Überzeugung, mit einem Wort, den Gedanken durch ein Gesetzchen in dem *Codex Justinianeus* niederschlagen und unterdrücken zu können?«.[29] Marezoll müsse sich fragen lassen

21 Brief an Savigny vom 29.12.1824.
22 Brief an Savigny vom 29.12.1824.
23 Brief an Savigny vom 24.12.1829.
24 Brief an Hugo vom 25.6.1827.
25 Puchta, Rez. AcP IX, Marezoll, Bemerkungen über die Verbindlichkeit der Vormünder, die Mündelcapitalien verzinslich auszuleihen, 1827, S. 278 f.
26 Marezoll, Über die bürgerliche Ehre, Gießen 1824, S. 324.
27 Marezoll, Über die bürgerliche Ehre, 1824, S. 351, Hinweis bei Puchta, a. a. O., S. 278.
28 Marezoll, Über die bürgerliche Ehre, 1824, S. 325; die römische Infamia sollte folglich, soweit sie nicht in einzelnen Gesetzen ausdrücklich beschränkt sei oder durch »völlig veränderte Zeitumstände« überholt worden sei, noch anwendbar sein, vgl. S. 350 ff., 354.
29 Puchta, Rez. AcP IX, Marezoll, Bemerkungen über die Verbindlichkeit der Vormünder, die Mündelcapitalien verzinslich auszuleihen, 1827, S. 279.

https://doi.org/10.5771/9783465133278-113 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

»wodurch denn die Jurisprudenz, die das römische Recht zum deutschen gemacht, also es als deutsches geschaffen hat, diese schaffende Kraft verloren hat? Durch die Vorschrift der *L. 13 cit.*, die aus dem Gesetz erst herausgeklügelt werden muß? Also hätte die Jurisprudenz durch Ausübung ihrer Kraft (die Reception des römischen Rechts) ihre Kraft selbst verloren, oder vielmehr, sie wäre in demselben Augenblick zugleich schaffend (durch die Reception) und nicht schaffend (auch durch die Reception – nämlich der L. 13.), also da das Leben nicht den Tod schafft, lebendig und todt gewesen?«[30]

Puchtas Polemik deutete Zusammenhänge an, die das Gewohnheitsrecht als hochpolitische und praktisch bedeutsame Materie erscheinen lassen. Dies erschließt sich freilich nicht, wenn man unter Gewohnheitsrecht das »im Volke« lebende, nicht das von Juristen ausgehende Recht versteht, dessen Bedeutung gerade in Puchtas eigenem Tätigkeitsfeld, dem gemeinen römischen Recht, zu diesem Zeitpunkt[31] unstreitig gering war.[32] Viel interessanter und kontroverser war statt dessen die Bedeutung des Gewohnheitsrechts als Legitimation für juristische Rechtssetzung. Nicht zufällig hatte Puchta in der Kritik Marezolls gerade die Gerichtspraxis des gemeinen Rechts mit der Gewohnheitsrechtslehre in Verbindung gebracht. In den unsicheren Konturen der Gewohnheitsrechtslehre versammelten sich seit dem Mittelalter Legitimationsmuster richterlicher Tätigkeit wie *communis opinio*, *usus fori*, Observanz und *res judicatae*, deren nähere Bestimmung in den zwanziger Jahren eine doppelt hochpolitische Aufgabe übernahm. Zunächst ging es um die seit 1806 schwelende Frage der Fortgeltung des gemeinen römischen Rechts. Weiterhin galt es, die zunehmend hinterfragte Position der Gerichte im Rechtsquellenkanon zu bestimmen. Genau diese Perspektive machte auch den Reiz aus für den »dankbare[n] Schüler Savignys«, als den der ältere Hasse 1827 Puchta publikumswirksam eingeführt hatte,[33] denn diese Fragen waren es, die auch 1814 im »Beruf« eine tragende Rolle gespielt hatten.

30 Puchta, Rez. AcP IX, Marezoll, Bemerkungen über die Verbindlichkeit der Vormünder, die Mündelcapitalien verzinslich auszuleihen, 1827, S. 279.

31 Dagegen dann später bekanntlich Beseler, Volksrecht und Juristenrecht, 1844, S. 67 ff.

32 Die Frage wurde daher vor allem mit Blick auf deutschrechtliche Gewohnheiten diskutiert. Gänzlich gegen die Annahme gemeiner Gewohnheiten sprachen sich aus: Hufeland, Giebt es allgemeine Gewohnheiten im juristischen Sinne?, 1792, S. 1 ff.; hierzu Landsberg, GDR 3.1, 1898, S. 513 f.; Danz, Handbuch des heutigen teutschen Privatrechts, 1800, § 80, S. 330 ff.; hiergegen vor allem Eichhorn, Über das geschichtliche Studium des teutschen Rechts, 1815, S. 124; Sintenis meinte 1838 in der Rezension des Puchtaschen Gewohnheitsrechts, S. 258, er kenne noch immer Juristen »von unstreitig erstem Range, welche an der Hufelandschen Ansicht festhalten, daß es für ganz Deutschland keine juristisch bedeutsame Gewohnheit gebe«.

33 Redaktionelle Anmerkung zu Puchta, Über eine Recension von Savignys Geschichte des römischen Rechts im Mittelalter, 1827, S. 327. Auf diese

https://doi.org/10.5771/9783465133278-113 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

3. Gerichtsgebrauch als Gewohnheitsrecht?

> »Sollte man nicht, da das Gewohnheitsrecht mit seinen ächten und unächten Arten der richterlichen Willkühr und mithin der Rechtsungewißheit und Unsicherheit, einen so freyen Spielraum läßt, eine politische Betrachtung vorausschicken, oder wenigstens anschließen, über den Werth oder Unwerth desselben, mit besonderer Rücksicht auf das Unheil, welches eben die Gewohnheit und noch mehr die Rechtsgelehrten und Richter unter dieser Ägide zu allen Zeiten angerichtet haben, und welches die Gesetzgeber in einigen Ländern bewog, diese ganze Rechtsquelle, wenn auch nicht ganz abzuschaffen, doch wenigstens zu beschränken.«[34]

Mit diesen Worten wandte sich Christian Gotthelf Hübner 1801 gegen die soeben in deutscher Übersetzung erschienene Monographie von Johannes Nikolaus Kornelius Guilleaume zum Gewohnheitsrecht.[35] Guilleaumes rein dogmatische Art, diesen Gegenstand zu behandeln, schien ihm der politischen Bedeutung des Gegenstandes nicht gerecht. Gewohnheitsrecht stand seit längerem unter dem Vorwurf, einem mehr oder weniger freien Richterrecht das rechtsquellentheoretische Mäntelchen zu leihen. Die Gründe hierfür lagen zunächst in einer heillos umstrittenen Theorie des Gewohnheitsrechts begründet, die der Praxis kaum einhellige Anforderungen stellte.[36] Die Klagen über die widersprüchliche und diffuse Quellenlage in diesem Bereich waren alt.[37] Die Reihe von Versuchen, der Lehre dogmatischen Halt zu geben, brach denn auch nach 1800 und bis zum Erscheinen der Monographie Puchtas nicht ab.[38] Über den Stand der Debatte gab Thibaut 1803 unmißverständlich

Bemerkung schob Puchta gegenüber Hugo (Brief vom 8.1.1833) auch seine späteren Bezeichnungen als »Schüler Savignys«, etwa durch den Anonymus, Rez. Rheinisches Museum für Jurisprudenz, Bd. I, II u. III, 1832, Sp. 2228.

34 Hübner, Berichtigungen und Zusätze zu den Institutionen des Römischen Rechts, 1801, S. 151 ff.: Zum 58. §: Beyträge zur Lehre vom Gewohnheitsrechte, hier S. 155.

35 Guilleaume, Abhandlung der Rechtslehre von der Gewohnheit, 2. Aufl. 1801.

36 Zusammenstellung der wichtigsten Streitpunkte bei Scheuermann, Einflüsse der historischen Rechtsschule, 1972, S. 75 ff.; J. Schröder, Recht als Wissenschaft, 2001, S. 14 f.; 105 ff.

37 Einen guten Überblick über die fraglichen Stellen und die damit zusammenhängenden Probleme vermittelt Brie, Die Lehre vom Gewohnheitsrecht, 1899, S. 1–58.

38 C. Ch. Hofacker, De jure consuetudine, 1774; ders., Principia juris civilis Romano-Germanici I, 1788, § 123; Schweitzer, De desuetudine liber singular, 1801; Gutjahr, Das Gewohnheitsrecht, 1801; Guilleaume, Rechtslehre von der Gewohnheit, 1801; Hübner, Berichtigungen, 1801; Volkmar, Beitrag zur Theorie des Gewohnheitsrechts, 1806; Schoemann, Handbuch des Civilrechts I, 1806, Nr. II, S. 28 ff.; Klötzer, Versuch eines Beitrags zur Revision

https://doi.org/10.5771/9783465133278-113 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

Auskunft: »Die Theorie vom G. R. ist in allen einzelnen Punkten umstritten.«[39] An dieser Situation hatte sich bis in die zwanziger Jahren substanziell noch nichts geändert. In der Einschätzung des von Puchta hochgeachteten Eichhorn fehlte es auch 1823 für die Gewohnheitsrechtslehre des gemeinen Rechts noch immer an einer »befriedigende[n] Darstellung«.[40]

Als Puchta sich, vielleicht hierdurch angeregt, 1824 gegenüber Savigny zu seinem Plan bekannte, eine Monographie über das Gewohnheitsrecht zu schreiben, war ihm bewußt, daß dies »ein so schwieriges Studium der neueren Literärgeschichte, der Pandekten, Urtheilssammlungen, voraus[setze], daß sich Beruf und Tüchtigkeit zu dem Werk erst nach manchen Jahren ergeben werden«.[41] Sein erster Ansatzpunkt war es, durch eine klare Theorie der Praxis Struktur zu geben. Es ging also gegen die »schlechte Theorie« des Gewohnheitsrechts, »durch welche seine Erkenntnis und Anwendung allerdings unsicher und schwierig zu werden vermöchte«.[42]

Noch immer große Schwierigkeiten machte es dabei, das Gewohnheitsrecht als eigenständige Rechtsquelle gegenüber dem herrscherlichen Rechtssetzungsmonopol zu rechtfertigen. Auch eine klare Positionierung in dieser Frage vermißte der besagte Hübner in der Arbeit von Guilleaume. In politischer Perspektive gelte es, so führte er 1801 weiter aus, im Blick zu behalten,

der Theorie vom Gewohnheitsrecht, 1813; Hugo, Die Gesetze sind nicht die einzige Quelle der juristischen Wahrheiten, 1815, S. 89 ff., insb. 114 ff.; Gesterding, Beisteuer zur Theorie vom Gewohnheitsrecht, 1820, S. 259 ff.; Lange, Versuch einer Begründungslehre des Rechts, 1821, §§ 15–18; Schmidt: Versuch einer Theorie des Gewohnheitsrechts, 1825; hierzu Puchta, Rez. Schmidt, 1826, S. 144 ff.; vgl. auch die Zusammenstellung bei Ross, Theorie der Rechtsquellen, 1929, S. 435 f.

39 Thibaut, Pandekten I, 1803, § 17 Anm. I).

40 Eichhorn, Einleitung in das deutsche Privatrecht, 1823, § 26 Anm. c); Rückert, Savigny, 1984, S. 306, sieht in Eichhorns Feststellung, die Gewohnheitsrechtslehre müsse »ohne Zweifel jetzt nach den Grundsätzen der fremden Rechte beurteilt werden«, eine Zustimmung zu Savigny und Puchtas Abschied von usus und opinio necessitatis, was für Puchta schon wegen des Zeitpunkts (1823) und für Savigny angesichts der Tatsache nicht überzeugt, daß Eichhorn in der Anm. hierzu wie zitiert auf das Fehlen einer befriedigenden Darstellung verweist. Eichhorn begründet seine Ansicht mit dem Untergang der alten Schöffenverfassung, also mit dem Fehlen entsprechender deutschrechtlicher Regelungen. Zudem wurden auch usus fori und opinio necessitatis mit dem römischen Recht begründet.

41 Brief an Savigny vom 24.12.1824. Gesterdings 1820 zuletzt erschienener Präzisierungsversuch (Beisteuer zur Theorie vom Gewohnheitsrecht, S. 259 ff.) machte die Schwierigkeiten deutlich, zeigte er Puchta doch den Greifswalder Ordinarius als »einem Mann mit dem Klingelbeutel… , bey dem man seine, auch wohl falschen Kreuzer anbringen kann«, Brief an Savigny vom 24.12.1824.

42 Puchta, Gewohnheitsrecht I, 1828, S. 233.

https://doi.org/10.5771/9783465133278-113 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

»daß ein Gewohnheitsrecht in einem demokratischen Staate auf ganz andere Weise entstehen, und daß in demselben ein Gesetz auf ganz andere Weise vergehen könne und müsse, als in einem monarchischen Staate, wo das, was als Recht gelten kann und soll, gar nicht von der *tacita civium conventio* allein, und von der *voluntatis declaractio rebus ipsis et factis*, sondern nur durch und kraft des Willens des Alleinherrschers, bestimmt werden kann. Mit Unrecht beruft man sich allgemein um das Ansehen des Gerichtsgebrauchs, und der sogenannten Praxis, um die Kraft der Volksautonomie, der vermutheten Einwilligung, und der Entwöhnung und *desuetudo* zu bewähren auf römische Gesetzstellen, da doch bey uns kein Centumviralgericht und kein Volksregiment gefunden wird, und jene Römischen Sätze sich auf blos Römische, den Deutschen ganz fremde Einrichtungen und Institute bezogen.«[43]

Seit dem siebzehnten Jahrhundert hatte die überwiegende Ansicht es nicht mehr als ausreichend erachtet, das Gewohnheitsrecht auf den bloßen Gebrauch, auf Volkssitte als stillschweigenden Konsens desselben zu gründen.[44] Die Frage kulminierte im Streit darum, ob Gewohnheitsrecht der Zustimmung des Herrschers bedürfe und zudem als gleichberechtigte Rechtsquelle in der Lage sei, Gesetzesrecht zu derogieren. Wie Jan Schröder gezeigt hat, hatte man um 1800 ganz überwiegend vom Erfordernis des herrscherlichen Spezialkonsenses Abstand genommen und ließ in verschiedenen Schattierungen einen Generalkonsens[45] oder auch wieder die Volkssitte als Legitimation genügen.[46] Denkbar war es auch, die römischen Vorschriften als gesetzliche Anerkennung heranzuziehen,[47] womit sich jedoch angesichts bestehender

43 Hübner, Berichtigungen, 1801, S. 156.

44 Zur früheren Sichtweise für das Mittelalter Brie, Die Lehre vom Gewohnheitsrecht, 1899; Weitzel, Der Grund des Rechts in Gewohnheit und Herkommen, 2000, S. 137 ff.; für das 16. Jahrhundert Brie, Die Stellung der deutschen Rechtsgelehrten der Rezeptionszeit zum Gewohnheitsrecht I, 1905, S. 131 ff.; daneben Wiegand, Studien zur Rechtsanwendungslehre der Rezeptionszeit, 1977, insb. S. 97 ff.; die weitere Entwicklung der Lehre im 17. und 18. Jahrhundert schildert J. Schröder, Zur Vorgeschichte der Volksgeistlehre, 1992, S. 34 ff.; ders., Recht als Wissenschaft, 2001, S. 14 f.; daneben Universität Bern, Gewohnheitsrecht und seine Vergangenheit, 2000 (insbesondere die Beiträge von Gasser und Wiegand); für das 19. Jahrhundert, vor allem jedoch nach Puchta noch immer die genaue Auswertung bei Zitelmann, Gewohnheitsrecht und Irrtum, 1883, S. 339 ff.; überblicksartig Krause, Gewohnheitsrecht, 1971; Otte, Gewohnheitsrecht, 1974, Sp. 617 ff., 618.

45 Vgl. die Nennungen bei Glück, Pandekten I, 1797, S. 447 ff.; Schoemann, Handbuch des gemeinen Civilrechts I, 1806, Nr. II., S. 63 f.

46 Umfangreiche Nennungen bei J. Schröder, Zur Vorgeschichte der Volksgeistlehre, 1992, S. 34 ff., 42 ff., 44 f. mit Anm., 188 und 189; daneben noch Glück, Pandekten I, 1797, S. 449 ff.

47 So vor allem Thibaut, Pandekten, hier nach 8. Aufl., S. 16; hierzu ders., Vorlesungsdiktate, 1836, S. 24 f., der a. a. O. eine Derogation von Gesetzesrecht freilich nicht zuließ, Pandekten.

https://doi.org/10.5771/9783465133278-113 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

Quellenantinomien[48] gerade die schwierige Frage der Möglichkeit eines Gewohnheitsrechts, Gesetzesrecht zu verdrängen, nicht eindeutig beantworten ließ. In dieser Frage neigte man um 1800 dazu, die Anforderungen zu Lasten des Gewohnheitsrechts strenger zu fassen.[49]

Vor allem Gustav Hugo hatte 1813 abweichend argumentiert. In seinem Plädoyer für eine Anerkennung dessen, »was sich ohne Gesetzgebung so ganz von selbst macht«,[50] hatte er das Gewohnheitsrecht als völlig gleichberechtigte Rechtsquelle neben das Gesetzesrecht gestellt. Durch den Vergleich mit der Sprache versah Hugo das Gewohnheitsrecht mit einer Richtigkeitsvermutung, die er dem Gesetz wohl eher abzusprechen geneigt war.[51] Es war damit eine »juristische Wahrheit«, und danach galt schlicht: »Der gute Regent will freylich, daß seine Richter die juristischen Wahrheiten befolgen … Wie jene Wahrheiten geworden sind und wie man diese Wahrheiten entdeckt hat, ist ihm völlig gleichgültig.«[52]

Auch wenn diese Ansicht Hugos in der Folgezeit nicht ohne Widerspruch blieb,[53] erfuhr sie doch vor allem von Savigny Zuspruch. Savigny hob gerade in der Gewohnheitsrechtsfrage Hugos Verdienst hervor, »in den meisten seiner Schriften die herrschenden Ansichten gründlich bekämpft zu haben«.[54] Savigny beschäftigte das Gewohnheitsrecht zunächst in seiner Rechtsentstehungslehre. Daneben hatte Savigny das Gewohnheitsrecht als richterliche »Praxis« thematisiert.[55] Er hatte einen Aspekt hervorgehoben, den auch

48 Zum vieldiskutierten Widerspruch zwischen D. 1, 3, 32 und C. 8, 52, 2: J. Schröder, Volksgeistlehre, 1992, S. 37; ders., Recht als Wissenschaft, 2001, S. 107 f.

49 J. Schröder, Volksgeistlehre, 1992, S. 45 f.; ders., Recht als Wissenschaft, 2001, S. 15, 106.

50 Hugo, Die Gesetze sind nicht die einzige Quelle der juristischen Wahrheiten, 1813, S. 116.

51 Hugo, Die Gesetze sind nicht die einzige Quelle der juristischen Wahrheiten, 1813, S. 119 f.

52 Hugo, Die Gesetze sind nicht die einzige Quelle der juristischen Wahrheiten, 1813, S. 129.

53 Noch 1820 betonte der bekannte Greifswalder Ordinarius Gesterding: »Die allgemeine Billigung des Regenten ist also der zureichende und dabei auch der einzig mögliche Rechtsgrund der Gewohnheit«: Gesterding, Beisteuer zur Theorie vom Gewohnheitsrecht, 1820, S. 260; ebenso Klötzer, Versuch eines Beitrags zur Revision der Theorie vom Gewohnheitsrecht, 1813, S. 75 ff.; skeptisch bereits Haus, Versuch über den rechtlichen Werth des Gerichtsgebrauchs, 1798, S. 54, da es im Regelfalle an einem Wissen des Regenten fehle.

54 Savigny, Beruf, 1814, S. 14 f. Die in der Anm. genannten Hinweise betrafen alle Stellungnahmen Hugos zum Gewohnheitsrecht; vgl. hierzu auch Hugos eigene Auseinandersetzung mit diesen früheren Nennungen in ders., Die Gesetze sind nicht die einzige Quelle juristischer Wahrheiten, 1813, S. 116 f.

55 Vgl. genauer sogleich S. 151 ff.

https://doi.org/10.5771/9783465133278-113 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

Hübner 1801 angedeutet hatte, wenn er von dem Unheil sprach, »welches eben die Gewohnheit und noch mehr die Rechtsgelehrten und Richter unter dieser Ägide zu allen Zeiten angerichtet haben.«[56] Daß sein Methodenprogramm im »Beruf« auch diese Mißstände zu beseitigen hoffte, machte Savigny 1815 deutlich: Die Bedeutung des formulierten Gegensatzes zur »ungeschichtlichen Schule« müsse jedem klar werden, »der die Anwendung dieser Grundsätze auf das Einzelne versuchen will. Das Geschäft der gesetzgebenden Gewalt, das des Richters, besonders die wissenschaftliche Behandlung des Rechts – alles wird von Grund aus anders, je nach der einen oder anderen Ansicht.«[57]

Puchtas Blick auf die Lehre vom Gewohnheitsrecht war gleichfalls vor allem auf ihre gerichtliche Bedeutung gerichtet. Schon sein erster Aufbauentwurf, den er 1824 an Savigny sandte, hob diese Schwerpunktsetzung hervor:

> »I. Buch Ueber das Gew. r. überhaupt II. Buch die römischen Juristen über d. Gr. III. B. die Neueren über d. Gr. IV. B. *Von der Praxis insbesondere*.«[58]

Während Puchta in der Ausführung dann vor allem das zunächst als zweites Buch geplante römische Gewohnheitsrecht an die Spitze stellte, unternahm plangemäß[59] dann 1837 der zweite Band die »praktische Betrachtung des Gewohnheitsrecht[s]«.[60] Einleitend betonte er hier die Bedeutung der Frage, »wie das Recht entsteht?«, für die justizielle Praxis:

> »Die praktische Auffassung der Frage liegt in der unmittelbaren Beziehung auf die Anwendung des Rechts. Der Richter hat sich von der Existenz des Rechtssatzes, der zur Anwendung kommt, zu überzeugen, diese Existenz aber beruht darauf, einmal daß derselbe durch eine Rechtsquelle, welcher die Kraft, ihn hervorzubringen, innewohnt, entstanden, dann aber, daß er nicht etwa durch eine solche Rechtsquelle wieder aufgehoben ist.«[61]

Angesichts der unsicheren Kriterien für ein Vorliegen des Gewohnheitsrechts stellte sich ein zweites Problem. Die gerichtlich geltend gemachte Volkssitte lag unklar neben dem Fortbestand rechtlicher Ansichten, die als Gerichtsge-

56 Vgl. oben unter Anm. 34.
57 Savigny, Über den Zweck dieser Zeitschrift, 1815, S. 264.
58 Brief an Savigny vom 29.12.1824; Hervorhebung von mir.
59 Puchta, Gewohnheitsrecht I, 1828, S. IV: Band 1 umfaßte die »allgemeinen Lehren« (Begriff, Gültigkeit und Wert des Gewohnheitsrechts), der zweite Band »die speciellen«, also insbesondere die Erfordernisse und die prozessuale Beweislehre sowie das Gewohnheitsrecht in einzelnen Rechtsgebieten. Puchta hielt diesen Aufbau 1837 durch.
60 Puchta, Gewohnheitsrecht II, 1837, S. 3.
61 Puchta, Gewohnheitsrecht II, 1837, S. 3; Landsberg, GDR 3.2., 1910, S. 445, würdigte das Buch insgesamt vor allem wegen seiner philosophischen Grundlage sehr kritisch, es war eben »beschämend unpositivistisch gedacht«.

https://doi.org/10.5771/9783465133278-113 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

brauch[62] Bindungswirkung entfalteten. Wie zunehmend auch die Usualinterpretation,[63] so wurde der gleichbleibende Gerichtsgebrauch, bisweilen auch als »Observanz« oder »Übung«,[64] von vielen als Gewohnheitsrecht anerkannt.[65]

Kritik an der darin gesehenen »Tyranney der sogenannten Praxis«[66] war bereits im 18. Jahrhundert laut geworden. Auch Savignys Auseinandersetzung mit den drei Gesetzbüchern war 1814 durchzogen von Warnungen vor der »völlig blinden Willkühr eines Gerichts«.[67] Bereits 1802 fand sich bei Savigny Kritik an einer gerichtlichen Praxis, die »neben der Theorie und gegen dieselbe« und zugleich »Verschwörung gegen die Gesetzgebung« sei.[68] Konkret bekämpfte Savigny den richterlichen Autoritätenkult, bei »welchem bey keiner möglichen Entscheidung ein Vorwurf gemacht werden kann, da jede Entscheidung die angesehensten Autoritäten für sich hat«.[69] Daneben kritisierte er den »*Usus fori*, die *res judicatae*, de[n] Gerichtsgebrauch«.[70] Savigny warnte davor, daß eine unwissenschaftlich arbeitende Jurisprudenz »eigentlich nur Schreiberdienst bey dem Gerichtsgebrauch«[71] leiste.

Savignys Auseinandersetzung mit dem richterlichen Gewohnheitsrecht thematisierte nicht einen Konflikt zwischen richterlicher Normsetzung und herrscherlichem Rechtssetzungsmonopol, sondern brachte vor allem die inhaltliche Qualität der unter dem Mantel des Gewohnheitsrechts getroffenen richterlichen Entscheidungen ins Spiel. Die reine Tatsache, daß eine Entscheidung von Gerichten oder sonstigen Autoritäten in einem vergleichbaren

62 Zu den Diskussionen um den Gerichtsgebrauch die Pionierstudie von Ogorek, Richterkönig oder Subsumtionsautomat?, 1986, S. 170 ff. Aus der späteren Literatur neben den von Ogorek Genannten F. W. Busch, Gewohnheitsrecht, 1844, S. 197 ff., sowie die etwas wirre Schrift von Kritz, Über Gerichtsgebrauch und über Literatur des Römischen Privatrechts in Beziehung auf neuere Behauptungen der sogenannten historischen Schule, 1843, insb. S. 292 ff.

63 Vgl. Schott, Die »interpretatio usualis«, 1998, S. 65 ff., insbesondere S. 77 ff.; J. Schröder, Recht als Wissenschaft, S. 75 ff., 243 f.

64 Die sprachlichen Ungenauigkeiten wurden immer wieder bemängelt, vgl. Glück, Pandekten I , 1797, S. 442 ff.; Mühlenbruch, Lehrbuch des Pandektenrechts I, 3. Aufl. 1839, § 40.

65 Glück, Pandekten, I, 1797, S. 219; Schweppe, Das Römische Privatrecht, 2. Aufl. 1819, S. 21; Wening-Ingenheim, Lehrbuch des Gemeinen Civilrechts I, 3. Aufl. 1827, S. 33; Falck, Handbuch I, 1825, S. 114.

66 So unter Bezug auf den Gerichtsgebrauch Haus, Versuch über den rechtlichen Werth des Gerichtsgebrauchs, 1798, S. 23.

67 Savigny, Beruf, 1814, S. 72.

68 Savigny, Methodologie 1802, 1993, S. 87.

69 Savigny, Beruf, 1814, S. 72.

70 Savigny, Pandektenvorlesung 1824/25, 1993, S. 12.

71 Savigny, Beruf, 1814, S. 79.

https://doi.org/10.5771/9783465133278-113 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

Fall in einer bestimmten Weise entschieden worden war, gab für Savigny also keine Richtigkeitsgewähr.

Savignys Kritik an der »willkürlichen« Praxis gab alten Kritikpunkten neue Nahrung und eine neue Richtung. 1822 sah sich Thibaut bereits dazu herausgefordert, »die Praxis gegen manche neue Theorien« in Schutz zu nehmen. Es sei »bei dem neuen Aufschwunge der wissenschaftlichen Thätigkeit sehr leicht, sich muthig der Praxis entgegenzusetzen, und diese überall verächtlich und lächerlich zu machen«. Gleichwohl müsse man doch wünschen, »daß die Praxis nicht zu tief sinke, und ihren eigenthümlichen, wenn auch nicht überwiegenden Werth gegen die Theorie behaupte«.[72] Auch Thibaut war freilich genötigt anzuerkennen, daß es in der Praxis »Mode geworden war, aus den Sätzen weniger Lieblingsschriftsteller sogleich dreist eine *communis opinio* abzuleiten, und diese als *recepta sententia* geltend zu machen«.[73] Obwohl die *communis opinio*[74] ihre traditionelle Rolle als topische Wahrheitsvermutung in der Theorie bereits seit dem siebzehnten Jahrhundert eingebüßt hatte,[75] hielt sich die Kritik am Autoritätenkult der Praxis hartnäckig.[76] Hinter der Ablehnung der *communis opinio*[77] stand die zunehmende Forderung nach einem inhaltlichen Kriterium für die Richtigkeit eines Gerichtsgebrauchs.

Für ein Gewohnheitsrecht, welches auf eine im Volke lebende Übung verwies, hatte man die bloße Übung bereits lange nicht mehr als ausreichend erachtet. Auch Thibaut hatte hier Skrupel, »alles ohne Princip der, alsdann blinden, Willkühr des Richters [zu] überlassen«.[78] Er schloß sich der vielfach

72 Thibaut, Vertheidigung der Praxis gegen manche neue Theorien, 1822, S. 312 ff., 314 f.; vgl. hierzu Rückert, Reyscher, 1974, S. 374.

73 Thibaut, Vertheidigung der Praxis gegen manche neue Theorien, 1822, S. 314.

74 Hierzu allgemein J. Schröder, »Communis opinio« als Argument in der Rechtstheorie des 17. und 18. Jahrhunderts, 1987, S. 404 ff; zusammenfassend ders., Recht als Wissenschaft, 2001, S. 128 ff.; zu den philosophischen Grundlagen Specht, Autoritätsargument und Erfahrungsargument im 17. Jahrhundert, 1998, S. 47 ff.

75 Zusammenstellung der wichtigsten Kritiker im 17. und 18. Jahrhundert bei J. Schröder, Recht als Wissenschaft, 2001, S. 128 f.; ders., Communis opinio, 1987, S. 410 ff.

76 Vgl. die Nachweise bei Ogorek, Richterkönig oder Subsumtionsautomat?, 1986, S. 179 Anm. 4; zusätzlich Weber, Über die Prozeßkosten, deren Vergütung und Compensation, 1811, § 10 und 11; vgl. auch J. Schröder, Zur rechtlichen Relevanz der herrschenden Meinung aus historischer Sicht, 1989, S. 143 ff., 159 ff.; ders., Recht als Wissenschaft, 2001, S. 129; empirische Untersuchungen der Frage fehlen.

77 Vgl. die scharfe Unterscheidung bei Glück, Pandekten I, 1797, S. 219 f.; Thibaut, Pandekten I, 8. Aufl. 1834, S. 15: »auch darf man Meinungen der Juristen nicht mit dem Gerichtsgebrauch gleichsetzen.«

78 Thibaut, Pandekten I, 8. Aufl. 1834, S. 17.

https://doi.org/10.5771/9783465133278-113 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

vertretenen Ansicht an, die zugrundeliegende Handlung müsse aus einer *opinio necessitatis* erfolgt sein,[79] »d. h. als etwas, was man thun müsse, oder was ein Anderer pflichtmäßig zu leiden habe«.[80] Als zweites Richtigkeitskriterium forderte man im Anschluß an Justinians Novelle 134, 1 vielfach die Rationabilität, also die Einhaltung der »gesunden Vernunft« und des »gemeinen Wohl[s]«.[81]

Für den eigentlichen Gerichtsgebrauch verzichtete Thibaut demgegenüber auf derartige Kriterien. Für ihn hatte der Gerichtsgebrauch sogar gesetzliche Kraft.[82] Daß die bloße *res perpetuo similiter judicata* allein diese Wirkung hervorbringen konnte, begründete Thibaut damit, daß die Bindungswirkung einer gerichtlichen Gewohnheit »aus sehr weisen Gründen des Rechtsfriedens« angenommen worden sei.[83] Mit demselben Argument trat Thibaut weitergehend für eine Präjudizienbindung des Untergerichts an das Obergericht[84] ein.

Wening-Ingenheim wollte statt dessen wenigstens dann eine Abweichung von Gerichtsgebrauch und Präjudiz zulassen, wenn das Gericht »von einer andern Erklärung oder Anwendung sich … vollkommen überzeugt« habe: »Sonst entstände die Absurdität, daß ein Gericht gegen seine Ueberzeugung von der wahren Auslegung die falsche früher angenommene befolgen müßte.«[85] Thibauts pragmatisches Gegenargument, das Untergericht handle »ganz unklug, wenn es zu einer nothwendigen *Reformatoria* Veranlassung giebt«,[86] überzeugte viele nicht, und so fand die Bindung an Vorentscheidungen zunehmend Kritik.[87] Leichtestes Argument war dabei erneut der Gesetzesvorrang: »Richtersprüche sind keine Gesetze und Richter keine Gesetzgeber.«[88] Carl Christian Wilhelm Klötzer forderte, die »Rationabilität«, die

79 Thibaut, Pandekten, 8. Aufl. 1834, S. 15, seit der ersten Auflage; hiergegen mit genauer Darstellung der verschiedenen Ansichten Klötzer, Gewohnheitsrecht, 1813, S. 189 ff.; Glück, Pandekten I, 1797, S. 461 ff.

80 Thibaut, Vorlesungsdiktate, 1836, S. 24.

81 So Glück, Pandekten I, 1797, S. 459: »Denn hundert Jahre Unrecht ist keine Stunde Zeit«; vgl. hierzu auch J. Schröder, Recht als Wissenschaft, 2001, S. 106 mit Anm. 63, S. 107 mit Anm. 68.

82 Thibaut, Pandekten, 8. Aufl. 1834, § 16 mwN; vertiefend Ders., Vorlesungsdiktate, 1836, S. 22 f.; ebenso (allerdings für das Strafrecht) Gerstäker, Gerichtsgebrauch, 1822, S. 463 ff.

83 Thibaut, Vorlesungsdiktate, 1836, S. 23.

84 Thibaut, Pandekten, 8. Aufl. 1834, S. 15; hierzu Thibaut, Vorlesungsdiktate, 1836, S. 23.

85 Wening-Ingenheim, Lehrbuch I, 3. Aufl. 1827, S. 34 mit Anm. (p).

86 Thibaut, Vorlesungsdiktate, 1836, S. 23.

87 Hierzu die Nennungen bei Ogorek, Richterkönig oder Subsumtionsautomat?, 1986, S. 178 ff.

88 Bülow u. Hagemann, Practische Erörterungen, 1824, S. 120; hierzu Ogorek, a. a. O., S. 181.

https://doi.org/10.5771/9783465133278-113 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

für das Gewohnheitsrecht verlangt wurde, auch für den Gerichtsgebrauch anzuwenden. Er gestand einem Gerichtsgebrauch nur dann »Gesetzeskraft« zu, wenn er »auf keinem Irrthum, auf keiner Ungerechtigkeit ruht«, weil »*non exemplis*, *sed legibus judicandum sit*«. Hierzu gehöre auch, daß, da kein Richter durch »ein blindes *arbitrium*« bestimmt, also daß die Entscheidung »Principien und der Rechtsanalogie gemäß« sein solle.[89] Die hier angedeutete Bindung der richterlichen Entscheidung an ein kunstgerechtes Verfahren, an Methode, war es bekanntlich, die Savigny 1814 als Heilmittel gegen die Mißstände in der Rechtspflege vorschlug: »Ist einmal Rechtswissenschaft auf die hier beschriebene Weise Gemeingut der Juristen geworden, so haben wir in dem Stand der Juristen wiederum ein Subjekt für lebendiges Gewohnheitsrecht, also für wahren Fortschritt gewonnen; von diesem Gewohnheitsrecht war unser Gerichtsgebrauch nur ein kümmerliches Surrogat.«[90] Ihm ging es um Verwissenschaftlichung der Praxis, also um ein »inneres«, wissenschaftliches, nicht ein »äußeres« Kriterium, wie Gewohnheit oder Autorität.

4. Jordans Forderung nach Verwissenschaftlichung des Gerichtsgebrauchs (1825)

Soweit ersichtlich, war es erstmals Sylvester Jordan, der 1825 versuchte, die Gedanken Savignys für eine nähere Bestimmung des Gerichtsgebrauchs nutzbar zu machen. Mit Jordan nahm sich erstmals ein Mitglied der Generation Puchtas,[91] die unter dem Einfluß der Schriften Savignys aufgewachsen war,[92] dieser Problematik an.[93] Jordan nutzte erstmals Versatzstücke aus Savignys

89 Klötzer, Theorie vom Gewohnheitsrecht, 1813, S. 290, 291 mit Anm. *.

90 Savigny, Beruf, 1814, S. 133.

91 Jordan, 1792 in Omes bei Innsbruck geboren, wurde nach dem Studium bis 1817 in Landshut 1821 Professor in Marburg, 1822 Ordinarius und Beisitzer im Spruchkollegium. 1830 begann als Vertreter der Universität in der konstituierenden Versammlung der Landstände seine wechselvolle politische Karriere; viele Details bei Wippermann, ADB 14, 1881, S. 513 ff.; knapper Überblick von Klötzer, NDB 10, S. 603 f.

92 Vgl. nur die bei Rückert, Savignys Einfluß auf die Jurisprudenz in Deutschland nach 1900, 1993, S. 35 f., aufgezählten Hörer Savignys; zu denen, die auch ohne Savigny unmittelbar länger gehört zu haben, sich ihr Leben lang mit dessen Gedanken in pro und contra auseinandersetzten, gehören neben dem 1798 geborenen Puchta und Gans (geb. 1797) etwa Wächter (geb. 1798) und Reyscher (geb. 1802).

93 Jordan, Gerichtsgebrauch, 1825, S. 191 ff., 231; zu diesem dann Müller, Civilistische Abhandlungen I, 1833, Fünfte Abhandlung, Über die Natur des Gerichtsgebrauches und dessen Gesetzeskraft, S. 160 ff., 167 ff.; für Landsberg, Noten S. 187 Anm. 6, war diese Schrift Jordans »vielleicht die selbständigste und historisch feinfühligste Leistung von Jordan«; zu Jordans oft übersehener Schrift (keine Nennung etwa bei J. Schröder, Recht als Wissen-

https://doi.org/10.5771/9783465133278-113 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

Schriften von 1814/15, um den Gerichtsgebrauch auf eine neue Basis zu stellen. Schon die am Beginn der Abhandlung stehenden »Allgemeinen Bemerkungen über den Gang der Rechtsbildung« waren in Terminologie[94] und Linienführung[95] Savignys »Beruf« von 1814 unverkennbar nachempfunden.

Jordans Betrachtung zog gegen die nahezu einhellige Ansicht seiner Zeit[96] grundlegend in Zweifel, daß einem Gerichtsgebrauch die Bindungswirkung einer Rechtsquelle zukomme. Er richtete sich zunächst gegen die noch kurz zuvor von Gerstäcker vertretene Ansicht, daß den Gerichten in dieser Tätigkeit Gesetzgebungsgewalt zukomme:[97] »Die richterliche Thätigkeit ist … niemals ein Gesetzgeben, welches dem Berufe der Gerichte geradezu widerspräche.«[98] Auch eine Geltung als Gewohnheitsrecht lehnte Jordan ab. Er machte dabei die Problematik einer solchen Zuweisung deutlich. Vor ihm hatte bereits Klötzer 1813 darauf hingewiesen, daß eine ernsthafte Anwendung vieler Voraussetzungen des Gewohnheitsrechts, durch die Natur gerichtlicher Urteile im Unterschied zu sonstigen Gewohnheiten bedingt, nicht sinnvoll möglich war.[99] Damit verblieb es üblicherweise bei der Forderung, es sei »dieselbe Anzahl an Wiederholungen erforderlich wie bey der Gewohnheit«.[100] Damit standen alle »in Ansehung der Anzahl der zur Bildung einer Gewohnheit nothwendigen Handlung obwaltenden Streitigkeiten und Subtilitäten« im Raum.[101] Jordan machte damit deutlich, daß Thibauts Argument der Rechtssicherheit angesichts dieser Unklarheiten in der Gewohnheitsrechtstheorie viel an Plausibilität verlor. Vor allem brachte Jordan jedoch Warnungen vor gerichtlicher »Willkühr und Schlendrian«[102] gegen die An-

schaft, 2001) aus der neueren Literatur Ogorek, Richterkönig oder Subsumtionsautomat?, 1986, S. 71 Anm. 37; 161; 172 Anm. 7; 182 Anm. 7, u. ö.; Langhein, Analogie 1992, S. 52 ff.

94 Etwa »kenntliches Gepräge des Volkes«, »Fortschreitung der Cultur«, Jordan, Gerichtsgebrauch, 1825, S. 192.

95 Vgl. das »Spezialistendogma« a. a. O., auf S. 192 f.

96 Gegen den Rechtsquellencharakter des Gerichtsgebrauchs zuvor einzig Haus, Versuch über den rechtllichen Werth des Gerichtsgebrauchs, 1798, §§ 7–20.

97 Gerstäker, Gerichtsbegrauch, 1822. Gerstäkers für das Strafrecht formulierte Ansicht müsse, so meinte Jordan, Gerichtsgebrauch, 1825, S. 229, »wegen der Gleichheit des Grundes auch in Ansehung des gemeinen Civilrechts gelten«.

98 Jordan, Gerichtsgebrauch, 1825, S. 231.

99 Klötzer, Theorie vom Gewohnheitsrecht, 1813, S. 292 ff., der daher die Rationabilität neu auf den usus fori zuschneiden wollte; Klötzer bezüglich des Unterschiedes zwischen normalem Gewohnheitsrecht und Gerichtsgebrauch zustimmend Jordan, Gerichtsgebrauch, S. 233.

100 Jordan, Gerichtsgebrauch, 1825, S. 233.

101 Jordan, Gerichtsgebrauch, 1825, S. 233.

102 Jordan, Gerichtsgebrauch, 1825, S. 197; 206.

https://doi.org/10.5771/9783465133278-113 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

nahme eines gewohnheitsrechtlich bindenden Gerichtsgebrauchs in Stellung: »Der Richter darf niemals seine Meinung, seinen Willen, wie der Gesetzgeber thut, zur Entscheidungsnorm erheben.«[103]

Indem Jordan solchermaßen dem Gewohnheitsrecht den Rechtsquellencharakter absprach, blieb lediglich die Möglichkeit, die richterliche Tätigkeit von den übrigen Rechtsquellen, also vor allem dem Gesetz abgeleitet zu begreifen. Genau dies forderte Jordan. Der Richter dürfe sich »nur innerhalb des ausdrücklich ausgesprochenen oder nach den Regeln der Jurisprudenz anzunehmenden Willens des Gesetzgebers bewegen«.[104] Damit verschob Jordan die Perspektive auf die Interpretationslehre. Hier bot Jordan viel Spielraum. Schon eingangs hatte er betont, das Gesetz sei »etwas Todtes« und bedürfe im »Widerstreit zwischen Gesetz und Leben« des steten Ausgleichs.[105] Dieser Ausgleich müsse durch das Volk, die Rechtsgelehrten und die Gerichte erfolgen.[106] Da anzunehmen sei, daß ein Gesetzgeber »das seinen Pflichten Entsprechende wolle«, so räume er den Gerichten »stillschweigend die Befugnis ein, die Gesetze, mit Berücksichtigung der Grundprincipien, Rechtsgründe und Zwecke derselben, den herrschenden Ansichten und Verhältnissen des Volkes möglichst genau anzupassen, und durch die eigene Jurisprudenz zu ergänzen«.[107] Auch hierbei sei die richterliche Tätigkeit jedoch »immer nur ein Anwenden zwar nicht des Buchstabens, wohl aber des Geistes der Gesetze auf wirkliche Fälle, ein Fortwirken in jedem Geiste da, wo der Buchstabe nicht ausreicht und dem Bedürfnisse nicht genügt, aber niemals ein Gesetzgeben, welches dem Berufe der Gerichte geradezu widerspräche«.[108] Klang schon dies nach Savignys alter Geist-Buchstabe-Methapher,[109] so wies Jordans Beschreibung seiner Anforderungen an eine wissenschaftliche Behandlung des Gesetzes durch die Wissenschaft noch deutlicher auf Savignys Vorbild: »Vor allem müssen die Grundprincipien aufgesucht werden, auf welchen sodann, wie auf den Grundpfeilern, das ganze Rechtsgebäude zu einem, den herrschenden Rechtsansichten und Verhältnissen des Volkes angemessenen, consequenten und geschlossenen Ganzen auszuführen ist.«[110]

103 Jordan, Gerichtsgebrauch, 1825, S. 230.
104 Jordan, Gerichtsgebrauch, 1825, S. 230.
105 Jordan, Gerichtsgebrauch, 1825, S. 195.
106 Jordan, Gerichtsgebrauch, 1825, S. 196.
107 Jordan, Gerichtsgebrauch, 1825, S. 209.
108 Jordan, Gerichtsgebrauch, 1825, S. 231.
109 Vgl. D. Nörr, Geist und Buchstabe, 1983, S. 20 ff.; näher noch unten S. 403 mit Anm. 284.
110 Jordan, Gerichtsgebrauch, 1825, S. 217: »Dabey darf jedoch nicht nach Willkühr und Laune verfahren werden, sondern muß die Jurisprudenz, welche dem Juristen das seyn soll, was dem Baumeister die Architectonik ist, ver-

https://doi.org/10.5771/9783465133278-113 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

Blickt man vor dem Hintergrund dieser allgemeinen Erwägungen auf die konkreten Mittel, die Jordan dem Richter zur Gesetzesergänzung an die Hand gab, so blieb die Nähe zu Savigny doch gering. Zwar hob Jordan zunächst ein Mittel hervor, daß auch Savigny 1814 betont hatte, die Analogie.[111] Die Analogie suche »aus den gegebenen Rechtsnormen einen neuen, dem Willen des Gesetzgebers vermöge der Consequenz entsprechenden Rechtssatz auf vermittelst eines Schlusses vom Aehnlichen auf Aehnliches oder vom Satze auf dessen Gegensatz«. Damit blieb Jordan dem klassischen Verständnis der Analogie als *argumentum a simili und e contrario*[112] verhaftet. Die Analogie war Schluss von dem, was die Gesetzgebung gesagt hat, »auf das, was sie wegen der Ähnlichkeit oder des Gegensatzes consequent noch sagen müßte«.[113] Savignys Analogieverständnis setzte auf genau die Grundprincipien, die Jordan nur bei der allgemeinen Beschreibung des wissenschaftlichen Verfahrens betont hatte.[114] Genüge dies nicht, so weiterhin Jordan, so entspreche es dem »präsumtiven Willen des Gesetzgebers«, wenn der Richter die Entscheidung »aus den allgemeinen Grundsätzen über Recht und Unrecht, wie solche nicht etwa bloß von einem Rechtsphilosophen, sondern von der besseren Mehrheit des Volks jedesmal gebilligt werden« ergänze.[115] Die Einigkeit mit Savigny war auch hier gering, beschränkt auf die Frontstellung gegen ein philosophisches Naturrecht, dem traditionell die Lückenfüllung vielfach zugestanden worden war.[116] Der Blick auf die »bessere Mehrheit des Volks« klang viel empirischer als Savignys »Bewußtseyn des Volkes«.[117]

Mit Savigny teilte Jordan vor allem das grundsätzliche Ziel: Gegen eine »willkürliche« Rechtssetzung durch die Praxis und das Mittel: Verwissenschaftlichung durch Methode. Jordans Lösung setzte auf eine Verschiebung der Perspektive von der Rechtsquellenlehre auf die Methodenlehre, von der Produktion auf die Reproduktion. Damit erreichte er notwendig die Rückbindung der Gerichtspraxis an ein kunstgerechtes Verfahren. Unterschieden

> mittelst welcher also jener nicht nur einsieht, was zu einem wohlgeordneten Rechtssysteme gehört, sondern auch im Stande ist, jedes wirklich bestehende Rechtssystem richtig aufzufassen, in dessen Geist, den der Buchstabe umhüllt, einzudringen, es in seine einzelnen Bestandtheile nach den Grundprincipien und dem Zwecke, nach der Anlage und Ausführung, nach dem Wesen und der Form desselben zu zergliedern und wieder zusammen zu setzen, und so dessen absoluten Werth und relative Zweckmäßigkeit gehörig zu würdigen, allein die geeignete Anleitung geben.«

111 Vgl. hierzu die nähere Auseinandersetzung unten S. 222 ff.
112 Vgl. etwa J. Schröder, Recht als Wissenschaft, 2001, S. 122 ff.
113 Jordan, Gerichtsgebrauch, 1825, S. 225.
114 Dies soll zunächst nicht vertieft werden, vgl. genauer S. 228 ff.
115 Jordan, Gerichtsgebrauch, 1825, S. 227.
116 Vgl. J. Schröder, Recht als Wissenschaft, 2001, § 24 I.
117 Savigny, Beruf, 1814, S. 9 u. ö.

https://doi.org/10.5771/9783465133278-113 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

sich diese Verfahren auch nicht unerheblich, so zeigte Jordans Vorgehen doch Ergebnisse, die sich bei Savigny 1814 ebenfalls angedeutet hatten. Wurde der Begriff des Gerichtsgebrauchs vom Gewohnheitsrecht gelöst, so galt ein richterliches Urteil nur aufgrund seiner inhaltlichen Richtigkeit. Die Wiederholung der Entscheidung konnte nur Autorität als »Bestätigung der rechtlichen Haltbarkeit« nicht aber der »Rechtsgrund von dessen Gültigkeit seyn«.[118] Hinsichtlich letzterer unterschied sich somit die erste Entscheidung nicht von den späteren, gleichbleibenden. »Hieraus ergibt sich von selbst, daß der Gerichtsgebrauch eines oberen oder obersten Gerichts an sich die unteren Gerichte gleichfalls nicht binde.«[119] Urteile waren für spätere Gerichte also nur verbindlich aufgrund ihrer »inneren Beschaffenheit«, und eine Entscheidung galt »eben weil sie nach eigenem Urtheile die beste und gerechteste ist«.[120]

Jordan setzte in seiner Betrachtung des Gerichtsgebrauchs damit erstmals konsequent auf Richtigkeitsgewähr durch Wissenschaft. Bei allem Unterschied im Konzept dieser Wissenschaft und auch in der rechtsquellentheoretischen Einordnung der richterlichen Tätigkeit kam er Puchtas *Petitum* in dessen Juristenrecht, welches Puchta parallel in seiner Enzyclopädie erstmals vorgestellte, nahe. Zeitgenossen sahen daher zunächst noch in Jordan den ersten, der in der Beurteilung der Gerichtspraxis voll auf »Theorie« gesetzt hatte.[121] Daß dies auch Puchta so empfand, deutet vielleicht bereits die Tatsache an, daß Puchta diese Abhandlung in keiner seiner Schriften zitierte, ja diesen Beitrag des achten Bandes der AcP sogar in seiner Rezension desselben aussparte.[122] Dies mag auf die von Zeitgenossen kritisierte Neigung Puchtas hindeuten, »seine eigene Ansicht mit der gewöhnlichen in einen recht scharfen Gegensatz zu stellen«.[123]

Bei Jordan wurde freilich auch deutlich, daß mit einem Bekenntnis zur Aufgabe einer Verwissenschaftlichung der Gerichtspraxis sehr unterschiedliche politische Konzepte einhergehen konnten. Indem Jordan konkret das

118 Jordan, Gerichtsgebrauch, 1825, S. 234.
119 Jordan, Gerichtsgebrauch, 1825, S. 241.
120 Jordan, Gerichtsgebrauch, 1825, S. 241.
121 Vgl. Maurenbrecher, Lehrbuch I, 2. Aufl. 1840, S. 52 Anm. 1); vgl. zu Maurenbrecher noch unten II 3.; deutlich sah die Pionierleistung Jordans auch Wächter, Lehre vom Gerichtsgebrauche, 1840, S. 438 Anm. 7 f.
122 Vgl. seine Offenlegung in den Erlanger Jahrbüchern 1827, S. 268. Über die Gründe war freilich nichts herauszufinden. Statt dessen erschien anonym eine relativ oberflächliche Rezension eines anderen Mitarbeiters in den Erlanger Jahrbüchern 1826, S. 32 f.
123 Unterholzner, Rez. Gewohnheitsrecht I, 1829, S. 376; zustimmend Sintenis, Rez. Gewohnheitsrecht, 1838, Sp. 245.

https://doi.org/10.5771/9783465133278-113 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

Recht eben doch vom Gesetzgeber her definierte und zudem die richterlichen Wertungen zuletzt an ein empirisches Volk band, also nicht einfach eine Repräsentation genügen ließ, war die Herrschaft von Gesetzgeber und Volk derjenigen der Juristen deutlich übergeordnet. Insofern überzeugend sah Landsberg in Jordans Schrift zum Gerichtsgebrauch einen Beweis dafür, »daß eine Entwicklung der historischen Schule nach der liberalen Seite hin an sich ebenso möglich gewesen wäre, wie die tatsächlich eingetretene Entwicklung nach der konservativen Seite«.[124]

Als Puchta 1835 nach Marburg übersiedelte, schlug er sich in den kurhessischen Verfassungsstreitigkeiten[125] denn auch entschlossen auf die Seite von Jordans Gegner Hassenpflug.[126] Nun war ihm der inzwischen fast ausschließlich offen politisch tätige Jordan seines Ordinariats nicht mehr würdig. Er warf daher seinen Kollegen vor, »einen gemeinen tyroler Bauer ohne alle gründliche Kenntnisse und ohne edle geistige Elemente, wie Jordan angestellt« zu haben.[127]

5. Gemeines Recht als Gewohnheitsrecht?

Eduard Gans war wohl der erste, der den Vorwurf der Beschäftigung mit einer »obsoleten Rechtsquelle« gegen die historische Schule 1827 erhob. In Anlehnung an Hegels Kritik an Savigny[128] verhöhnte Gans die historische Schule, welche die »Vortrefflichkeit der Gewohnheit« zu einer Zeit preise, »wo das Gewohnheitsrecht fast alle seine Bedeutung verloren hat«.[129]

124 Landsberg, GDR 3.2., 1910, Noten, S. 187 Anm. 6).

125 Zu den späteren Einflüssen Jordans auf die Kurhessische Verfassungspolitik vgl. Grothe, Verfassungsgebung und Verfassungskonflikt, 1996, insb. S. 82 ff., 89 ff., 234 ff., 408 ff., 449 ff. Grothe hält Jordans Einfluß auf die Verfassungsfrage in der bisherigen Forschung für überschätzt (S. 109 Anm. 375); vgl. hierzu meine, Rez. in: Neue Politische Literatur 45, 2000, S. 112 ff.; zum Jordan-Prozeß ergänzend Theisen, Zwischen Machtspruch und Unabhängigkeit, 1997, S. 352 ff.

126 Vgl. Am 4.8.1835 schrieb Puchta an Savigny: »Wenn Hassenpflug, den ich an Pfingsten kennen gelernt habe, am Regiment bleibt, so hoffe ich alles« (bei Bohnert, Vierzehn Briefe, 1979, S. 27); im Nachlaß Hassenpflugs (Hessisches Staatsarchiv Marburg, Bestand 340, Nr. 45) findet sich ein Brief Puchtas an Hassenpflug vom 23.1.1836, in dem er sich kritisch zum permanenten landständischen Ausschuß äußerte, der die Ministeranklage gegen Hassenpflug einreichte, vgl. hierzu Grothe, a. a. O., S. 507; als Hassenpflug nach seinem Sturz in Luxemburg wieder eine Anstellung fand, war Puchta erleichtert, vgl. Brief an Savigny vom 3.7.1839; vgl. schließlich das Zitat in Puchta, Über die actio finium regundorum, 1837, S. 347.

127 Brief an Savigny vom 4.8.1835, in: Bohnert, Vierzehn Briefe, 1979, S. 26.

128 Überblick bei Siep, Vernunftsrecht und Rechtsgeschichte, 1997, S. 5 ff., 16 ff.

129 Gans, System des Römischen Civilrechts, 1827, S. 182 ff., 183.

https://doi.org/10.5771/9783465133278-113 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

1828 trat ihm Puchta entgegen. Die »philosophische Schule« sei im Irrtum, wenn sie glaube, daß Savigny, »weil er den Einfluß der Gesetzgebung zu beschränken sucht, jene älteste Rechtsquelle [sc. das Gewohnheitsrecht] als die vortrefflichste anpreise«.[130] Zwar, so entgegnete er Gans, gäbe es »viel provincielles und locales Gewohnheitsrecht«,[131] und insofern sei die Ansicht von Gans »ganz falsch«.[132] Mit Blick auf das gemeine römische Recht,[133] sein eigenes Forschungsfeld, hielt jedoch auch Puchta die Bedeutung der Volkssitte für peripher. Gerade hier ging es um etwas anderes. Bereits ein Jahr zuvor hatte Puchta Gans entgegengehalten,[134]

> »daß die im Mittelalter erwachende, und als *Antäus* an den Überlieferungen des Alterthums stets von neuem sich kräftigende Wissenschaft es ist, welche dem römischen Recht den Charakter eines europäischen gegeben hat. Und nichts außer ihr. An die Volkssitte ist nicht zu denken, weil das Volk, in dessen Bewußtsein das römische Recht einst in Wahrheit lebte, untergegangen war … Die Wissenschaft ist also die einzige Rechtsquelle für das neuere römische Recht.«[135]

130 Puchta, Gewohnheitsrecht I, 1828, 1828, S. 214.

131 Puchta, Gewohnheitsrecht I, 1828, S. 220.

132 Puchta, Gewohnheitsrecht I, 1828, S. 218.

133 »Gemeines römisches Recht« bezeichnet im folgenden den »römischen Anteil« des gemeinen Rechts, wie Puchta ihn verstand, also das rezipierte und gegebenenfalls wissenschaftlich »modifizierte« »heutige römische Recht«. Der Begriff des gemeinen Rechts war bekanntlich außerordentlich umstritten, vgl. nur Thieme, Art. Gemeines Recht, HRG I, 1971, Sp. 1507; Mauntel, Wächter, 4. Kapitel I.2.

134 Gans hatte Savigny den heute fast zum Gemeinplatz gewordenen (vgl. etwa Wilhelm, Zur juristischen Methodenlehre im 19. Jahrhundert, 1958, S. 30 f.; Wieacker, PdN, 1967, S. 387 f.) Vorwurf gemacht, mit Band 3 habe Savignys Geschichte des römischen Rechts im Mittelalter einen Bruch erlitten, da er anstelle der nach seiner Konzeption zwingenden Dogmengeschichte lediglich eine Literärgeschichte geliefert habe (Gans, Rez. Savigny, Geschichte des Römischen Rechts im Mittelalter, in: Jahrbücher für wissenschaftliche Kritik 1827, Sp. 321–344 [= Vermischte Schriften, S. 3 ff.]). Puchta hielt dieser »ausgesungene[n] Melodie der beschränktesten Unwissenheit« den Entwicklungsgang des römischen Rechts seit dem Mittelalter entgegen (Puchta, Über eine Rezension von Savigny's Geschichte des römischen Rechts im Mittelalter, 1827, S. 333 f.).

135 Puchta, Über eine Rezension von Savigny's Geschichte des römischen Rechts im Mittelalter, 1827, S. 333 f. Für Savignys Aufbau ergab sich, so Puchta, bei dieser Prämisse das Resultat zwanglos: »Eine äußere Rechtsgeschichte wird vom zwölften Jahrhundert an eine Literärgeschichte.« Vgl. auch Savigny, Geschichte des römischen Rechts im Mittelalter III, 1822, Vorrede, S. 1: »In diesem ganzen Zeitraum ist der wissenschaftliche Character im Römischen Recht vorherrschend, und die gegenwärtige Rechtsgeschichte nimmt daher von jezt an die Gestalt einer Literärgeschichte an.«

https://doi.org/10.5771/9783465133278-113 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

1828 hieß es gleichlautend:

> »… es war das gemeine Recht in Deutschland, welches Savigny gegen neue allgemeine, an seine Stelle zu setzende Gesetzgebungen in Schutz nahm; von diesem aber weiß jedermann, daß es als Ganzes durch die unmittelbare Volksüberzeugung weder entstanden ist, noch gegenwärtig aufrecht und lebendig erhalten wird.«[136]

Für Puchta war der Irrtum von Gans »nur eine Folge der Meinung, daß es außer der Volkssitte und dem Gesetz gar keine Quelle des Rechts gebe und jene Schriftsteller, welche die Wissenschaft so oft im Munde führen, haben dieselbe gerade da vergessen, wo es darauf ankam, die Probe des gepriesenen Wissens abzulegen«.[137] Puchta nannte hier die Wissenschaft als Rechtsquelle des gemeinen römischen Rechts. Sah man dies, wie Gans, nicht so, so wurde die hochpolitische Definitionsmacht der Gewohnheitsrechtslehre deutlich. Für Gans verblieb für die Geltung des gemeinen Rechts, da es hier für ihn kein Gewohnheitsrecht gab, einzig der Rekurs auf die Gesetzgebung.[138] Savigny hatte demgegenüber, wie unten näher auszuführen sein wird,[139] immer wieder die Tätigkeit der Juristen als »Gewohnheitsrecht« bezeichnet. Gans und Puchta stritten also nicht um die aktiv rechtssetzende Tätigkeit des Volks im Bereich des gemeinen römischen Rechts, sondern um Klassifikation der juristischen Bearbeitung des römischen Rechts: War es vom Gewohnheitsrecht unterschieden als Juristenrecht Rechtsquelle, wie Puchta meinte, war es Unterfall des Gewohnheitsrechts, wie man Savigny jedenfalls verstehen konnte, oder hatte es gar keinen Rechtsquellencharakter, wie Gans meinte. Im letzteren Fall bedurfte seine Geltung gesetzlicher Legitimation. Der Streit zwischen Gans und Puchta machte also eine weitere hochpolitische Dimension der Gewohnheitsrechtsfrage deutlich: die Geltung des gemeinen römischen Rechts.

Die Legitimationskrise des gemeinen Rechts begann 1806 mit dem Untergang des alten Reiches und damit vor dem später vieles überlagernden Kodifikationsstreit des Jahres 1814.[140] Auch nach 1814 stand das Problem weiterhin im Raum. In den zwanziger Jahren gerieten die traditionellen

136 Puchta, Gewohnheitsrecht I, 1828, S. 214 f.
137 Puchta, Gewohnheitsrecht I, 1828, S. 214 f.
138 Nach § 9 des Systems des Römischen Civilrechts von 1827 ging Gans folgerichtig von einer gesetzlichen Geltung des Römischen Rechts in Deutschland aus.
139 Thibaut, Zusatz zu § 13 der 8. Aufl. seiner Pandekten; bei Thibaut, Vorlesungsdiktate, 1836, S. 21.
140 Hierzu Rückert, Heidelberg vor 1804, 1987, S. 83 ff., der für die Frühphase der Debatte um das gemeine Recht nach 1806 von einer »Schattenlage« spricht, S. 83.

https://doi.org/10.5771/9783465133278-113 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

Begründungsmuster sogar eher noch stärker in die Kritik. Nach 1806 war nicht mehr sicher, warum das *Corpus Juris* in Deutschland nach Wegfall des reichseinheitlichen Gesetzgebers weiterhin Geltung beanspruchen konnte. Es war nach dem Untergang des alten Reiches ein schwaches Argument, wenn Thibaut noch 1834 betonte, das »Römische Recht ist durch die Reichsgesetze im Ganzen als subsidiäres Reichsrecht bestätigt«.[141] Die im alten Reich sehr verbreiteten[142] Versuche, das gemeine Recht zwar nicht auf »das erdichtete Gesetz des Kaisers Lothar«,[143] aber doch auf die Reichskammergerichtsordnungen und andere Reichsgesetze zu stützen, konnten nun das gemeine Recht nur noch schwer legitimieren.[144] Thibauts offensiver Satz: »Daß der Grund der recipierten Rechte jetzt wegfalle … steht juristisch der Anwendung derselben nicht entgegen«,[145] konnte partikular denkende Juristen wie den Kieler Nikolaus Falck kaum beeindrucken. Falck betonte 1821 ungerührt, »zum Wesen des gemeinen Rechts« sei »eine wirkliche Staatsverbindung, als Grund der allgemeinen Gültigkeit der Rechtsnormen« erforderlich, »die materielle Übereinstimmung der Rechtssätze, oder selbst der Gebrauch gemeinsamer Rechtsquellen ist dazu keineswegs hinreichend«.[146]

Vor diesem Hintergrund thematisierte auch Savigny die Frage in den zwanziger Jahren erneut. 1824 hieß es in seinen Pandektenvorlesungen:

> »Was hatte die Auflösung des deutschen Reichs für Folgen auf das Recht? Einige behaupten, es habe im Augenblick der Auflösung des deutschen Reichs, also der bisherigen Staatsgewalt auch das Privatrecht aufgehört, und nehmen dieß konsequent allgemein an. Ueberall aber hat man das Privatrecht bei Auflösung der Staatsgewalt als fortdauernd angesehen; es lehrt dies die Geschichte des römischen Rechts im Mittelalter.«[147]

141 Thibaut, in: ders, Vorlesungsdiktate, 1836, S. 21.

142 Vgl. die Nennungen bei Luig, Der Geltungsgrund des Römischen Rechts im 18. Jahrhundert in Italien, Frankreich und Deutschland, 1977, S. 3 ff., 15 f. (Lauterbach-Schütz, Stryk, Titius, Mascovius, Pütter); daneben Oestmann, Zum Geltungsrang des gemeinen Rechts vor und nach Hermann Conring, 1999, S. 205 (Pütter, Hufeland).

143 Puchta, Pandekten, 3. Aufl. 1845, S. 2 Anm. a); zur sich aus der Zerstörung der lotharischen Legende im 17. Jahrhundert ergebenden Rechtsquellenproblematik Luig, Conring, Das deutsche Recht und die Rechtsgeschichte, 1983, S. 355 ff.; zur Überschätzung der direkten Bedeutung Conrings in diesem Kontext Oestmann, Zum Geltungsrang des gemeinen Rechts vor und nach Hermann Conring, 1999, S. 191 ff.

144 Hierzu Mauntel, Wächter, Kapitel 4, I.) 2.); Rückert, Heidelberg um 1804, 1987, S. 83 ff., zu den staatsrechtlichen Komplementärdebatten Stolleis, Geschichte des öffentlichen Rechts II, 1992, S. 55 ff.; 65 ff.

145 Thibaut, Pandekten, 7. Aufl. 1828, § 13 a. E.

146 Falck, Encyclopädie, 1821, S. 17; hierzu Volk, Die juristische Encyclopädie des Nikolaus Falck, 1970, S. 26 f.

147 Savigny, Pandektenvorlesung 1824/25, 1993, S. 6.

https://doi.org/10.5771/9783465133278-113 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

Dem Ziel des Werks entsprechend hatte Savigny 1822 im dritten Band seiner Geschichte des Römischen Rechts im Mittelalter, auf den er hier anspielte, darauf beharrt, daß die Rezeption »nicht durch den Willen einer Regierung, nur durch innere Nothwendigkeit hervorgerufen worden« sei, eine »gesetzliche Bestätigung ist nie erfolgt«.[148] Savigny hatte das römische Recht also bewußt unabhängig von der Reichsgesetzgebung gestellt. Auch ohne diese galt nun das, »was früher fürs ganze Reich nach Auflösung desselben für jedes einzelne Reichsland«[149] galt. Savignys Lösung verwies mit »innerer Nothwendigkeit« auf ein dem traditionellen Rechtsquellenkanon unbekanntes Kriterium. Nach der traditionellen Rechtsquellendualistik, die zwischen *ius scriptum* und *nec scriptum* unterschied, war Savignys Lösung dem Bereich ungeschriebenen Rechts zuzuordnen und stand damit dem Gewohnheitsrecht jedenfalls nahe. Dies war auch der Weg, auf dem andere versuchten, das römische Recht »von dem Dasein eines politischen Reichs- oder Staatsverbandes unabhängig«[150] zu stellen. Für Schweppe galt das römische Recht »nicht als Gesetz, sondern nur als Gewohnheitsrecht«.[151] Schon die sich zwischen Savigny und Schweppe auftuenden Abgrenzungsprobleme wiesen freilich erneut auf die »verschiedensten Extreme«, die nach v. Salza,[152] die Gewohnheitsrechtslehre vor Erscheinen der Monographie Puchtas aufwies. Wenn »weder über die Entstehung, noch über den Umfang des Gewohnheitsrechts, noch über Art und Weise, wie sie dasselbe in der Praxis angewendet wissen wollen«[153] Einigkeit herrschte, so mußte die Durchsetzung einer leistungsfähigen Gewohnheitsrechtstheorie hohe politische Wirksamkeit entfalten. Der Einfluß »politischer Ansichten«[154] auf die Lehre vom Gewohnheitsrecht, den Puchta 1828 in seiner Selbstanzeige des ersten Bandes hervorhob, schlug folglich auch leicht auf die wissenschaftliche Arbeit der hier Debattierenden durch. So schied eine Gründung des gemeinen Rechts auf Gewohnheitsrecht bereits dann aus, wenn man an der älteren Lehre festhielt und, wie das Beispiel Gesterdings gezeigt hat,[155] eine ausdrückliche oder stillschweigende Billigung des Gesetzgebers forderte. Mangels einheitlicher Regierungsgewalt war für das gemeine Recht damit das Urteil gesprochen. Gegenstand des Streits war zudem die dargelegte Bedeutung des Gerichtsge-

148 Savigny, Geschichte des Römischen Rechts im Mittelalter III, 1822, hier nach 2. Aufl. 1834, S. 84, 89.
149 Savigny, Pandektenvorlesung 1824/25, 1993, S. 6.
150 Bruns, Gemeines Recht, 1853, S. 212.
151 Schweppe, Römisches Privatrecht, 2. Aufl. 1819, S. 30.
152 v. Salza, Gewohnheitsrecht, 1844, S. 841).
153 v. Salza, Gewohnheitsrecht, 1844, S. 841).
154 Puchta, Selbstanzeige Gewohnheitsrecht, 1828, S. 238.
155 Vgl. oben S. 119 Anm. 53.

https://doi.org/10.5771/9783465133278-113 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

brauchs. Gestand man diesem keinen Rechtsquellenstatus zu und interpretierte man wie Savigny die Rezeption als Tätigkeit der Juristen, so folgte daraus notwendig, daß auch das gemeine römische Recht durch den Richter nicht verbindlich eingeführt werden konnte. Falck blieb auch in diesem Punkt 1821 ungerührt, »der Gebrauch des römischen Rechts beruht nicht auf den Gewohnheiten des Volks, sondern bloß auf einer Observanz der Gerichte, die kein Recht bildet«.[156] Das für das gemeine Recht so wichtige Eintreten von Savigny und auch Hugo[157] für eine Anerkennung dessen, »was sich ohne Gesetzgebung so ganz von selbst macht«[158], brauchte also auch in den zwanziger Jahren weiterhin Fürsprache. Puchtas dezidierte Stellungnahme in dieser Frage löste denn auch seit den dreißiger Jahren einen »regelrechten Krieg«[159] in den hochkochenden neuen Schulgegensätzen aus.[160] Politisch verlagerte sich dabei der Streit. Als die Kontrahenten von 1814, Thibaut und Savigny, 1827 und 1828 ihre Streitschriften in 2. Auflage erneut herausgaben,[161] hatte sich, in gewandeltem politischen Umfeld,[162] die Debatte stärker auf die Frage nach einer Verdrängung des gemeinen Rechts durch partikulare Zivilgesetze verlagert. So diskutierte etwa in Württemberg der erneut auf Seiten Savignys streitende Schrader die Frage mit der jüngeren Generation um Wächter und Reyscher, von denen der Erstere bald zum wichtigsten Gegner des gemeinen Rechts wurde.[163] Die nun einsetzenden

156 Falck, Encyclopädie, 1821, S. 168; hierzu Volk, Die juristische Encyclopädie des Nikolaus Falck, 1970, S. 86 f.

157 Hugo und Savigny nannte Puchta insofern auch als seine Gewährsmänner, vgl. Gewohnheitsrecht I, 1828, S. 215 – was Hugo freilich als einziges Zitat nicht genügte, vgl. Hugo, Rez. Gewohnheitsrecht I, 1828, S. 1733.

158 Hugo, Die Gesetze sind nicht die einzige Quelle der juristischen Wahrheiten, 1815, S. 116.

159 So die Einschätzung in der noch immer wichtigen Arbeit von Bender, Die Rezeption des römischen Rechts im Urteil der deutschen Rechtswissenschaft, 1979, S. 67 ff., 69.

160 Hierzu die konzise Auswertung durch Rückert, Reyscher, 1974, S. 105 ff., 125 ff., 163 ff., 191 ff. u. ö. sowie die dort im Anhang, S. 399, abgedruckte Liste der Kodifikationsschriften.

161 Savigny, Beruf, 2. Aufl. 1828 (mit versöhnlicherem Vorwort, abgedruckt bei Hattenhauer, Thibaut und Savigny, 1973, S. 228 ff.); Thibauts Abhandlung erschien unverändert und ohne Vorwort in der 2. Aufl. seiner Civilistischen Abhandlungen, 1827; bereits die erste Aufl. hatte als 19. Abhandlung die auch separat erschienene Streitschrift Thibauts enthalten.

162 Zum Kontext von 1814 Benöhr, Zur Kontroverse Thibaut – Savigny, 1974, S. 681 ff.; Kiefner, Bemerkungen zum Kodifikationsstreit, 1983, S. 53 ff.; Rückert, Heidelberg um 1804, 1987, S. 83 ff.

163 Schrader, Ist die Abfassung eines Civilgesetzbuches für Württemberg zu wünschen?, 1821; Reyscher, Über die Bedürfnisse unserer Zeit in der Gesetzgebung, 1828; hierzu die Rezension Wächters in: (Tübinger) Kritische Zeit-

https://doi.org/10.5771/9783465133278-113 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

partikularen Gesetzgebungen standen einer subsidiären Geltung des gemeinen Rechts nicht selten ablehnend gegenüber.[164]

II. Puchtas Juristenrecht als Reformprogramm

1. Juristenrecht und Gesetzgebung: Eine unbekannte Stellungnahme Puchtas in den bayerischen Kodifikationsdebatten

Wie die Auseinandersetzung mit Gans[165] um die Bedeutung des Gewohnheitsrechts bereits gezeigt hat, war für Puchta gemeines römisches Recht in den zwanziger Jahren Juristenrecht und als solches Rechtsquelle. Seine Rechtsquellenlehre zeigte, daß dies keine Absage an eine umfassende Rechtssetzungskompetenz des Gesetzgebers bedeutete. Ein Gesetz gelte »vermöge dieses Ausspruchs«.[166] Ein materielles Prüfungsrecht des Richters lehnte Puchta ab. Daneben könne »keine Staatsgewalt, da sie eben das höchste sein soll, bestehen«.[167] Auch wenn der Inhalt des Rechtssatzes also mit dem Volksgeist kollidierte, »*potentia*« war die Gesetzgebung »wirkliche Rechtsquelle«.[168] Die Gesetzgebungsbefugnis des Staates nicht anzutasten, war politisch offensichtlich opportun. Damit stand Puchta mit Blick auf sein eigenes Rechtsgebiet vor dem Problem, daß seine Rechtsquellenlehre den Gefahren einer partikulargesetzlichen Aufhebung der Geltung des gemeinen Rechts nichts entgegenzusetzen hatte. Gegenüber »falscher« Gesetzgebung beließ es Puchta bei Aufforderungen zur Zurückhaltung. Die weise Gesetzgebung versuche lediglich »irgend einem Bedürfnis im Rechte mit einem Male durch die äußere Nothwendigkeit des gesetzlichen Rechtssatzes abzuhelfen«.[169]

Um eine Aufhebung des gemeinen Rechts zu verhindern, bedurfte es daher des öffentlichen politischen Engagements auf Seiten der Wissenschaft. Daß Puchta diese Verpflichtung ernst nahm, zeigt eine bisher unbekannte anony-

schrift für Rechtswissenschaft 6, 1829, S. 305 ff.; später dann grundsätzlich DERS., Gemeines Recht Deutschlands, Leipzig 1844, insb. S. 167 ff., 220 ff.; hierzu umfassend RÜCKERT, Reyscher, S. 198 ff., 257 ff., 343 ff.; MAUNTEL, Wächter, 4. Kapitel, I.).

164 Dies galt insbesondere für Teile Preußens, Bayerns und Hessens, für Baden und Österreich; eine geordnete Aufzählung der Normen bringt BRUNS, Art. Gemeines Recht, 1853, S. 218; vgl. auch die Nachweise bei WÄCHTER, Gemeines Recht, 1844, S. 207 f.; genauere territoriale Abgrenzungen bei DÖLEMEYER, in: Coing, Handbuch der Quellen und Literatur III 2, 1982, S. 1409 ff.

165 Vgl. oben 3.

166 PUCHTA, Encyclopädie, 1825, S. 25.

167 PUCHTA, Gewohnheitsrecht I, 1828, S. 145.

168 PUCHTA, Gewohnheitsrecht I, 1828, S. 145.

169 PUCHTA, Encyclopädie, 1825, S. 26.

https://doi.org/10.5771/9783465133278-113 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

me[170] Stellungnahme Puchtas zu den Gesetzgebungsbestrebungen in seinem bayerischen Umfeld. Puchta machte hier deutlich, wie er sich das Zusammenspiel zwischen Wissenschaft und Gesetzgebung idealerweise dachte.

Bereits kurz nach seinem Wechsel nach München veröffentlichte Puchta im von Cotta herausgegebenen »Inland«[171] eine mehrteilige Abhandlung unter der Überschrift »Juristische Beobachtungen«. Seit Hugo 1813 und Savigny 1814 sei wiederholt »nachdrücklich darauf aufmerksam« gemacht worden, »daß außer den Gesetzen Recht vorhanden sey, ja daß nur der kleinste Theil des Rechts, nach welchem wir gegenwärtig leben, seiner Entstehung nach auf Gesetzen, Aussprüchen der gesetzgebenden Gewalt im Staate beruhe«. Gleichwohl mußte Puchta noch immer eine gewisse »Sehnsucht nach einem … Gesetzbuche« feststellen.[172] Damit verwies Puchta auf Entwicklungen in seinem bayerischen[173] Umfeld. Hier war mit Gönner[174] der alte Gegner Savignys[175] seit 1826 mit der Ausarbeitung eines Zivilgesetzbuches betraut. Zudem sah die bayerische Verfassung von 1818 ausdrücklich vor, »für das

170 Bekennerschaft dann im Nachtrag im Inland, 1829, S. 724; zu den Begleitumständen Brief an den Vater vom 2.7.1829.

171 Zu dieser von Cotta herausgegebenen Zeitung, deren Redakteur Puchta durch Vermittlung Schellings wenig später zwischen dem 1. Januar und Ende Februar 1830 wurde, Bohnert, Beiträge, 1979, S. 239; näheres ergeben insbesondere die hier auch ausgewerteten Briefe Puchtas an Cotta.

172 Puchta, Juristische Beobachtungen, 1829, S. 92.

173 Erlangen war 1791 als Teil der Markgrafschaft Bayreuth zunächst an Preußen gefallen, wurde jedoch in Tilsit 1807 Frankreich zugeschlagen und gelangte 1810 an Bayern. Puchtas Vater Wolfgang Heinrich hatte sich jedoch die Liebe zu Preußen bewahrt, vgl. Puchta an Savigny vom 25.6.1840: »Ich bin von Kind auf gewöhnt, Friedrich Wilhelm den Dritten nicht als einen fremden Menschen zu betrachten, ich bin als sein Unterthan, im zweiten Jahr seiner Regierung geboren; mein Vater behielt stets eine Anhänglichkeit an die Verwaltung, unter der er seine Laufbahn begann, und deren damaliger Geist dem seinigen bey weitem mehr zusagte, als der der bayerischen; zu meinen ältesten Erinnerungen gehören die königlichen Equipagen in unserem Schloßhof zu Cadolzburg, eine mit sehr weißen Pferden, worin die schöne Königin mit dem jungen König saß, eine andere mit einer Prinzessin, deren majestätisch feine Gestalt auf den sieben- bis achtjährigen Knaben einen noch mächtigeren Eindruck machte; der Geburtstag des Königs wurde in unserem Hause stets mitgefeiert, da der Vater an demselben Tag mit ihm (nur ein Jahr früher) geboren ist, und nicht leicht eine Feier verging, wo nicht dieses Zusammentreffen mit anhänglich dankbarer Erinnerung erwähnt worden wäre, wie dann auch sonst die Rückblicke auf die preußische Regierung der neuerworbenen fränkischen Fürstenthümer, die ihre vorhandene Anhänglichkeit so lange bewahrt haben, nicht seltener waren.«

174 Vgl. Dölemeyer, in: Coing, Handbuch der Quellen und Literatur III 2, 1982, S. 1475.

175 Vgl. Savigny, Rez. Gönner, Über Gesetzgebung und Wissenschaft, 1815.

https://doi.org/10.5771/9783465133278-113 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

ganze Königreich ein und dasselbe bürgerliche … Gesetzbuch« einzuführen.[176]

In der Hinterhand die Feststellung, daß eine Verfassung notfalls »geändert werden könne«, wandte sich Puchta der Auslegung dieser Verfassungsbestimmung zu. Da der Satz »keineswegs schon für sich klar« sei, bedürfe es einer Suche nach dem zugrundeliegenden »Motiv«. Wolle man den Satz so interpretieren, daß ein Gesetzbuch künftig »als ganz ausschließliche Rechtsquelle bestehen« solle, »so daß also kein Richter einen Rechtssatz anwenden dürfe, den er nicht ganz allein aus dem Gesetzbuche geholt hätte«, so wäre ein solches Gesetzbuch »ohne Zweifel ein Grab und nicht eine Quelle des Rechts«.[177] Andererseits könne man die Vorschrift auch so interpretieren, daß ihre »Forderung in gewissem Sinne schon erfüllt sey, da das römische Gesetzbuch als Hauptgrundlage des ganzen neueren Privatrechts in der That schon in allen Theilen des Königsreichs besteht, nur mit dem Unterschied, daß seine Autorität in einigen bloß eine innere ist, während ihm in den übrigen innere und äußere zugleich zukommt«.[178] Die hier geschickt eingeflochtene Unterstellung, daß das *Corpus Juris* sowieso inhaltliche oder sogar offizielle Grundlage des bestehenden Rechts sei, überspielte die Sorgen, die Puchta genau in diesem Punkt hegte. Er fürchtete die Vorstellung der »neueren«, die von der Hervorbringung neuen Rechts ausgingen »und das bisher bestehende nur allenfalls als nebenher zu berücksichtigendes Material gelten lassen«.[179] Die Gefahr der neuen Gesetzbücher lag somit in »ganz individuellen Meinungen« und einer »Vorliebe für auswärtige Rechtsinstitute«, die dazu geführt habe, daß »ganze Massen von Sätzen aus fremden Gesetzbüchern einwanderten«. Während er ein solches »Gesetzbuch der s. g. philosophischen Art«[180] klar ablehnte, war sein Verhältnis zum *Codex Maximilianeus Bavaricus Civilis* positiver. Kreittmayrs Plan einer »Aufzeichnung des bestehenden Rechts«[181] war einerseits der »Hauptvorzug« des Werks. Auch seine »Vollständigkeit« hob Puchta gegenüber früheren Revisionen lobend hervor, und es war insofern eine »Wohlthat … , daß Bayern, gerade noch vor dem Eintritt der … für die Völker und ihre angestammten Rechte verderblichen Zeit, ein

176 Titel VIII § 7 der Verfassungsurkunde für das Königreich Bayern vom 26.5.1818, GBl. S. 101 ff.; abgedruckt bei Huber, Dokumente zur deutschen Verfassungsgeschichte I, 3. Aufl. 1978, S. 155 ff., 169.
177 Puchta, Juristische Beobachtungen, 1829, S. 93.
178 Puchta, Juristische Beobachtungen, 1829, S. 93.
179 Puchta, Juristische Beobachtungen, 1829, S. 191.
180 Puchta, Juristische Beobachtungen, 1829, S. 191.
181 Puchta, Juristische Beobachtungen, 1829, S. 191; hierzu Gagnér, Die Wissenschaft des gemeinen Rechts und der Codex Maximilianeus Bavaricus Civilis, 1974, S. 1 ff.

https://doi.org/10.5771/9783465133278-113 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

Gesetzbuch erhielt«.[182] Kreittmayrs Forderung, sein in den Anmerkungsbänden gesammeltes und entschiedenes »*Jus Patrium et Romanum*« im Studium und in der Praxis zu verwenden und dafür »die *Institutiones* und *Pandectas* hinfüro fahren« zu lassen,[183] hatte für Puchta dagegen auf die Rechtspraxis einen »üblen Einfluß«.[184] Es könne für spätere Zeiten nicht darum gehen, »sich in unwissenschaftlicher Bequemlichkeit an das durch ihn Gegebene« zu halten. Dem Geist des Werkes widerspreche es, »wenn man die gemeinrechtlichen Theorien jener Zeit durch ihre Aufnahme in den Civilcodex für Bayern als stabile und unveränderliche ansehen wollte«. Gesetzeskraft gegenüber dem gemeinen Recht billigte Puchta nur solchen Rechtssätzen zu, bei denen Kreittmayr den Zweck verfolgt habe, »es durch die Aufnahme particulargesetzlich zu bestimmen«. Hierzu zählte er vor allem die erfolgten Kontroversenentscheidungen. Das gesamte verbleibende, in den Anmerkungsbänden zum CMBC gesammelte, gemeine Recht sei dagegen »keineswegs als ein Gesetz zu beurtheilen, gegen welches die besseren Ansichten der gegenwärtigen Jurisprudenz nicht geltend gemacht werden dürften«. Erst hierdurch bekämen die Universitätsvorträge »einen wissenschaftlichen Character« und es sei eine »ersprießliche Vorbereitung auch für eine neue Revision« möglich.[185]

Puchtas Rechtsquellenlehre stand partikularer Gesetzgebung also nicht grundsätzlich ablehnend gegenüber. Das von ihm akzeptierte Konzept einer »Revision« lief auf Momentaufnahmen eines fortlaufenden Rechtsbildungsprozesses hinaus. Im Kern ging es um Kontroversenentscheidungen, die das gemeine Recht als eigentliche Grundlage der Rechtsarbeit in seinem Bestand nicht in Frage stellten. Unverzichtbar war dabei der fortlaufende Einfluß der Wissenschaft. Das ideale Zusammenspiel hieß: »Gesetzgebung und Wissenschaft stehen in so nahem Zusammenhang, daß der Standpunct der letzteren immer den Inhalt der ersteren bestimmt.«[186]

2. »Savignys Vermischung von Gewohnheits- und Juristenrecht«

Doch nicht nur die Gesetzgebung sollte von Wissenschaft beherrscht werden, sondern auch die gerichtliche Praxis. Das war Savignys Konzept, und Puchta ließ im gemeinsamen Ausgangspunkt zu keinem Zeitpunkt einen Zweifel.

Sein Geschäft sei es gewesen, so betonte er gegenüber Hugo und mit Blick auf Savignys »Beruf«, »den Grundgedanken, oder das Grundgefüge …

182 Puchta, Juristische Beobachtungen, 1829, S. 191.
183 Anmerkungen zum CMBC I. 2,9,23; hierzu Gagnér, a. a. O., S. 3 ff.
184 Puchta, Juristische Beobachtungen, 1829, S. 192.
185 Puchta, Juristische Beobachtungen, 1829, S. 192.
186 Puchta, Juristische Beobachtungen, 1829, S. 192.

https://doi.org/10.5771/9783465133278-113 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

wissenschaftlich zu verarbeiten«, also die Rechtsentstehungslehre Savignys »nach den einzelnen Seiten hin auszubilden und darzustellen«.[187] Noch 1839 bezeichnete er seine Rechtsquellenlehre als »Ausführung« bzw. »Durchführung« einer »gegebenen Ansicht«, ja »Wahrheit«.[188]

Gleichwohl befriedigte ihn das von Savigny 1814/15 Gesagte noch nicht.[189] In der Selbstanzeige zu Band 1 des Gewohnheitsrechts hob er hervor, daß die »allgemeinen Ansichten über Recht und Rechtswissenschaft« der »historischen Schule« lediglich »die Stimmung, die erste natürliche Anschauung als Anstoß für eine wissenschaftliche Untersuchung« geben könnten. Diese »Stimmung des Gefühls« sei aber etwas anderes als »das wissenschaftliche Begreifen des Gegenstandes«.[190] 1829 hieß es dann rückblickend, »die Lehre von den Rechtsquellen außer dem Gesetz« sei inzwischen »für sich und in ihrem Verhältniß zu dem letzteren bestimmter gefaßt und ausgebildet« worden.[191]

Konkret ging es, wie er gegenüber Hugo[192] hervorhob, um die Berichtigung von »Irrthümern« und die »klarere Bestimmung des Begriffs«.[193] Im Zentrum stand ein spezieller »Irrthum«: *»Savigny's Vermischung von Gewohnheits- und Juristenrecht.«*[194]

Savigny hatte bekanntlich 1814 »alles Recht« dem dreistufigen Entwicklungsgang (»erst durch Sitte und Volksglaube, dann durch Jurisprudenz«[195]) unterworfen, und auch das gemeine römische Recht, obwohl es »ein doppeltes Leben hat«, war für ihn wesentlich »Wissenschaft in den Händen der Juris-

187 Brief an Hugo vom 2.8.1828.

188 Puchta, Rez. Maurenbrecher, 1839, S. 728.

189 Jakobs, Die Begründung der geschichtlichen Rechtswissenschaft, 1814, S. 362 ff., wertet die vor 1814 zu findenden Äußerungen Savignys zum Gewohnheitsrecht im einzelnen aus. Demzufolge ließ Savigny bereits vor 1814 Gewohnheitsrecht nur für die Fälle zu, die Puchta ab 1837 als Juristengewohnheitsrecht klassifizierte. Gerichtsgebrauch im allgemeinen wurde von ihm nicht als Gewohnheitsrecht anerkannt, vgl. auch die Materialien bei Rückert (Hg.), Politik und Neuere Legislation, 2000, S. 117; auch hierzu Jakobs, a. a. O., S. 363. Es ist unsicher, ob Puchta die hier herangezogenen Vorlesungsmaterialien in Abschrift kannte, das von ihm herausgestellte Problem der unklaren Abgrenzung zwischen Gewohnheitsrecht und Juristenrecht spricht wohl dagegen.

190 Puchta, Selbstanzeige Gewohnheitsrecht I, 1828, S. 232, 233.

191 Puchta, Juristische Beobachtungen, 1829, S. 92.

192 Brief an Hugo vom 2.8.1828.

193 Vgl. Puchta, Gewohnheitsrecht I, 1828, Kap. 2.2.

194 Brief an Hugo vom 2.8.1828. Die wenigen Seiten im Gewohnheitsrecht (in Band 1 vor allem die Seiten: 78–81, 146 f., 161–167), auf denen Puchta das Juristenrecht zum Gewohnheitsrecht abgrenzte, dürfen über die zentrale Bedeutung dieser Passagen im ganzen Werk nicht hinwegtäuschen.

195 Savigny, Beruf, 1814, S. 14.

https://doi.org/10.5771/9783465133278-113 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

ten«.[196] Auch dieses von den Juristen geschaffene Recht nannte Savigny 1814 jedoch, in Abgrenzung zur Gesetzgebung, »Gewohnheitsrecht«.[197] Schon das römische Recht der klassischen Juristen habe sich »fast ganz von innen heraus, als Gewohnheitsrecht, gebildet«.[198] In seiner Rechtsentstehungslehre hatte er die Rechtsentstehung durch »Sitte und Volksglaube«, aber auch durch »Jurisprudenz« als »Gewohnheitsrecht« zusammengefaßt.[199] An späterer Stelle hatte Savigny nochmals von den Juristen als »Subjekt für lebendiges Gewohnheitsrecht« gesprochen.[200] Freilich hatte er ebenso 1814 klargestellt, daß die Benennung des von Juristen hervorgebrachten Rechts dem »herrschende[n], nicht ganz passende[n] Sprachgebrauch«[201] entspreche. 1824 deutete er diese Besonderheit in seinen Vorlesungen nochmals an: »In neuerer Zeit ist an die Stelle des Gewohnheitsrechts getreten die Meinung der Juristen; die Mittheilung der juristischen Theorie ist hier das gemeinsame Band, u[nd] wissenschaftlich bildet sich hier ein neues eigenthümliches Organ des Gewohnheitsrechts.«[202] Savignys Blick war 1814 gegen die Gesetzgebung gerichtet gewesen. Alles nicht durch diese gesetztes Recht hatte er als Gewohnheitsrecht bezeichnet, also auch den Gerichtsgebrauch.[203]

Verstand man das in Juristenschriften und das in der Volkssitte zum Ausdruck kommende Recht gleichermaßen als Gewohnheitsrecht, so müßte es einer einheitlichen Gewohnheitsrechtstheorie unterfallen. Indem Puchta das Juristenrecht rechtsquellentheoretisch ausschied, konnte er es einer eigenständigen Theorie unterwerfen. Dies führte im Ergebnis zu einer drastischen Beschneidung des traditionellen Bereichs des Gewohnheitsrechts, indem die gesamte juristische Tätigkeit hiervon ausgenommen wurde.[204] Zeitgenossen erkannten sehr klar, daß in dieser Abgrenzung der politisch gefährliche Kern der Rechtsquellenlehre Puchtas lag.[205] Der rezensierende Unterholzner mein-

196 Savigny, Beruf, 1814, S. 14.
197 Insofern übereinstimmend Jakobs, Die Begründung der geschichtlichen Rechtswissenschaft, 1991, S. 364 f.
198 Savigny, Beruf, 1814, S. 33.
199 Savigny, Beruf, 1814, S. 14; 1812 in der Einleitung zu den Pandekten hieß es: »Demnach ist das Recht jedes Volks seiner innern Natur nach Gewohnheitsrecht«, Savigny, Methodologie 1812, S. 182.
200 Savigny, Beruf, 1814, S. 133.
201 Savigny, Beruf, 1814, S. 14.
202 Savigny, Pandektenvorlesung 1824/25, 1993, S. 12.
203 Vgl. bereits oben S. 162 f.
204 Dies gilt nur für die Konzeption der Enzyklopädie 1825 und des ersten Bandes des Gewohnheitsrechts, 1828. Ab 1837 kannte Puchta dagegen ein Juristengewohnheitsrecht, vgl. unten Kap. 5 I 4. und II 4 c).
205 Vgl. bereits die Aufzählung der Kritiker bei Ogorek, Richterkönig oder Subsumtionsautomat?, 1986, S. 211 ff.; Rückert, Reyscher, 1974, S. 159, 223 ff., 340, 367 ff., 385.

https://doi.org/10.5771/9783465133278-113 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

te, man könne Puchta »schwerlich den Vorwurf machen …, daß er mit partheilicher Vorliebe den Werth des Gewohnheitsrechts überschätze«.[206] Für Unterholzner waren Puchtas Abgrenzungen zu scharf gezogen. Er betonte, daß »oft erst das Geltendwerden einer Meinung entscheidet, und daß alsdann das Juristenrecht ganz in das Gewohnheitsrecht übergeht«.[207] Auch Hugo wollte Puchtas Juristenrecht, »wie es hier heißt«, vom Gewohnheitsrecht »bey weitem nicht so scharf trennen«, wie hier Seite 161 u. folg. geschehen ist.[208] Ähnlich warnte bereits 1829 Welcker vor diesem »angebliche[n] Juristenrecht«.[209]

Worum es in der Abgrenzung vor allem ging, machte Puchtas bereits oben angedeutete Stellungnahme zur Rezeption deutlich. 1825 hatte Puchta erstmals die Zusammenhänge für den »gegenwärtige[n] Rechtszustand« im gemeinen Recht zusammengefaßt:[210] »Die Grundlagen des deutschen Rechts sind das römische Recht, das deutsche Recht, wie es sich bis zu einer gewissen Stufe des Volks gebildet hatte und das canonische Recht.«[211] Da das deutsche Recht, hier im zuletzt von Puchta genannten Sinne, mangels reichseinheitlicher Gesetzgebung nur Gewohnheitsrecht sein konnte, fiel es mit Übergang der Rechtsentwicklung von der zweiten zur dritten Periode,[212] der Periode der Wissenschaft, als im Volke lebendes Recht weg.[213] Wie beim römischen und weitgehend beim canonischen Recht, so war also auch beim deutschen Gewohnheitsrecht der obrigkeitliche Normsetzungsprozeß abgeschlossen. Die Weiterbildung dieser »ineinander wachsenden Grundlagen«[214] unterfiel der Tätigkeit der Juristen. »Die Thätigkeit, durch welche dieß [sc. Ineinanderwachsen] seit jener Zeit geschehen ist, ist eine wissenschaftliche.«[215] Damit

206 Unterholzner, Rez. Gewohnheitsrecht I, 1829, S. 378 f.
207 Unterholzner, Rez. Gewohnheitsrecht I, 1829, S. 375.
208 Hugo, Rez. Gewohnheitsrecht I, 1828, S. 1733.
209 Welcker, Encyclopädie, 1829, S. 569 in der Anm.; hierzu Müller-Dietz, Welcker, 1968, S. 34 Anm. 416.
210 Puchta, Encyclopädie, 1825, S. 73.
211 Puchta, Encyclopädie, 1825, S. 73.
212 Schon 1823 hatte Puchta diesbezüglich festgestellt, infolge einer »in jedem Rechte« (Über die Perioden der Rechtsgeschichte, S. 138) auftretenden Entwicklung in vier Stadien sei man auch im deutschen Recht am Beginn einer neuen Periode, der Periode der Wissenschaft (a. a. O., S. 143). In dieser Periode werde »das Volk für diesen Zweig seiner geistigen Kraft repräsentiert« (S. 22); vgl. oben S. 118 ff.).
213 Vgl. auch Puchtas Deutung der Rezeption als Durchsetzung des römischen Rechts kraft wissenschaftlicher Überlegenheit, Encyclopädie, 1825, S. 49 ff., 52 ff.; Gewohnheitsrecht I, 1828, S. 194 ff., 202 ff.
214 Puchta, Encyclopädie, 1825, S. 73.
215 Puchta, Encyclopädie, 1825, S. 73.

https://doi.org/10.5771/9783465133278-113 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

war das gesamte gemeine römische Recht Juristenrecht und unterlag dessen Voraussetzungen.[216] Nimmt man Puchtas Periodisierung von 1823 zusätzlich in den Blick, so bleibt weitergehend zu fragen, ob nicht überhaupt nahezu das gesamte Zivilrecht entweder Gesetzes- oder Juristenrecht war, also Gewohnheitsrecht, von den genannten partikularen Ausnahmen abgesehen,[217] gerade durch Puchtas Theorie entfiel. In diese Richtung deutete es jedenfalls, wenn Puchta 1825 meinte: »Die unmittelbare Entstehung des Rechts durch das deutsche Volk, das gemeine Gewohnheitsrecht, kann nur im einzelnen wirksam seyn, da das Recht im ganzen dem Bewußtseyn des Volks entwachsen und auf den besondern, repräsentierenden Stand übergegangen ist.«[218]

Puchta debattierte hier nicht die alte Frage, ob es angesichts der Zersplitterung des Reiches überhaupt gemeine Gewohnheiten geben konnte,[219] sondern bezog sich offenbar auf Savignys Repräsentationsvorstellung von 1814.[220] Puchta legte seine Abhängigkeit in dieser Frage offen. Auf Savigny führte Puchta den nachfolgenden Satz zurück: »Die Juristen sind nun der Theil des Volks, auf welchen das Rechtsbewußtsein als Repräsentanten übergeht.«[221] Auch 1828 hieß es übereinstimmend: Der unmittelbare Einfluß des Volks werde »abgelöst durch die Juristen, durch welche das, was als Recht vermöge äußerer Autorität, des Gesetzes oder der Sitte, galt, auf eine innere Nothwendigkeit zurückgeführt, aus wissenschaftlichen Gründen als System gewußt, und auf diesem Wege weiter fortgebildet wird«.[222]

216 Dies spricht m. E. gegen die These von Jakobs, Die Begründung der geschichtlichen Rechtswissenschaft, 1992, S. 35, daß für Puchta die Lehre vom Juristenrecht »ein Randprodukt war und geblieben ist«. Aus der Tatsache, daß Puchta sie 1828 nur am Rande behandelt, läßt sich das nicht schließen, 1825 war die Bedeutung des Juristenrechts in der Rechtsquellenlehre der Enzyklopädie ungleich größer. Für das gemeine römische Recht war es entscheidend, ob es Gewohnheitsrecht oder Juristenrecht war. Die Tatsache, daß Puchta diese Frage aus der Perspektive der scheinbar ganz en passant erfolgten Abgrenzung zum Gewohnheitsrecht beantwortete, nahm politischen Druck; an dem Hauptergebnis des ersten Bandes, nämlich dem gemeinen römischen Recht als Juristenrecht, änderte das nichts.

217 Vgl. oben S. 118 f.

218 Puchta, Encyclopädie, 1825, S. 74.

219 Vgl. oben S. 159 ff.

220 Savigny, Beruf, 1814, S. 14.

221 Puchta, Encyclopädie, 1825, S. 68.

222 Puchta, Gewohnheitsrecht I, 1828, S. 216.

https://doi.org/10.5771/9783465133278-113 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

3. Maurenbrechers Juristenrecht als »vollkommene Caricatur der natürlichen Wahrheit«

Was dieser Übergang vom Gewohnheits- zum Juristenrecht konkret bedeutete, machte Puchta in einer wie häufig überaus scharf geführten Kontroverse mit Romeo Maurenbrecher deutlich:

> »Stahls Rezension von Maurenbrecher ist sehr gut, es ist daran gar nichts auszusetzen, als daß der Lump eigentlich gar nicht verdient, auf eine so gute systematische Art in allen Regeln der Kriegskunst oder der Duelle totgeschlagen zu werden, statt wie es ihm gebührte, den Troßknechten zugeschleudert zu werden und im Laufe einer gemeinen Prügeley unter Seinesgleichen das aufzugeben, was man bei anderen Menschen den Geist nennt.«[223]

Stahl war in den Kritischen Jahrbüchern Maurenbrechers Angriffen gegen die Rechtsquellenlehre der historischen Schule entgegengetreten.[224] Die in Puchtas Zustimmung zu Stahls Rezension liegende Schärfe wies auf Ressentiments, die über die Ablehnung, die Maurenbrechers Rechtsquellenlehre weithin erfuhr,[225] deutlich hinausgingen. Worum es ging, hatte Puchta 1839 in den Kritischen Jahrbüchern deutlich gemacht.[226] Maurenbrecher hatte in einer gedruckten Bonner Rede vom 22.2.1839 für sich die Urheberschaft des »Juristenrechts« als Rechtsquelle reklamiert. Vor 1832 habe niemand ein solches Juristenrecht als explizite Rechtsquelle gekannt.[227] Puchta habe sich im ersten Band seines Gewohnheitsrechts zwar auf der richtigen Spur befunden,[228] aber erst infolge des Erscheinens von Maurenbrechers Lehrbuch im zweiten Band zur richtigen Ansicht gefunden.[229]

Was die Terminologie betraf, so konnte Puchta darauf verweisen, daß er bereits 1822[230] und 1825 von einem Juristenrecht als eigenständiger Rechts-

223 Brief an Savigny vom 6.6.1841 (nicht 1844 wie irrtümlich bei Bohnert, Beiträge, 1979, S. 237 Anm. 75).

224 Stahl, Rez. Maurenbrecher, 1841, S. 97 ff.

225 Vgl. die Zitate bei Maurenbrecher, De auctoritate, 1839, S. 4 (Phillips, Mittermaier, Thöl, Grefe – der dort genannte Thibaut bezog sich nicht auf Maurenbrecher); daneben die Zusammenstellung der ablehnenden Stimmen bei Urbaschek, Maurenbrecher, 1966, S. 1 ff. (neben Stahl: Mohl, Beseler, Albrecht, Gerber). Zu Wächters Kritik an Maurenbrecher Mauntel, Kapitel 4. I.) 3.) a); zu Reyscher: Rückert, Reyscher, 1974, S. 110, 159, 371, 393.

226 Puchta, Rez. Maurenbrecher, 1839, S. 728 ff.

227 Maurenbrecher, De auctoritate, 1839, S. 5 Anm. 4: »… *scriptores ante 1832 auctoritatem prudentum omnino ignorasse…*«

228 Maurenbrecher, De auctoritate, 1839, S. 5 Anm. 4: »*Solus excipiendus* Puchta (Gewohnheitsrecht *tom. I.* 1828) *erit, qui de actoritate prudendum (pag. 161 sq.), quum sibi de jure consuetudinario, moribus maiorum constante, solum tractare proposuerit, nonnisi per transennam vidit, atamen vidit saltem.*«

229 Maurenbrecher, De auctoritate, 1839, S. 6 Anm. 3.

230 Über die Konzeption von 1822 läßt sich wegen des Grundrißcharakters der Schrift nichts Sicheres aussagen.

https://doi.org/10.5771/9783465133278-113 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

quelle gesprochen hatte.[231] In der Sache wollte er dies jedoch nicht so verstanden wissen, als sehe er nun umgekehrt Maurenbrecher als Adepten seiner Lehre. Mit Maurenbrechers Juristenrecht wollte er vielmehr nichts zu tun haben. In seiner äußerst scharfen Rezension nutzte Puchta die benannte Gelegenheitsschrift Maurenbrechers zu einer grundsätzlichen Abgrenzung. Maurenbrechers Ansicht vom Juristenrecht sei eine »ganz verkehrte« und müsse »so schnell als möglich bey Seite geschafft werden«.[232]

Maurenbrecher hatte 1832[233] sein Lehrbuch des heutigen gemeinen deutschen Rechts auf sein Juristenrecht gebaut:

> »Das heutige deutsche Recht ist nemlich, der hier ausgesprochenen Überzeugung nach, ein ungeschriebenes Recht, ein Recht, das lediglich in den Ansichten des Juristenstandes (*communis doctorum opinio*) und in den Urtheilen der Gerichtshöfe sein Bestehen hat.«[234]

Reichsgesetz[235] und insbesondere handelsrechtliches Gewohnheitsrecht[236] behielten zwar entgegen der Vorrede in der Darstellung durchaus noch einen gewissen Einfluß, tragend für das gemeine Recht waren nach Maurenbrecher aber seine zwei Arten des Juristenrechts, die »Praxis«, also der Gerichtsgebrauch, und die »Theorie«, also die *communis opinio doctorum*.[237] In der von Puchta 1839 rezensierten Schrift hatte sich Maurenbrecher nur mit der letzteren Unterart des Juristenrechts, der *communis opinio doctorum*, beschäftigt.

a) »Äußere« vs. »innere« Autorität des Juristenrechts

Maurenbrecher begründete die Autorität der *communis opinio* durch Reichsgesetze (§ 4), den Gerichtsgebrauch (§ 5) und die Ansichten früherer Rechtsgelehrter von ihrer eigenen Autorität (§ 6). Puchta ging vor allem auf Maurenbrechers gesetzliche Legitimation der *communis opinio*, insbesondere

231 Vgl. bereits oben S. 141.
232 Puchta, Rez. Maurenbrecher, 1839, S. 731.
233 Nachfolgend wird der textgleiche Nachdruck der ersten Auflage von 1834 benutzt und auch unter diesem Erscheinungsjahr zitiert, zum Nachdruck vgl. Enslins, Bibliotheca Juridica, 1840, S. 255. Die nachfolgend zitierte Vorrede datiert ausweislich der Unterschrift vom September 1833, wurde also dem Nachdruck mitgegeben. In der zweiten Aufl. des Lehrbuchs von 1840 wird die Vorrede irrtümlich unter der Überschrift »(1832)« erneut abgedruckt, obwohl als Datum weiterhin der September 1833 angegeben wird.
234 Maurenbrecher, Lehrbuch, 1834, Vorrede.
235 Maurenbrecher, Lehrbuch, 1834, § 10.
236 Maurenbrecher, Lehrbuch, 1834, § 14.
237 Maurenbrecher, Lehrbuch, 1834, §§ 17, 19.

https://doi.org/10.5771/9783465133278-113 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

durch die Reichshofratsordnung von 1654 detailliert ein.[238] Im Ergebnis verneinte er Maurenbrechers gesetzliche Grundlage. Zudem hielt er diesem entgegen, daß einige Partikulargesetze sogar explizit erklärten, »den *communes opiniones* sey keine gesetzliche Autorität beizulegen«.[239]

Auch Maurenbrechers Berufung auf den Gebrauch der *communis opinio* in der Gerichtspraxis und die Selbstzeugnisse ihrer Autorität insbesondere bei den Glossatoren[240] überzeugten Puchta nicht. Maurenbrecher hatte darauf verzichtet »*regulas*, *quibus auctoritas prudentum coerceatur*« auszuweisen, da es ihm einzig darum gegangen sei, die Macht, die der *communis opinio* beigelegt werde, zu zeigen.[241]

Puchta kommentierte: »Aber darauf beruht ja die ganze Frage, und auch die Beweisfähigkeit der Thatsachen, auf die er sich berufen hat.«[242] Was er damit meinte, hatte Puchta 1828 deutlich gemacht. Im »Gewohnheitsrecht« versuchte er den Irrtum zu vermeiden, er wolle den heutigen Juristen mit seinem Juristenrecht ein *jus respondendi* beimessen. Dieses sei den Berechtigten in Rom »nicht als Juristen, sondern vermöge einer äußeren gegebenen Autorität« zugekommen. Gleichermaßen hätten diese Rechtssätze nicht deshalb gegolten, »weil sie der Gesetzgeber etwa bestätigt hatte, oder weil sie in die Überzeugung des Volks übergegangen, also Gewohnheitsrecht geworden waren«.[243] Beim Recht der römischen Juristen, welches ihm als Vorbild diente, habe es sich vielmehr »um eine Wirksamkeit, welche juristische Ansichten schon an sich hatten«, gehandelt.[244] Mit Blick auf die deutsche Entwicklung nahm Puchta die gleiche Perspektive ein. Er attestierte den Glossatoren und Kommentatoren einen ähnlich großen Einfluß auf die Gerichtspraxis, wie Maurenbrecher das tat. »Ihre Aussprüche hatten in den Gerichten keine geringere Achtung als die Gesetze selbst.«[245] Daher sei es zunächst ein anerkannter Satz geblieben, »daß die *communis opinio doctorum* Rechte mache«.[246] Auch hier brachte Puchta jedoch die gleichen Einwände wie gegen das *jus respondendi*: »Der Fehler dieser Ansicht lag darin, daß man ganz bey dem Äußeren dieser Ansicht stehen blieb.«[247] Noch mehr

238 Puchta, Rez. Maurenbrecher, 1839, S. 731 f. Die Details sind hier nicht von Interesse.
239 Puchta, Rez. Maurenbrecher, 1839, S. 732.
240 Maurenbrecher, De auctoritate, 1839, S. 20 ff.
241 Maurenbrecher, De auctoritate, 1839, S. 21 Anm. 2.
242 Puchta, Rez. Maurenbrecher, 1839, S. 732.
243 Puchta, Gewohnheitsrecht I, 1828, S. 162.
244 Puchta, Gewohnheitsrecht I, 1828, S. 162.
245 Puchta, Gewohnheitsrecht I, 1828, S. 163.
246 Puchta, Gewohnheitsrecht I, 1828, S. 163.
247 Puchta, Gewohnheitsrecht I, 1828, S. 163 f.

https://doi.org/10.5771/9783465133278-113 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

galt dies für die infolge der Kritik an der *communis opinio* sich durchsetzende Autorität des Gerichtsgebrauchs:

> »Es kann nichts trostloseres geben, als eine solche Autorität, welche lediglich einem äußeren, von keinem Gedanken beseelten Factum beigelegt wird.«[248]

Indem Maurenbrecher in der besprochenen Schrift[249] die Autorität der Juristenansichten auf ihre Anerkennung durch Gesetze und den Gerichtsgebrauch gründete, beging er für Puchta den gleichen Fehler: »es sind die alten krassen Ansichten von der *communis doctorum opinio*, zu welchen der Verf. zurückführen will.«[250]

b) Der Jurist als Repräsentant

Der hier bereits durchschimmernde grundsätzliche Unterschied zwischen Maurenbrechers und Puchtas »Juristenrecht« wurde in Puchtas Auseinandersetzung mit einem »inneren« Grund deutlich, auf welchen Maurenbrecher sein Juristenrecht stützte:[251] Maurenbrechers Ableitung der juristischen Zuständigkeit aus der Rechtsunkenntnis des Volks. Nach römischem Recht bedürfe das Gewohnheitsrecht allgemeiner, wenigstens stillschweigender Zustimmung. Um zustimmen zu können, bedürfe es jedoch einer Kenntnis des Rechts, die das Volk im gemeinen Recht nicht habe. Niemand verstehe das Recht, »*nisi qui quinquennium vel triennium academicum absolverit*«, ja wer die universitäre Lehrzeit nicht hinter sich gebracht habe, von denen »*ius ignorare praesumuntur*«.[252] Woher diese Idee stammte, legte er im benannten

248 Puchta, Gewohnheitsrecht I, 1828, S. 164.

249 An der Juristenrechtslehre Maurenbrechers, wie dieser sie bereits 1832 dargelegt hatte, ging Puchtas Vorwurf aber partiell vorbei, da jener dort die »innere« Begründung gab, die er 1839 aussparte. Maurenbrecher verwies dort auch auf die Gefahren eines schematischen Abzählens der Meinungen und betonte: Für den »selbständigen und gebildeten Richter bleibt die Frage nach den Gründen einer herrschenden Theorie immer das Hauptsächliche« (Lehrbuch, 1834, S. 22). Die tieferen Konflikte lagen in Maurenbrechers Abneigung gegen die »Methode der Juristen« und seiner Hinneigung zu einem »intuitiven« Zugriff auf das »Leben«. Puchta ging auf diese Konzeption, die Maurenbrecher bereits 1828 in seiner Bonner Antrittsrede zur »Methode des deutschen Privatrechts«, erschienen 1829, umrissen hatte, nicht ein, vgl. hierzu Urbaschek, Maurenbrecher, S. 7 ff., 18 ff., dessen Abgrenzung zu Puchta, S. 24 ff., aber unter der schematischen Verortung Puchtas, trotz richtigen Widerspruchs gegen Larenz, leidet. Unrichtig ist vor allem die Abgrenzung beider Begriffe von Theorie und Praxis, S. 26.

250 Puchta, Rez. Maurenbrecher, 1839, S. 734.

251 Maurenbrecher, De auctoritate, 1839, § 2.

252 Maurenbrecher, De auctoritate, 1839, S. 8.

https://doi.org/10.5771/9783465133278-113 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

Vortrag offen: »*Libro Savignii* (Beruf unserer Zeit)« und der dortigen Unterscheidung vom technischen und politischen Element des Rechts.[253]

Die Stelle im Beruf, auf die sich Maurenbrecher bezog, war Savignys »doppelte[s] Lebensprincip«. Einerseits nehme das Recht »eine wissenschaftliche Richtung, und wie es vorher im Bewußtseyn des gesammten Volkes lebte, so fällt es jetzt dem Bewußtseyn der Juristen anheim, von welchen das Volk nunmehr in dieser Function repräsentiert wird«. Hierdurch werde das »Daseyn des Rechts … künstlicher und verwickelter, indem es ein doppeltes Leben hat, einmal als Theil des ganzen Volkslebens, was es zu seyn nicht aufhört, dann als besondere Wissenschaft in den Händen der Juristen«.[254] Beim hier skizzierten Spannungsfeld zwischen dem »Zusammenhang des Rechts mit dem allgemeinen Volksleben« (politisches Element) und dem »abgesonderten wissenschaftlichen Leben des Rechts« (technisches Element) war für Savigny freilich wie auch sonst eine »scharfe Grenzbestimmung von selbst unmöglich«. Es war also gerade Folge dieses »doppelten Lebensprincips«, daß »auch jenes ungeheure Detail ganz auf organische Weise, ohne eigentliche Willkühr und Absicht, entstehen konnte«.[255]

Für Puchta war Maurenbrechers Interpretation dieser Stelle »eine vollkommene Caricatur der natürlichen Wahrheit, dass die rechtlichen Volksansichten … eine Gestalt vornämlich in denjenigen Gliedern des Volks gewinnen, welche durch ihren inneren und äußeren Beruf vorzugsweise das Recht kennen und damit zu tun haben; es sind doch immer nur die nationellen Rechtsansichten, die wir durch Vernehmung der Ansichten der Juristen erkennen wollen … und nur unter dieser Voraussetzung haben ihre Ansichten Autorität«.[256]

Puchtas Auslegung des Spezialistendogmas[257] von Savigny hatte sich seit den zwanziger Jahren nicht verändert. Es sei eine »für alle Zeiten geltende Wahrheit, daß niemals Recht entstehen könne ausser durch die gemeinsame Ueberzeugung des Volks«, hatte er 1825 geschrieben, der Begriff des Volks könne lediglich »Modificationen erleiden«.[258] Der hier durchschimmernde

253 Maurenbrecher, De auctoritate, 1839, S. 7 Anm. 2).
254 Savigny, Beruf, 1814, S. 12, vgl. auch S. 46.
255 Savigny, Beruf 1814, S. 13.
256 Puchta, Rez. Maurenbrecher, 1839, S. 733; dies bezog sich nicht auf sein Recht der Wissenschaft, welches Puchta 1837 von der Stellung der Juristen als Repräsentanten abgekoppelt hatte, vgl. unten S. 371 ff. Für sein älteres Juristenrecht trifft die Aussage demgegenüber voll zu.
257 Ich übernehme insofern den Terminus von J. Schröder, Savignys Spezialistendogma und die »soziologische« Jurisprudenz, in: Rechtstheorie 7, 1976, S. 23 ff.
258 Puchta, Encyclopädie, 1825, S. 19.

https://doi.org/10.5771/9783465133278-113 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

Grunddissens wurde deutlich, als Maurenbrecher 1840 in seinem Lehrbuch Puchtas Juristenrecht von 1828 noch deutlicher abfertigte, als er dies 1839 in seinem Vortrag getan hatte. Nun wollte er Puchtas Ansicht im ersten Band des Gewohnheitsrechts nicht einmal mehr als eine ungewisse Vorstellung von der richtigen Ansicht gelten lassen. In Wahrheit sei Puchta Gegner des Juristenrechts, »wiewohl er etwas annimmt, was er Juristenrecht nennt«, da er die »Juristen nur als Zeugen für ein Gewohnheitsrecht, so weit es durch sie bezeugt werden kann«,[259] ansehe.

Maurenbrecher ließ sich auf die Metaphysik in Puchtas Volksgeist nicht ein und blieb bei der Empirie stehen.[260] Sein Juristenrecht führte zu einer Zuständigkeitsverschiebung vom Volk auf den Juristen. Die Juristen blieben zwar »Glieder des Volks«,[261] waren aber infolge der Spezialisierung und ihres Amtes für die Rechtsproduktion anstelle des Volks zuständig. Was 1839 im Gewande der Exegese daherkam, begründete Maurenbrecher 1840 in seinem Lehrbuch offen politisch:

> »Daß nun diese Männer, die ihre ganze geistige und körperliche Existenz zunächst an das Verstehen des Rechts setzen, in Deuschland das Zutrauen aller Staatsgenossen haben, sowohl der Regierungen, die ihnen das Amt geben, als des Volkes, das das Wissen des Rechtes ihnen als Leuten vom Fache (Technikern)… überlassen muß, ist so natürlich, daß ein anderer Zustand ein völlig unerklärlicher wäre.«[262]

Bei Puchta kam es demgegenüber nicht zu einer Zuständigkeitsverschiebung. Das Volk blieb Urheber des Rechts, die Juristen waren also nicht, wie Maurenbrecher dies vorschlug, »Stellvertreter des Volks«,[263] sondern »Repräsentanten seines Willens«.[264] Für Puchta hatte es nur dann Sinn, von Rechtsquellen zu sprechen, »sofern man sich bewußt ist, daß es nur eine eigentliche Rechtsquelle giebt, das Volksbewußtseyn«.[265] Indem Maurenbrecher Puchtas Juristenrecht als Gewohnheitsrecht bezeichnete, machte er

259 Maurenbrecher, Lehrbuch I, 2. Aufl. 1840, § 28 Anm. 1 a. E., § 26 Anm. 17.

260 Auch in der Folgezeit fand sich immer wieder die Tendenz, Puchtas Volk als empirisch zu deuten; nicht frei von diesem Irrtum: Ehrlich, Soziologie des Rechts, 1913, S. 374 ff.; zu Recht kritisch bereits Ross, Theorie der Rechtsquellen, 1929, S. 130, 137; dieser Einwand relativiert auch die Linie, die J. Schröder, Savignys Spezialistendogma und die »soziologische« Jurisprudenz, 1976, gezogen hat.

261 Maurenbrecher, Lehrbuch I, 2. Aufl. 1840, S. 53.

262 Maurenbrecher, Lehrbuch I, 2. Aufl. 1840, S. 54 f.

263 Maurenbrecher, De auctoritate, 1839, S. 9 Anm. 1); hierzu Puchta, Rez. Maurenbrecher, 1839, S. 735.

264 Puchta, Encyclopädie, 1825, S. 20.

265 Puchta, Encyclopädie, 1825, S. 21.

https://doi.org/10.5771/9783465133278-113 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

deutlich, daß es für ihn nur ein Entweder-Oder gab: Entweder ging das Recht vom Volk aus oder von den Juristen. Bewußt oder unbewußt mißachtete er damit die Besonderheit von Puchtas Volksbegriff. 1828 war Puchta prophylaktisch diesem schon politisch gefährlichen Mißverständnis entgegengetreten. Nur indem man unter Volk »nicht ein politisches, sondern das natürliche Ganze, die Nation« verstand,[266] war es überhaupt möglich, eine »innere« Repräsentation zu konstruieren. War mit Puchta der Volksgeist eine »auf der gemeinsamen Abstammung« beruhende »geistige Verwandtschaft«, eine »nationelle Verbindung«,[267] so war einem solchen »Ganzen, als einer bloßen Idee« keine Handlungsfähigkeit eigen.[268] Damit schied das umgangssprachliche »Volk«, der »Inbegriff der Regierten gegenüber der Regierung«, als Rechtsquelle aus.[269] Das Gewohnheitsrecht als ein »von den Unterthanen ausgehendes Recht« zu betrachten, war folgerichtig »ein Irrthum, der für sich allein fähig ist, die ganze Theorie unserer Rechtsquelle auf den Kopf zu stellen«.[270] Dies galt besonders für die Autonomie.[271] Auch der Staat, und sei es auch in einem gemeinsamen Beschluß aller Bewohner, könne nicht willentlich Recht schaffen, »weil überhaupt etwas, was sich von selbst macht, nicht gemacht werden kann«.[272] Völkerrecht verlor mangels »nationeller« Grundlage ebenfalls den Rechtscharakter, es blieb bloße »Völker- und Staatenmoral«.[273]

Trotz dieser vorsorgenden Klarstellungen klagte Puchta 1833, daß seine Ansichten oft »übel dargestellt wurden«.[274] So hatte Puchtas Volksgeist beispielsweise beim Rezensenten des ersten Bandes, Unterholzner,[275] für Mißverständnisse gesorgt. Unterholzner hatte sich Puchtas Polemik gegen A. W. Schlegels Kritik der Grimmschen Auffassung der Volkssage entgegengestellt.[276]

Schlegel hatte ausgeführt: »Die Sage war allerdings das Gesammteigenthum der Zeiten und Völker, aber nicht so ihre gemeinsame Hervorbringung. Was man an Zeitaltern und Völkern rühmt, löset sich immer bey näherer Betrachtung in die Eigenschaften und Handlungen einzelner Menschen

266 Puchta, Rez. Maurenbrecher, 1839, S. 735.
267 Puchta, Gewohnheitsrecht I, 1828, S. 134 f.
268 Puchta, Gewohnheitsrecht I, 1828, S. 137.
269 Puchta, Gewohnheitsrecht I, 1828, S. 136.
270 Puchta, Gewohnheitsrecht I, 1828, S. 137.
271 Puchta, Gewohnheitsrecht I, 1828, S. 155 ff., 207 ff.
272 Puchta, Gewohnheitsrecht I, 1828, S. 152.
273 Puchta, Gewohnheitsrecht I, 1828, S. 142.
274 Puchta, Von der historischen Schule der Juristen und ihrem Verhältnis zu der Politik, 1833, S. 207.
275 Zu diesem Landsberg, GDR 3.2., 1910, S. 292 ff., Noten, S. 122 f.
276 Puchta, Gewohnheitsrecht I, 1828, S. 153.

https://doi.org/10.5771/9783465133278-113 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

auf.«[277] Puchta nannte diese Ansicht Schlegels schlicht eine »höchst oberflächliche und triviale«. Sie erinnere an den »ungebildeten Verstande«, der »bey der äußeren Erscheinung stehen« bleibe und für den »das unsichtbare nicht vorhanden« sei.[278] Die Schärfe der Kritik am immerhin von Savigny hochgeachteten älteren Schlegel[279] verwies auf grundlegende Differenzen. 1829 kam Puchta nochmals auf den Gegenstand zurück. Wahre »Volkspoesie« entgleite »dem Munde irgend einer einsamen Sennerin oder eines frischen Buben«, werde jedoch sofort »das Eigenthum aller so sehr …, daß kaum jemand denjenigen kenne, dessen sich der Volksgeist zuerst als Werkzeug zu dieser Schöpfung bediente».[280] So wie die Volkspoesie im Munde »eines frischen Buben« nur zum Vorschein kam, diesen als »Werkzeug« nutzte, so sollte der Volksgeist bei der Rechtsbildung »eine analoge Stelle«[281] einnehmen. Analog genommen, berührte Schlegels Kritik an den Gebrüdern Grimm also Puchtas Rechtsentstehungslehre als Ausgangspunkt seiner Rechtsquellenlehre, und dieser Konflikt war fundamental. Im Kern ging es um den Anteil des Individuums an der Rechtsentstehung.

Puchtas Rezensent Unterholzner versuchte eine Vermittlung. Ihm schien Puchtas Kritik an Schlegel »nicht ganz gerecht«,[282] weil niemand leugnen werde, »daß die Einzelnen und die Gesammtheit in Wechselwirkung stehen«.[283] Puchta konnte damit freilich nichts anfangen, er entgegnete, ihm sei nicht ganz klar, wie er sich »diese Wechselwirkung zu denken« habe.[284] Er trennte scharf zwischen einer rechtlichen Handlung aus »höflicher Gesinnung oder kluger Berechnung« und einer aus »einer s. g. *opinio neccessitatis*« hervorgegangenen. Nur letztere komme als Übung eines Rechtssatzes in Betracht.[285]

277 Schlegel, Rez. Gebrüder Grimm, Altdeutsche Wälder, 1815, S. 723; zur Signifikanz des Konflikts von Puchta mit Schlegel auch Behrends, Die Gewohnheit des Rechts und das Gewohnheitsrecht, 2000, S. 125 Anm. 216.

278 Puchta, Gewohnheitsrecht I, 1828, S. 153 f.

279 Vgl. nur die Begeisterung Savignys für die von den Gebrüdern Schlegel herausgegebene Zeitschrift Athenaeum; Nachweise bei Rückert, Savigny, 1984, S. 195 f.

280 Puchta, Juristische Betrachtungen, 1829, S. 186.

281 Puchta, Juristische Betrachtungen, 1829, S. 186.

282 Auch für Landsberg, GDR 3.2., 1910, S. 447, fand sich hier wieder einmal der »einerseits hochfahrende, andererseits abstrakte Ton, mit dem die spekulative Philosophie so gerne die Einwände des besonnenen gesunden Menschenverstandes abtut«.

283 Unterholzner, Rez. Gewohnheitsrecht I, 1829, S. 375.

284 Puchta, Gewohnheitsrecht II, 1837, S. 6 ff. in Anm. 2).

285 Puchta, Gewohnheitsrecht II, 1837, S. 7 in der benannten Anm.; Puchta verankerte freilich den Volksgeist in der »opinio necessitatis«, diese hatte also mit der älteren Lehre nur noch den Namen gemein; hierzu Rückert, Savigny,

https://doi.org/10.5771/9783465133278-113 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

Um dies zu begründen, verwies Puchta auf die logische Unmöglichkeit, ohne ein zugrundeliegendes *prius* die Rechtlichkeit einer Handlung begründen zu können. Um eine rechtliche von einer unrechtlichen Handlung unterscheiden zu können, müsse logisch das Bestehen eines entsprechenden Rechtssatzes immer bereits vorausgesetzt werden. Für das Juristenrecht müsse ansonsten angenommen werden, »daß eine Fortsetzung von widerrechtlichen Erkenntnissen zuletzt rechtliche hervorbrächte«.[286] Für eine Sitte als Gewohnheitsrecht gelte, »diejenigen Handlungen, welche die Gewöhnung erzeugen, müssen mit denjenigen übereinstimmen, welche durch die Gewöhnung bestimmt werden«.[287] Puchta argumentierte also mit einer klaren Recht-Unrecht-Antithetik. Unterholzners Verweis darauf, daß »oft lange Zeit ein Schwanken und Herumtappen bemerklich sey« erst langsam eine Ansicht auf die »allgemeine Meinung« wirke, letztlich »erst das Geltendwerden einer Meinung entscheidet«,[288] legte den neuralgischen Punkt offen. Puchtas Gegenposition, daß »eine Handlung zur Sitte wird durch die ihr zu Grunde liegende Überzeugung, die ihre Wiederholung fordert, nicht aber durch diese Wiederholung selbst«,[289] war nur scheinbar logisch nachgewiesen.[290] Gestand man dem Recht auch Übergangsphasen zu, akzeptierte man, daß in diesen Phasen auch ohne zugrundeliegenden Rechtssatz eine Entscheidung der dazu autorisierten Behörde Recht schuf, so wurde deutlich, daß Puchtas Argumentation etwas logisch nicht Beweisbares voraussetzte, eine »zu Grunde liegende Überzeugung«, also ein unsichtbares, schlicht postuliertes Kriterium.

1984, S. 306 (»völlig neuen Bezugsrahmen«); Scheuermann, Einflüsse der historischen Rechtsschule, 1972, S. 75 ff., 80.

286 Puchta, Gewohnheitsrecht I, 1828, S. 165.

287 Puchta, Gewohnheitsrecht I, 1828, S. 17 f. Anm. 20).

288 Unterholzner, Rez. Gewohnheitsrecht I, 1829, S. 375, 376, 377; vgl. hierzu die Debatte um den Wechselprotestfall, einerseits Unterholzner, a. a. O., S. 377, andererseits Puchta, Gewohnheitsrecht II, S. 6 ff. Anm. 2); auch später wurde Puchtas Lehre Unterholzners Argument entgegengehalten, vgl. Sintenis, Rez. Gewohnheitsrecht, 1838, S. 244, sprach sogar davon, daß »kein Einziger« Puchta hier gefolgt sei; Hugo griff diesen Gedanken nochmals 1840 in seiner Rezension von Savignys System auf, S. 1019; hierzu Rückert, Savigny, 1984, S. 304; kritisch auch Mühlenbruch in seiner Bearbeitung der Pandekten Glücks, Theil 21, 1840, S. 13 Anm. 29, der Puchta entgegenhielt, »daß sich die gemeinsame Überzeugung erst allmählich bilde – also durch öfteres Handeln nach derselben Norm [sic] entstehe«.

289 Puchta, Gewohnheitsrecht I, 1828, S. 171.

290 Ogorek, Richterkönig oder Subsumtionsautomat?, 1986, S. 199, spricht insofern richtig von einem ideologieabhängigen Paradox des Gesetzespositivismus.

https://doi.org/10.5771/9783465133278-113 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

Puchta selbst machte den hier liegenden Grundkonflikt mit Unterholzner deutlich. Unterholzner war einer Auseinandersetzung mit Puchtas »Philosophischen Ansichten« unter Hinweis darauf aus dem Weg gegangen, daß solche »Nebenpunkte« nicht Gegenstand der Rezension sein sollten.[291] Puchta hielt dem entgegen: »Die in dieser Äußerung enthaltene Vorstellung von dem Antheil der Philosophie an der Lehre von der Entstehung des Rechts giebt wohl den Schlüssel zu den wesentlichsten Differenzen seiner Ansichten und der meinigen.«[292]

Puchta war für diese Mißverständnisse mitverantwortlich. Sein geänderter Aufbau hatte das antike römische Recht an den Beginn der Ausführungen gestellt.[293] Dem philosophisch sensiblen Hugo lag die darin liegende Gefahr klar vor Augen: »Mancher Leser hätte vielleicht gewünscht, die Philosophie dieser Lehre vorausgeschickt zu sehen, weil bey den römischen Begriffen öfters auf diese verwiesen wird.«[294] In der Selbstanzeige des Werks hatte Puchta deutlicher herausgestellt, es sei »die Bestimmung desjenigen, was für die Gegenwart als das Geltende anzusehen ist, nicht in dem Grade abhängig von den Sätzen des römischen Rechts, als in den meisten anderen civilistischen Lehren«, die Lehre vom Gewohnheitsrecht habe nämlich einen »sehr bedeutenden und einflußreichen philosophischen Theil«.[295] Es sei hier denkbar, »die Aussprüche des *Corpus Juris* einstweilen als unsicher auf die Seite zu setzen, und einen unabhängigen Versuch der Construction zu wagen«.[296] Neuere Ansichten sollten zwar auch auf »ihren historischen Gehalt«, zugleich jedoch auf den, »der ihnen an sich zukommt«, untersucht werden.[297]

291 Unterholzner, Rez. Gewohnheitsrecht I, 1829, S. 383, freilich mit dem Hinweis, Puchtas philosophische Ansichten würden »manche Gelegenheit zu Gegenbemerkungen geben«.

292 Puchta, Gewohnheitsrecht II, 1837, S. 18 Anm. 9.

293 In der Selbstanzeige des Werks erläuterte Puchta die Gründe für die nun gewählte Anordnung. Die Untersuchung des klassischen Rechts sollte der Entflechtung des römischen Rechts und der heutigen Gewohnheitsrechtslehre dienen. Das »zum Theil unglaubliche Mißverständnis der unseren Gegenstand betreffenden Stellen des römischen Rechts« resultierte für Puchta aus dem Versuch der Juristen seit dem Mittelalter, ihre Ansichten »für nichts als Interpretation, Anwendung und Ausführung der römischen Sätze« auszugeben; Puchta (Selbstanzeige Gewohnheitsrecht, 1828, S. 230); in der Vorrede zum zweiten Band rechtfertigte sich Puchta nochmals gegenüber Unterholzner in diesem Sinne, Puchta, Gewohnheitsrecht II, 1837, S. V.

294 Hugo, Rez. Gewohnheitsrecht I, 1828, S. 173.

295 Puchta, Selbstanzeige Gewohnheitsrecht I, 1828, S. 232.

296 Puchta, Selbstanzeige Gewohnheitsrecht I, 1828, S. 231.

297 Puchta, Selbstanzeige Gewohnheitsrecht I, 1828, S. 231.

https://doi.org/10.5771/9783465133278-113 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

In seiner Kritik an Schlegel wurde Puchta deutlicher. Sein Volksgeist als Entstehungsgrund des Rechts mußte zum bloßen Zusammenleben der Menschen etwas hinzudenken:

> »Wäre dieses Zusammenleben nun ein bloß äußerliches, welches die Personen innerlich nicht afficierte, so könnte allerdings nicht gesagt werden, es sey die Quelle des Rechts, da es vielmehr nur der Wirkungskreis und Gegenstand desselben wäre. Aber jenes ist nicht der Fall, die Zusammenlebenden bilden ein organisches Ganzes, dessen Glieder sie sind, von dessen Geist sie also durchdrungen werden.«[298]

4. Volksgeist und Juristenrecht funktional betrachtet

Puchtas Volksgeist hat die Forschung lange begriffs- und ideengeschichtlich beschäftigt. Schon Bohnert hat richtigerweise darauf hingewiesen, daß die seit von Moeller immer wieder unternommenen Versuche, den Volksgeist wortgeschichtlich einer ganzen Epoche zuzuweisen,[299] »in der Beweisbarkeit des Gleichklangs die Differenz des Wortgebrauchs« vielfach verdunkelten.[300] Die weiterführenderen Versuche, die »Volksgeister« klarer voneinander abzugrenzen, setzten meist bei bestimmten Philosophen an.[301] Für Puchtas Erlanger Periode führen diese Zuweisungen aber nicht zu sicheren Ergebnissen, da Puchta seine philosophischen Prämissen nicht näher offenbarte und lediglich,

298 Puchta, Gewohnheitsrecht I, 1828, S. 154.

299 Moeller, Die Entstehung des Dogmas von dem Ursprung des Rechts aus dem Volksgeist, in: Mitteilungen des Instituts für österreichische Geschichtsforschung 30, 1909, S. 1 ff., arbeitete eine Fülle von »Vorläufern« und »Vordenkern«, »Dichter und Denker, Theologen und Historiker, Staatsmänner und Juristen« (S. 35) heraus. Zu diesen Vorläuferfragen vgl. etwa Ross, Theorie der Rechtsquellen, 1929, S. 148 f.; ergänzend Bohnert, Puchta, 1975, S. 46 Anm. 19; Herdmann, Die Montesquieurezeption in Deutschland, 1990, S. 227 ff.; D. Nörr, Savignys philosophische Lehrjahre, 1996, S. 282 ff., jeweils m. w. N.

300 Bohnert, Puchta, 1975, S. 47.

301 Beispielhaft: Montesquieu: Kantorowicz, Volksgeist und historische Rechtsschule, 1912, S. 295 ff.; Hegel: Der hier vielgenannte Brie, Der Volksgeist bei Hegel, 1909, behauptet eine »nahe Verwandtschaft« (S. 1). Die inhaltlichen Übereinstimmungen bleiben auch bei ihm ziemlich vage. So meint er etwa bei Puchta, Hegels Volksgeist als »Personifikation oder wenigstens in einer ähnlichen, wenn auch unbestimmten Gestalt« zu finden (S. 26). Wiederholt betont er, daß die Bedeutung des Wortes »Volkgeist« bei Puchta »unklar und unsicher« sei. Aus hegelscher Perspektive fehle dem Volksgeist bei Puchta die »tiefere Begründung«, ja er deute sogar auf eine »Inkonsequenz« (S. 33); Schelling: Loening, Die philosophischen Ausgangspunkte der rechtshistorischen Schule, 1910, Sp. 65 ff., 115 ff.; zu dieser Frage auch Bergbohm, Jurisprudenz und Rechtsphilosophie I, 1892, S. 188, Anm. 188; für Savigny vgl. die weitergehende Aufzählung bei D. Nörr, Savignys philosophische Lehrjahre, 1996, S. 9 f.

https://doi.org/10.5771/9783465133278-113 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

wie dies in seiner Auseinandersetzung mit Schlegel gezeigt wurde, pauschal auf »Philosophie« als Letztbegründung verwies. Tiefergehende Begründungen seines philosophischen Ausgangspunkts scheute Puchta zu diesem Zeitpunkt – obwohl er sie wohl nicht für unmöglich hielt. 1825 hatte er betont, die Frage der Rechtsentstehung falle zusammen »mit der: wie entsteht das Volk, das Volksbewußtseyn, das Bewußtseyn überhaupt? Dies ist Gegenstand einer tieferen philosophischen Untersuchung über die Bestimmung des Uranfangs der geistigen Dinge überhaupt. Hier aber reicht die Erkenntnis des Zusammenhangs mit dem Volk überhaupt hin.«[302] Auch 1828 lagen Fragen danach, »woher denn das Volk … jene Überzeugungen nehme … über die gegenwärtige Untersuchung hinaus«,[303] die Frage gehöre nicht in eine Untersuchung über das Gewohnheitsrecht,[304] es galt schlicht: »Ich setze dies daher voraus.«[305] Puchtas gegenüber Hugo getroffene Aussage, er sei nicht ein von Hegel beeinflußter Savignyaner, sondern er »sey anfangs bey Hegel, dann bey Ihnen und Savigny in die Schule gegangen«,[306] deutete darauf hin, daß Puchta eine genauere Erklärung der Rechtsentstehung als Savigny und weniger metaphysisch auch Hugo[307] sie in den Jahren 1813 bis 1815 gegeben hatten, zu diesem Zeitpunkt nicht beabsichtigte. Der niemals endgültige[308] terminologische Übergang vom »Bewußtseyn des Volks«[309] zum »Volksgeist« hatte wohl vor allem die Aufgabe, vom »Volksgeist«, den Gans im hegelschen[310] Sinne 1824 verwendet hatte,[311] polemisch abzugrenzen bzw. diesen Terminus

302 Puchta, Encyclopädie, 1825, S. 18.
303 Puchta, Gewohnheitsrecht I, 1828, S. 154.
304 Puchta, Gewohnheitsrecht I, 1828, S. 182.
305 Puchta, Gewohnheitsrecht I, 1828, S. 140.
306 Vgl. oben Kap. 1 III 2 a).
307 Hugo bezeichnete sich gegenüber Puchta bezeichnenderweise als »Kantianer«, vgl. Brief an Hugo vom 9.10.1828, Die Gesetze sind nicht die einzige Quelle der juristischen Wahrheiten, 1813, hatte ebenfalls auf das, was sich »so ganz von selbst macht« abgestellt (S. 116) und ebenfalls den freilich älteren Vergleich gebracht, »daß eine Sprache sich von selbst bildet« (S. 119); zu den Abgrenzungen vgl. Rückert, Hugo, 1990, S. 102, 113 f., 115 ff.; Cappellini, Systema Iuris I, 1984, S. 175 ff.; leider eher zu Savigny und nicht zu Hugo Behrends, Gustav Hugo, 1996, S. 159 ff.; kritisch hierzu die Rezension von Rückert, 2001, S. 174 ff.
308 Vgl. etwa Lehrbuch der Pandekten, 1838, S. 11, wo gleichberechtigt weiterhin die »Volksüberzeugung« auftaucht; ebenso noch Puchta, Pandekten, 3. Aufl., 1845, § 10.
309 Puchta, Encyclopädie 1825, S. 18.
310 Vgl. Hegel, Rechtsphilosophie, 1821, §§ 33, 331, Zusätze zu §§ 257 und 259; in der Sache tauchte der »Geist des Volkes« bereits früher auf, etwa in der Encyclopädie III, §§ 548, 552, 559, noch frühere Nennungen bei Hegel bringt Meisner, Grimms Wörterbuch, Bd. 12 Abt. 2, 1951, Sp. 481.
311 Gans, Erbrecht I, 1824, S. XII, XIV u. XX.

https://doi.org/10.5771/9783465133278-113 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

der historischen Schule zu evozieren. Der »Volksgeist« tauchte somit wohl nicht zufällig 1826 in Puchtas erster Gans-Rezension erstmalig auf,[312] also nicht, wie zumeist vermutet,[313] erst 1828 im Gewohnheitsrecht.[314] In der Sache blieb die neue Benennung aber ohne Auswirkungen.[315] Puchtas Volksgeist war also wohl nicht mehr als der Versuch, insbesondere Savignys Rechtsentstehungslehre durch ein Schlagwort zu benennen – und diese Benennung dürfte im näheren Umfeld Savignys kaum als umwälzend empfunden worden sein.[316]

Ließ sich Puchta in den zwanziger Jahren folglich auf eine Offenlegung seiner philosophischen Grundlage nicht ein, so beschäftigte ihn umso mehr der funktionale Zusammenhang einer Rechtsquellenlehre unter der Ägide des Volksgeists.[317] In dieser Perspektive gewinnt der Volksgeist schnell Konturen.

Puchtas wissenschaftlicher Blick war auf das Positive gerichtet,[318] suchte zugleich aber hinter dem Positiven nach Einheit. Den Ausgangspunkt jeder wissenschaftlichen Arbeit mußte das »Gegebene« bilden. Puchta zählte 1825 und 1828 übereinstimmend drei Formen auf, in denen »sich das Volksbewußtseyn äußert«,[319] als »natürliche Übereinstimmung« (Gewohnheits-

312 Erstmalig Rez. Gans, Erbrecht, 1826, S. 14 (Anhänger des Islam als ein Volksgeist, keine polemische Verwendung); in Puchta, Rezension Zimmern, 1826, S. 295, spricht er vom »römischen Volksgeist«; dies hat, leider selten bemerkt, erstmals Bohnert, Puchta, 1975, S. 47, festgestellt.

313 Vgl. etwa J. Schröder, Savignys Spezialistendogma, 1976, S. 24 Anm. 5; Rückert, Reyscher, 1974, S. 338, der die Zusammenhänge mit Gans aber vermutet.

314 S. 3 u. ö.

315 Der Charakter der »savignyschen Schule« bestehe »in der Erkenntnis des Rechts als eines Theils des Volkslebens, wornach denn das Recht als dem Volk angehörig, mit ihm entstanden und bis auf den jetzigen Standpunkt herangebildet erscheint, in einem nothwendigen inneren Zusammenhang der Gegenwart mit der Vergangenheit«, so Puchta, Encyclopädie, 1825, S. 68. Insbesondere die hegelsche Begriffsverwendung übernahm Puchta später offensichtlich nicht. Für Hegel war das Volk nur als Staat wirklicher Volksgeist, nur als ein Staat hatte es auch eine eigene Geschichte, vgl. Siep, Vernunftrecht und Rechtsgeschichte, 1997, S. 20; Bohnert, Puchta, 1975, S. 74 f., 79.

316 Savigny hatte bereits 1809 vom »Nationalgeist« gesprochen, Brief an Feuerbach, vgl. Kadel, Einleitung in: P. J. A. Feuerbach, F. C. von Savigny. Zwölf Stücke aus dem Briefwechsel, 1990; D. Nörr, Savignys philosophische Lehrjahre, 1996, S. 286.

317 Einen Versuch die Volksgeistlehre konkret aus ihrem Rechtsquellenkontext heraus zu beleuchten, bietet die erhellende Studie von J. Schröder, Zur Vorgeschichte der Volksgeistlehre, 1992, S. 1 ff.

318 Vgl. näher seine Auseinandersetzung mit den Kantianern unten S. 232 ff.

319 Puchta, Encyclopädie, 1825, S. 20 ff., Gewohnheitsrecht I, 1828, S. 78 ff., 143 ff.

https://doi.org/10.5771/9783465133278-113 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

recht), Gesetzgebung (»promulgiertes Recht«) und Wissenschaft (»Juristenrecht«).[320] »Von diesen Formen der Entstehung sind zu unterscheiden die Erkenntnismittel oder Erkenntnisquellen des Rechts.«[321] Bei diesen nahm Puchtas Methode ihren Ausgangspunkt. Sein Blick richtete sich für ein Gewohnheitsrecht auf das Zeugnis der Sitte Kundiger, auf Weistümer oder andere Rechtsaufzeichnungen über das Bestehen einer Sitte.[322] Während beim Gesetz die Urkunde einziges äußeres Merkmal war, lagen für das Bestehen von Juristenrecht erneut die unterschiedlichsten Erscheinungsformen vor, Puchta verwies auf »Gutachten, sey es Einzelner oder Collegien z. B. von Facultäten, und Urtheile von Gerichten«,[323] inklusive »*consilia, responsa, decisiones* etc.«,[324] also alle »Urkunden über die wirkliche Rechtsanwendung«.[325] Daneben ging es gleichberechtigt um »wissenschaftliche Arbeiten selbst«,[326] also »mündliche oder schriftliche Vorträge von Juristen«,[327] vor allem solcher, »deren Werke allgemeine Anerkennung gefunden haben«.[328] Schließlich galt es, auch sonstige außergesetzliche »Rechtsaufzeichnungen« zu beachten, inklusive der »solennen Sprüche z. B. Parömien«.[329]

Für Juristenrecht im Sinne Puchtas standen diese verschiedenen Erscheinungsformen gleichwertig und nur äußerlich getrennt nebeneinander. Dies mußte erneut Maurenbrecher erfahren. Seine Trennung des Juristenrechts in zwei Unterarten wurde von Puchta mit Polemik quittiert.[330] Maurenbrecher hatte in seinem Vortrag zwischen der universitären Theorie und der gerichtlichen Praxis unterschieden, also zwischen dem Professor und dem forensisch tätigen Juristen. Um nun den Einfluß der *communis opinio* auf die Gerichtspraxis zu rechtfertigen, hatte er auf die gemeinsame universitäre Ausbildung des Praktikers verwiesen, die der Universität auch weiterhin Einfluß verschaffe.[331]

320 Hier nach Puchta, Gewohnheitsrecht I, 1828, S. 78.
321 Hier nach Puchta, Gewohnheitsrecht I, 1828, S. 78.
322 Puchta, Encyclopädie, 1825, S. 24 f.
323 Puchta, Encyclopädie, 1825, S. 23.
324 Puchta, System des gemeinen Civilrechts, 1832, § 10 Anm. 2).
325 Puchta, System des gemeinen Civilrechts, 1832, § 10 Anm. 2).
326 Puchta, System des gemeinen Civilrechts, 1832, § 10 Anm. 1).
327 Puchta, Encyclopädie, 1825, S. 28.
328 Puchta, System des gemeinen Civilrechts, 1832, § 10 Anm. 1).
329 Puchta, Encyclopädie, 1825, S. 21 f.
330 Puchta, Rez. Maurenbrecher, 1839, S. 734: »Deutlich und zusammenhängend« mag man hier mit »Hoffegut« ausrufen, und der Chor mag einfallen: »o anschauliche Lehre, o ehrenvolles Denkmal!«
331 Maurenbrecher, De auctoritate, 1839, S. 11, sprach insofern, was durch Puchtas Darstellung verzerrt wird, von »uno eodemque fonte«; weitergehend aber dann Maurenbrecher, Lehrbuch, 2. Aufl. 1840, S. 67: Theorie als »Mutter der Praxis und darum bleibende Erzieherin«.

https://doi.org/10.5771/9783465133278-113 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

Keineswegs resultierte für Puchta der Einfluß der Professoren auf die Gerichtspraxis jedoch aus ihrer vorherigen Ausbildungstätigkeit. Nicht diese »äußere« Unterscheidung zählte, sondern nur die »innere« Richtigkeit des Ergebnisses. Die Trennung zwischen Theorie und Praxis sei vielmehr »überall keine vernünftige Unterscheidung«.[332] Puchta hatte diesen Punkt bereits 1826 der Gewohnheitsrechtstheorie Schmidts entgegengehalten, der sich in seiner Schrift ironisch der »Gesetzgebung der Theoretiker« unterworfen hatte.[333] Für Puchta waren dies »Gegensätze des vorigen Jahrhunderts«,[334] die es zu vereinigen galt. Schmidt befinde sich freilich durchaus noch »innerhalb dieses Gegensatzes als eines materiellen«, insofern er einerseits »zu sehr Theoretiker« sei, »um eine lebendige Ansicht von der Rechtsbildung zu haben«, und andererseits »Praktiker im schlechten Sinn, indem seine historischen Kenntnisse sehr unzulänglich sind«.[335]

Das Abstellen auf ein »inneres« Kriterium führte zur Zerstörung jedweder »äußerer« Erkenntnissicherheit. Als Grundprinzip galt: Recht war nur »das Innere, die Rechtsquelle, deren Wirksamkeit in dieser äusseren Quelle sichtbar wird«.[336] Weder die *consuetudo*, noch die Sitte[337] seien Quellen des Rechts, sondern nur die »Formen, in denen es entsteht«.[338] Aus Erkenntnismitteln des Rechts wurden damit für den Juristen lediglich Indizien. Für ein Gewohnheitsrecht waren derartige Indizien[339] neben einer »constanten und gleichförmigen« Übung, vor allem die Vernehmung »kundiger« Zeugen,[340] »glaubwürdige« Aufzeichnungen oder Rechtsparömien, »die im Volke leben«.[341] Ganz sicher seien diese Indizien freilich nicht. Alle diese Zeugnisse seien vielmehr unbeachtlich, wenn »die Nichtexistenz des Rechtssatzes aus anderen Gründen entschieden wäre«.[342]

332 Puchta, Rez. Maurenbrecher, 1839, S. 733.
333 Schmidt, Theorie des Gewohnheitsrechts, 1825, Vorrede.
334 Puchta, Rez. Schmidt, 1826, S. 144 f.
335 Puchta, Rez. Schmidt, 1826, S. 145.
336 Puchta, Rez. Maurenbrecher, 1839, S. 729.
337 Puchta, Gewohnheitsrecht I, 1828, S. 167 ff. (auch zur Abgrenzung zwischen consuetudo und Sitte).
338 Puchta, Gewohnheitsrecht I, 1828, S. 144. Puchtas Benennung von Gesetz, Gewohnheitsrecht und Juristenrecht als »Rechtsquellen« (Puchta, Gewohnheitsrecht I, 1828, S. 144: »Diese Formen heißen Rechtsquellen«) darf über diesen abgeleiteten Charakter des hier nur zum Ausdruck kommenden Rechts nicht hinwegtäuschen. Deutlicher sprach er später von »Erkenntnismitteln« (Puchta, Rez. Maurenbrecher, 1839, S. 729).
339 Puchta, Gewohnheitsrecht II, 1837, S. 24–222.
340 Puchta, Gewohnheitsrecht II, 1837, S. 198.
341 Puchta, Gewohnheitsrecht II, 1837, S. 149.
342 Puchta, Pandekten, 3. Aufl. 1845, S. 19, unter Verweis auf Puchtas Anforderungen an die »Rationabilität« eines Gewohnheitsrechtssatzes, vgl. hierzu näher unten S. 377 ff.

https://doi.org/10.5771/9783465133278-113 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

Das beim Gewohnheitsrecht wirkende Grundprinzip wiederholte sich beim Juristenrecht. Vehement trat Puchta der traditionellen Hochschätzung des Gerichtsgebrauchs und der *communis opinio doctorum* entgegen,[343] die »lediglich einem äußeren, von keinem Gedanken beseelten Factum« Autorität beimesse.[344] Aus den traditionellen Rechtsquellen wurden »freilich nicht schlechthin unfehlbare« Erkenntnisquellen.[345]

Auf Savignys Antithetik von »inneren« und »äußeren« Gründen, von »inneren, stillwirkenden Kräften« und »Willkür«[346] aufbauend, verfolgte Puchta somit jedwede »äußere Autorität«[347] und setzte ihr eine »innere« entgegen. Wie von selbst ergab sich ein hochpolitisches Programm: Indem Puchta das Gewohnheitsrecht vom Volksgeist ableitete, konnte er sich der politisch mißliebigen Ableitung aus dem Tun eines Einzelnen, einer dazu autorisierten Gruppe (Autonomie) oder gar des Volks »im politischen Sinn« entledigen: »Das Volk, welches ein Glied der Verfassung ist, also die Regierten gegenüber den Regenten, eine städtische Gemeinde u.s.f., ist insofern kein natürliches, durch bloße natürliche Elemente zusammengehaltenes Ganzes, sondern ein künstliches, geordnetes, durch den Willen hervorgerufenes.« Konnte das Volk »in der natürlichen Bedeutung … keinen Beschluß fassen, weder ausdrücklich noch stillschweigend«,[348] konnte andererseits »der Staat … , das geordnete Volk, … keine Sitte begründen«.[349]

5. Die systematische und die nationelle Wahrheit des Juristenrechts

Die Stellung des Juristen als Repräsentant des Volksgeists war jedoch nur die eine Seite des Juristenrechts. Puchta hatte Savignys »Vermischung von Gewohnheits- und Juristenrecht« bemängelt, weil nicht lediglich die Gewohnheit wie beim Gewohnheitsrecht Erkenntnisquelle sein sollte, sondern zugleich die wissenschaftliche Wahrheit des Satzes.[350] Juristenrecht bedürfte also eines kunstgerechten Verfahrens, die bloße Gewohnheit konnte es nicht rechtfertigen. Der unmittelbare Einfluß des Volks werde »abgelöst durch die Juristen,

343 Vgl. insbesondere Puchta, Gewohnheitsrecht I, 1828, S. 162 ff.; die Wichtigkeit dieses Punkts wird auch deutlich in Rez. Maurenbrecher, 1839, S. 729.
344 Puchta, Gewohnheitsrecht I, 1828, S. 164.
345 Puchta, Gewohnheitsrecht I, 1828, S. 167.
346 Vgl. die Auswertung des »Beruf« bei Rückert, Reyscher, 1974, S. 206 ff.
347 Puchta, Gewohnheitsrecht I, 1828, S. 216.
348 Schon aus diesem Grund konnte es keine feststehenden Rechtssätze »vor dem Staat«, kein »Naturrecht« geben: erst das im Volk »lebende«, realisierte Recht war »wirklich« (Gewohnheitsrecht I, 1828, S. 143, 142).
349 Puchta, Gewohnheitsrecht I, 1828, S. 151.
350 Vgl. oben S. 174 ff.

https://doi.org/10.5771/9783465133278-113 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

durch welche das, was als Recht vermöge äußerer Autorität, des Gesetzes oder der Sitte galt, auf eine innere Nothwendigkeit zurückgeführt, aus wissenschaftlichen Gründen als System gewußt, und auf diesem Wege weiter fortgebildet wird«.[351] Wie standen diese wissenschaftlichen Anforderungen zum Volksgeist?

Puchta stand vor dem Problem, daß eine Identität zwischen den wissenschaftlichen und den nationellen Anforderungen seinen einheitlichen Wissenschaftsbegriff vernichtet hätte. Es wäre dann zu fragen gewesen, ob die nationelle römische Wissenschaft auf die deutsche Nation ohne Modifikationen übertragbar war. Puchta trennte daher zwischen beiden Aspekten des Juristenrechts. Später vielzitiert wurde folgender Satz des ersten Bandes des Gewohnheitsrechts:

> »Eine juristische Ansicht ist nur dann Recht, wenn sie wissenschaftlich begründet, also wenn sie wahr ist. Um dies zu seyn, muß sie in das System eingefügt, d. h. eben innerlich begründet, und sie muß dem Volksgeist angemessen seyn.«[352]

Die hier betonte Unterscheidung zwischen Volksgeist und Wissenschaft, die Wilhelm dazu verleitete, den »vagen Volksgeist« kurzerhand abzuschütteln, machte bereits Zeitgenossen Puchtas Schwierigkeiten. Auf die Nachfrage des bekennenden »Kantianers« Hugo,[353] was er sich unter einem »natürlichen Repräsentanten« vorzustellen habe, antwortete Puchta am 9.10.1828 brieflich:

> »Insofern das Recht eine gemeinsame Überzeugung, und diese in ihrer ursprünglichen Wirklichkeit eine nationelle ist, ist auch der Gesetzgeber Repräsentant des Volks, aber wenn man natürlich dem künstlichen, oder auch dem durch einen bestimmten Willen hervorgerufenen entgegensetzt, so kann man ihn nicht natürl. Rpr. nennen. So sind auch die Juristen Rpr. des Volks, und zwar
> 1) in Beziehung auf die Rechtskenntnis, natürliche, sie sind die Intelligenzen des Volks. Das haben sie aber mit den vorzugsweise Rechtskundigen überhaupt, deren es zu jeder Zeit geben wird, gemein, mit solchen Personen also, die man noch nicht Juristen nennen kann.
> 2) Insofern aber durch die Wissenschaft, durch die Juristen im eigentlichen Sinne, Recht wirklich erzeugt wird, so kann man nicht sagen, das Volk sey selbst hier durch die Juristen thätig, und sie seyen daher seine natürlichen Repräsentanten. Denn die Thätigkeit, durch welche hier das Recht hervorgebracht wird, ist keine solche, welche eine volksmäßige genannt werden könnte. Sonst wären auch die Mathematiker und Physiker, die Ärzte p.

351 Puchta, Gewohnheitsrecht I, 1828, S. 216.
352 Puchta, Gewohnheitsrecht I, 1828, S. 166.
353 Dieses Bekenntnis Hugos wird von Puchta in eben jenem Brief vom 9.10.1828 angesprochen.

https://doi.org/10.5771/9783465133278-113 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

> natürliche Repräsentanten des Volks w. h. der Volksgeist erzeugte in ihnen die Lehrsätze dieser Wissenschaften. – Also insofern die Juristen natürliche Repräsentanten des Volks sind, bringen sie kein Recht hervor, und insofern sie Recht hervorbringen, sind sie keine natürlichen Repräsentanten des Volks.«[354]

Puchta trennte also scharf zwischen einer »natürlichen« und einer wissenschaftlichen Komponente des Juristenrechts. Die »natürliche« Rechtskenntnis des Juristen bekam dabei, die durch die Gegenüberstellung zur »künstlichen«, willentlichen juristischen Tätigkeit und angesichts der Tatsache, daß auch sonstige Rechtskundige diesen Zugang haben konnten, einen intuitiven Beigeschmack. Die Rechtsfortbildung, die Schaffung neuer Rechtssätze, erschien demgegenüber als willentliches, bewußt-wissenschaftliches Verfahren. Beide waren freilich mit Blick auf die Geltungsfrage nur zusammengehörende Teile eines einheitlichen Verfahrens. Ein Juristenrecht mußte also die eher intuitiv repräsentierende und die künstlich-kognitiv wissenschaftliche Seite des Juristen vereinigen. Die Stelle, auf die Hugos Frage abzielte, lautete im Gewohnheitsrecht:

> »Die wissenschaftliche Thätigkeit aber ist nicht eine nationale; wissenschaftliche Ueberzeugungen sind nicht solche, die der Mensch als Glied eines Volkes, sondern solche, die er als Einzelner hat, also ist hier nicht der Volksgeist das unmittelbar productive … Aber die Rechtswissenschaft hat einen nationalen Gegenstand, sie wird also nur dann Wissenschaft seyn, wenn sie denselben als nationalen, d. h. in seiner Wahrheit behandelt … Die Juristen müssen daher als Repräsentanten des Volks verfahren, wenn sie jenen Einfluß auf das Recht üben wollen.«[355]

Schon 1826 stach Puchtas Rezensent Zimmern das Problem klar ins Auge:

> »Aber wie ist es zu entscheiden, ob eine Juristenmeinung wirklich Nationalität habe?«[356]

Puchtas Antwort:

354 Die Interpretation dieser Stelle ist angesichts der Tatsache, daß Puchta ab 1837 das Erfordernis einer »nationellen Wahrheit« für sein Juristenrecht fallen ließ, zweifelhaft. Hat Puchta hier bereits die spätere Trennung vorweggenommen? Hiergegen spricht jedenfalls, daß Puchta im darauffolgenden Jahr gegenüber Blume weiterhin für ein Juristenrecht forderte, daß »einer Ansicht nicht bloß systematische Wahrheit im allgemeinen, sondern eine historische und nationelle Wahrheit« zukomme, vgl. hierzu sogleich. Der scheinbare Widerspruch des Hugo-Briefs mit dem ersten Band des Gewohnheitsrechts löst sich auf, wenn man zwischen der Klassifikation der beiden juristischen Positionen und den Geltungsbedingungen eines so gefundenen Satzes unterscheidet, wie ich dies in meiner Interpretation tue.

355 Puchta, Gewohnheitsrecht I, 1828, S. 165 f.

356 Zimmern, Rez. Encyclopädie, 1827, S. 22, unter Bezug auf Puchta, Encyclopädie, 1825, S. 29.

https://doi.org/10.5771/9783465133278-113 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

»Die Entscheidung kann nun selbst wieder bloß durch die wissenschaftliche Überzeugung erfolgen, welche sich dann in der wirklichen Anwendung lebendig erweist. Somit kann man weder sagen, daß jeder Einfall eines Juristen Recht sey, da sich selbst bei dem besten juristischen Zustand Unfähige oder Schwächere finden, noch daß zu jener Gültigkeit eine fortwährende Entscheidung nach dem Satze nothwenig sey, denn diese enthielte den Widerspruch, daß der erste, der zweite u.s.w. Richterspruch noch unrechtlich oder nur eventuell rechtlich wäre, sondern nur das läßt sich sagen, daß der Satz in der Überzeugung des Juristenstandes dieses Volkes begründet seyn müsse.«[357]

Auch 1828 beließ es Puchta bei einem Verweis darauf, daß sich eine Rechtsansicht eben als richtig durchsetzen müsse.

»Ein Hülfsmittel dafür ist der Umstand (wenn etwa nicht ein besonderer Grund entgegensteht), daß sie [sc. die juristische Ansicht] sich wirklich geltend gemacht hat, theils in der Überzeugung der Juristen, theils in der Anwendung vor Gericht. Diesen Sinn hat die Autorität der Juristen und der *res judicatae*, der Präjudizien, welche mithin nicht Rechtsquellen, sondern Erkenntnisquellen (freilich nicht schlechthin unfehlbare) eines schon entstandenen Rechts sind.«[358]

Auch Blume leuchtete diese Abgrenzung zwischen dem Gebrauch als Geltungsindiz für Gewohnheitsrecht und Juristenrecht und zugleich dem Beharren zwischen einem scharfen Unterschied zwischen beiden Rechtsentstehungstypen nicht ein. Puchta machte brieflich am 22.5.1829 nochmals seine Position in dieser Frage deutlich.

»1) das Recht, das wir G.R. nennen, entsteht nicht durch den *usus*, sondern es hat eine andere Quelle, der *usus* ist nur seine Erscheinung, umgekehrt entsteht der *usus* durch das Recht, er setzt es schon voraus. Ich glaube nicht, daß Sie hierin diskutieren können. 2) der *usus*, s. *consuetudo*, der Gebrauch ist im allgemeinen eine Erscheinung, ein Organ des Rechts, der nicht auf diese oder jene Art des Rechts beschränkt, G.R., gesetzl. Recht u. Juristenr. erscheint im *usus*, u. der *usus* ist daher eine Erkenntnisquelle für alles Recht. 3) dagegen ist der *usus* eine in der Regel unentbehrliche Erkenntnisqu. für G. R. und J. R., für jenes, weil der *usus* die mittelbare u. nothwendige Aeußerung der gemeins. Volksüberzeugung ist, der Volksgeist wirkt auf d. Bewußtseyn u. letzl. a. Handlungen der Volksglieder; für das J. R. weil eine jurist. Ansicht nur Recht ist, insofern sie wahr ist, diese Wahrheit aber bey der Nationalität des Gegenstandes zugleich eine historische u. nationelle ist, sie muß nach dem bestehenden Recht und nach den historischen Prämissen wahr seyn, ob nun einer Ansicht nicht bloß systematische Wahrheit im allgemeinen, sondern eine historische und nationelle Wahrheit zukommt, dafür gibt die Uebereinstimmung der Juristen u. noch mehr der Gebrauch einer Entscheidung Indiz [? unsichere Lesart], so sicher als sie eben seyn kann.«[359]

357 Puchta, Encyclopädie, 1825, S. 28.
358 Puchta, Gewohnheitsrecht I, 1828, S. 166 f.
359 Brief an Blume vom 22.5.1829.

https://doi.org/10.5771/9783465133278-113 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

Der Gebrauch war also durchweg Erkenntnismittel, niemals aber Geltungsgrund der Rechtssätze, denn so nochmals gegenüber Blume: »Wenn Sie das J. R. zum G. R. hinzunehmen wollen, weil der *usus* auch von ihm eine Erscheinung sey, so müßten Sie auch das promulg. R. zum G. R. nehmen, denn auch dies wären in diesem Sinne G. R. sätze!« Beim Gewohnheitsrecht blieb die Beweiskraft der Gewohnheit am stärksten. Gleichwohl war bereits die erste Betätigung des Rechtssatzes Ausfluß einer Überzeugung, die Gewohnheit war also nur deklaratorisch, nicht konstitutiv. Das Juristenrecht galt also nur kraft wissenschaftlicher und nationeller Wahrheit. Beide Aspekte waren offensichtlich nicht völlig sicher und »äußerlich« feststellbar. Die Geltung wurde durch die Durchsetzung der Ansicht indiziert, aber nicht bewiesen.

Hier wurde nun Puchtas »Einsetzung der Praxis in ihre Rechte als Rechtsquelle«, die er 1828 gegenüber Hugo hervorgehoben hatte, deutlich. Während Gewohnheitsrecht durch eine Gewohnheit, zumeist eine Sitte, sichtbar werde, trete Juristenrecht »theils in der Ueberzeugung der Juristen, theils in der Anwendung vor Gericht«[360] in Erscheinung. »Deshalb heißt denn auch das Juristenrecht nach der Analogie der Benennung des Gewohnheitsrechts: das Recht der Praxis.«[361] Puchtas Blick war gerichtet auf die »Aussprüche des Richters«,[362] aber auch »Gutachten, sey es Einzelner oder Collegien«[363] und schließlich die sonstige »Tätigkeit der Juristen … theils in mündlichen und schriftlichen Vorträgen«.[364] Hier fand Puchta die »Anknüpfungspuncte«[365] für das »Juristenrecht oder die Praxis«.[366] Es ging also insgesamt um die Tätigkeit der Juristen, freilich nur, soweit sie sich »wirklich geltend gemacht hat«.[367]

Das Zusammenspiel zwischen Volksgeist und System, zwischen wissenschaftlicher und nationeller Wahrheit brachte funktional einerseits Struktur und andererseits Flexibilität. Es blieb durch den Volksgeist immer eine unendliche, lediglich indiziengestützte Annäherung an die »innere Wahrheit«, so sicher als eine solche eben seyn kann«. Das Abstellen auf die »innere Wahrheit« band die juristische Tätigkeit an ein übergeordnetes Recht, welches im Volksgeist entstand und nur in der Explikation zum Vorschein kam: »Sichtbar ist nur das Entstandene selbst.« Das – wie Puchta Maurenbrecher

360 Puchta, Gewohnheitsrecht I, 1828, S. 166.
361 Puchta, Gewohnheitsrecht I, 1828, S. 167.
362 Puchta, Encyclopädie, 1825, S. 21.
363 Puchta, Encyclopädie, 1825, S. 23.
364 Puchta, Encyclopädie, 1825, S. 28.
365 Puchta, Encyclopädie, 1825, S. 23.
366 Puchta, Encyclopädie, 1825, S. 27.
367 Puchta, Gewohnheitsrecht I, 1828, S. 166.

https://doi.org/10.5771/9783465133278-113 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

teilweise unterstellte[368] – Zuweisen einer Rechtsfortbildungszuständigkeit an die Juristen war dies nicht. An den Volksgeist blieben alle gebunden, vor allem gleichermaßen das Juristen- und das Gewohnheitsrecht. Auch die Gesetzgebung sollte als »Organ des allgemeinen Willens« diesen erkennen und umsetzen.[369] Die Darstellung der Gesetzgebungsgewalt als abgeleitet blieb politische Aussage genug, ein materielles[370] Prüfungsrecht der Justiz erschien Puchta dagegen zu weitgehend. Auch das Juristenrecht mußte als Ausfluß des Volksgeistes gefunden werden. War auch hier die Übung, wenn auch nicht in der Sitte, sondern in juristischen Handlungen Geltungsindiz, so unterschied sich das Juristenrecht vom Gewohnheitsrecht doch durch das zusätzliche Erfordernis der Wissenschaftlichkeit. Dies war Puchtas Klärung gegenüber dem unklaren Sprachgebrauch Savignys 1814.

Mit der Anbindung des Juristenrechts an den Volksgeist und der hier anknüpfenden Stellung des Juristen als Repräsentant war zugleich der Lebensbezug des Juristenrechts konstruiert. Dieser Anspruch wurde 1826 in Puchtas Auseinandersetzung mit Karl Schildener deutlich. Schildener bezeichnete das deutsche Recht als ein »lebendiges Recht in Zuständen (nicht Begriffen)«.[371] Die bisherige wissenschaftliche Behandlung werde dieser Natur des deutschen Rechts nicht gerecht, »da ja das eigenthümlich lebendige des vaterländischen Rechts durch die Behandlung nach eingelernten wissenschaftlichen Ansichten und Begriffen eines todten Volks zu Grunde gerichtet und sodann in systematischen Formen dieses Volks von neuem todt geboren wird«.[372] In der nachfolgend immer wieder bemühten Antithetik stellte Schildner dem »lebendigen« deutschen somit das römische »Begriffsrecht« entgegen.[373] Er warf »unsre[r] Juristen-Herrschaft … abergläubische Verehrung oder starre Achtung des römischen Buchstabens«[374] vor.

Puchta trat der Bezeichnung des römischen Rechts als ein bloßes »Recht in Begriffen« deutlich entgegen. Auch das in der dritten Periode wissenschaftlich gebildete römische Recht habe nie aufgehört, »ein ›Recht in Zuständen‹ zu seyn, und wir würden durch das Studium der bloßen ›Begriffe‹, ohne uns die

368 Vgl. oben S. 174 ff.
369 Puchta, Gewohnheitsrecht I, 1828, S. 145.
370 Zum formellen Prüfungsrecht, für das Puchta vehement eintrat, vgl. unten Kap. 5 I 5.
371 Schildener, Über die Behandlung des deutschen Rechts als lebendigen Volksrechts, 1827, S. 16.
372 Schildener, Über die Behandlung des deutschen Rechts als lebendigen Volksrechts, 1827, S. 19.
373 Schildener, Über die Behandlung des deutschen Rechts als lebendigen Volksrechts, 1827, S. 22.
374 Schildener, Über die Behandlung des deutschen Rechts als lebendigen Volksrechts, 1827, S. 23.

https://doi.org/10.5771/9783465133278-113 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

Zustände zu vergegenwärtigen, vergebens eine gründliche Kenntniß jenes Rechts uns zu verschaffen suchen«. Rechtshistorische Forschung müsse immer »auf die Zustände sowohl, als auf die Begriffe gerichtet seyn«.[375] Die Untersuchung des geltenden Rechts sei einer gesonderten Untersuchung der »Zustände« dagegen enthoben: »Hier liegen uns die Zustände selbst vor Augen.«[376]

Schildeners Trennung zwischen einer »formal-wissenschaftlichen« Methode der Behandlung des römischen Rechts und einer Behandlung des deutschen Rechts mit Blick auf »practisch gegenwärtige, lebendig daseyende Zustände und Verhältnisse« ging für Puchta gleichermaßen an der Wahrheit vorbei: wie das deutsche, so müsse auch das römische Recht »practisch lebendig, in der bezeichneten Art betrieben werden«.[377] Schon 1825 hatte er in diesem Sinne betont, die Juristen dürften das Recht »weder als ein Product der Willkühr, noch als ein aus einem abstracten hergeleiteten Begriff … behandeln, sondern [hätten] sich eben in jener Eigenschaft [als Repräsentanten] dazu zu verhalten«.[378]

III. Zwischenergebnis

Mit der Lehre vom Gewohnheitsrecht nahm sich Puchta 1824 eines politisch hochbrisanten und vor allem eng an die gerichtliche Praxis gekoppelten Gegenstandes an. Dies folgte bereits daraus, daß die überkommene Gewohnheitsrechtslehre derart unklar und widersprüchlich war, daß den Gerichten immer wieder freie Rechtsfortbildung unter dem Mantel der Umsetzung einer vermeintlichen Volkssitte vorgeworfen wurde. Daneben hatte die Gewohnheitsrechtslehre aber für Puchta eine viel weitergehendere Bedeutung. Dies erschließt sich nicht, wenn man, wie es heute zumeist üblich ist,[379] das Gewohnheitsrecht auf eine außergerichtliche Sitte zurückführt und den Gerichtsgebrauch davon trennt. Puchta ließ gegenüber Gans keinen Zweifel daran, daß besonders im gemeinen römischen Recht und damit in seinem

375 Puchta, Rez. Schildener, 1829, S. 15.
376 Puchta, Rez. Schildener, 1829, S. 15.
377 Schildener, zitiert bei Puchta, Rez. Schildener, 1829, S. 17.
378 Puchta, Encyclopädie, 1825, S. 68.
379 Einflußreich für die scharfe Trennung zwischen Gewohnheitsrecht und Richterrecht Esser, Richterrecht, Gerichtsgebrauch und Gewohnheitsrecht, 1967, S. 95 ff., 121 f.; ders., Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung, Frankfurt 1970, S. 192; Flume, Gewohnheitsrecht und römisches Recht I, 1975, S. 30 ff.; hierzu Jakobs, Die Begründung der geschichtlichen Rechtswissenschaft, 1992, S. 15 ff.; ältere Literatur bei Tomuschat, Verfassungsgewohnheitsrecht?, 1972, S. 52 mit Anm. 34.

https://doi.org/10.5771/9783465133278-113 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

eigenen Arbeitsfeld, die Volkssitte keinen nennenswerten Einfluß hatte. Insofern hatte er Savigny also nicht fehlinterpretiert.[380] Noch deutlicher als dieser, der im »Beruf« undeutlich die juristische Tätigkeit wiederholt als Gewohnheitsrecht bezeichnet hatte, kam es Puchta in seiner Neubearbeitung der Gewohnheitsrechtslehre entscheidend darauf an, daß gerade im gemeinen römischen Recht ein Gewohnheitsrecht im überkommenen Sinne nicht existierte. Dies galt bereits für die sowieso marginale Rechtssetzung durch Volkssitte. Indem Puchta den Volksgeist nicht empirisch, sondern »philosophisch«-metaphysisch verstand, konnte die gelebte Übung Recht nicht mehr setzen. Mit dem Volksgeist band Puchta das klassische Gewohnheitsrecht nicht an das Volk, sondern an das Recht. Die Übung im Volk wurde von der Rechtsquelle zur Erscheinung, zum unsicheren Indiz.

Im gemeinen römischen Recht wurde dieser Punkt noch wichtiger. Hier war Puchtas Blick auf den Gerichtsgebrauch und abgeschwächt auf die Autorität der *doctores* gerichtet. Nach weit verbreiteter Lesart war damit dieser ganze Rechtskreis Gewohnheitsrecht. Auch Savignys unklare Äußerungen von 1814 ließen eine derartige Deutung zu. Sein gerade methodisch orientiertes Reformprojekt wies freilich in eine andere Richtung, die Puchta nun ausbuchstabierte. Betrachtete man den *usus fori* und die *communis opinio doctorum* als Unterfall des Gewohnheitsrechts, so blieb für die Feststellung eines solchen, auch nach Puchtas Gewohnheitsrechtslehre, letztlich nur der Blick auf die Erscheinung, die Übung. Auch Savigny hatte betont, daß diese Hochachtung von Präjudiz und Autorität maßgeblich für den schlechten Zustand des Rechts verantwortlich zeichne. Puchtas Juristenrecht war Nachvollzug dieser Erkenntnis. Neben der gewohnheitsrechtlichen Position des Juristen als Repräsentant mußte Juristenrecht nach Puchta zugleich den Wissenschaftler widerspiegeln. Damit wurde die Arbeit der Juristen von einem »äußeren« auf ein »inneres« Richtigkeitskriterium gestellt. Es galt nun nicht mehr durch seine Wiederholung, sondern aufgrund seiner wissenschaftlichen Richtigkeit und der Übereinstimmungen mit dem Volkgeist.

Die Reichweite dieser Auskoppelung des Juristenrechts aus dem Gewohnheitsrecht machte besonders Puchtas, ebenfalls an Savigny angelehnte, Deutung der Rezeption deutlich. Indem Puchta die Geltung des gemeinen römischen Rechts durch Juristenrecht legitimierte, unterlag dieser gesamte Bereich den von ihm formulierten wissenschaftlichen und nationellen Anforderungen. Savignys Forderung nach einer methodischen Neuorientierung war damit Teil der Rechtsquellenlehre, das gemeine römische Recht unterlag in seiner Geltung den Anforderungen der Wissenschaft. Damit stand ein Konzept bereit,

380 Vgl. den Erklärungsansatz von Jakobs, oben I 1.

https://doi.org/10.5771/9783465133278-113 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

mit dem die seit längerem in ihrer Willkür kritisierte Rechtspraxis rationalisiert und damit überprüfbar gemacht werden konnte.

IV. Methode des Juristenrechts

Puchta hatte das Juristenrecht mit der Gegenüberstellung von Volksgeist und Wissenschaft einer schwierigen Doppelung ausgesetzt. Als Indiz hatte er die Durchsetzung einer Ansicht, also ihre praktische Wirksamkeit genannt. Wie aber sollte ein Jurist auf der Suche nach einem Juristenrecht, das dieses Indiz ja naturgemäß noch nicht bieten konnte, verfahren, wie also sollte er *ex ante* die Voraussetzungen für ein Juristenrecht schaffen? Die Rechtsproduktion, so hatte er gegenüber Hugo betont, sei ein willentlich-wissenschaftliches Verfahren. Hatte der Jurist dabei aber das »nationelle« seines Gegenstandes nicht im Blick, so stand zu befürchten, daß eine spätere Durchsetzung der Juristenmeinung scheiterte. Auch die nationelle Seite mußte also in der Rechtsproduktion irgendwie mitgedacht werden. Damit stellt sich die Frage nach der Methode des Juristenrechts. Eine Vorstellung der für Puchta richtigen Methode vermittelt zunächst ein Beitrag des von ihm bewunderten Johann Christian Hasse aus dem Jahr 1827.

1. Annäherung: Der »wieder und wieder« gelesene Beitrag Johann Christian Hasses

Im ersten Heft des Rheinischen Museums erschien ein Beitrag von Johann Christian Hasse[381] zur umstrittenen Frage der obligatorischen Bestellung von Servituten. Diesen Beitrag des späteren Freundes und wohl eigentlichen Vaters des Rheinischen Museums,[382] den Puchta nach eigenem Bekunden »wieder und wieder« gelesen hatte, stellte er als »meisterhaft«[383] und besten Beitrag des Hefts heraus. In der Folge entwickelte sich Hasse mehr und mehr neben Savigny zur Leitfigur Puchtas.[384]

381 Zu Hasses Biographie Polley, Art. Hasse, 1982, S. 121 ff.; Teichmann, Art. Hasse, in: ADB 10, S. 759; danach Landsberg, GDR 3.2., 1910, Noten, S. 118; knapp Kleinheyer/Schröder, Deutsche und Europäische Juristen, 4. Aufl., S. 482.

382 Vgl. Landsberg, GDR 3.2., 1910, S. 289 f.; ders., Zur Geschichte der zivilistischen Professuren im ersten Jahrhundert der Universität Bonn, 1923, S. 9 ff., 16.

383 Puchta, Rez. Rheinisches Museum, 1827, S. 133.

384 Puchta war mit Hasse, den er bereits seit 1821 kannte (vgl. oben Kap. 1 III 1), seit 1827 eng befreundet und in ständigem Briefkontakt, vgl. Brief an Savigny vom 27.12.1828. Wiederholt stellte er Hasse auch gegenüber Savigny neben diesem als wichtigstes Leitbild heraus, vgl. etwa Brief an Savigny vom 6.11.1828: »Sie oder Hasse, darauf hoffe ich immer«; ähnlich Brief an Savigny

https://doi.org/10.5771/9783465133278-113 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

Hat man Jherings gegen Puchta gerichteten Vorwurf des »Mumiencultus« im Blick,[385] so leuchtet also nicht unmittelbar ein, wieso Puchta gerade Hasses Beitrag so hoch lobte. Windscheid hob 1862 hervor, daß »nicht alle Vertreter der historischen Schule immer mit gehöriger Bestimmtheit sich zum Bewußtsein gebracht haben, daß die letzte Frage, um welche es sich für uns handelt, nicht die ist, wie das römische Recht zu irgend einer Zeit gewesen ist, sondern die, wie es bei uns heutzutage zur Anwendung zu kommen hat«.[386] Gerade Hasse war für Windscheid hier lobenswerte Ausnahme, seltener Beleg dafür, daß »bereits im Jahre 1827« ein Romanist von »Verirrungen der sogenannten historisch-juristischen Methode« gesprochen habe.[387] Auch Landsberg hob diese besondere Stellung Hasses hervor und betonte, Hasse habe »gerade auf das geführt, was die historische Schule sonst oft programmwidrig vernachlässigt hat, auf die spätere Verbindung beider Rechtsstoffe zum *usus modernus* und auf die Zusammenhänge, die von da wieder zur neueren Landesgesetzgebung, zum preußischen Landrecht wie zum Code Napoleon hinüberführen«.[388]

Die von Hasse bearbeitete Thematik war seit 1823 Gegenstand heftiger Kontroversen.[389] Einen Hinweis von Savigny aufgreifend, hatte sich sein Schüler Schmidtlein erstmals für eine Bestellung von rechtsgewährenden[390] Servituten durch bloßen Vertrag ausgesprochen[391] und damit auf das seit dem

vom 24.3.1829. Sein Tod im Jahr 1830 schien Puchta »comme une bataille«, »da wir noch nicht zu dem Glück, wenn es eins ist, gelangt sind, daß unsere Juristen wie man an den römischen gerühmt hat, fungible Personen wären. Hasse's wissenschaftliche Individualität … wird schwer zu ersetzen seyn«, so in einem Brief an Mohl vom 24.11.1830.

385 Vgl. oben S. 110 f.

386 Windscheid, Pandekten, 1. Aufl., § 10.

387 Windscheid, Pandekten, 1. Aufl., § 10, Anm. 2.

388 Landsberg, GDR 3.2., 1910, S. 289.

389 Nachweise zu dieser Debatte bei Vangerow, Pandekten I, hier nach 6. Aufl. 1851, § 350 Anm. 1; den weiteren Verlauf bis zur Jahrhundertwende schildert Windscheid, Pandekten I, 9. Aufl. 1906, § 212 Anm. 1; im übrigen Kaser I, 1971, S. 443 ff., II, 1975, S. 300, 3 a).

390 Bei negativen Servituten war bereits zuvor auf das Erfordernis der quasitraditio nach h. M. verzichtet worden, vgl. die Darstellung der Debatte bei Heisler, Abhandlung und Untersuchung des Satzes, daß die verneinenden Dienstbarkeiten durch bloße Verträge ohne Uebergabe erlangt werden, 1783; überblicksartig Mühlenbruch, Pandekten II, 8, § 288 mit Anm. 12.

391 Schmidtlein, De servitutibus per pactum constituendis, 1823 (zusammengefaßt in: ders., Über die Errichtung von Servituten durch Vertrag, 1826, S. 145 ff.) im Anschluß an Hinweise Savignys in seinen Vorlesungen und im Besitz, ab der 3. Aufl. 1818, hier zitiert nach der 4. Aufl., 1822, § 45, S. 447 Anm. 1 und S. 454 Anm. 2, vgl. auch ders., System I, 1840, S. 259 Anm. g. System II, 1840, S. 289 f.

https://doi.org/10.5771/9783465133278-113 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

Mittelalter durchweg geforderte Merkmal der *traditio*[392] verzichtet. Schmidtlein hatte damit an überkommenen Grundsätze gerührt. Es ging um die Frage, ob dingliche Rechte überhaupt durch bloßen Vertrag begründet werden können und um die bedeutende Position, die der *traditio* im Umfeld der Lehre vom *titulus* und *modus*[393] zugewachsen war.[394] Der Verteidigung der alten Ansicht durch Zimmern[395] waren Michelsen[396] und erneut Schmidtlein[397] entgegengetreten, als auch Hasse auf Seiten Savignys für die neuere Ansicht Partei ergriff.[398] Der Disput hatte vor allem durch die Wiederentdeckung des Gaius Nahrung erhalten. Aus Gaius II § 31 ergab sich, daß in Provincialgrundstücken in klassischer Zeit Servituten durch ein bloßes *Pactum* oder durch Stipulation bestellt werden konnten, da die traditionellen Verfügungsformen, *in jure cessio* und *mancipatio* auf solche Grundstücke nicht anwendbar waren. Durch den Wegfall dieser Übereignungsformen und des rechtlichen Unterschieds zwischen italischen und Provincialgrundstücken im späteren römischen Recht, stellte sich die Frage nach der Rechtslage im »neuesten«,[399] dem justinianischen Recht. Schmidtlein und Michelsen nahmen an, daß nun die Übereignungsform der früheren Provincialgrundstücke

392 Hier in Form der sog. constitutio, die in einer Einführung des Bestellers in das Grundstück oder in einem Dulden der Ausübung der Dienstbarkeit bestehen konnte. Umfangreiche Nachweise zur traditionellen Sichtweise bei Glück, Pandecten IX, 1808, § 626, S. 65 ff.; zur Ansicht der mittealterlichen Juristen vgl. die Darstellung bei De Luca, Il dottor volgare ovvero il compendio di tutta la legge civile, canonica, feudale e municipale nelle cose più ricevute in pratica I, 1839, Teil 4, cap. I.

393 Knapper Überblick bei Coing, Europäisches Privatrecht I, 1985, S. 302 ff.; zur frühen auf Hugo und Thibaut zurückgehenden Kritik an dieser Lehre Felgentraeger, Von Savignys Einfluß auf die Übereignungslehre, 1927, S. 5 ff.; vor allem spätere Entwicklungen bei Ranieri, Die Lehre der abstrakten Übereigung in der deutschen Zivilrechtswissenschaft des 19. Jahrhunderts, 1977, S. 90 ff.

394 In diesem Sinne noch Thibaut, Pandekten, 8. Aufl. 1834, § 767 mit Anm. (x).

395 Zimmern, Können Servituten durch bloßen Vertrag bestellt werden?, 1824, S. 309 ff.

396 Michelsen, Servituten können durch bloßen Vertrag bestellt werden, 1825, S. 362 ff.

397 Schmidtlein, Über die Errichtung der Servituten durch Vertrag, 1826, S. 145 ff.

398 Hasse, Von der Bestellung der Servituten durch simple Verträge und Stipulationen, 1827, S. 64 ff. Eine genaue, zeitgenössische Darstellung der vertretenen Ansichten bringt Hoffmann, Die Lehre von den Servituten nach Römischem Rechte II, 1843, S. 113 ff.

399 Savigny, Besitz, hier zitiert nach der 4. Aufl., 1822, § 45, S. 447 Anm. 1.

https://doi.org/10.5771/9783465133278-113 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

allgemein für die Begründung der Servitut ausreichend geworden sei,[400] während die von Zimmern vertretene Gegenansicht einen Ersatz durch die *traditio* und eine *poena stipulatio* annahm.[401]

Hasse hielt der bisherigen Debatte nun grundsätzliche Erwägungen entgegen. Ziel seiner Erörterungen sei es nicht, »auf besonders neue Entdeckungen auszugehen«, sondern, »die ganze Untersuchung in ihren Haupttheilen mit practischen Ansichten und Reflexionen in Verbindung zu bringen«. Diese Art zu verfahren sei das sicherste Mittel, »den Verirrungen der so genannten historisch-juristischen Methode vorzubeugen«[402] – hier hatten Windscheid und Landsberg aufgehorcht.[403] Die »historische Behandlung der Rechtswissenschaft« habe in der neuen Zeit einen neuen Umschwung bekommen. Sie habe jedoch »auch ihre eignen Gefahren, die in manchem Versuch der letzten Periode nicht immer glücklich vermieden worden sind«, was, »wenn man diesem nicht zu begegnen wüßte, auch für die Praxis Nachtheil zu fürchten wäre«.[404]

Wie sein hiergegen gerichtetes Programm aussehen sollte, ließ er nicht im unklaren:

> »Aber niemand darf dieß so auffassen, als sey es am rathsamsten, die Rechtsgeschichte von der Dogmatik des geltenden Rechts ganz wieder los zu reißen, und beide ihre eigenen Bahnen wandeln zu lassen … Vielmehr soll man im rechten Sinn einer weisen Leistung, alles aufbieten, was unsre Kräfte gestatten, die verschiedenen Elemente unsers Wissens so geschickt zu mischen, daß weder die Theorie in eine Krämerey mit gelehrten Kleinigkeiten oder in künstliche Systeme ohne ächtes Leben und Wahrheit, bey allem Schein des Geistreichen, oder endlich in ein geistloses Zusammenhäufen vieler einzelnen Dogmen ohne innere Verbindung ausarte, noch die Praxis, aus Scheu vor ernsten Studien immer mehr verderbe und rückschreite, vor welchem Schmach sie gewiß nichts

400 Einzig für die Begründung des erhöhten Schutzes durch die actio publicana sei eine traditio notwendig gewesen, vgl. Schmidtlein, Über die Errichtung der Servituten durch Vertrag, 1826, S. 166 ff.; Michelsen, Servituten können durch bloßen Vertrag bestellt werden, 1825, S. 377 ff.; später auch Savigny, System I, 1840, § 41 Anm. g.

401 Zimmern, Können Servituten durch bloßen Vertrag bestellt werden?, 1824, S. 311.

402 Alles bei Hasse, Von der Bestellung der Servituten, 1827, S. 66; Hervorhebungen im Original.

403 Hasse stand mit dieser Kritik auch im engen Kreis um Savigny freilich nicht allein. Savignys enger Freund Bethmann-Hollweg, Rezension Rudorff I, 1834, S. 206 f., kritisierte besonders eine »einseitige Vorliebe für das älteste Römische Recht« und forderte »mehr das Detail des praktischen Rechts aus sicheren Quellen dogmatisch und zur unmittelbaren Anwendung bereitet«. Rudorffs Versuch in diese Richtung gefiel ihm wie den meisten Kritikern freilich nicht.

404 Hasse, Von der Bestellung der Servituten, 1827, S. 66.

https://doi.org/10.5771/9783465133278-113 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

> bewahren kann, wenn ihr nicht durch Anwendung redlich erforschter Geschichte und ächter Philosophie immer frische Nahrung und junges Leben zugeführt wird.«[405]

Ein Blick in den Gang der Argumentation macht Hasses *Petitum* deutlicher. Zunächst fällt auf, daß Hasse die Untersuchung über die Klassiker und Justinian hinaus durch das Mittelalter und den *Usus modernus* hindurch[406] bis ins geltende, auch partikulare Recht[407] führte. Landsberg sah hierin die »außergewöhnliche Stellung« Hasses im Umfeld Savignys: Er habe durchgeführt, »was die historische Schule sonst oft programmwidrig vernachlässigt hat«.[408] Landsberg, der in seiner Wissenschaftsgeschichte überhaupt die »Richtung auf das praktisch Brauchbare«[409] hervorhob und vor der »Gefährlichkeit des antiquarischen Interesses« warnte,[410] betonte also Hasses Hinwendung zum geltenden, freilich historisch abgeleiteten Recht. Er schob dies dem Einfluß Thibauts auf Hasse zu.[411]

Den Schwerpunkt der hier beleuchteten Abhandlung Hasses trifft diese Einschätzung nicht. Bei allem erkennbaren Willen, die historischen Entwicklungen mit den Problemlagen des geltenden Rechts zu verknüpfen, stand doch das vorjustinianische, klassische römische Recht im Zentrum der Erörterungen Hasses.[412]

Einen besseren Anhaltspunkt für Hasses Vorstellungen bieten insofern seine eigenen methodischen Vorgaben: Es ging demzufolge um die geschickte Mischung der »verschiedenen Elemente unseres Wissens« im »rechten Sinne einer weisen Leistung«.[413] Abzulehnen waren Einseitigkeiten: »Krämerey mit gelehrten Kleinigkeiten«, »künstliche Systeme ohne ächtes Leben und Wahrheit« sowie ein »geistloses Zusammenhäufen vieler einzelner Dogmen ohne tiefere innere Verbindung«.

Der »gelehrten Krämerey« hielt Hasse eine Berücksichtigung der »praktischen Bedürfnisse«[414] entgegen, sei es im antiken, sei es im späteren Recht.

405 Hasse, Von der Bestellung der Servituten, 1827, S. 66 f.
406 Hasse, Von der Bestellung der Servituten, 1827, S. 124 ff.
407 Hasse, Von der Bestellung der Servituten, 1827, S. 126 zum Code Civil, S. 127 zum ALR.
408 Landsberg, GDR 3. 2., 1910, S. 289.
409 Landsberg, GDR 3. 2., 1910, S. 75; hierzu Haferkamp, Ernst Landsberg in Weimar, 1999, S. 300 und passim.
410 Landsberg, GDR 3. 2., 1910, S. 289.
411 Landsberg, GDR 3. 2., 1910, S. 289, unter Verweis auf Hasses Vorrede in seiner Culpa; Noten S. 119.
412 Hasse, Von der Bestellung der Servituten, 1827, S. 75–122.
413 Hasse, Von der Bestellung der Servituten, 1827, S. 67.
414 Vgl. das Auftauchen dieses Terminus bei Hasse, Von der Bestellung der Servituten, 1827, S. 82, 84, 92, 108, 109.

https://doi.org/10.5771/9783465133278-113 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

Dies machte bereits der von Hasse vorgeschaltete Blick auf das »praktische Bedürfnis im allgemeinen«[415] deutlich. Auf dem Boden des römischen Rechts argumentierend, stellte Hasse hier Vor- und Nachteile formloser Servitutbestellung für die Vertragspartner heraus. Dem Vorteil des unkomplizierten Leistungsversprechens hielt Hasse wichtige Nachteile einer formlosen Vereinbarung entgegen, insbesondere unsichere Laufzeit durch Bindung an die Lebensdauer des Verpflichteten, Insolvenzrisiko, mangelnde Drittwirkung. Letzteres könne dazu führen, daß der Verpflichtete einem Schadensersatzanspruch des Berechtigten ausgesetzt würde, wenn ein Dritter die Sache ersäße. »Allen diesen Mängeln und Unbequemlichkeiten ist durch das was wir Dinglichkeit der Rechte nennen, abzuhelfen, und es ist deshalb schwer zu glauben, daß in einer Gegend von bedeutendem Umfang, wo Menschen miteinander in nahe Berührung und Verkehr gekommen sind, diese bei Ueberlassung einzelner Stücke des Eigenthums lange ausbleiben kann.«[416]

Das Gegenbild, die Annahme einer lediglich obligatorischen Wirkung der Servituten, hatte für Hasse im einzelnen etwas »so Ungereimtes, daß es sich zwar wohl künstlich juristisch aber nicht factisch möglich denken läßt«. Die praktischen Wirkungen ihrer Lösung scheinen von denen vergessen worden zu sein, »die so leicht dazu gegriffen haben, obligationes mit servitut-ähnlichem Inhalt gelten zu lassen«.[417]

Hasses Betonung der praktischen Bedürfnisse zog neben den Interessen der Beteiligten vor allem das Zusammenspiel der verschiedenen rechtlichen Regelungen als Argument heran. Dogmatik sollte in ihrem Zusammenspiel betrachtet werden, statt in bloßer wortgetreuer Quellenauslegung zu verharren. Bei genauerer Betrachtung erweist sich, daß die dahinter stehende Systemfrage im Zentrum der Erörterungen Hasses stand. Für »Praxis« zu streiten implizierte auch einen Kampf gegen »künstliche Systeme ohne ächtes Leben und Wahrheit« auf der einen, »geistloses Zusammenhäufen vieler einzelner Dogmen ohne tiefere innere Verbindung« auf der anderen Seite.

Seine Eingangserwägungen des Jahres 1827 brachten hier nur Andeutungen. Wenige Jahre zuvor, 1824, war Hasse diesbezüglich deutlicher geworden und hatte sein »juristisches Glaubensbekenntnis«[418] abgelegt. Auch in seinen

415 Hasse, Von der Bestellung der Servituten, 1827, S. 92.

416 Hasse, Von der Bestellung der Servituten, 1827, S. 70.

417 Hasse, Von der Bestellung der Servituten, 1827, S. 69. Auf der anderen Seite sei offensichtlich, daß es Fälle gebe, in denen es den Parteien gerade darum gehe, die Befugnisse nicht dinglich zuzugestehen. Auch in diesem Fall schütze freilich die Form vor den Auslegungsproblemen: »Läßt man nun Servituten durch bloße Conventio entstehen, so wird Alles dieß … einem zu freien arbitrim der Richter und Interpreten überliefert« (a. a. O., S. 75).

418 Hasse, Das Güterrecht der Ehegatten nach Römischem Recht I, 1824, S. VI.

https://doi.org/10.5771/9783465133278-113 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

Erörterungen zum römischen Güterrecht hatte er es »wirklich auch auf etwas Praktisches«[419] abgesehen, zugleich aber einige »gutgemeinte Worte über die Consequenz«[420] am rechten Platz empfunden. Es schien ihm an der Zeit, »dagegen zu warnen, daß man nicht ein fleißiges Zusammentragen rechtsgeschichtlichen Stoffes oder ein sporadisches Vorarbeiten einzelner Stücke in irgend einer beliebigen Beziehung, ohne fest auf das Ganze gerichteten Blick, schon für ein wissenschaftliches Werk halte«. Die Untersuchung des inneren Zusammenhangs diene keineswegs nur der »Leichtigkeit des Zusammenfassens und Behaltens«, sondern dem »viel höher liegenden Bedürfnis der menschlichen Vernunft selbst«.[421] Es entspreche auch dem Recht der römischen Juristen, bei denen man »ungeachtet ihres lebendigen Eindringens in die Natur des Einzelnen, oder vielmehr eben deswegen, auf eine strenge Folgerichtigkeit, und auf inneres System wo es irgend thunlich ist, rechnen kann«. Wer seine Untersuchung nicht an der Aufdeckung dieses inneren Zusammenhangs ausrichte, möge vielleicht »sich selbst und einigen gutmüthigen Freunden genügen, aber die Wahrheit wird er nicht entdecken«.[422]

Dieses ja weitverbreitete Bekenntnis zu »System« als *Signum* von Wissenschaftlichkeit wurde von einer »kleine[n] Warnung«[423] begleitet. Die Durchdringung der wahren Rechtsverhältnisse im Großen und Kleinen und ihre Verbindung »im Begriff zu einem Ganzen« bedürfe starker Hände, eines großen gediegenen Talents und eines vollkommen gereiften Verstandes, wolle man nicht »aus voreiligem Irrthum eine Wolke statt der Göttin umarmen«.[424]

1827 traten diese Befürchtungen stärker in den Vordergrund. Scharf wandte er sich nun gegen das »Vorurtheil … daß es gegen die Natur der Sache und gegen eine höhere *Ratio iuris* streite, Servituten durch einen bloßen Vertrag entstehen zu lassen«.[425] Ob dies so sei, hinge vielmehr vom »positiven Recht ab«, ein Schluß vom Verbot des Eigentumsübergangs durch bloßen Vertrag auf die Servitutbestellung sei unzulässig.[426] Hasse warnte vor den Folgen vorschneller Regelbildung. Nur weil »man von jenem falschen Postulat, ein dingliches Recht könne nie durch bloßen Vertrag entstehen, ausging«, sei es notwendig geworden, die fragliche Gaiusstelle (2.31) »zu jedem Preise anders zu erklären, als die Worte und der natürliche Zusammenhang es

419 Hasse, Das Güterrecht der Ehegatten nach Römischem Recht I, 1824, S. VI.
420 Hasse, Das Güterrecht der Ehegatten nach Römischem Recht, I, 1824, S. XII.
421 Hasse, Das Güterrecht der Ehegatten nach Römischem Recht, I, 1824, S. XIV.
422 Hasse, Das Güterrecht der Ehegatten nach Römischem Recht, I, 1824, S. XVI.
423 Hasse, Das Güterrecht der Ehegatten nach Römischem Recht, I, 1824, S. VI.
424 Hasse, Das Güterrecht der Ehegatten nach Römischem Recht, I, 1824, S. V.
425 Hasse, Von der Bestellung der Servituten, 1827, S. 92.
426 Hasse, Von der Bestellung der Servituten, 1827, S. 93.

https://doi.org/10.5771/9783465133278-113 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

schlechthin erfordern«.[427] Auch Lücken dürften nicht vorschnell gefüllt werden, so sei es »eine sehr ersprießliche Beschäftigung, sich mit der Errathung der römischen Formeln, wo sie uns nicht gegeben sind, zu beschäftigen, aber die Enträthselung geht nur allmählich von statten, und manches Räthsel wird vielleicht immer ungelöst bleiben«.[428] Anlaß zur Kritik gab Hasse vor allem Schmidtlein, dessen Ansicht er im Ergebnis weitgehend teilte. Dies galt jedoch nicht für dessen These, daß bereits in klassischer Zeit auch an italischen Grundstücken durch bloßen Vertrag eine vom Prätor nachfolgend als dingliches Recht geschützte Servitut bestellt werden konnte.[429] Für Hasse war dies aus allgemeinen Erwägungen zum »Charakter des röm. Rechts« [430] eher unwahrscheinlich, jedenfalls quellenmäßig nicht zu belegen.

Schmidtlein half aus »dieser Verlegenheit … die genaue Betrachtung der juristischen Natur der Servituten«.[431] Da die Servituten nichts anderes seien »als einzelne Stücke des Eigentums«, so sei nichts »nun natürlicher« als zu sagen: »das Schicksal, welches das Ganze (das Eigenthum) gehabt hat, müssen auch die einzelnen Theile (die Servituten) empfunden haben«.[432] Schmidtlein ging folgerichtig zu einer »Geschichte des Eigenthums« über,[433] der nachfolgend die Servituten untergeordnet wurden.[434] Für Schmidtlein war die *in jure cessio*, »für die Einfachheit der frühesten Zeiten … unpassend«, dem durch die Entdeckung der Unterscheidung zwischen beweglichen und unbeweglichen Sachen genährten Bedürfnis entsprungen, für Immobilien, die einer Übergabe nicht zugänglich waren, eine eigenständige Übereignungsform zu finden.[435] Auch für Servituten sei damit die *in jure cessio* die eigentliche Übereignungsform. Aus dem Unterschied zwischen quiritischem und bonitarischem Eigentum folge zugleich eine ebensolche Differenzierung der Servituten. Für bonitarische Servituten komme die civile *in jure cessio* nicht in Betracht. Darum mußte »nothwendig bei dem Entstehen der Servitutes *in bonis* für die Constituierung derselben eine besondere Form gebildet werden. Einfacher und natürlicher ließ sich die nicht finden, als wenn man von der allgemeinen Form der Uebertragung unkörperlicher Bestandteile … hinwegnahm. That

427 Hasse, Von der Bestellung der Servituten, 1827, S. 94.
428 Hasse, Von der Bestellung der Servituten, 1827, S. 100.
429 Hasse, Von der Bestellung der Servituten, 1827, S. 107.
430 Hasse, Von der Bestellung der Servituten, 1827, S. 92 ff.
431 Schmidtlein, Über die Errichtung der Servituten durch Vertrag, 1826, S. 149.
432 Schmidtlein, Über die Errichtung der Servituten durch Vertrag, 1826, S. 149.
433 Schmidtlein, Über die Errichtung der Servituten durch Vertrag, 1826, S. 150–160.
434 Schmidtlein, Über die Errichtung der Servituten durch Vertrag, 1826, S. 160–168.
435 Schmidtlein, Über die Errichtung der Servituten durch Vertrag, 1826, S. 166.

https://doi.org/10.5771/9783465133278-113 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

man dieß, so blieb der bloße Vertrag«[436] – der nach Schmidtlein somit schon zu Gaius Zeiten üblich geworden war.

Für Hasse war bereits der Ausgangspunkt Schmidtleins, die Vorstellung, »als müsste von den abgelösten Stücken nothwendig gelten, was von dem Ganzen« gelte,[437] fragwürdig. Überhaupt habe Schmidtleins Beweisführung »eine gewisse symmetrische Steifheit«: »Solche Constructionen haben das üble, daß sie eine Scheingewißheit gewähren, die, wenn es sich schickt, zuweilen lange die Wahrheit vertreten muß, welche eigentlich die ist, daß von allem dem wenig gewiß ist, wenn sich auch das Gegentheil gerade nicht beweisen läßt.«[438] Hasse schien gerade die »anerkannte Meisterschaft« der römischen Juristen gegen eine derart »todte Symmetrie« zu sprechen, denn »römische Juristen pflegen nur künstlich zu seyn, wo es eben hingehört«.[439]

Genau diese letzten Sätze waren es, die Puchta in seiner Rezension wörtlich hervorhob.[440] An anderer Stelle hatte Puchta bereits direkt Kritik an Schmidtlein geübt: »auf Hypothesen und combinierten Vermuthungen fliege sich's am raschesten«. Die Bahn, an der Schmidtlein hinabgleite, sei an einigen Stellen »etwas lose und morsch«.[441] Eine Schlußbemerkung ließ aufhorchen: Puchta gemahnte den Savigny-Schüler Schmidtlein daran, daß »seine Constructionen weit mehr an eine bekannte sich philosophisch nennende Methode, denn an eine wohlverstandene geschichtliche erinnern«.[442]

Auch in späteren Werken blieb Puchta der Linienführung Hasses in der Frage der Servitutenbestellung treu.[443] Im große Kreise ziehenden Disput um diese Frage entspann sich eine bemerkenswerte Kontroverse mit Vangerow bezüglich der Rechtslage im justinianischen Recht. Vangerow hielt es »nach den Ansichten des röm. Rechts von Verträgen und deren Wirkungen, auf der einen, und von Servituten, auf der andern Seite … für unmöglich…, daß die Römer jemals den bloßen Vertrag für hinreichend zur Begründung der Servitut gehalten haben sollten«.[444] Das klang formal, ja »begriffsjuri-

436 Schmidtlein, Über die Errichtung der Servituten durch Vertrag, 1826, S. 163.
437 Hasse, Von der Bestellung der Servituten, 1827, S. 107.
438 Hasse, Von der Bestellung der Servituten, 1827, S. 106.
439 Hasse, Von der Bestellung der Servituten, 1827, S. 107.
440 Puchta, Rez. Rheinisches Museum, 1827, S. 131.
441 Puchta, Rez. AcP IX: Schmidtlein, Über die Errichtung von Servituten durch Vertrag, 1827, S. 127 ff., S. 289.
442 Puchta, Rez. AcP IX: Schmidtlein, Über die Errichtung von Servituten durch Vertrag, 1827, S. 127 ff., S. 290.
443 Puchta, Pandekten, 3. Aufl. 1845, § 187; Cursus der Institutionen II, 1842, § 256.
444 Vangerow, Pandekten I 1, hier nach 6. Aufl. 1851, § 350 Anm. 1. D) 1).

https://doi.org/10.5771/9783465133278-113 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

stisch«.[445] Puchta entgegnete: »Ich zweifle keinen Augenblick, daß der scharfsinnige Jurist, wenn er diese ›civilistische Unmöglichkeit‹ mit kritischem Auge betrachten will, finden wird, daß sie nichts als ein alter Aberglaube, ein Ueberrest der verschollenen Lehre vom *titulus* und *modus adquirendi*, und eine der Fesseln ist, die dem juristischen Denken den Vorwurf der Unfreiheit zugezogen haben.«[446]

2. Puchtas Methodenprogramm 1825/1828

Vergleicht man Hasses Studie mit den dargelegten Anforderungen Puchtas an ein Juristenrecht, so springen zunächst ähnliche Ziele ins Auge. Hasse wie Puchta stellten neben die wissenschaftlich-systematischen Anforderungen solche nach einer Übereinstimmung mit dem »Leben«. Dieses zweite Erfordernis, bei Puchta in der Stellung des Juristen als Repräsentant des Volksgeistes begründet, zeigte sich in Hasses Studie als Berücksichtigung der (praktischen) »Bedürfnisse«.

Die Übereinstimmungen zwischen Hasse und Puchta beschränkten sich jedoch nicht darauf. Hasse führte 1827 ein Methodenprogramm vor, welches Puchtas eigenen Vorgaben exakt entsprach. Die Eckpunkte dieses Methodenprogramms hießen: »System« und »praktische Bedürfnisse«.

Dem ersten Band des »Gewohnheitsrechts« ist hierzu freilich nichts Näheres zu entnehmen. 1828 schob Puchta nur »einiges aus der Theorie des Juristenrechts, obwohl dieselbe nicht der Gegenstand der Schrift ist«,[447] ein. Seine Erörterungen beschränkten sich dabei auf die Abgrenzung zu traditionell auf Juristen zugeschnittene Typen des ungeschriebenen Rechts, auf Strukturmerkmale seines Juristenrechts und »noch in der Kürze« auf seine praktischen Geltungsanforderungen.[448] Auf die Methode des Juristenrechts, also auf die Wege, die den Juristen zum Volksgeist und zur wissenschaftlichen Wahrheit führen sollten, ging Puchta hier nicht ein. Diesbezüglich war Puchta lediglich 1825 in seiner Enzyklopädie konkreter geworden. Hier hatte er das Methodenprogramm für sein Juristenrecht formuliert:

> »Indem die Masse des bestehenden Rechts als ein organisches Ganzes erkannt und hierdurch erst recht in Besitz genommen wird, müssen sich Seiten finden, wo einem vorhandenen *Bedürfnis* durch Aenderungen abzuhelfen ist … Der Gang der Rechtsbildung wird also hier der seyn. Einem wirklichen *Bedürfnis* entsprechend, werden die Juristen einen Satz annehmen, der als Glied des Systems die formelle Wahrheit erhält. Recht aber ist erst dann vorhanden,

445 Noch Windscheid, Pandekten I, hier nach 9. Aufl. 1906, § 212 Anm. 1, hob die Schwäche dieser formalen Argumentation Vangerows hervor.
446 Puchta, Cursus der Institutionen II, 1842, § 256 Anm. ii).
447 Puchta, Gewohnheitsrecht I, 1828, S. 162.
448 Puchta, Gewohnheitsrecht I, 1828, S. 166.

https://doi.org/10.5771/9783465133278-113 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

> wenn jener Satz in der gemeinsamen Ueberzeugung des Volks begründet ist. Wenn nun das *Bedürfnis* wirklich ein nationales war, und die Annahme und Einfügung dieselbe Eigenschaft hatte, so ist damit in der That die Nothwendigkeit da, die Volksüberzeugung als vorhanden anzunehmen.«[449]

Die Übereinstimmungen mit der bewunderten Arbeit Hasses sind augenfällig. Auch Puchta hatte also bereits vor dem Erscheinen der Arbeit Hasses die Berücksichtigung der »Bedürfnisse« als korrigierendes »nationelles« Merkmal neben den wissenschaftlich-systematischen Anforderungen gefordert. Gegenüber Hugo hatte er 1828 seinen Versuch, der Negatorienklage »eine wissenschaftliche Gestalt zu geben«,[450] als paradigmatisch für sein auf das heutige Recht ausgerichtetes Methodenprogramm bezeichnet. Hier läßt sich somit erstmals Puchtas Juristenrecht »in action« verfolgen.

3. Durchführung in zwei dogmatischen Studien

a) Über die Negatorienklage, 1827

Puchtas Studie zur *actio negatoria* nahm Beweisfragen zum Ausgangspunkt. Mit Heise und Hugo[451] ging Puchta davon aus, daß die *negatoria* nicht an die Anmaßung einer Servitut gebunden war, sondern alle nicht von der *vindicatio* erfaßten Eigentumsverletzungen betraf.[452] Bei der *negatoria* seit jeher umstritten war die Frage, welche Beweise vom petitorisch klagenden Eigentümer zu führen waren.[453] Üblicherweise wurde zwischen dem Eigentumsbeweis und dem Beweis der Freiheit desselben von der angemaßten Servitut unterschieden.[454] Schon 1826 hatte Puchta, möglicherweise einen Hinweis Hu-

449 Puchta, Encyclopädie, 1825, S. 22 f., Hervorhebungen von mir.

450 So sein Bekenntnis gegenüber Hugo, vgl. oben Kap. 1 I.

451 Hugo, Lehrbuch des heutigen römischen Rechts, 1816, S. 312; deutlicher dann Heise, Grundriß, hier nach 3. Aufl. 1819, 2.2. Anm. 14; dagegen vor allem du Roi, Noch einige Bemerkungen über actio in rem und actio in personam, jus in re und obligatio, 1823, S. 298; mit Heise bald jedoch die h. M., hierzu Vangerow, Pandekten, § 353 Anm. 1; sehr klar auch Windscheid, Pandekten, § 198 Anm. 8; zum frühen Verlauf der Debatte näher Witte, Über die Beweislast der actio negatoria, 1856, S. 381 f.; zu den damit verbundenen Quellenproblemen Picker, Der negatorische Beseitigungsanspruch, 1972, S. 61 ff.

452 Zuvor war die actio negatoria auch systematisch, wie in den Digesten, durchweg als Gegenstück zur actio confessoria im Recht der Servituten dargestellt worden; hierzu knapp Picker, Der negatorische Beseitigungsanspruch, 1972, S. 64 f.

453 Überblick bei Glück X, 1808, S. 247 ff.

454 So etwa Kind, Quaestiones forenses, 1792, cap. 64; Berger, Oeconomia II, 1712; Glück, a. a. O., noch Thibaut, Pandekten, 8. Aufl. 1834, § 771 S. 292.

https://doi.org/10.5771/9783465133278-113 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

gos[455] aufgreifend, demgegenüber betont, der Kläger müsse lediglich sein Eigentum beweisen, die *libertas dominii* sei nichts als die Behauptung »einer partialen Verletzung des Eigentums«.[456] In seiner Studie zur Negatorienklage beschäftigte Puchta die damit ins Zentrum rückende Frage, wie der Eigentümer den verbleibenden Beweis seines Eigentumsrechts zu führen hatte. Für den gewöhnlichen derivativen Eigentumserwerb war dieser Beweis streng genommen kaum möglich: »hier hat der Kläger nicht bloß den Successionsact mit seinen Erfordernissen…, sondern auch das Eigenthum dessen, von dem er das seinige ableitet (seines Auctors), zu beweisen, und bey diesem Beweis kann sich dasselbe wiederholen, so daß er auf das Eigenthum des Auctors seines Auctors zurückgehen muß und so weiter fort».[457] Dem *Corpus Juris Civilis* sei, so Puchta,[458] gleichwohl keine Beweiserleichterung zu entnehmen. Dennoch war dem Eigentümer seit der Glosse durch verschiedene Begründungen eine Beweiserleichterung gewährt worden.[459] Diesen Ansichten, die »der Praxis seit dem Mittelalter ihr Daseyn« verdankten,[460] wandte Puchta nun sein Interesse zu. Im Blick hielt er die Argumente für eine Beweiserleichterung nur »soweit sie praktischen Einfluß geäußert haben«.[461] Dies war, wie Puchta wenig später klarstellte, dann anzunehmen, wenn es sich um eine »gemeine Meinung der Juristen« handelte.[462] Aus der Tatsache, daß eine der untersuchten Ansichten zunächst einhellig vertreten wurde und somit »in der damaligen Praxis begründet« gewesen sei, folgte für Puchta schließlich, daß man sie als »einen damals geltenden Rechtssatz ansehen« müsse.[463] Dies galt

455 Hugo, Lehrbuch des heutigen Römischen Rechts, hier nach 5. Aufl. 1816, § 282 mit Anm. 2.

456 Puchta, Rez. Esser, Über die Beweislast bey den Servitutenklagen, 1826, S. 62 f. Die Differenzen resultierten auch aus dem zugrundegelegten Eigentumsbegriff. Während traditionell die Freiheit von Beschränkungen zum Begriffsinhalt erhoben wurde, sah Puchta darin nur eine »Folgerung«, nicht die »Natur« des Eigentums erfaßt, die er in Annäherung an Hegel als »völlige Unterwerfung einer Sache unter den rechtlichen Willen« definierte; auch hierzu die Auseinandersetzung mit Esser, a. a. O., S. 63 ff.; wichtiger Hinweis von Rudorff in Puchta, Vorlesungen, § 172 Anm. 4; zu den Übergängen Hecker, Eigentum als Sachherrschaft, 1990, S. 220 ff.

457 Puchta, Cursus der Institutionen II, § 233, S. 568; Probleme bereitete im klassischem römischen Recht vor allem der ja nur honorarrechtlich geschützte Erwerb vom Nichteigentümer durch Ersitzung, vgl. hierzu Witte, Über die Beweislast bei der actio negatoria, 1856/57.

458 Puchta, Über die Negatorienklage, 1827, S. 151.

459 Einen Überblick vermittelt zeitgenössisch Witte, Über die Beweislast bei der actio negatoria, 1857, S. 157 ff.

460 Puchta, Über die Negatorienklage, 1827, S. 153.

461 Puchta, Über die Negatorienklage, 1827, S. 151.

462 Puchta, Über die Negatorienklage, 1827, S. 159.

463 Puchta, Über die Negatorienklage, 1827, S. 156.

https://doi.org/10.5771/9783465133278-113 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

zunächst für die auf Accursius zurückgehende Eigentumsfiktion zugunsten des besitzenden Klägers.[464] Puchta lobte diese Lösung, da sie aus »aus dem Leben selbst gegriffen« gewesen sei. Es sei »ohne Zweifel billig«, den Besitzer »gegen mögliche Chikanen des Beklagten in Schutz« zu nehmen. Richtig sei auch, daß die [heute als § 1006 BGB geltende] Lösung des Accursius im Gegenzug dem Nichtbesitzenden Eigentümer, der sich der Sache »äußerlich als Fremder« annehme, diese Beweiserleichterung versage.[465] Gleichwohl setzte sich Puchta für das geltende Recht mit dieser Lösung nicht näher auseinander, sondern begnügte sich mit dem Hinweis, daß sich »diese Meinung … unter unseren Juristen ziemlich verloren« habe,[466] der Rechtssatz »durch die neueren Juristen verdrängt« worden sei.[467]

Zu diskutieren blieb damit lediglich eine zweite, noch im 18. Jahrhundert stark vertretene Lösungsvariante. Zunehmend hatte sich bei den Prozessualisten die Ansicht durchgesetzt, daß über sog. Inzidentpunkte ein summarisches Beweisverfahren ausreichend sei. Leyser und andere[468] sahen als Streitgegenstand der negatorischen Klage die Freiheit des Eigentums von der geltend gemachten Beeinträchtigung. Das Eigentum selbst bedürfe als Inzidentpunkt lediglich einer »Bescheinigung« des »präsumtiven« Eigentums, d. h. darüber, »daß der Kläger das Grundstück durch einen solchen Titel, welcher an und für sich geschickt ist, das Eigenthumsrecht zu übertragen, an sich gebracht habe«.[469]

Diese Lösung war für Puchta schon deshalb fehlerhaft, weil nach seiner bereits angedeuteten Ansicht nicht die Freiheit des Eigentums, sondern das

464 Puchta, Über die Negatorienklage, 1827, S. 151 ff.
465 Puchta, Über die Negatorienklage, 1827, S. 162 f. Anm. cc).
466 Puchta, Über die Negatorienklage, 1827, S. 156.
467 Puchta, Über die Negatorienklage, 1827, S. 162.
468 Leyser, Meditationes ad Pandectas II, 1717, Specimem 109, Med. 1 u. 2; Glück, Pandekten X, 1808, § 687, S. 248 Anm. 93, 97–100; zu den prozessualen Zusammenhängen Witte, Über die Beweislast bei der actio negatoria, 1857, S. 135 ff.
469 Glück, Pandekten X, 1808, § 687, S. 247 f. Zugleich bedurfte die Freiheit des Eigentums von einer von beklagter Seite behaupteten Servitut keines klägerischen Beweises, da sie aus dem Eigentumsrecht vermutet wurde. Es bedurfte also nur dann eines vollen Beweises des klagenden Eigentümers, wenn der Beklagte als Besitzer des bestrittenen Rechts seinerseits eine Rechtsvermutung aufzuweisen hatte; die Einzelheiten sollen vorliegend nicht weiter interessieren; zu diesen im einzelnen vielfach bestrittenen Zusammenhängen Witte, Über die Beweislast bei der actio negatoria, 1857, S. 131 ff.; die zahlreiche ältere Literatur erschließt sich am besten über Hufeland, Beiträge zur Berichtigung der positiven Rechtswissenschaften, St. 4, 1802, Nr. 10. Die Frage blieb auch weiterhin umstritten, vgl. Vangerow, Pandekten II, § 353 Anm. 2, vgl. noch Dernburg, Pandekten I, 1894, § 256, 4.

https://doi.org/10.5771/9783465133278-113 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

Eigentumsrecht selbst Gegenstand des dem Eigentümer obliegenden Beweises war. Insofern handelte es sich beim Eigentumsbeweis nicht mehr um einen »Incidentpunkt«, sondern den Beweis der Hauptsache, so daß, auch wenn man der überkommenen Ansicht folgte, ein summarisches Beweisverfahren nicht mehr in Betracht kommen konnte.[470]

Puchta begründete seine abweichende Bestimmung des Streitgegenstands mit Prinzipien des römischen Rechts. Die Gegenansicht verstoße gegen den Grundsatz, daß »ohne Recht keine Klage sich denken läßt«, indem als Grund der *negatoria* mit der Freiheit des Eigentums kein Recht, sondern nur die »negative Eigenschaft eines Rechts« zugrundegelegt werde.[471] Systematisch faßte das Eigentum als zugrundeliegendes Recht die *negatoria* und die *vindicatio* als Schutzformen für Puchta zusammen, was sich nicht denken ließ, wenn man die »Freiheit von Beschränkungen« als Klagegrund der *negatoria* betrachtete.[472] Insofern die herrschende Lehre gegen »Grundsätze« des gemeinen römischen Rechts verstieß, war sie für Puchta schlicht »falsch«.[473] Schon deshalb gelte: »Alles was sie von dem leichteren Beweise sprechen, und wenn auch in den Gerichten noch so oft darnach entscheiden worden ist, muß vielmehr als etwas Willkührliches, Unrechtliches erscheinen, eben weil es mit den bestehenden Rechtsgrundsätzen nicht in Einklang gebracht und somit juristisch durchaus nicht begründet ist.«[474]

Zwei weitere Kritikpunkte bereiteten Puchtas eigenen Standpunkt vor. Zunächst kritisierte Puchta, daß die herrschende Meinung »das meiste der Willkühr des Richters überlasse«.[475] Dies folge daraus, daß der Eigenschaft einer zu beweisenden Tatsache als »Incidentpunkt« nicht zu entnehmen sei,o »wie weit nun der Beweis erleichtert sey, was als Beweis oder Bescheinigung gelten sollte«.[476] War ein Ableitungszusammenhang insofern nicht vorhanden, so führte er in anderer Hinsicht in die Irre. Die Regel, daß bei bloßen »Incidentpunkten« ein summarischer Prozeß hinreichend sei, sei schon deshalb »fehlerhaft«, weil damit auch in Fällen eine Beweiserleichterung gewährt werde, wo es an einem »Bedürfnis eines weniger strengen Beweises« fehle.[477]

470 Puchta, Über die Negatorienklage, 1827, S. 161. Gleiches ergab sich für die zudem angeführte Vorstellung, es gehe beim Eigentumsbeweis nur um eine »Legitimatio ad causam«, vgl. S. 161 f.
471 Puchta, Über die Negatorienklage, 1827, S. 160.
472 Puchta, Über die Negatorienklage, 1827, S. 161.
473 Puchta, Über die Negatorienklage, 1827, S. 163.
474 Puchta, Über die Negatorienklage, 1827, S. 164.
475 Puchta, Über die Negatorienklage, 1827, S. 163.
476 Puchta, Über die Negatorienklage, 1827, S. 163.
477 Puchta, Über die Negatorienklage, 1827, S. 159.

https://doi.org/10.5771/9783465133278-113 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

Puchtas eigener Ansatz nahm denn auch keine Grundsätze, sondern ein »praktisches Bedürfnis« zum Ausgangspunkt.

> »In der That scheint uns ein natürliches Gefühl der Billigkeit, welchem der Jurist bey der Ausbildung unbestimmter Punkte das Gehör nicht versagen darf, zu vermögen, dem Kläger hier, wo das Verneinen des Beklagten so leicht bloß Chikane seyn kann, die Möglichkeit eines leichteren Beweises zu verschaffen … Es ist nun das Geschäft der Juristen, welche nicht über dem Alterthum die Gegenwart vergessen wollen, einem solchen Bedürfnis eine bestimmte juristische Gestalt zu geben und die Forderung der Billigkeit und des nicht juristischen Bewußtseyns durch die Anschließung an das bestehende Rechtssystem zu einem wirklichen Rechtssatz zu erheben.«[478]

Die Divergenz zu den bisherigen Ansichten lag für Puchta also nicht in der Begünstigung der klägerischen Beweislage, sondern in der wissenschaftlichen Begründung. Seinen eigenen Vorgaben zufolge mußte es nun darum gehen, in Ausformung und Umbildung des Rechtssystems und unter Berücksichtigung der vorhandenen Rechtsgrundsätze dem Kläger eine Beweiserleichterung zu verschaffen, die für den Richter sicher ableitbar und anwendbar war, um es nicht weiter nötig zu haben »sich mit einer schwankenden, unbestimmten Wahrscheinlichkeit zu begnügen, und die Norm für die Beweisführung der subjektiven Willkühr des Richters zu überlassen«.[479]

Puchta setzte dieser »ganz willkürliche[n] Praxis«[480] eine eigene Lösung entgegen, die vor allem systematische Zusammenhänge betonte. Indem das Eigentumsrecht nach seiner Ansicht übereinstimmender Streitgegenstand der *vindicatio* wie der *negatoria* war, standen beide Schutzmechanismen ergänzend nebeneinander. Die *negatoria* stand als Abwehr einer teilweisen Eigentumsverletzung neben der *vindicatio*, welche die totale Verletzung des Eigentums betraf. Bei der *rei vindicatio* gewährte nach römischem und gemeinem Recht die *publiciana in rem actio* eine Beweiserleichterung, indem sie den Nachweis einer Ersitzungslage als eigentumsgleich behandelte.[481] Eine Ausdehnung dieses Grundsatzes auf die *actio negatoria* fand sich in den römischen Quellen nach Puchta jedoch nicht. Dies könne daran liegen, daß sich »aus Gründen, die wir nicht kennen, kein solches Bedürfnis geltend gemacht

478 Puchta, Über die Negatorienklage, 1827, S. 163 f.
479 Puchta, Über die Negatorienklage, 1827, S. 166.
480 Puchta, Über die Negatorienklage, 1827, S. 163.
481 Zu diesem Schutz des bonitarischen Eigentümers zeitgenössisch Puchta, Vorlesungen I, 1846, § 173; Cursus der Institutionen II, 1842, § 233; Mühlenbruch, Pandekten II, 1839, § 273 a. E.; Vangerow, Pandekten I 2, 1851, § 335 Anm. 1. Zum klassischen Recht vgl. im übrigen Wubbe, Res aliena pignori data, 1961, 22 ff., 269 ff.; Aphaty, Die publizianische Klage, 1981, S. 13 ff. und passim m. w. N.

https://doi.org/10.5771/9783465133278-113 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

[habe], wie in der neueren Zeit«.[482] Eine Bindung für das neuere Recht schuf dies für Puchta jedoch nicht. Er forderte vielmehr »durch eine solche Ausdehnung, welcher weder die Natur der Sache noch die Stellung, die das Rechtsmittel in unserem Rechtssystem hat, zuwider ist, unseren Bedürfnissen zu genügen und eine *Actio publiciana negatoria* zu gestatten«.[483] Diese Ansicht Puchtas fand in der Folgezeit einhellige Anerkennung.[484]

Da sich ein derartiger Rechtssatz weder in den Quellen noch in der von Puchta hervorgekehrten »Praxis« und den zugrundeliegenden Ansichten der Juristen fand, sah Puchta den Einwand voraus, daß sein Vorschlag auf eine »unzuständige Ausdehnung des Rechts, eine gesetzgeberische Abänderung desselben« hinausliefe.[485] Nach seiner Ansicht war die Ausweitung der *publiciana* jedoch »dem bestehenden Recht keineswegs zuwider«.[486] Er sprach stattdessen von einer »Analogie«, und davon, daß sich in dem bestehenden Recht »Momente« fänden, »welche hier nur in eine neue Form gebracht sind«.[487]

b) Über die *expressa causa*, 1828 (I)

Mit der *exceptio rei judicatae*, also der Einrede der rechtskräftig entschiedenen Sache, nahm sich Puchta eines an der Grenze zum Zivilprozeß angesiedelten Rechtsbehelfs an. Die eher stiefmütterliche Behandlung der Materie in den zeitgenössischen Lehrbüchern schob er darauf, daß diese Lehre durch die Aufspaltung in Zivilrecht und Prozeß »zwischen die zwey Lehrstühle zu sitzen kam«.[488] Im Mittelpunkt der Ausführungen Puchtas stand der von der *exceptio rei judicatae* erfaßte Streitgegenstand bei der *rei vindicatio*. Im

482 Puchta, Über die Negatorienklage, 1827, S. 163.
483 Puchta, Über die Negatorienklage, 1827, S. 165.
484 Mühlenbruch, Pandekten II, 1839, § 292 mit Anm. 21 u. 22; Jhering, Civilistische Abhandlungen, 1844, S. 107 f.; Vangerow, Pandekten I 2, 1851, § 354 Anm; Witte, Über die Beweislast bei der *actio negatoria*, 1857, S. 157 f.; Sintenis, Das practische gemeine Civilrecht I, 1860, S. 527 mit Anm. 61 u. 62; Windscheid, Pandekten I, 9. Aufl. 1906, § 199 Anm. 3; für Johow galt in seinem Vorentwurf der Streit um den Beweis bei der actio negatoria bereits im Sinne Puchtas als entschieden, vgl. Johow, Entwurf, Sachenrecht, Teil 1, 1880, S. 1116 f., 1126; in den Debatten um die Erstreckung der actio negatoria auf bewegliche Sachen tauchte die Frage der Publiciana nochmals auf. Die Anerkennung ihrer Grundsätze sei »nothwendige Konsequenz der Zulassung der Negatorienklage bei beweglichen Sachen überhaupt«, vgl. Jakobs/Schubert, Beratung, § 1004, S. 855, 858; vgl. bekanntlich jedoch die §§ 1006, 891 BGB.
485 Puchta, Über die Negatorienklage, 1827, S. 165.
486 Puchta, Über die Negatorienklage, 1827, S. 166.
487 Puchta, Über die Negatorienklage, 1827, S. 165.
488 Puchta, Über die expressa causa, 1828, S. 171.

https://doi.org/10.5771/9783465133278-113 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

Gegensatz zu obligatorischen Klageformen galt bei dinglichen Klagen wie der *rei vindicatio* unstreitig der Grundsatz, daß die *exceptio rei judicatae* alle Erwerbsgründe des Eigentums erfaßte. Im Normalfall war es dem Kläger somit verwehrt, eine nochmalige Klage mit dem Argument anzustrengen, das behauptete Eigentum fuße auf einem anderen, im ersten Prozeß nicht untersuchten Erwerbsgrund, etwa *usucapio* statt *traditio*.[489] Diese Regel fand nach einhelliger Ansicht ihre Ausnahme in dem Fall, daß der Kläger die *rei vindicatio* ausdrücklich auf einen bestimmten Erwerbsgrund gestützt hatte. Eine zweite Klage war für diesen Fall nicht ausgeschlossen.[490] Hiergegen richtete sich Puchta. Dies soll hier zunächst nur in einem kleinen Ausschnitt untersucht werden.[491] Puchta lehnte den von der gemeinen Meinung angenommenen[492] Satz, daß bereits im antiken römischen Recht der Kläger durch einen Formelzusatz den Streitgegenstand seiner Klage auf einen bestimmten Erwerbsgrund beschränken konnte, als nicht quellengemäß ab. Diese, durch den Wortlaut der Stellen kaum gedeckte Auslegung stützte Puchta darauf, daß ansonsten »nicht mehr das Eigenthum, sondern nur eine Erwerbsart« Gegenstand der *rei vindicatio* gewesen wäre.[493]

Heffter, der gegen Puchta kurz darauf die traditionelle Sichtweise in Schutz nahm, fand in dieser Unterscheidung zwischen Klage aus Eigentum und Klage aus Erwerbung »zu viel Feinheit und zu wenig Wahrheit«.[494] Auch Savigny fand diese Erklärung »sehr gezwungen« und noch 1893 bezeichnete Regelsberger Puchtas Ansicht als »sehr gekünstelt«.[495] Obwohl immerhin Vangerow und Sintenis Puchta folgten,[496] konnte sich Puchtas Ansicht für das antike Recht in der Folgezeit nicht durchsetzen.[497] Vor dem dargestellten[498]

489 Vgl. nur Wächter, Handbuch II, 1842, S. 444 m. w. N.
490 Überblick bei Glück, Pandekten III, 1792, § 281, S. 564 ff.
491 Vgl. näher unten S. 251 ff.
492 Auch hierzu nähere Nachweise unten S. 251. ff.
493 Puchta, Über die expressa causa, 1828, S. 182.
494 Heffter, Ueber die causa adiecta s. expressa bei Vindicationen u.s.f., 1829, S. 234.
495 Regelsberger, Pandekten I, 1893, § 197 Anm. 5.
496 Vangerow, Pandekten I 1, hier nach 6. Aufl. 1851, § 173, Anm. V 4); Sintenis, Gemeines Civilrecht I, 1861, § 34 Anm. 46; daneben auch Zimmern, Geschichte des römischen Privatrechts, 1826, S. 152, 422.
497 Gegen Puchta Savigny, System VI, 1847, Beil. 17; ebenso bereits Keller, Über Litiscontestation und Urtheil nach classischem Römischen Recht, 1827, S. 290 f. (hierzu Puchta, a. a. O., S. 176); später Briegleb, Vermischte Abhandlungen, 1868, S. 129 ff.; ihm zustimmend Brinz, Rez. Briegleb, 1868, S. 407 ff.; Windscheid, Pandekten I, 3. Aufl. 1870, § 130 Anm. 6; Hölder, Pandekten, 1891, S. 389 Anm. 7; Regelsberger, Pandekten I, 1893, § 197, II a; Dernburg, Pandekten I, 1894, § 151 Anm. 3.
498 Vgl. oben S. 205 ff.

https://doi.org/10.5771/9783465133278-113 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

Hintergrund der Juristenrechtsproblematik wird deutlich, daß Puchta jedenfalls ein großes Interesse an diesem Auslegungsergebnis hatte. Wenn die *expressa causa*-Klauseln nicht den antiken Quellen zu entnehmen waren, handelte es sich um Juristenrecht und war daher an dessen Geltungsvoraussetzungen zu messen.

Heffters Kritik, Puchtas Differenzierung zwischen Eigentum und Erwerbsgrund sei mehr »fein als wahr«,[499] hielt Puchta entgegen, seine (Puchtas) Argumentation sei »mehr wahr als fein«.[500] Gleichwohl gestand er ein, daß sein »früherer Aufsatz selbst an einigen Stellen bedeutende Mängel« gehabt habe.[501] Nach einleitenden zeitübergreifenden, allerdings an römisch-rechtlichen Strukturen orientierten Überlegungen, untersuchte Puchta zunächst das antike römische Recht und anschließend das geltende gemeine Recht. Mit einer neuen Interpretation zweier Digestenstellen, die an dieser Stelle nicht weiter interessieren soll,[502] verneinte Puchta entgegen der bisherigen Ansicht das Vorkommen derartiger *expressa causa*-Konstellationen im antiken römischen Recht. Wichtig für sein Juristenrecht war ein anderer Punkt. Seine Darlegungen zum »heutigen Recht«[503] basierten auf einer klaren Trennung zwischen antikem und heutigem römischen Recht. Gerade weil das antike Recht s. E. das Problem nicht kannte, mußte der Rechtssatz auf eine andere Rechtsquelle gestützt werden, die Praxis, »die Autorität einer seit dem Mittelalter bis auf heute bestehenden *Communis Opinio*… eine Modification der Regel«.[504] Dabei gelte jedoch:

> »Diese Praxis aber wird jedenfalls nur dann eine Autorität für das jetzige Recht seyn, wenn nach den sonst und unstreitig geltenden Grundsätzen der von ihr behauptete Satz möglich ist, nicht aber, wenn er solchen Principien geradezu widerspricht. Die gemeine Meinung läßt sich eben so wenig vor dem Forum des Systems, als der Zweckmäßigkeit … vertheidigen.«[505]

Hier wurde ein Juristenrecht auf seine Geltung befragt.

Die dargestellte Argumentation mit der Natur der Eigentumsklage erweist sich bei näherer Betrachtung als das »systematische« Argument. Wenn »die gemeine Meinung möglich seyn« solle, so müsse es dem Kläger erlaubt sein, sein *petitum* auf eine bestimmte Erwerbsart zu beschränken. Nur diese habe

499 Heffter, Über die causa adiecta s. expressa bei Vindicationen u. s. f., 1829, S. 234.
500 Puchta, Nachtrag zu Heffter, 1829, S. 197.
501 Puchta, Nachtrag zu Heffter, 1829, S. 191.
502 Zu dieser Frage unten S. 253 f.
503 Puchta, Über die expressa causa, 1828, S. 184 ff.; ders., Nachtrag zu Heffter, 1829, S. 206 ff.
504 Puchta, Über die expressa causa, 1828, S. 183.
505 Puchta, Über die expressa causa, 1828, S. 183.

https://doi.org/10.5771/9783465133278-113 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

dann der Richter zu prüfen, er müsse also nicht entscheiden »ob er Eigenthümer? Sondern: ob für ihn diese Erwerbsart eingetreten sey? Und daß mithin der Richter den Kläger, wenn er ihn abweist, nicht als Nichteigenthümer, sondern nur als Nichtempfänger, oder Nichtusucapienten oder dergl. abweist«.[506] Damit sei die »*Causa remota* (die Erwerbung des Eigenthums) zur *Causa proxima* geworden, und wir hätten somit eine Klage, deren Grund eine einzelne beliebige Erwerbsart wäre«. Hierdurch hätte man »indem man die Ausnahme macht, zugleich keine Ausnahme gemacht; denn eine Ausnahme wäre es nur, wenn die Klage noch immer Eigenthumsklage wäre, was aber, wie gesagt, nicht der Fall ist«.[507]

Diese zunächst zirkuläre Argumentation Puchtas bekam Konturen durch den zweiten Grund gegen das bisherige Juristenrecht, die »Zweckmäßigkeit«, sein Verweis auf die »Bedürfnisse«.[508] War es schon angesichts der Vergünstigungen, welche die bisherige Praxis durch die Zulassung der Klagen *expressa causa* dem Kläger bot, zu erwarten, daß die als Ausnahme gedachte Anführung des Erwerbsgrundes in der Praxis die Regel bilden würde, so wurde die Situation durch Grundsätze des gemeinen Prozeßrechts noch verschärft. Hier hatte sich inzwischen die Regel durchgesetzt, daß bei Geltendmachung der *rei vindicatio* immer der Erwerbsgrund genannt werden müsse, andernfalls die Klage als zu unbestimmt abgewiesen wurde.[509] Verstand man nun jede dieser Klagen als *actio expressa causa*, so durfte jeweils nur ein Erwerbsgrund geprüft werden, jeder andere berechtigte zu einem neuen Prozeß. Es ging also um das Problem der Prozeßverschleppung, denn, so Puchta, »die Billigkeit und Vernunft kann es nicht fordern, einen Kläger zu unterstützen, der sich das Recht vorbehalten möchte, ohne wahrhafte Noth aus einem Processe sechs zu machen, und den Beklagten einer unendlichen Wiederholung desselben Rechtsstreits auszusetzen«.[510] Auf diese Weise drohe

506 Puchta, Über die expressa causa, 1828, S. 183.
507 Puchta, Über die expressa causa, 1828, S. 186.
508 Puchta, Nachtrag Heffter, 1829, S. 204; ders., Über die expressa causa, 1828, S. 183 (»natürliche Bedürfnisse«), 180 (»unabweisliches Bedürfnis«).
509 Hierzu Glück, Pandekten III, § 281; Gönner, Handbuch des Processes II, 1801, S. 244; Buchka, Die Lehre vom Einfluß des Prozesses II, 1847, S. 198 Anm. 7; Wächter, Handbuch, II, 1842, S. 446; man berief sich dabei auf die §§ 34, 37, 41 des Jüngsten Reichsabschieds von 1654.
510 Puchta, Über die expressa causa, 1828, S. 180; Verweis auf S. 183. Ob dieses Argument Puchtas besonders praxisnah war, mag freilich bezweifelt werden. Schon Heffter, (Ueber die causa adiecta s. expressa bei Vindicationen u.s.f., 1829, S. 231) und auch Savigny (System VI, Beilage 17, S. 520) wiesen für das geltende Recht auf das Kostenrisiko hin. Auch Heffters Einwand (a.a.O., S. 230), daß »Niemand um einer Rechtsformel willen genöthigt werde, wenn er eine Vindication anheben will, sich nach allen auch noch so verschiedenartigen

https://doi.org/10.5771/9783465133278-113 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

die »Wohltat der *Exceptio rei judicatae* … bey der Eigenthumsklage fast ganz zu elidiren«.[511] Puchta schlug als Lösung des Problems die Erstreckung der Rechtskraft auf alle, vorgebrachten und nicht vorgebrachten, Erwerbsarten vor. Damit lag das Risiko des Prozeßverlustes freilich stark auf seiten des Klägers, dem es, so Heffter, oft nicht möglich sei, »alle Gründe zu entdecken, oder die nöthigen Beweise dafür zu erlangen, und dennoch kann es dringend nothwendig sein, mit der Vindication ohne Verzug hervorzutreten«.[512] Puchtas Entgegnung machte deutlich, daß das »systematische«, strukturelle und das »praktische«, auch materiale Argument Hand in Hand gingen. Puchta beharrte auf der umfassenden Eigentumsklage als Regel, ohne sich jedoch damit gegen Einzelfallkorrektive zu sperren. Puchta verwies diesbezüglich auf die *in integrum restitutio*, die ein der Seltenheit dieser Fälle besonderer Unbilligkeit »vollkommen angemessenes« Hilfsmittel sei.[513]

Puchtas Ansicht fand freilich auch für das geltende Recht nur wenige Anhänger.[514] Das von ihm aufgeworfene Problem wurde dennoch allseits gesehen. Auch Kierulff[515] sprach sich unter Berufung auf die prozeßrechtliche »Aequitas« als Teil des geltenden gemeinen Prozeßrechts gegen einen Fortbestand der Klagen *expressa causa* aus. Heffter und auch Savigny nahmen jedenfalls Puchtas Argument sehr ernst, die als Ausnahme gedachte Beschränkung des Prozesses auf einen Erwerbsgrund werde in der Praxis ungerechtfertigt zur Regel. Beide widersprachen scharf der bis dahin unangefochten herrschenden Ansicht im gemeinen Prozeß, die Nennung der Erwerbsgründe gehöre zur Zulässigkeit der Klage. Ihr Verweis auf die auf seiten des Beklagten auflaufenden Prozeßkosten nahm zudem der Angst der Prozeßverschleppung einen Teil ihres Schreckens. Windscheid versuchte ebenso die Anwendung der *expressa-causa*-Klausel auf wenige Fälle zu beschränken und forderte eine ausdrückliche Berufung des Klägers auf eine derartige Klausel.[516] Andere beließen es bei einer Berufung auf »die Auffassung der Praxis«,[517] das jahrhundertelange und unwidersprochene Bestehen eines Gewohnheits-

Gründen umzusehen, aus welchen er sein Recht irgend zu gleicher Zeit und nebeneinander ableiten könnte, aus Furcht vor einer künftigen *exceptio rei judicatae*«, lenkte den Blick überzeugend auf die klägerische Perspektive.

511 Puchta, Nachtrag Heffter, 1829, S. 205.

512 Heffter, Ueber die causa adiecta s. expressa bei Vindicationen u.s.f., 1829, S. 230.

513 Puchta, Nachtrag Heffter, 1829, S. 205.

514 Vor allem Sintenis, Gemeines Civilrecht I, 1861, § 34 Anm. 46.

515 Kierulff, Theorie des gemeinen Civilrechts, 1839, S. 257 Anm. *.

516 Windscheid, Pandekten I, 3. Aufl. 1870, § 130, 2.

517 Wetzell, System des ordentlichen Civilprocesses, 1861, § 47, S. 431 und Anm. 60.

https://doi.org/10.5771/9783465133278-113 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

rechts[518] oder verwiesen Puchta barsch auf eine »gehörige Beachtung der Prozeßgrundsätze«.[519]

4. Analyse

a) Herangezogene Quellen

Puchta arbeitete auf dem von ihm neubeschrittenen Gebiet des »heutigen« römischen Rechts. Getreu Savignys Arbeitsprogramm von 1814 untersuchte er dabei dogmenhistorisch einen römischen Rechtssatz »auf dem langen Wege …, welchen jene ursprünglichen Rechte bis zu uns gehen mußten«. Mit Savigny nannte Puchta diese Veränderungen »Modifikationen«.[520] Die römischen Quellen standen also nur am Anfang seiner Untersuchung, die danach in Auseinandersetzung mit Juristenansichten fortschritt. Wichtigster Stoff seiner Untersuchung war also die Interpretation der untersuchten römischen Rechtssätze durch Accursius, Bartolus, Placentinus, Odofredus, Gaill, Besold, Berling, Carpzow, Mevius, Stryk, Fr. Pufendorf, Kind, Klapproth, Berger, Leyser, Glück, Martin, Mittermaier und Savigny.

b) Korrektive Funktion des Juristenrechts

Beide Abhandlungen stimmen darin überein, daß die Lösung des antiken Rechts nicht anzuwenden war. Genauer gesagt: Das Nichtvorkommen der von Puchta gewünschten Rechtssätze im antiken Recht, sei es die für die *negatoria* gewünschte Beweiserleichterung oder die *expressa causa*-Beschränkung des Streitgegenstandes, band nicht. Puchtas Verständnis der Rezeption als Übernahme des römischen Rechts als Juristenrecht ließ es zu, daß von der antiken Rechtslage abweichende Rechtssätze von den Juristen anerkannt wurden. Seiner Rechtsquellenlehre zufolge war Juristenrecht als vollwertige Rechtsquelle auch in der Lage, bereits rezipiertes Recht zu derogieren.[521] In

518 Wächter, Handbuch II, 1842, S. 446.

519 Langenn u. Kori, Erörterungen practischer Rechtsfragen aus dem gemeinen und Sächsischen Civilrechte und Civilprozesse I, 1829, S. 210; hiergegen scharf Puchta, Nachtrag Heffter, 1829, S. 208 f.

520 Savigny, Beruf, 1814, S. 118; Puchta, Über die expressa causa, 1828, S. 183.

521 Vgl. Puchta, Encyclopädie, 1825, S. 29 f., mit der vorsichtigen Einschränkung, daß das Juristenrecht »nicht zu jeder Zeit vorhanden« sei. Zudem seien gesetzgeberische Festlegungen »keiner inneren Prüfung mehr ausgesetzt« – was aber das durch die Juristen rezipierte (vgl. oben I 5) gemeine römische Recht nicht traf. Im System des Gemeinen Civilrechts von 1832 hieß es, S. 9, Anm. zu § 8, schlicht: »Jede Aufhebung eines Rechtssatzes ist auch Entstehung eines neuen, daher nur durch eine Rechtsquelle möglich.« Für den Bereich des gemeinen römischen Rechts fand sich – mit Ausnahme der wenigen gemeinrechtlichen Reichsgesetze – bei Puchta vor 1837 keine Abstufung der Geltungskraft der Rechtsquellen.

https://doi.org/10.5771/9783465133278-113 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

den dargelegten Studien stellte sich diese Frage in der besonderen Form, daß aus Schweigen der antiken Quelle keine Bindung erwuchs.

Für die Geltung eines Rechtssatzes gewann damit der von Puchta herausgestellte *usus* eine stark indizielle Wirkung. Eine Regel, wie die Eigentumsvermutung bei Accursius, die sich »unter unseren Juristen ziemlich verloren« habe, galt nicht mehr und bedurfte schon deshalb keiner näheren Auseinandersetzung.

Raubte also die Nichtanerkennung eines Rechtssatzes diesem die Geltungsvermutung, so galt nicht das Umgekehrte. Ein Satz war nicht deshalb Juristenrecht, weil er anerkannt war. »Diese Praxis aber wird jedenfalls nur dann eine Autorität für das jetzige Recht seyn, wenn nach den sonst und unstreitig geltenden Grundsätzen der von ihr behauptete Satz möglich ist, nicht aber, wenn er solchen Principien geradezu widerspricht. Die gemeine Meinung läßt sich eben so wenig vor dem Forum des Systems, als der Zweckmäßigkeit … vertheidigen.«[522]

Puchtas Umgang mit der »Bescheinigungslösung« machte deutlich, daß ein *usus fori* und eine *communis opinio doctorum* nur indiziellen, nicht rechtsbegründenden Charakter hatten. Damit war hier der Bereich der »inneren Wahrheit« und der Unterschied zwischen Juristen- und Gewohnheitsrecht berührt. Aus zwei Gründen sprach Puchta der herrschenden Ansicht eine Bindung ab. Für das Bestehen eines Rechtssatzes war zunächst erforderlich, daß die vorgeschlagene Lösung mit den »Grundsätzen« des Rechts selbst übereinstimmte. Ein solcher Grundsatz sei: Keine *actio* ohne zugrundeliegendes Recht. Die Streitgegenstandsbestimmung der herrschenden Meinung und alle hiervon abgeleiteten weiteren Rechtssätze mußten folglich falsch sein. Allgemeiner ging es in diesem Punkt darum, daß es nach den Prämissen des Juristenrechts erforderlich war, jedem Regelungsbedürfnis »eine bestimmte juristische Gestalt zu geben und die Forderung der Billigkeit und des nicht juristischen Bewußtseyns durch die Anschließung an das bestehende Rechtssystem zu einem wirklichen Rechtssatz zu erheben«.[523] Auch an anderer Stelle sprach Puchta aus, daß auch ein allseits anerkanntes Institut nicht fortgelten könne, wenn es »etwas schlechthin unjuristisches, dem System widersprechendes und darum verwerfliches« sei.[524]

In umgekehrter Perspektive war ein solcher Grundsatz falsch, aus dem Rechtssätze folgerten, denen nicht ein »praktisches Bedürfnis« zugrundelag. Der Grundsatz, daß bei »Incidentpunkten« ein summarisches Verfahren

522 Puchta, Über die expressa causa, 1828, S. 183.
523 Puchta, Über die Negatorienklage, 1827, S. 163 f.
524 Puchta, Rez. Löhr, Bemerkungen aus der Lehre von den Substitutionen, in Puchta, Rez. AcP IX, 1827, S. 288.

https://doi.org/10.5771/9783465133278-113 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

ausreichend sei, war falsch, weil er auch solchen Klägern eine Beweiserleichterung zusprach, die nicht schutzwürdig waren. Ein Rechtssatz hatte nur dann als Juristenrecht Rechtsquellenstatus, wenn er »System« und »Bedürfnis« gleichermaßen abbildete. Die von Puchta geforderte Doppelung zwischen der den Volksgeist repräsentierenden und der systematisch-wissenschaftlichen Tätigkeit des Juristen hatte in seiner Dogmatik also sehr konkrete Auswirkungen.

c) Produktive Funktion des Juristenrechts

Ein Rechtssatz, der noch im Gebrauch der Praxis war, mußte sich also an den Geltungsvoraussetzungen des Juristenrechts messen und danach korrigieren lassen. Wie die Abhandlungen zeigen, konnte dies dazu führen, daß bestimmte Regelungen nicht mehr galten, oder in anderer Form neu formuliert werden mußten. Daß es möglich war, neue Rechtssätze zu formulieren, rechtfertigte den Status des Juristenrechts als Rechtsquelle. Das Juristenrecht hatte somit eine produktive Seite.

In der »Negatorienklage« konstruierte Puchta mit der *actio publiciana negatoria* eine neue Klageart und somit einen neuen Rechtssatz. Seine Abhandlung zur »*expressa causa*« verabschiedete mit diesem Rechtsinstitut einen gemeinrechtlich anerkannten Rechtssatz. Der hier neue Rechtssatz war die ausnahmslose Erstreckung der Herausgabeklage auf alle Eigentumserwerbsarten. Beide Sätze wurden doppelt begründet. Im gleichen Maße wie die alten Ansichten der »Praxis« den Anforderungen eines Juristenrechts nicht genügten, mußten Puchtas neue Rechtssätze »System« und »Bedürfnis« vereinigen.

aa) »Bedürfnis«

1825 hatte Puchta klargemacht, daß die Konstruktion eines neuen Rechtssatzes bei einem »wirklichen Bedürfnis«[525] seinen Ausgangspunkt nehmen müsse. Die beiden dargelegten Abhandlungen Puchtas zeigten sich von dieser Anforderung durchzogen. Es ging um »natürliche«[526] und »unabweisliche«[527] Bedürfnisse, um die »Forderung der Billigkeit und des nicht juristischen Bewußtseyns«.[528] Für eine solche sprach, daß sie »aus dem Leben gegriffen« und »ohne Zweifel billig« sei.[529] Einem »natürlichen Gefühl der Billigkeit« dürfe »der Jurist bey Ausbildung unbestimmter Puncte das Gehör

525 Puchta, Encyclopädie, 1825, S. 23.
526 Puchta, Über die expressa causa, 1828, S. 180.
527 Puchta, Über die expressa causa, 1828, S. 183.
528 Puchta, Über die Negatorienklage, 1827, S. 164.
529 Puchta, Über die Negatorienklage, 1827, S. 163.

https://doi.org/10.5771/9783465133278-113 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

nicht versagen«.[530] Aus dem natürlichen Gefühl der Billigkeit folgte das Bedürfnis, dem »Kläger hier, wo das Verneinen des Beklagten so leicht bloß Chikane seyn kann, die Möglichkeit eines leichteren Beweises zu verschaffen«.[531] In der Studie zur *expressa causa* widersprach es demgegenüber der »Billigkeit und Vernunft«, »einen Kläger zu unterstützen, der sich das Recht vorbehalten möchte, ohne wahrhafte Noth aus einem Processe sechs zu machen«.[532]

Mit »Bedürfnis« war also keineswegs ein systematisches Bedürfnis gemeint, wodurch im Ergebnis das Juristenrecht doch nur auf seine wissenschaftliche Seite reduziert worden wäre. »Bedürfnis« zielte vielmehr auf die Übereinstimmung mit dem Rechtsbewußtsein des Volkes, welches Puchta scharf von der Wissenschaft getrennt hatte. »Die Juristen müssen daher als Repräsentanten des Volks verfahren, wenn sie jenen Einfluß auf das Recht üben wollen.«[533]

Auch in dieser Hinsicht offenbarte Puchta den genauen Leser der Schriften Savignys. Dieser hatte 1814 das bürgerliche Recht gelobt, »insoferne es das Gefühl und Bewußtseyn des Volkes berührt oder zu berühren fähig ist«. Tadel verdiene demgegenüber das Recht, »wenn es etwas fremdartiges, aus Willkühr entstandenes, das Volk ohne Theilnahme läßt«.[534] Der Jurist als Repräsentant mußte den Kontakt zum »Rechtsbewußtseyn« wahren, denn es galt: »Was so vor unsern Augen von Menschenhänden gemacht ist, wird im Gefühl des Volks stets von demjenigen unterschieden werden, dessen Entstehung nicht eben so sichtbar und handgreiflich ist.«[535] Das Recht kam also, so 1815 gegenüber Gönner, »aus des Volkes Natur, Schicksal, Bedürfnis«.[536] Auch Savigny verwies den Juristen folglich auf eine Beachtung der Bedürfnisse. Ein »oft widerkehrendes Bedürfniß«, meinte er im »Beruf«, mache auch ein »gemeinsames Bewußtseyn des Volkes selbst möglich«.[537] In der Formulierung seines Reformprogramms tauchte dieser Aspekt vor allem in der Beschreibung der »Modifikationen« des römischen Rechts nach der Rezeption auf. Diese seien »theils nach wirklichem volksmäßigen Bedürfniß, theils mehr auf literarische Weise unter den Händen der Juristen« entstanden. Aufgabe der Reform sei es, den »gegenwärtigen Zustand des Rechts allmählich von

530 Puchta, Über die Negatorienklage, 1827, S. 163 f.
531 Puchta, Über die Negatorienklage, 1827, S. 163.
532 Puchta, Über die expressa causa, 1828, S. 180.
533 Puchta, Gewohnheitsrecht I, 1828, S. 165 f.
534 Savigny, Beruf, 1814, S. 43.
535 Savigny, Beruf, 1814, S. 43.
536 Savigny, Rez. Gönner, 1815, S. 141.
537 Savigny, Beruf, 1814, S. 13.

https://doi.org/10.5771/9783465133278-113 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

demjenigen zu reinigen, was durch bloße Unkunde und Dumpfheit literarisch schlechter Zeiten, ohne alles wahrhaft praktische Bedürfnis, hervorgebracht worden ist«.[538] Puchtas Stichworte fielen also an zentralen Stellen des »Berufs«, nochmals an der Feststellung des »Gemeinsame[n]«: Mittel der Reform könnte das Universitätsstudium sein, welches »nicht mit Willkühr ersonnen, sondern durch das Bedürfnis der Nation seit Jahrhunderten bereitet« worden sei.[539] Savignys späterer erneuter Rekurs auf das Gegensatzpaar »Willkühr« vs. »Bedürfnisse« 1840 im »System«[540] zeigte, daß seine Stellungnahmen im »Beruf« für ihn auch in dieser Hinsicht[541] zentrale Bedeutung behielten. Puchtas Ausbau dieser Gedanken zu einem methodischen Konzept setzte somit bewußt auf eine unjuristische, ja – was für das Bild des Begriffsjuristen so gar nicht passen will – auf eine bewußt intuitive Billigkeitswertung. Erst auf dieser, dem Volksgeist zugewendeten Grundlage, baute Puchta den wissenschaftlichen Teil seines Juristenrechts auf. Was wissenschaftliche Konstruktion, Neuschaffung war, konnte sich auf eine Verankerung im Volksgeist berufen, und so war es möglich, daß Puchta in seiner Studie zur Negatorienklage[542] behaupten konnte, die neuen Rechtssätze seien »gewissermaßen kein neues Recht, sondern nur Ausspruch eines gegebenen«.[543] Sie kamen im Juristen zum Vorschein, Rechtsentstehung war, so Puchta 1828, »Bewußtwerdung«: »Ursprünglich ist das Recht ein mehr oder weniger dunkles Gefühl. Dieß geht über in ein Bewußtseyn.«[544]

bb) »System«

Die wissenschaftliche Aufgabe bei einem Juristenrecht bestand nach Puchtas Methodenprogramm von 1825 nun darin, dieses Bedürfnis zu einer Regel zu verdichten, die »als Glied des Systems die formelle Wahrheit erhält«:[545] »Es

538 Savigny, Beruf, 1814, S. 119.
539 Savigny, Beruf, 1814, S. 153.
540 Vgl. Savigny, System I, 1840, S. 90, 93 u. ö. zur praktischen Arbeit der Wissenschaft.
541 Zu den m. E. kaum überzeugenden Versuchen, den »Beruf« im Dienste eines davon abweichenden Gesamtbildes als für Savigny unbedeutende Gelegenheitsschrift abzutun, vgl. die Nachweise bei Caroni, Savigny und die Kodifikation, 1969, S. 99 ff.; Rückert, Savigny, 1984, S. 77, 124 Anm. 574 f., 286 f.; zu den langen Vorarbeiten zudem Akamatsu u. Rückert, Savigny, Politik und Neuere Legislation, 2000, S. XXXII ff.; deutlich für Kontinuität auch Rückert, Code civil, Code Napoléon und Savigny, 2001, S. 172 ff. Für meine Argumentation sind diese Debatten ohne Belang, da für Puchta jedenfalls im »Beruf« der zentrale Orientierungsrahmen vorlag.
542 Vgl. oben unter S. 206 ff.
543 Puchta, Gewohnheitsrecht I, 1828, S. 23.
544 Puchta, Gewohnheitsrecht I, 1828, S. 51 f.
545 Puchta, Encyclopädie, 1825, S. 23.

https://doi.org/10.5771/9783465133278-113 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

ist nun das Geschäft der Juristen, welche nicht über dem Alterthum die Gegenwart vergessen wollen, einem solchen Bedürfnis eine bestimmte juristische Gestalt zu geben und die Forderung der Billigkeit und des nicht juristischen Bewußtseyns durch die Anschließung an das bestehende Rechtssystem zu einem wirklichen Rechtssatz zu erheben.«[546] Wie sollte dies konkret aussehen?

In beiden Abhandlungen erwiesen sich »Prinzipien« als die tragenden Merkmale für Puchtas systematische Einbindung der neuen Rechtssätze. Für die Negatorienklage hieß der »Grundsatz«, das Prinzip, mit welchem er seinen Rechtssatz harmonisierte: »zum Vorhandenseyn einer Klage [ist] zweyerley erforderlich …, erstens ein Recht, das auf diese Weise geltend gemacht werden kann, und zweitens die Verletzung dieses Rechts«.[547] An diesem Prinzip gemessen, mußte der bisher angenommene Streitgegenstand der *negatoria* fallen: »Die Freiheit des Eigenthums kann nämlich schon deswegen nicht Klagegrund seyn, weil sie kein Recht, sondern nur die … Eigenschaft eines Rechts ist.« [548] Damit lag die strukturelle Ähnlichkeit zur *vindicatio* auf der Hand: »so wird man wohl behaupten müssen, daß der Grund der *negatoria* das Eigenthum und nichts weiter ist, wie bey der *Vindicatio*, und das sich beide nicht in dem Klagegrund, sondern nur durch die Verletzung unterscheiden …, ob sie nämlich eine totale oder eine partiale ist«.[549] Bei der Abhandlung zur Klage »*expressa causa*« zog Puchta ebenfalls das Prinzip: Keine *actio* ohne zugrundeliegendes Recht heran. Eine Klage, der nur eine Erwerbsart zugrunde lag, war danach »consequent« ausgeschlossen. Puchtas neuer Rechtssatz war zwanglose Folge der Negation eines alten, während Puchta die *actio publiciana negatoria* eigenständig aus einem Prinzip abgeleitet hatte. Prinzipien waren somit die »Ecksteine«[550] seines Verfahrens.

V. Vertiefung: Zur wissenschaftlichen Seite des Juristenrechts

Entscheidend für die methodische Einordnung dieses Verfahrens ist nun der Weg, auf dem Puchta die hier regierenden Prinzipien finden wollte. Wie sollte der Stoff, von dem er ausging, in den dargestellten Abhandlungen konkret römische Quellen und spätere Modifikationen durch Juristenrecht, auf Prinzipien zurückgeführt werden?

546 Puchta, Über die Negatorienklage, 1827, S. 163 f.
547 Puchta, Über die Negatorienklage, 1827, S. 161.
548 Puchta, Über die Negatorienklage, 1827, S. 160.
549 Puchta, Über die Negatorienklage, 1827, S. 161.
550 Puchta, Rez. Unterholzner, Über die verschiedenen Arten des Eigenthums und die verschiedene Gestaltung der Eigenthumsklagen, in: Puchta, Rez. Rheinisches Museum 1, 1827, S. 136.

https://doi.org/10.5771/9783465133278-113 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

1. Die »Analogie« als Anhaltspunkt des Juristenrechts in den zeitgenössischen Methodendebatten

Sucht man nach allgemeinen Beschreibungen dieses Verfahrens durch Puchta, so finden sich in seinen Lehrbüchern der zwanziger Jahre zumeist bemerkenswert vage Hinweise. Juristenrecht werde bewußt »auf eine innere Weise, durch innere Nothwendigkeit«,[551] als »wahrhaft wissenschaftlich« und »im Geiste des bestehenden Rechts«.[552] Ziel sei die »wirkliche Bildung (nicht bloß Auffassung) des Rechts auf wissenschaftlichem Wege«.[553] Die Wissenschaft orientiere sich am System als der »Gesammtheit der innern Gründe der Erkenntnis«,[554] die Ansicht müsse »in das System eingefügt, d. h. eben innerlich begründet« sein.[555] System sei »die Wissenschaft selbst«.[556]

Zwei versteckte Äußerungen brachten mehr Deutlichkeit: 1825 grenzte er ab: In der üblichen richterlichen Präjudizienbildung, bei welcher man »einen Urtheilsspruch auf einen anderen Fall durch Abstraction von dem Besonderen anwendet«, liege nur der Anfang der »wissenschaftlichen Ergreifung«.[557] Was dies bedeutete, formulierte er in größter Deutlichkeit 1823: Beim wissenschaftlichen Verfahren gehe es darum,

> »sich im einzelnen des höheren Grundsatzes und des Zusammenhangs mit dem Ganzen bewußt zu werden, und von dem aufgefundenen Principe wieder zu den Anwendungen (welche dann wohl durch Consequenz vermehrt werden) herabzusteigen«.[558]

Genau dies hatte er 1827 und 1828 in den dargestellten Studien getan.

Ordnet man diese methodischen Überlegungen Puchtas in den Kontext zeitgenössischer Methodenkonzepte ein, so werden Abhängigkeiten und Besonderheiten deutlich. Puchta vertrat mit dem dargestellten Verfahren einerseits, daß Juristenrecht Rechtsfortbildung, also Rechtsquelle sei. Zugleich behauptete er damit aber keine Erweiterung der formalen Zuständigkeit der Juristen, sondern legitimierte sich durch ein wissenschaftliches Verfahren, demzufolge die Rechtssätze auf Prinzipien zurückführbar waren, aus denen neue Fälle entschieden werden konnten.

In den zwanziger Jahren waren diese Forderungen ungewöhnlich. Noch immer wurde überwiegend über die Interpretationslehre der richterliche Frei-

551 Puchta, Encyclopädie, 1825, S. 27.
552 Puchta, Encyclopädie, 1825, S. 22.
553 Puchta, Encyclopädie, 1825, S. 22.
554 Puchta, Gewohnheitsrecht I, 1828, S. 79.
555 Puchta, Gewohnheitsrecht I, 1828, S. 165.
556 Puchta, Lehrbuch für Institutionen-Vorlesungen, 1829, S. 17.
557 Puchta, Encyclopädie, 1825, S. 22.
558 Puchta, Adversus hostem aeterna auctoritatis, 1823, S. 26 f.

https://doi.org/10.5771/9783465133278-113 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

raum gewährleistet,[559] die Bindung der juristischen Tätigkeit an das Gesetz also betont. Eine andere Entwicklung hatte ein Rechtsinstitut genommen, welches Puchta in der Studie zur Negatoria beiläufig genannt hatte, die Analogie.[560] Seit der Jahrhundertwende mehrten sich die Stimmen, die Analogie nicht mehr als Unterfall der Gesetzesauslegung, sondern als Rechtsfortbildung verstanden.[561] Puchtas Beschreibung der Methode des Juristenrechts als »Princip« und »Consequenz« findet denn auch hier ihre Parallelen. Bei Hufeland korrespondierte ein solchermaßen enger Interpretationsbegriff[562] mit einer Beschreibung der Rechtsfortbildung durch Analogie, die derjenigen Puchtas stark ähnelte. Das Verfahren der Analogie bestehe darin, »daß man von einem einzelnen oder doch untergeordneten Fall zu einer allgemeinen Regel aufsteige, und aus dieser die eben jetzt erforderlichen untergeordneten Sätze ableite«.[563] Mit Blick auf die »allgemeine Regel« betonte Hufeland lediglich, daß es sich dabei nicht um »ausdrücklich vorgeschriebene Rechtsgrundsätze« handele.[564] Nicht das Recht fordere daher

559 Vgl. die Darstellung bei Ogorek, Richterkönig oder Subsumtionsautomat?, 1986, 2. Teil. Ogorek kommt für das gesamte 18. und 19. Jahrhundert zu relativ gleichmäßigen Ergebnissen, vgl. die Zus. S. 168 f.; demgegenüber sieht J. Schröder, Gesetzesauslegung und Gesetzesumgehung, 1985, S. 17 ff., für die erste Hälfte des 19. Jahrhunderts eher Skepsis und nachfolgend dann eher Zustimmung gegenüber relativ freier Gesetzesinterpretation; vgl. ders. Rez. Ogorek, ZNR 1988, S. 234 ff.; ders., Analogie, S. 38 Anm. 175; ders. Recht als Wissenschaft, 2001, S. 225; zur Linie von Vogenauer vgl. unten S. 365, Anm. 52.

560 J. Schröder, Zur Analogie in der juristischen Methodenlehre der frühen Neuzeit, in: ZRG GA 114, 1997, S. 1 ff., 28 ff.; zusammenfassend nun ders., Recht als Wissenschaft, 2001, S. 108 f., 176 ff.; aus der älteren Literatur daneben Steinwenter, Prolegomena zu einer Geschichte der Analogie, 1951, S. 345 ff.; knapp Hammen, Die Bedeutung Friedrich Carl v. Savignys für die allgemeinen dogmatischen Grundlagen des Deutschen Bürgerlichen Gesetzbuches, 1983, S. 45 ff.; Langhein, Analogie, 1992, zu diesem vgl. die treffende
Kritik bei J. Schröder, Analogie, 1997, S. 2 Anm. 4; D. Nörr, Savignys philosophische Lehrjahre, 1994, S. 290 Anm. 30; Raisch, Juristische Methoden, 1995, S. 78 ff.

561 Vgl. für die Übergangsphase die bei J. Schröder, Analogie, 1997, S. 35 ff., Genannten (Feuerbach 1804, Gönner 1804, Zachariae 1805, Schoemann 1806).

562 Hufeland, Geist des Römischen Rechts I, 1815, S. 5: »Sobald aber Bestimmung derjenigen Fälle, auf die das Gesetz sein Absehen nicht richten konnte, so lange man seinen Worten nur irgend treu bleiben und nichts willkührliches hineindichten will, zur Frage kommen soll: sobald hört nach dem Wortsinn jede Auslegung auf«; hierzu bereits J. Schröder, Analogie, 1997, S. 35 f., 43 f.

563 Hufeland, Geist, 1815, S. 184 f.

564 Hufeland, Geist, 1815, S. 184.

https://doi.org/10.5771/9783465133278-113 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

ausdrücklich die Schaffung einer neuen Regel, sondern entweder eine »ganz deutliche Aehnlichkeit der beiden Fälle« oder »der in beiden Fällen gleichförmig anzunehmende Zweck« fordere »die Auffindung des höhern Rechtsgrundes«.[565]

Hufelands Verfahren unterschied sich vom älteren Schluß *a simile* oder *e contrario*[566] dadurch, daß nicht ein ungeregelter Fall nach Ähnlichkeit oder als Gegensatz zu einem geregelten Fall entschieden wurde, sondern eine gemeinsame Grundlage des geregelten und des ungeregelten Falles gesucht wurde, der »höhere Rechtsgrund«. Diese Vorstellung war durchaus nicht neu. Im einzelnen sehr heterogen[567] hatte man bereits im 18. Jahrhundert dazu geneigt, entweder weit gefaßte gesetzliche Bestimmungen als Prinzip zu verstehen,[568] oder aus einzelnen Rechtssätzen deren Prinzipien (unvollständig) zu induzieren und daraus neues Recht abzuleiten.[569] Im 18. Jahrhundert hatte man dieses Verfahren jedoch weiterhin als Gesetzesauslegung verstanden.[570] Dies zeigte sich auch daran, daß man immer noch das Naturrecht zur Lückenfüllung heranzog,[571] also nicht glaubte, durch Analogie zu einem vollständigen Rechtskorpus zu gelangen.

Indem Hufeland die Analogie nun von der Auslegung unterschied, verlangte er nicht mehr, daß dieser Rechtsgrund dem Gesetz wenigstens »*tacite*« zu entnehmen war.[572] Damit wurde die Analogie zur Rechtsquelle. In den

565 Hufeland, Geist, 1815, S. 187.

566 Vgl. hierzu J. Schröder, Analogie, 1997, S. 15 ff. Der Schluß *a simile* war in den zwanziger Jahren noch vielfach anerkannt, vgl. etwa Krug, System der practischen Philosophie, Königsberg 1817, S. 323, »durch Vergleichung solcher Fälle, die das Gesetz unbestimmt gelassen, mit ähnlichen, die es bestimmt hat«; zu Jordan 1825 vgl. oben I 4; Lange, Versuch einer Begründungslehre des Rechts, 1821, § 131.

567 Vgl. Schröders Hinweis auf die Aussage Nettelbladts, es sei leichter »aus einem Bimsstein Wasser zu pressen, als aus vielen Schriftstellern eine genaue Definition«,vgl. J. Schröder, Recht als Wissenschaft, 2001, S. 177.

568 Vgl. J. Schröder, Recht als Wissenschaft, 2001, S. 178 Anm. 453.

569 Als Rechtsanalogie, »*Analogia juris*«, genossen die Versuche im Privatrecht für den allerdings kurzen Zeitraum zwischen Mitte und Ende des 18. Jahrhunderts nach der Ansicht Vieler sogar Rechtsquellenstatus, vgl. die Nachweise bei Schröder, Recht als Wissenschaft, 2001, S. 108 Anm. 76.

570 Zu den damit einhergehenden wissenschaftstheoretischen Prämissen vgl. J. Schröder, Recht als Wissenschaft, 2001, S. 178 f.

571 J. Schröder, Analogie, 1997, S. 31 f., mit Beispielen und überzeugend gegen Steinwenters Zusammenwerfen der Analogie (aus dem positiven Stoff) mit naturrechtlichen Systemvorstellungen.

572 Die Argumentation mit dem Grund, der *ratio* eines Gesetzes war natürlich viel älter, vgl. nur J. Schröder, Recht als Wissenschaft, 2001, S. 61 ff. Neu war, daß man den Grund des Gesetzes vom Willen des Gesetzgebers und damit auch von der Auslegung abkoppelte.

https://doi.org/10.5771/9783465133278-113 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

zwanziger Jahren gewann diese Vorstellung langsam an Boden.[573] Schweppe[574] gestattete 1819, nach dem »Grunde des Gesetzes« Fälle unter das Gesetz zu subsumieren oder auch »davon auszuschließen«. Hierfür sei es »gleichgültig…, ob der Gesetzgeber an das Resulthat derselben dachte«.[575] Unter Berufung auf Hufeland[576] meinte Wening-Ingenheim 1827, zur »Ergänzung der Unvollkommenheit der Gesetze und zur Entscheidung bei fehlenden Bestimmungen« sei als Analogie die »Ausdehnung auf Gleichheit der völlig gewissen *ratio legis*« gestattet, worunter »Zweck und Rechtsgrund« fielen.[577]

Auf ganz anderem philosophischem Boden formulierte Ähnliches im gleichen Jahr Eduard Gans. Für ihn war Analogie »Erweiterung des Gesetzes aus sich selbst« und von der »erweiternden Interpretation« klar zu trennen.[578] Das Gesetz sei »wesentlich die Allgemeinheit für eine ganze Welt von Besonderheiten«. Als solches erstrecke es sich auch auf »nicht abgehandelte Besonderheiten«. Um diese »zu Gesetz zu erheben«, ermögliche es die analoge Anwendung, »theils die genannten Besonderheiten in ihrer wahren Allgemeinheit zu fassen, theils den Rechtsprincipien erst ihre Einbildung in das Einzelne zu verschaffen«.[579] Erweitert würden dabei nicht die »schon gegebenen Thatsachen des Gesetzes«, sondern der »Grund des Gesetzes«,[580] und zwar über die »gegebene Bestimmtheit hinaus«.[581] Deutlicher als Hufeland hatte Gans dabei die moderne Gesetzgebung im Blick und die Gefahr, daß

573 Auf dem älteren Standpunkt, Analogie als Unterfall der Gesetzesinterpretation, beharrten aber immerhin Thibaut, Pandekten, 8. Aufl. 1834, § 51, in Beibehaltung seiner Thesen in ders., Theorie der logischen Auslegung, hier nach 2. Aufl. 1806, S. 118; zu Thibauts Analogie-Verständnis Steinwenter, Analogie, 1951, S. 360 f.; J. Schröder, Analogie, 1997, S. 22, 38; wie Thibaut auch Mühlenbruch, Doctrina Pandectarum I, 1827, § 64, der weiterhin auf den Willen des Gesetzgebers abstellte; eingehend und ebenfalls für bloße Auslegung Müller, Ueber die Natur des Gerichtsgebrauchs und dessen Gesetzeskraft, 1833, S. 197 ff., 200 f. (der enger als Jordans Ähnlichkeitsschluß auf der eindeutigen *ratio legis* beharrt); ebenso wohl auch Lange, Begründungslehre, 1821, § 135, der von einer »Erweiterung« sprach, in der Sache aber viel Spielraum gewährte; Clossius, Hermeneutik, 1829, § 34 (»besondere Art der logischen Auslegung«).

574 Schweppe, Das Römische Privatrecht, 2. Aufl. 1819, § 16.

575 Die Analogie bestimmte er weitergehend als »jede Erweiterung des Gesetzes, nicht bloß nach dem Grunde«.

576 Im Ergebnis aber wohl enger als dieser.

577 Wening-Ingenheim, Lehrbuch I, 3. Aufl. 1827, § 19.

578 Gans, System des Römischen Civilrechts, 1827, S. 6 f., § 32.

579 Gans, System des Römischen Civilrechts, 1827, S. 180 f.

580 Gans, System des Römischen Civilrechts, 1827, S. 181.

581 Gans, System des Römischen Civilrechts, 1827, S. 6.

https://doi.org/10.5771/9783465133278-113 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

man »einem sonst vorzüglichen Gesetzbuche« ansonsten die »Lebendigkeit« raube.[582]

Während etwa Schweppe und Wening-Ingenheim ihr Verfahren vor dem Vorwurf der Kompetenzanmaßung durch das gemeine Recht zu legitimeren suchten,[583] stützten sich Hufeland und Gans nur noch hilfsweise auf eine Gestattung durch das römische Recht.[584] Hinter diesem gestiegenen Selbstbewußtsein stand eine Aufwertung des Richtigkeitswerts der durch Analogie gefundenen Schlüsse in der zeitgenössischen Logik seit Kant.[585] Hatte man zuvor die Induktion von einem Anwendungsfall auf ein Prinzip vor allem in ihrer Unsicherheit betont und nur als Wahrscheinlichkeitsargument gelten lassen,[586] so ging Kants Verknüpfung von Analogie und Induktion mit der reflektierenden Urteilskraft darüber hinaus.[587] Das menschliche Denken sah sich durch Kants reflektierende Urteilskraft auf die Ordnung des Besonderen unter zu findendes Allgemeines verwiesen. Dies behauptete nicht eine entsprechende Ordnung in der Natur, es war nach Kant aber »eine subjektivnotwendige transzendentale Voraussetzung, daß jene besorgliche Ungleichartigkeit empirischer Gesetze und Heterogenität der Naturformen der Natur nicht zukomme, vielmehr sie sich, durch die Affinität der besonderen Gesetze unter allgemeinere, zu einer Erfahrung, als einem empirischen System, qualifiziere«.[588] Es war damit legitim, die »besonderen Gesetze … unter höhere, obgleich immer noch empirische Gesetze zu bringen«.[589] Fries machte deutlich, daß ein so gebildetes System die Möglichkeit zur wissenschaftlichen Erklärung neuer Phänomene bot: »Durch den ganzen wissenschaftlichen Zusammenhang von dem höchsten Princip herab, ist für jeden einzelnen Fall schon so viel voraus bestimmt, daß der Spielraum wahrscheinlicher Erklärungen durch die übergeordneten heuristischen Maximen sehr eng beschränkt

582 Gans, System des Römischen Civilrechts, 1827, S. 181.
583 Beide ziehen die auf die Glosse zurückweisende gemeinrechtliche Parömie: *ubi readem ratio, ibi eadem legis dispositio* heran; vgl. die Nachweise bei Liebs, Lateinische Rechtsregeln und Rechtssprichwörter, München 1982, S. 211 Nr. 7; vgl. auch die tastenden Legitimationsversuche von Jordan, Über den Gerichtsgebrauch, 1825, S. 225 (es komme auf den Interpretationsbegriff an).
584 Vgl. Hufeland, Geist, 1815, S. 185 f.; Gans, System des Römischen Civilrechts, 1827, S. 7 Anm. 10.
585 Auch hierzu die (mit Bezug auf die juristischen Problemlagen) bisher einzige Auswertung durch J. Schröder, Analogie, 1997, S. 48 ff.
586 Vgl. die Auswertung bei J. Schröder, Analogie, 1997, S. 46 ff.
587 Gegenüber der klassischen Analogie im Sinne des einfachen Vergleichens war Kant demgegenüber skeptisch, vgl. hierzu die Nachweise bei W. Kluxen, Art. Analogie, in: HWPh 1, 1971, Sp. 226.
588 Kant, Einleitung in die Kritik der Urteilskraft. Erste Fassung, in: Werke V, S. 186.
589 Kant, a. a. O., S. 186 f.

https://doi.org/10.5771/9783465133278-113 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

wird.«[590] Es war unter diesen Prämissen möglich, das empirische Gesetz als System zu konstruieren und aus den übergeordneten Prinzipien ungelöste Fälle zu entscheiden. Damit war eine subsidiäre Rechtsordnung wie das Naturrecht entbehrlich. Ob der kantianisierende Hufeland[591] soweit gehen wollte, wird nicht ganz deutlich.

Schon[592] mit Blick auf Puchtas Schulbildung ist es nicht sehr wahrscheinlich, daß hier die Grundlagen für seine Methode des Juristenrechts zu suchen sind. Seine philosophischen Ursprünge verwiesen auf Hegel.[593] Dies verband ihn mit Gans. Gerade der Analogie stand Hegels Logik von 1816 jedoch skeptisch gegenüber.[594] Da für Puchta zweifelhaft ist, ob er Hegels Logik genauer studierte,[595] lohnt ein zusätzlicher Vergleich mit den Puchta im Nürnberger Gymnasium von Hegel vorgetragenen Propädeutika. Dort definierte Hegel die Analogie als Schluß, »daß bei zwei Subjekten, welche ihrer allgemeinen Bestimmung nach dasselbe sind, eine besondere Bestimmung, die dem einen zukommt, auch dem anderen zukomme«. Man schließe hier also »von der allgemeinen Natur auf die besondere Bestimmtheit«.[596] In der Enzyklopädie für die Oberklasse bezeichnete Hegel den Analogieschluß freilich ebenfalls als »mangelhaft«.[597] Unabhängig von Puchtas eigenem Hinweis

590 Fries, Logik, 1811, S. 443; zu diesem Zitat J. Schröder, a. a. O., S. 51.

591 In seinen früheren Schriften hatte Hufeland noch klar mit dem Gegenüber von subsidiär anwendbarem natürlichem und positivem Recht gearbeitet; vgl. den knappen Überblick bei Landsberg, GDR 3.1., 1898, S. 512 f.; 1815 tauchte das Naturrecht in seinen Erörterungen zur Rechtsfortbildung dagegen nicht mehr auf.

592 Genauer zu Puchta und Kant unten S. 232 ff.

593 Vgl. oben S. 127 f.

594 Vgl. Hegel, Wissenschaft der Logik, 1816, Werke VI, S. 387 ff.: Schluß vom Konkreten auf dessen Natur zu einem anderen Konkreten: »Dergleichen Oberflächlichkeit … sollte in der Logik gar nicht angeführt werden«, die von J. Schröder, a. a. O., S. 51 Anm. 241, angenommene Aufwertung der Analogie bei Hegel findet sich daher nicht.

595 Jedenfalls griff Gans Puchtas Versuch, diesen mit der Philosophie Hegels zu schlagen, vgl. Puchta, Rez. Gans, Erbrecht, 1826, als mangelnde Kenntnis gerade der Logik Hegels an, Gans, Über die Grundlage des Besitzes, 1839, S. 35 f., hierzu Braun, Besitzrechtsstreit, 1980, S. 106 f.

596 Puchta hörte diese Definition freilich möglicherweise nicht, sie findet sich in: Hegel, Begriffslehre für die Oberklasse, 1809/1810, § 50, in: Nürnberger und Heidelberger Schriften 1808–1817, Werke IV, 1986, S. 152 f. Puchta besuchte das Nürnberger Gymnasium nach eigenen Worten zwischen 1811 und 1816 (klzSchr, S. XXI).

597 Hegel, Philosophische Enzyklopädie für die Oberklasse, in: Werke, a. a. O., S. 9 ff., S. 27, § 74. Zum zusammen mit Niethammer von Hegel erarbeiteten Studienplan vgl. die Hinweise in Hegel, Werke, a. a. O., S. 598 f. Ob Puchta die Enzyklopädie 1815/16 in dieser Form hörte, ist angesichts der unsicheren Überlieferung fraglich, auch hierzu die Hinweise, a. a. O., S. 606 f.

https://doi.org/10.5771/9783465133278-113 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

darauf, daß diese philosophischen Vorträge Hegels, »nicht sonderlich tief«[598] in ihn eindrangen, so läßt es bereits Hegels Logik selbst als unwahrscheinlich erscheinen, daß Puchta sich hier Anregungen für sein Verfahren des Juristenrechts holte.[599] Mit Blick auf Gans springen zusätzliche Divergenzen ins Auge. Gans maß das positive Recht an seiner Vernünftigkeit, ging somit über die reine Empirie hinaus. Das von ihm seit 1827 gelesene Naturrecht behielt einen Einfluß auf die Gesetzesanwendung.[600] Für Gans ging das Recht also nicht im positiven Recht nebst Erweiterung aus sich selbst auf. Puchta suchte demgegenüber die Erweiterungen durchweg im gemeinen Juristenrecht selbst, also nur im Positiven. Daß Puchta glaubte, im positiven Recht selbst ein System ausmachen zu können, welches es erlauben sollte, *alle* Fälle aus sich heraus zu entscheiden, deuten gleichlautende Äußerungen zum System an. 1825 meinte er, die »Masse des bestehenden Rechts« werde als »ein organisches Ganzes«[601] erkannt und ähnlich 1828: »aus dem Aggregat von Rechtssätzen wird ein organisches Ganzes«.[602]

Für dieses Denken war wohl weder Hufeland,[603] noch gar Gans oder auch ein Fachphilosoph Vorbild, sondern erneut Savigny. Savigny hatte bereits seit 1802 in seinen Vorlesungen zur Methode die Rechtsfortbildung durch Juristen auf ein neues Verständnis der Analogie gestützt.[604] Savigny betonte, Analogie

598 Puchta, Biographische Notiz, in: kzSch, S. XXI.

599 Auch Gans muß sich hier nicht an Hegel orientiert haben. Noch 1819 hatte er betont, daß »Savigny nicht allein durch das, was er für einzelne Lehren getan hat, sondern vielmehr durch die formale Richtung, die er dem Studium unserer Wissenschaft gegeben, den Standpunkt aufgestellt hat, vom dem allein aus ein weiteres Fortschreiten möglich ist«, Gans, Über Römisches Obligationenrecht, Heidelberg 1819, S. 4; zu den starken Einflüssen Savignys auf Gans in dessen Frühzeit, vgl. Braun, »Schwan und Gans«, 1979, S. 77 f.; zu Savignys Analogieverständnis sogleich im Text.

600 Gans las bekanntlich seit 1827 wiederholt Naturrecht und Universalrechtsgeschichte, vgl. die von Manfred Riedel 1981 herausgegebene Nachschrift durch Hegels Sohn Immanuel. Diese Vorlesungen waren primär als »Wissenschaft der Gesetzgebung« an die Adresse des Gesetzgebers gerichtet, vgl. Braun, Eduard Gans und die Wissenschaft von der Gesetzgebung, 1982, insb. S. 133 ff. In seinem System von 1827 anerkannte er unter § 35 bei der Anwendung der Gesetze aber auch einen Einfluß »des Naturrechts«.

601 Puchta, Encyclopädie, 1825, S. 22.

602 Puchta, Gewohnheitsrecht I, 1828, S. 147.

603 Mit diesem Eindruck übereinstimmend war Puchta nicht im Besitz des »Geist« von Hufeland, während er ältere Schriften Hufelands laut Ankaufsverzeichnis der Berliner Universitätsbibliothek besaß, und zwar das »Lehrbuch der Geschichte und Encyclopädie, 1796«, die »Beyträge zur Berichtigung und Erweiterung der positiven Rechtswissenschaften, Stück 2 u. 3, 1801, Stück 5, 1802«.

604 Savigny, Methodologie, 1802/03, S. 44; 1809, S. 147; vorliegend interessiert vor allem der Puchta jedenfalls sicher bekannte »Beruf«.

https://doi.org/10.5771/9783465133278-113 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

sei »Ergänzung der Gesetzgebung, aber bloß aus sich selbst«. Es müsse dabei die »Regel aufgesucht werden, die den Fall bestimmt«. Zwar sei nicht jeder Fall »ganz in den Gesetzen bestimmt«, aber »immer unter einer allgemeinen Regel enthalten«. Man mußte also nicht »in subsidium das Naturrecht aushelfen« lassen.[605] Savigny brachte 1802 und 1809 ein Beispiel: Die *laesio enormis* (C. 4, 44, 2) konnte nach traditionellem Ähnlichkeitsschluß so verstanden werden, als sei sie auf alle drückenden Verträge, also etwa auch Miete, Pacht oder Werkvertrag anzuwenden. Versuche man dies jedoch aus einem allgemeinen Grundsatz abzuleiten, so finde man »einen viel wichtigeren, die Heiligkeit der Verträge« entgegenstehend. Mangels eines entsprechenden allgemeinen Grundsatzes scheide also eine Analogie der *laesio enormis* aus, sie blieb auf besondere Umstände, hier die »oft dringende Noth«, bei Kaufverträgen beschränkt.[606]

Es bedarf keiner Spekulationen, ob Puchta diese Vorträge Savignys kannte. Savigny hatte seine Ansichten 1814 im »Beruf« der Öffentlichkeit zugänglich gemacht.[607] Neben den bekannten Bezugnahmen auf den Besitz der »leitenden Grundsätze« als Schlüssel zur wissenschaftlichen Beherrschung des Rechts,[608] hatte Savigny hier weitere, konkretere Hinweise zur Analogiefrage gegeben und diese in ihrer Verwendung durch die Juristen sogar als »eigentlich regierende Rechtsquelle«[609] bezeichnet. Zwei Hinweise machen Puchtas Abhängigkeiten deutlich. Savigny hatte 1814 von einer »organische[n]« Gesetzesergänzung gesprochen, bei der »von einem gegebenen Punkt (also von einem Grundsatz des Gesetzbuchs) mit wissenschaftlicher Sicherheit auf einen nicht gegebenen« geschlossen werde.[610] Von dieser Fortbildung hätten »unsere Juristen … unter den Namen Analogie und *argumentum legis* etwas be-

605 Savigny, Methodologie, 1802/03, S. 104; hierzu J. Schröder, Analogie, 1997, S. 37, 45.

606 Savigny, Methodologie, 1802/03, S. 106; 1809, S. 151.

607 J. Schröder, Analogie, 1997, S. 43 Anm. 202, sieht eine breitere Rezeption erst mit Erscheinen von Savignys System 1840. Der hier als Rezipient nach 1840 genannte Puchta nutzte dieses Verfahren jedoch schon vor 1840 und hatte es, wie soeben gezeigt, erstmals 1823 in aller Deutlichkeit formuliert, wenn auch ohne Benennung als Analogie. Dies ändert nichts daran, daß Puchta das Verfahren von Savigny übernahm. Bindeglied ist aber eben der »Beruf« von 1814, der in diesem Zusammenhang regelmäßig nicht ausgewertet wird, vgl. neben J. Schröder, a. a. O., Steinwenter, Analogie, 1951, S. 361 (System); Rückert, Savigny, 1984, S. 350 ff. (System und ungedruckte Vorlesungen); ders., Juristische Methode und Zivilrecht beim Klassiker Savigny, 1996, S. 47 ff. (System), einige Andeutungen zum »Beruf«, S. 43 ff.; Langhein, Analogie, 1992, S. 87 ff. (Grimm-Nachschrift der Methodenlehre und System).

608 Savigny, Beruf, 1814, S. 22, 28 u. ö.

609 Savigny, Beruf, 1814, S. 22, 23.

610 Savigny, Beruf, 1814, S. 74.

https://doi.org/10.5771/9783465133278-113 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

schränkte Begriffe«.[611] Die organische Rechtsfortbildung sollte mehr sein, als die Berücksichtigung der »Entscheidung ähnlicher Fälle«.[612] Als Vorbild nannte er die Arbeit der römischen Juristen mit Fiktionen,[613] ein Verfahren, welches »oft lächerlich verkannt« werde: »Entsteht eine neue Rechtsform, so wird dieselbe unmittelbar an eine alte, bestehende angeknüpft, und ihr so die Bestimmtheit und Ausbildung derselben zugewendet.«[614] Die Annahme einer Fiktion gewährleistete für Savigny die enge Vernetzung der Rechtssätze, so daß das »juristische Denken von der größten Einfachheit zur mannichfaltigen Ausbildung ganz stetig und ohne äußere Störung oder Unterbrechung fortschritt«.

Savigny brachte 1814 ein Beispiel – und genau hier setzte Puchtas erster Versuch eines Juristenrechts an: die römische Ausbildung der »*publiciana actio*« neben der »*rei vindicatio*«.[615]

Daß Puchta Savignys Vorgaben im »Beruf« sehr genau gelesen hatte, hatte bereits 1826 ein Hinweis deutlich gemacht, den er Roßhirt entgegenhielt.[616] Dieser hatte zur gemeinrechtlichen Problematik des Doppelbesitzes bei Ober- und Untereigentümer Stellung genommen. Für den Erwerb des Nutzungseigentums durch einen Dritten hatte Roßhirt dem Obereigentümer gegenüber dem Dritten automatisch die *possessio juris* eingeräumt. Puchta war mit dieser Lösung nicht einverstanden. »Aber wie geschieht dieß letztere? Doch wohl erst auf die Weise, wie sonst Besitz erworben wird? Aber der Verf. scheint von einem Gefühl der Billigkeit oder von der Praxis geleitet, ihm jetzt *eo ipso* den Besitz zuzusprechen, was offenbar bey seiner Annahme ganz unjuristisch ist.« Puchta schlug eine Alternativlösung vor: »das Beispiel der Fiction des Usucapionsbesitzes beim Eigenthümer einer zum Faustpfand gegebenen Sache. Für die Fälle, wo es von rechtlichem Interesse ist, und dem Obereigenthümer nach dem bestehenden Recht die Wirkungen des juristischen Besitzes verstattet werden, wird derselbe nach der Analogie jenes römischen Rechtssatzes fingiert.«[617] Wenn Puchta auch für die *actio publiciana negatoria* davon sprach, daß hier nur »Momente« des bestehenden Rechts »in eine neue Form gebracht sind«,[618] machte er die Abhängigkeiten von Savigny auch in dieser Frage deutlich.

611 Savigny, Beruf, 1814, S. 74 f.
612 Savigny, Beruf, 1814, S. 107 zum Code.
613 Savigny, Beruf, S. 32, vgl. auch ders., System I, 1840, § 46, S. 295.
614 Savigny, Beruf, 1814, S. 32.
615 Savigny, Beruf, 1814, S. 32; vgl. hierzu oben IV 3. a).
616 Puchta, Rez. Roßhirt, Zu der Lehre vom Besitz und insbesondere von der Quasipossessio, 1826, S. 10 f.
617 Puchta, Rez. Roßhirt, Zu der Lehre vom Besitz und insbesondere von der Quasipossessio, 1826, S. 10 f.
618 Puchta, Über die Negatorienklage, 1827, S. 163.

https://doi.org/10.5771/9783465133278-113 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

2. Quelle, Begriff und Prinzip

Puchtas Juristenrecht als »Rechtsproduction« ging somit von einem unjuristischen »Bedürfnis« aus, welches im bisherigen Rechtssystem keine hinreichende Berücksichtigung gefunden hatte. Der damit im Volksgeist verankerte Regelungsbedarf bekam juristische Struktur durch das Aufsuchen eines ähnlichen, nun aber bereits im System erfaßten, also juristischen Rechtssatzes.[619] Dieser Rechtssatz war jedoch nicht, wie der traditionelle Ähnlichkeitsschluß, direkt Legitimation des zu bildenden neuen Rechtssatzes. Vielmehr mußte nun das diesen leitende Prinzip gesucht werden und dieses bildete durch »Consequenz« das Bindeglied zwischen dem alten und dem neuen Rechtssatz.

Die juristische Seite des Juristenrechts drehte sich daher um zwei – wie zu zeigen sein wird freilich ineinandergreifende – Aspekte: Zunächst galt es einen »ähnlichen« Rechtssatz zu finden. Dieser Aspekt hatte wiederum eine doppelte Ausprägung. Entweder handelte es sich um einen rezipierten Satz des antiken Rechts. Dann stellte sich vor allem die Frage der Quelleninterpretation. Alternativ konnte es sich um eine »Modifikation« durch Juristenrecht handeln. Wie gezeigt wurde, mußte sich dieses an den Voraussetzungen des Juristenrechts messen lassen. Dies konnte zu Restriktionen führen. Die Prüfung von Juristenrecht anhand seiner Voraussetzungen bietet keine neue methodische Problemlage. Nachfolgend wird also unter (2) zunächst die Problematik der Rechtssatzbildung durch Interpretation antiker Quellen vertieft. Dabei wird sich zeigen, daß bereits die Interpretation für Puchta hier untrennbar mit dem zweiten Baustein seines Juristenrechts verwoben war, den Begriffen und Prinzipien.

Dieser für die Antike aus der organischen Struktur des Juristenrechts der dritten Periode zwanglos folgende Zusammenhang verschob sich für das gemeine Recht. Hier hatte Puchta immer wieder Störungen, »Verwicklungen«, attestiert. Begriffe, Prinzipien und modifizierte Rechtssätze konnten hier in ein Spannungsverhältnis geraten. Damit bekam der zweite Aspekt der Analogiebildung, das Arbeiten mit leitenden Prinzipien, eine eigene methodische Schwierigkeit, der Zusammenhang zwischen Prinzip und Rechtssatz war problematisch. Unter (3) werden die sich daraus ergebenden Problemstellungen beispielorientiert näher untersucht.

Zunächst soll aber das in den bisherigen Darlegungen bereits deutlich gewordene Beharren Puchtas auf Empirie als Ausgangspunkt jeder wissenschaftlichen Arbeit auf seine wissenschaftstheoretischen Prämissen befragt werden. Auch diese Frage wurde von Puchta in den zwanziger Jahren nicht

619 Dafür, daß Puchta schon zu diesem Zeitpunkt sein System auf Rechtssätze, nicht die ja erst 1833 von Stahl propagierten Rechtsverhältnisse abstelle, vgl. nur das oben bereits erwähnte Zitat in Gewohnheitsrecht I, 1828, S. 147.

https://doi.org/10.5771/9783465133278-113 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

abstrakt, etwa in seinen Lehrbüchern, behandelt, sondern nur in polemischer Abgrenzung. Neben dem ständigen Gegenspieler Eduard Gans nutzte Puchta anonym auch eine Schrift, die auf das ältere frühkantianische Naturrecht verwies, zu einer grundsätzlichen Stellungnahme.

a) Der Blick ins »Positive«

aa) Gegen die »Begriffsmacherey« der Kantianer

In einem war sich Puchta sogar mit Eduard Gans einig. Dieser hatte die historische Schule dafür gelobt, daß sie von der »gleichen Sehnsucht nach einem positive[re]n Stoff«[620] ausgegangen sei und sich »von einem bloß abstracten und zerstörenden Raisonnement zur ruhigen Betrachtung wirklicher Zustände« gewendet habe.[621] Puchtas hiermit übereinstimmende Abneigung gegen lediglich apriorische Konstruktionen entlud sich 1828 in seiner, nach eigenen Angaben,[622] ersten anonymen Rezension.[623]

Der besprochene Autor Karl Friedrich Reinhardt, Ober-Tribunal-Rath in Stuttgart,[624] begann seine Auseinandersetzung mit Webers »natürlicher Verbindlichkeit« von 1784–87, die sich in der Praxis noch immer großen Ansehens erfreute,[625] wie folgt:

> «Einleitung. § 1. Begriff des Rechts. Jede mögliche Äußerung unserer Willensfreiheit nennen wir ein Recht. Das Recht ist daher nur auf dem Gebiete der Freiheit denkbar.
> § 2. Begriff der Pflicht. Jede nothwendige Beschränkung unserer Willensfreiheit nennen wir Pflicht. Die Pflicht ist daher nur auf dem Gebiete der Nothwendigkeit denkbar.
> § 3. Ursprung der Pflicht. Alle Pflichten entspringen aus dem Gesetze.
> § 4. Begriff des Gesetzes. Das Gesetz aber ist der Ausdruck der Nothwendigkeit. In so ferne nun das Gesetz die Willensfreiheit beschränkt, ist es entweder der Sitten- oder Rechtsgesetz.«[626]

620 Gans, System des Römischen Civilrechts, 1827, S. 159; im Text steht fehlerhaft »positiven«, vgl. die Druckfehlerangabe, S. 239.
621 Gans, System des Römischen Civilrechts, 1827, S. 159.
622 Brief an Hugo vom 15.2.1828.
623 Puchta, Rez. C. F. Reinhardt, Die Lehre des römischen Rechts von der Verbindlichkeit, 1828, S. 146 ff.
624 Zu Carl Friedrich Reinhardt kurz Landsberg, GDR 3.2., 1910, Noten, S. 179; zu Reinhardts Kommentierung des Württembergischen Landrechts eher kritisch Wächter, Handbuch I 2, 1842, S. 1137.
625 Hierzu Landsberg, GDR 3.1., S. 448 f., der dem Werk «geradezu klassisches Ansehen« bescheinigt, selbst jedoch von «grundfalschen Anschauungen« und «grotesken Mißbildungen« spricht. Das zugrundeliegende dogmatische Problem ist nachfolgend nicht von Interesse.
626 Abgedruckt bei Puchta, Rez. C. F. Reinhardt, Die Lehre des römischen Rechts von der Verbindlichkeit, 1828, S. 148.

https://doi.org/10.5771/9783465133278-113 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

Puchtas Kritik hieran war deutlich:

> »Welche leere, allem juristischen Sprachgebrauch widersprechende Begriffsmacherey.«[627]

Reinhardts Methode gehe von einem Recht aus, »das nicht gegeben sey, daß sie vielmehr erst aus den Postulaten der allgemeinen Vernunft deduciere und hervorbringe«. Dies sei als »Verzicht auf das Wirkliche und Positive« völlig ungenügend:[628]

Während «jenes öde, mechanische Construieren von Begriffen, welches sich sonst für eine philosophische Behandlung ausgab«, bei Juristen »vom Lehrfach« – wenigstens bei solchen, die für Puchta «mitgezählt werden können« – »so gut wie ganz verschwunden« sei, fände sich derartiges bei vielen Schriften von »Geschäftsmännern«, obwohl man hier «den auf das Leben gerichteten Sinn, die Anschaulichkeit der Vorstellungen am ersten erwarten sollte«.[629] Reinhardts «Zusammenschieben lebloser Begriffe, jenes nude Abstrahieren« könne sich «wenigstens heutzutage« nicht mehr als Philosophie geltend machen.[630] Eine derartige «Begriffsmacherey« ließ für Puchta »fehlenden Zusammenhang mit dem Leben«, einen »auf das Leben gerichteten Sinn, die Anschaulichkeit der Vorstellungen« vermissen.[631]

Wenn Reinhardt nun, zum »Erstaunen« Puchtas, gleichwohl »polemisch gegen die gewöhnliche naturrechtliche Methode« auftrete und ankündige »die Lehren des römischen Rechts rein und unvermischt namentlich mit jenen naturrechtlichen Stoffen vorzutragen«, befinde er sich »in einem außerordentlichen Irrthum über seine eigene Methode«.[632]

Konkret wandte sich Puchta nun gegen »ungeschichtliche Begriffe«[633] bei Reinhardt. So beruhe seine Ansicht über »*jus naturale*, *gentium* und *civile* nicht auf gründlicher historischer Forschung«, sondern sei »eine aus gemachten Begriffen construierte«: »So konnte es allerdings leicht kommen,

627 Puchta, Rez. C. F. Reinhardt, Die Lehre des römischen Rechts von der Verbindlichkeit, 1828, S. 149.
628 Puchta, Cursus der Institutionen I, 1841, S. 97.
629 Puchta, Rez. C. F. Reinhardt, Die Lehre des römischen Rechts von der Verbindlichkeit, 1828, S. 147.
630 Puchta, Rez. C. F. Reinhardt, Die Lehre des römischen Rechts von der Verbindlichkeit, 1828, S. 147.
631 Puchta, Rez. C. F. Reinhardt, Die Lehre des römischen Rechts von der Verbindlichkeit, 1828, S. 147.
632 Puchta, Rez. C. F. Reinhardt, Die Lehre des römischen Rechts von der Verbindlichkeit, 1828, S. 149.
633 Puchta, Rez. C. F. Reinhardt, Die Lehre des römischen Rechts von der Verbindlichkeit, 1828, S. 150.

https://doi.org/10.5771/9783465133278-113 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

daß die Ansicht Joh. v. Müllers über das Naturrecht (Allg. Gesch. I. S. 12 f.) gerade die römische ist.«[634]

Systemarbeit konnte also für Puchta wie für Gans nicht bedeuten, daß man wie das vorkritische Naturrecht das Recht aus einem obersten Prinzip deduzierte und dem positiven Recht voran- oder gegenüberstellte. Ziel konnte also nicht eine apriorische Sollensordnung sein, sondern ein System des positiven Rechts.

bb) Auseinandersetzungen mit Gans 1826/27 um das »zufällige Dasein« in der Geschichte

Für Gans war das philosophische Recht kein Idealrecht, sondern die begriffene Grundlage des positiven Rechts und die wissenschaftliche Basis seiner Gesetzgebungswissenschaft.[635] Gans und Puchta waren sich somit einig in der Kritik an einem Verfahren, welches schon Savigny an Gönner kritisiert hatte, am Ausgehen von »Begriffen durch Erkenntnis (*a priori*)«.[636]

Die von Gans und Puchta vorgelegten Gegenkonzepte differierten freilich erheblich. Bereits 1825 wurde dies deutlich, als Puchta die Trennung zwischen einem philosophischen und einem positiven Rechtssystem kritisierte, die auch er selbst noch 1822 im Gefolge Hegels praktiziert hatte.[637] Warum er dies nun tat, wird erneut mit einem Blick auf Gans deutlich. Gans folgte in seinem System von 1827 weiterhin der hegelianischen Trennung zwischen philosophischem und positivem Recht. Der Unterschied zwischen beiden Betrachtungen werde, so Gans, »in der Beziehung des Rechtsbegriffs zu dem des Gesetzes bemerklich. In einer philosophischen Behandlung des Rechts liegt zwischen dem Begriff des Rechts und dem des Gesetzes der ganze Inhalt des Privatrechts, denn das Gesetz, d. h. das Setzen des Rechts, setzt nothwendig das Recht, das es setzen soll, voraus.«[638] Die philosophische Betrachtung des Rechts setzte also an einem Gegenstand an, der »wirklich« war, auch ohne daß er bereits in der Gesetzgebung verankert war, während die positive

634 Puchta, Rez. C. F. Reinhardt, Die Lehre des römischen Rechts von der Verbindlichkeit, 1828, S. 150 f.

635 Hierzu Braun, Eduard Gans und die Wissenschaft von der Gesetzgebung, 1982, S. 133 ff. sowie noch unten S. 257 f.

636 Savigny, Rez. Gönner, 1815, S. 140.

637 Puchta, Encyclopädie, 1822, erster und zweiter Abschnitt; dies ist hier zunächst nicht im Detail von Interesse, vgl. näher noch unten Kap. 3 I.

638 Gans, System des Römischen Civilrechts, 1827, S. 175; ebenso Abegg, Encyclopädie und Methodologie, 1823, S. 2 sowie §§ 1, 4, 11 u. ö.; zu Letzterem Björne, Deutsche Rechtssysteme, 1984, S. 86 f.

https://doi.org/10.5771/9783465133278-113 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

Betrachtung untersuchte, wieviel dieses philosophischen Rechts bereits in der Gesetzgebung umgesetzt war. Es gab also ein Recht hinter dem Gesetz.[639]

Auch Puchta sah dies so. Das Recht hinter dem Gesetz entstand, wie bei jeder Rechtsquelle, »in der Ueberzeugung des Volks und durch das Bewußtseyn des Volks darüber«,[640] so 1825, oder, ab 1826, im »Volksgeist«.[641] Auch bei ihm gab es also die Differenz zwischen Recht und Gesetz, die insbesondere bei gesetzgeberischer Willkür zu Störungen der Rechtsentwicklung führen konnte. Das hinter dem gesetzten, sichtbaren Recht stehende Recht unterschied sich bei Puchta und Gans freilich signifikant. Gans hatte diesen Unterschied 1824 im ersten Band seines Erbrechts herausgestellt.[642] Gans hatte dort – in Hegels Sinne vom »Volksgeist« sprechend[643] – den Grundgedanken der historischen Schule umschrieben. Auch bei der historischen Schule habe »etwas von der Identität von Freiheit und Notwendigkeit verlautet«, jedoch »ohne zu wissen, was es eigentlich damit für eine Bewandtniß habe«. Für die historische Schule sei Freiheit nicht »das kräftige Wollen«, sondern »das Lesen des todten Buchstabens der Vergangenheit«. Notwendigkeit sei nicht die »zu begreifende Vernunft«, sondern »blinde Nothwendigkeit, die Aeußerlichkeit des erscheinenden Causalnexus«, bei der »von der Vernunft gar nicht gesprochen« werde. Für Gans unterfiel die Geschichte als »bewußtes Wollen« der erkennenden Tätigkeit dieses Bewußtseins, der »Vernunft«. Damit konnte er in der Geschichte wie in der Gegenwart das Material für sein philosophisches Recht herausfiltern. Gans führte dies in seinen Naturrechtsvorlesungen vor. Diese Vorlesungen enthielten »zwei Gegenstände: die Entwicklung der Idee des Rechts und des Staates, ohne historische Zuthaten, da ihre Rechtfertigung in ihnen selbst war, [und] die Darstellung dessen, was wir in der historischen Entwicklung sahen. Es sollte [sich] zeigen, daß der Inhalt der Rechtsgeschichte denselben Inhalt hat als die Philosophie des Rechts. Deswegen ist die neueste Rechtsgeschichte ungefähr mit den Resulthaten der philosophischen Betrachtung übereinstimmend.«[644] Gans versuchte die Gegenwart zu begreifen und zog seine Universalrechtsgeschichte heran, um ein philosophisches vorgesetzliches Recht herauszuarbeiten. Sein »Resulthat der beiden Seiten« war eine »Wissenschaft der Gesetzgebung,

639 Für Gans war im übrigen »auch das Gewohnheitsrecht … ein Gesetz«; ders., System des Römischen Civilrechts, 1827, S. 175.
640 Puchta, Encyclopädie 1825, S. 18.
641 Vgl. bereits oben S. 185.
642 Das Folgende bei Gans, Erbrecht I, 1824, S. XIII.
643 Auch hierzu bereits oben S. 183 ff.
644 So die Vorlesungsmitschrift von 1833: Gans, Naturrecht und Universalrechtsgeschichte, Stuttgart 1981, S. 154.

https://doi.org/10.5771/9783465133278-113 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

welches die concrete Einheit jener ist. Sie besteht einerseits aus dem Gedanken, andererseits aus der Kenntnis des historischen Stoffs. Der Gesetzgeber ist das Individuum, in dem sich beide Einsichten vereinigen.«[645] Gans' Programm einer »Wissenschaft der Gesetzgebung« lief auf eine Vor- und Zuarbeit für den Gesetzgeber hinaus.[646] Es legitimierte sich durch Hegels erkenntnistheoretische Prämisse, daß es möglich sei, die Wirklichkeit als vernünftig zu begreifen. Daher fand Gans Notwendigkeit in der Geschichte und Wirklichkeit.

Zentral war nun der von Gans gegen die historische Schule erhobene Vorwurf, diese begreife den Stoff nicht als notwendig, sondern flüchte sich in die »Aeußerlichkeit des erscheinenden Causalnexus«, nehme also lediglich Ursache-Wirkungs-Beziehungen zwischen dem Sichtbaren an. Hier setzte 1826 Puchtas Auseinandersetzung mit der »hegelianische[n]«[647] Methode ein. Puchta hatte Hegel bereits früher kritisiert, aber in anderer Perspektive.[648]

645 Gans, Naturrecht und Universalrechtsgeschichte, 1833, S. 154.

646 Hierzu Riedel, in: Gans, Naturrecht und Universalrechtsgeschichte, 1833, hier 1981, S. 14 ff.; Braun, Eduard Gans und die Wissenschaft von der Gesetzgebung, 1982, S. 130 ff., 133 ff.

647 Puchta, Rez. Gans, Erbrecht, 1826, S. 35. Hiervon meinte er zu diesem Zeitpunkt Hegel noch abgrenzen zu können, vgl. Puchta, Rez. Gans, Erbrecht, 1826, S. 35. Indem er bekannte, »daß er selbst Hegel zum Lehrer hatte«, stellte er zugleich in Abrede, daß »Hegel sich zu den Herrlichkeiten bekennen möchte, die hier mit seinen Begriffen hervorgebracht werden«; vgl. auch S. 5:»der Verf. hätte statt von S. XXIV. der Vorrede des hegel. Naturrechts auszugehen, sich mehr an den § 1 desselben halten sollen«. Brieflich meinte er 1829 gegenüber Savigny, »ich getraue mich, heute einen besseren Hegelianer vorzustellen, als Gans, wenn nicht etwa die Eigenschaft eines Hegelianers darin bestehe, jeden Buchstaben Hegel's fürs Evangelium anzunehmen«; Brief an Savigny vom 17.8.1829, bei Bohnert, Vierzehn Briefe, 1979, S. 11. 1825 hatte Puchta ebenfalls auch methodisch für Hegel Sympathie gezeigt. Seiner Warnung vor denjenigen, »welche die hegelische Philosophie auf eine ähnlich äußerliche Weise bei ihren Bestrebungen und Darstellungen anwenden, wie die Bartolisten die scholastische Philosophie«, standen diejenigen gegenüber, die Hegel innerlicher verwendeten, »die nicht ohne geschichtlichen Sinn sich dennoch auf das einzelne antiquarische beschränken, und sich vielleicht am Ende wirklich darein versenken«; Puchta, Encyclopädie, 1825, S. 72.

648 1823 (Über die Perioden in der Rechtsgeschichte, S. 145 ff.) und erneut 1828 (Gewohnheitsrecht I, S. 214 f.) hatte er Savignys Zurückhaltung gegen privatrechtliche Kodifikationen und sein Spezialistendogma gegen Hegels Angriffe in der Rechtsphilosophie (Rechtsphilosophie, 1820/21, § 211) in Schutz genommen. 1825 griff er auch die Unverständlichkeit der Rechtsphilosophie an (Puchta, Encyclopädie, 1825, S. 79); diesen sicher nicht ungewöhnlichen Aspekt stellt auch die Hegel-Kritik Schellings in einem frühen Erlanger Fragment ins Zentrum, vgl. Schelling, Werke I, S. 161 ff. Ob Puchta Schelling diesbezüglich gehört hat, muß offenbleiben. Wiederholt hatte Puchta zudem Hegels Unkenntnis in rechtlichen Fragen herausgestellt (Encyclopädie, 1825,

https://doi.org/10.5771/9783465133278-113 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

Einzig 1823 hatte sich die 1826 im Streit um das »zufällige Dasein« zeigende Kritik an Gans und Hegel in Puchtas Polemik angedeutet, gegen die »Manier einer neuern philosophischen Schule, durch welche nach hingepflanztem Begriff furchtbares Stand- und Spießrecht über das Böse, aber auch über das Gute gehalten wird, welches das Unglück hat, eben zu geschehen, ohne von jenem Begriff Notiz zu nehmen«.[649]

1826 faßte Puchta seine Kritik an Gans' universalhistorischer Methode[650] nun grundsätzlich-erkenntnistheoretisch:

> »Wäre mit so leichten Griffen zu enträthseln die Natur,
> Hätte sie auf euch gewartet, ihr zu kommen auf die Spur[?].«[651]

Kritik erntete das Vorgehen von Gans bereits deswegen, insofern folgte er Savignys Kritik von 1816 an Thibaut und Feuerbach, weil es notwendig an der schlechten Quellenlage scheitere.[652] Gans überspielte dieses Manko durch Geschichtsphilosophie. Puchtas Ablehnung war vehement. Gans gehe, so Puchta, mit Blick auf dessen Ausführungen zum indischen Erbrecht (Kap. 1), mit »vorbereiteten Sätzen« an die Quellen heran. Statt dessen komme es darauf an, daß »das wirklich geltende, also die indische Wirklichkeit von jenem leeren Sollen getrennt und mit ihm verglichen wird, dann erst ist auch die Beurtheilung möglich, ob nicht überhaupt der Begriff des indischen Rechts in einem bloßen unwirklichen Sollen« bestehe.[653] Hatte Gans der historischen Schule »Mikrologie«[654] vorgeworfen, also betont, ihr sei »das Eigentliche, nämlich der Begriff vollends verloren gegangen«,[655] so hielt ihm Puchta umgekehrt entgegen, bei Gans gehe »der sogenannte Begriff

S. 78 ff.; DERS., Von dem Verhältnis des Eigenthums zu den Servituten, 1827, S. 314).

649 PUCHTA, Adversus hostem aeterna auctoritas, 1823, S. 42 Anm. d).

650 Hierzu BRAUN, Eduard Gans und die Wissenschaft von der Gesetzgebung, 1982, S. 124 ff.; RÜCKERT, Reyscher, 1974, S. 345 ff.

651 PUCHTA, Über eine Rezension von Savignys Geschichte des römischen Rechts im Mittelalter, 1827, S. 331.

652 Savigny selbst hatte 1816 gegenüber Feuerbachs und Thibauts Ansätzen zu einer Universalrechtsgeschichte »genaue und strenge Detailkenntnis« gefordert und hatte betont, daß es »für das Recht der allermeisten Völker und Zeiten an allem irgend brauchbaren geschichtlichen Material fehlen« müsse. Folglich konnte eine Universalrechtsgeschichte für Savigny nichts anderes sein »als ein allgemeines und flaches Räsonnement über halbwahre Thatsachen«; vgl. SAVIGNY, Stimmen für und wider neue Gesetzbücher, 1816, S. 233.

653 PUCHTA, Rez. Gans, Erbrecht, 1826, S. 8 f.

654 GANS, Erbrecht I, 1824, S. 20, gegen SAVIGNY, Stimmen für und wider neue Gesetzbücher, 1816, S. 5 f.

655 GANS, Erbrecht I, 1824, S. XV f.

https://doi.org/10.5771/9783465133278-113 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

wie ein Gespenst über die Erde«,[656] Gans erzeuge »das lebendige aus dem todten«.[657]

Der von Gans in seiner Universalgeschichte praktizierten Methode stellte Puchta die seinige, die der »geschichtlichen Rechtswissenschaft«[658] gegenüber. Die hegelianische Methode habe »es lediglich zu thun mit dem ›Begriff‹ einer Gegenwart und abstrahiert von dem ›zufälligen Dasein‹ (also nicht etwa von allem Geschichtlichen), die letztere (sc. historische) dagegen verschmäht nicht den s. g. ›äußeren Causalnexus‹, d. h. sie sucht die ganze Gegenwart zu erforschen in allen ihren Theilen und den Zusammenhang in denselben nachzuweisen«.[659] Die historische Schule kenne keinen Unterschied zwischen notwendigem und zufälligem Dasein, alle historischen Nachrichten seien grundsätzlich gleichwertig. Die Quellen seien zudem der einzige Weg zur Vergangenheit, so daß sich die historische Schule mehrerer Gegenstände »wegen Mangelhaftigkeit der Nachrichten« ganz enthalte.[660]

Puchta kritisierte die methodischen und inhaltlichen Vorgaben der hegelschen Philosophie für eine Geschichtsdeutung. Entscheidender Unterschied bei der historischen Schule sei, daß »dieser höhere Standpunkt in der Schule nicht ausgesprochen oder gar in bestimmte Lineamente (durch die man die Welt portraitieren könnte) gebracht wird«. Hierdurch ergäben sich »eine Menge verschiedener Individualitäten, theils universellere, theils beschränktere Methoden«.[661] Indem die »hegelische Schule … diesen höheren Standpunkt zum Selbstbewußtseyn erhoben, aber auch zugleich in ein System gebracht« habe, hatte sie für Puchta sich den Zugang zur Geschichte versperrt: »Daher wundert sich der Hegelianer auch über nichts.«[662] Ergebnis sei eine »Alles verzehrende, alles mannigfaltige, – nicht zu einer wahren Einheit bringende, sondern vernichtende Leerheit«.[663]

In der Frage, inwieweit »das Vernünftige nicht dem Wirklichen gegenüberstehe, sondern in der That wirklich sey«[664] gingen die Ansichten zwischen Puchta und Gans also auseinander. Für Puchta konnte das geschichtliche Recht nicht immer auf innere Zusammenhänge zurückgeführt werden, wenn auch der Nachweis solcher Zusammenhänge wissenschaftliches Ziel

656 Puchta, Rez. Gans, Erbrecht, 1826, S. 30.
657 Puchta, Über die Perioden in der Rechtsgeschichte, 1823, S. 147, gegen Hegels »frivole Philosophie«.
658 Puchta, Rez. Gans, Erbrecht, 1826, S. 36.
659 Puchta, Rez. Gans, Erbrecht, 1826, S. 36.
660 Puchta, Rez. Gans, Erbrecht, 1826, S. 37.
661 Puchta, Rez. Gans, Erbrecht, 1826, S. 36.
662 Puchta, Rez. Gans, Erbrecht, 1826, S. 36 f.
663 Puchta, Rez. Gans, Erbrecht, 1826, S. 37.
664 Gans, Erbrecht I, 1824, S. VIII.

https://doi.org/10.5771/9783465133278-113 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

blieb. Es gab ein »zufälliges Dasein«, so daß neben die vernünftige Verarbeitung des Stoffs die Kontrolle durch sorgfältige und historisch ausgerichtete Quellenarbeit treten mußte. Puchtas Rechtsquellenlehre hatte mit ihrem Beharren auf der Differenz zwischen Grund und Erscheinung, also einerseits dem Volksgeist und andererseits Gesetz, Gewohnheitsrecht und Juristenrecht das historische Dunkel der Rechtsentstehung beibehalten. Zum Rechtssatz führte nur seine Erscheinung und dies war für den Historiker die Quelle. Puchtas Absage an »bestimmte Lineamente, (durch die man die Welt porträtieren könnte)« forderte strenge Quellenarbeit. Daneben stand ein einheitsstiftendes Verfahren, nicht vorgegeben durch »bestimmte Lineamente«, sondern zurückgehend auf »Individualitäten«.

b) Rechtsatzbildung aus antiken Quellen

aa) Strukturelle Gewißheiten: Das Recht unter den Händen der antiken Juristen

Für die gegenüber Gans geforderte strenge Quellenarbeit war wichtigstes Hilfsmittel die bereits dargelegte[665] Gewißheit über die Struktur des antiken Rechts. In der dritten, der wissenschaftlichen Periode des römischen Rechts, bot der zu untersuchende Gegenstand Haltepunkte. Nach Savigny erschienen den römischen Juristen die »Begriffe und Sätze ihrer Wissenschaft … nicht wie durch ihre Willkühr hervorgebracht, es sind wirkliche Wesen, deren Daseyn und deren Genealogie ihnen durch langen vertrauten Umgang bekannt geworden ist«.[666] Die damit sich ergebende Harmonie zwischen den wissenschaftlich arbeitenden Juristen und ihrem hierdurch geprägten, aber zugleich prägenden Gegenstand, dem Recht, machte aus den einzelnen römischen Juristen der Klassik »fungible Personen« und aus dem Recht ein »organisches Ganze[s]«.[667] Dieser besondere Erkenntnisgegenstand führte Puchta zu Erkenntnismöglichkeiten des Rechtshistorikers.

In seiner frühen rechtshistorischen Periode suchte Puchta zunächst eine Nutzbarmachung dieses Phänomens für die Rekonstruktion des historischen Stoffes. Zu bedenken war, daß der Strukturwandel erst in der dritten Periode vorausgesetzt werden konnte. »Bei einer Rechtsaufzeichnung älterer Zeit, ehe das Recht zur Wissenschaft geworden war, kann die Erscheinung einer Regel in der besonderen Anwendung nicht auffallend seyn. Die Auffindung der Regel für den lebendigen concreten Satz gehört erst der Wissenschaft an.«[668]

665 Vgl. oben S. 118 ff.
666 Savigny, Beruf, 1814, S. 22.
667 Savigny, Beruf, 1814, S. 157.
668 Puchta, Adversus hostem aeterna auctoritas, 1823, S. 26 f.

https://doi.org/10.5771/9783465133278-113 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

Während die Untersuchung vorheriger Zeitabschnitte damit dem Ahnen von »flüchtigen Schatten« gleiche, erlaube es der Zeitraum, »in welchem das Recht zur Wissenschaft gebildet wird … ein festes Bild von den Gegenständen zu gewinnen«.[669] Dies resultierte für Puchta nicht daraus, daß mit den Digesten nun ein breiter und verläßlicher Quellenbestand vorläge. Ungefiltert liege für die Problematik der Wegservituten vielmehr »nichts bedeutendes und entscheidendes« vor und bezüglich der Digesten sei das verbreitete Mißtrauen »gegen Justinians Dienerschaft« durchaus gerecht.[670] Zu Unsicherheit führe aber insbesondere, »daß unsere Quellen nur eine Menge Rechtssätze enthalten, welche die Fortsetzung einer nicht ausdrücklich angegebenen, der Anschauung verborgenen Grundlage sind«.[671] Genau darin lag für Puchta aber zugleich eine Chance für den Rechtshistoriker:

> »Denn wenn ein Recht (wie das römische) in einem Volke lebt, ohne daß gesetzgeberische Willkühr einen bedeutenden Einfluß darauf zu gewinnen vermag, ohne daß wenigstens dieser Einfluß mächtig genug ist, um den Augen des Beobachters die Scheidung des regelmäßigen vom willkührlichen unmöglich zu machen, so ist es einem Baume vergleichbar, wo jedes Zweiglein den Ast, und jeder Ast den Stamm als seinen Stamm nachweisen kann. Und die Benutzung dieser Möglichkeit, die Beantwortung der Frage woher? und warum? charakterisiert eben eine wissenschaftliche Behandlung.«[672]

bb) Auf den Spuren einer Hermeneutik Puchtas

Wie diese Quellenarbeit methodisch konkret aussehen sollte, ist für den hier interessierenden Zeitraum freilich nicht leicht zu ermitteln. Puchta legte in den zwanziger Jahren eine Auslegungslehre nicht vor.[673] Er zeigte starke Skepsis gegenüber der Konjunktur weitläufiger juristischer Hermeneutiken.[674] Ge-

669 Puchta, Über die Wegservituten, 1823, S. 93.
670 Puchta, Über die Wegservituten, 1823, S. 94.
671 Puchta, Über die Wegservituten, 1823, S. 94.
672 Über die Wegservituten, 1823, S. 123.
673 Kein Eingehen darauf in der Enzyklopädie von 1825 und in Gewohnheitsrecht I, 1828, S. 145 f.; im Lehrbuch für Institutionen-Vorlesungen, 1829, S. 16 Anm. 7, ging er nur auf die Quellenkritik ein; unklar ist das Lob Johann Christian Langes in Puchta, Gewohnheitsrecht I, 1828, S. 178 Anm. 37: »einzelne gesunde Ansichten«. Dessen »Versuch einer Begründungslehre des Rechts«, Erlangen 1821, nach J. Schröder, Recht als Wissenschaft, 2001, S. 248 Anm. 346, die umfassendste Methodenlehre zwischen 1500 und 1800, betraf neben der Auslegungslehre, S. 37–97, auch andere methodische Fragen; konkret ging es hier wohl primär um Langes Betrachtung des Gewohnheitsrechts, so jedenfalls Puchtas Verweis auf dessen §§ 10, 16.
674 Puchta verwies ab 1832, System des gemeinen Civilrechts, § 11 Anm., einzig auf Mühlenbruchs Pandekten, §§ 54–67 und Clossius, hierzu sogleich im Text.

https://doi.org/10.5771/9783465133278-113 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

genüber Hugo war ihm 1827 »völlig unbegreiflich«, wie man – wie Thibaut – »ein Collegium über Hermeneutik lesen oder hören kann«.[675] Öffentlich meinte er 1838, die Schaffung einer eigenen Disziplin der juristischen Hermeneutik habe sich »für ihren Zweck … nicht besonders fruchtbar erwiesen«.[676] Ein Blick in seine Bibliothek bestätigt dieses eher schwache Interesse an solchen Lehren. Sie enthält weder Thibauts Versuche über einzelne Teile der Theorie des Rechts von 1798, mit dessen vielbeachteter Theorie der logischen Auslegung,[677] noch Hufelands Versuch einer Weiterführung dieser Gedanken in seinem »Geist des römischen Rechts« von 1815.[678] Gleiches gilt für die wichtigen Hermeneutiken von Zachariae, Schoemann oder auch Zirkler.[679] Die Liste verzeichnet neben dem alten Werk von Christian Heinrich Eckhard[680] einzig das eher unbedeutende Buch von Walter Friedrich Clossius,[681] das Puchta zudem lediglich als nützliche »Übersicht des Inhalts einer solchen Hermeneutik« empfahl.[682]

Läßt dies auch auf ein generelles Desinteresse an Fragen der Textinterpretation schließen? Auch zu den zeitgenössischen Diskussionen um eine Erneuerung der Hermeneutik[683] finden sich keine direkten Bezüge. In Puchtas Bibliothek befanden sich laut der Ankaufsliste keine diesbezüglichen Autoren, wie etwa Friedrich Schlegel oder Schleiermacher. Naheliegend ist die Möglichkeit, daß diese Einflüsse durch Savignys Vermittlung in Puchtas Werk

675 Brief an Hugo vom 2.1.1827.

676 Puchta, Pandekten, 1838, S. 22.

677 Hierzu Ogorek, Richterkönig oder Subsumtionsautomat?, 1986, S. 126 ff.; Rückert, Heidelberg um 1804, 1987, S. 106 f.

678 Hierzu Rückert, Savignys Hermeneutik, 2001, S. 305 f.; J. Schröder, Recht als Wissenschaft, 2001, S. 219 f.

679 Hierzu Ogorek, Richterkönig oder Subsumtionsautomat?, 1986, S. 49 ff., 75 ff. (Schoemann, Zirkler); zu Zachariae J. Schröder, Recht als Wissenschaft, 2001, S. 218.

680 Eckhard, Hermeneuticae juris, 1750, Nr. 15624; hierzu J. Schröder, Recht als Wissenschaft, 2001, S. 136.

681 Clossius, Hermeneutik, 1829, Nr. 15856; zu Clossius knapp Landsberg, GDR 3.2., 1910, Noten, S. 22; später kam in Puchtas Bibliothek das ebenfalls eher unbedeutende Werk von Osenbrüggen, Zur Interpretation des Corpus juris civilis, 1842, hinzu, Nr. 15857; vgl. hierzu Landsberg, GDR 3.2., 1910, S. 549 ff., der in seinem recht ausführlichen Bericht über Osenbrüggen dieses Werk nicht berücksichtigt.

682 Puchta, Pandekten, 1838, § 17 Anm. v); diese Aussage ist auch im Lichte des Werks von Clossius zu sehen. Es handelt sich um einen Grundriß mit Nachweisen und nachgestellter Chrestomatie. Das Werk bot also nur die Arbeitsmittel und kaum eigene Stellungnahmen.

683 Vgl. allgemein noch immer Gadamer, Wahrheit und Methode, 1990, S. 177 ff., 188 ff.; knapp und deutlicher mit juristischem Fokus: J. Schröder, Recht als Wissenschaft, 2001, S. 210 ff. m. w. N.

https://doi.org/10.5771/9783465133278-113 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

Wirkung erlangten. Für Savigny deuten inhaltliche Übereinstimmungen auf eine starke Beeinflussung durch Friedrich Schlegel[684] und auch Schleiermacher[685] hin. Es bleibt freilich unsicher, was Puchta von Savignys Überlegungen zur Textarbeit außerhalb der veröffentlichten Schriften der Jahre 1814/15 kannte. Im »Beruf« und auch in der Gönner Rezension hatte Savigny die Interpretation der Quellentexte weniger thematisiert[686] und statt dessen stärker das Verfahren der römischen Juristen in der Stoffbeherrschung und Satzbildung als Vorbild herausgestellt. Puchtas Reaktion 1840 spricht dafür, daß er Einzelheiten dieser Überlegungen Savignys nicht kannte, ehe sie im ersten Band des Systems veröffentlicht wurden. Nach der ersten Lektüre rief er am 3. Februar 1840 aus: »Was kann schöner seyn, als die Entwicklung der Auslegungstheorie.«[687] In der nächsten Auflage seiner Pandekten, 1844, sah er, der bisher, wie gezeigt den juristischen Hermeneutiken wenig Interesse entgegengebracht hatte, in Savignys Ausführungen nun eine »alle bisherigen weit hinter sich lassende Theorie der Auslegung«.[688] Erst jetzt stellte er in seinen Institutionen und vor allem mündlich in seinen Vorlesungen auch eigene Überlegungen zur Gesetzesauslegung vor.[689]

In den zwanziger Jahren erschließen sich Puchtas Überlegungen zur Textarbeit dagegen lediglich durch verstreute Äußerungen und mit Blick in seine Auslegungspraxis.

Um Puchtas Äußerungen einordnen zu können, bedarf es zunächst eines Analyserasters, welches ich mit Jan Schröder[690] auf drei Punkte konzentrieren möchte:

(1) Die ältere Hermeneutik trennt zwischen einem verständlichen und einem »dunklen« Text. Nur bei letzterem stellt sich die Problematik der Auslegung. Die neuere Hermeneutik nach 1800 führt zu einer Historisierung

684 Hierzu Rückert, Savigny, 1984, S. 252 ff., 296 ff.; D. Nörr, Savignys philosophische Lehrjahre, 1994, S. 46 ff., 207 ff.

685 So Rückert, Savignys Hermeneutik – Kernstück einer Jurisprudenz ohne Pathologie, 2001, S. 288 ff., 310 ff., 313 ff., der jedenfalls in der Sache viele Parallelen feststellt; eine direkte Rezeption der Schleiermacherschen Hermeneutik von 1838, wie sie Gadamer, Wahrheit und Methode, 1990, S. 309, für Savignys System vermutet, bleibt freilich schwer nachweisbar, vgl. Rückert, Savigny, 1984, S. 355 Anm. 236.

686 Vgl. Savigny, Beruf, 1814, S. 21 f., zu Kenntnis des Stoffs.

687 Brief an Savigny vom 3.2.1840.

688 Puchta, Pandekten, 2. Aufl. 1844, § 15 Anm. r).

689 Vgl. S. 361 ff.

690 J. Schröder, Recht als Wissenschaft, 2001, S. 211 f.; in der Sache übereinstimmend das Raster, welches Rückert seiner Analyse der Texte Savignys zugrundelegt, Rückert, Savignys Hermeneutik, 2001, S. 313.

https://doi.org/10.5771/9783465133278-113 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

des Verständnisproblems. Jeder Text bedarf nun der »Reconstruction«, die »Verständlichkeit« kann täuschen, jeder Text bedarf der Auslegung.

(2) Die ältere Hermeneutik orientiert sich am Willen des Textverfassers. Dieser wird jedoch als etwas Vernünftiges im Sinne der Gegenwart interpretiert. Die neuere Hermeneutik interpretiert den Willen des Autors ausschließlich in dessen historischem Kontext. Dabei ist für den Textinhalt die empirische Vorstellung seines Verfassers nicht ausschließlich maßgebend. Spätere Interpreten können den Entscheidungshintergrund, in dem der Verfasser urteilte, durch den Abstand unter Umständen besser verstehen, als der Autor selbst. Die Interpretation muß also auch Entscheidungsdeterminanten berücksichtigen, die dem Autor nicht bewußt geworden sind. Es geht also darum, so Schleiermacher, den Text »zuerst eben so gut und dann besser zu verstehen als ihr Urheber«.[691]

(3) Die ältere Hermeneutik erlaubte es, den Text durch »logische Auslegung« im Sinne der ihm unterstellten »Vernünftigkeit« zu korrigieren. Die neuere Hermeneutik untersagt es demgegenüber, dem Text irgendeine Bedeutung zu geben, die dem Autor angesichts seines Kontexts nicht bewußt werden konnte. Dieser Bereich geht über die Auslegung hinaus und ist Veränderung des Texts.

Vergleicht man hiermit verstreute Methodenäußerungen Puchtas aus den zwanziger Jahren, so wird seine Nähe zur skizzierten neuen Hermeneutik nach 1800 deutlich.

Ad (1): Die Unterscheidung zwischen »dunklen« und einfach verständlichen Texten taucht bei Puchta nirgends auf. Sein Umgang mit den antiken Quellen ist durchweg um eine Rekonstruktion der historischen Entstehungsbedingungen bemüht.

Ad (2): Puchta orientierte sich am Entstehungskontext der Texte. Ein einfacher Zugang mittels einer unterstellten »Vernünftigkeit« im Sinne gegenwärtiger Brauchbarkeit findet sich nicht. Niemals dürfe man ein »Raissonement« anwenden, welches »nicht auf den römischen Proceß paßt«.[692] Die bisherige Behandlung der zwölf Tafeln hänge, so 1823, »mehr oder weniger mit den allgemeinen Ansichten über das Wesen eines Rechtsbuches zusammen«.[693] Puchta kritisierte die Versuche vieler Interpreten, durch Eingriffe in den Satzbau die »Stellen ihrem Verstande anzupassen«.[694] Die Übersetzung der Worte müsse sich an dem orientieren, was den römischen Juristen »täglich in den Quellen vor die Augen« kam.[695] Viele Worte würden im Laufe ihrer

691 Schleiermacher, Hermeneutik, 1819, S. 87.
692 Puchta, Über die expressa causa, 1828, S. 204.
693 Puchta, Über die Wegservituten des römischen Rechts, 1823, S. 77.
694 Puchta, Adversus hostem aeterna auctoritas, 1823, S. 40 Anm. b).
695 Puchta, Über das Alter des Quasisusfructus, 1829, S. 215.

https://doi.org/10.5771/9783465133278-113 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

Verwendung »eine Verflüchtigung erleiden, welche oberflächlichem Anschauen den ursprünglichen Sinn nicht mehr zu enthalten scheint«.[696]

Die Zugangsprobleme vermehrten sich damit beträchtlich. Puchta war sich des in der zeitlichen Distanz zum Entstehungszeitpunkt liegenden Zugangsproblems bewußt. Er forderte, die Textauslegung müsse »unbefangen und in die Gedanken des Schriftstellers sich versetzend« erfolgen.[697] Den eigenen Horizont konnte man dabei nicht verlassen. Für Puchta war klar, »daß, wenn wir und das römische Recht wenn auch nur theoretisch zusammenkommen sollen, dieß nicht anders geschehen kann, als indem dasselbe mit dem Kreise unserer Ansichten und Vorstellungen, mit dem Standpunkte unseres Wissens in Verbindung gesetzt wird«.[698] Dies hatte auch Vorteile. So war es in der heutigen Wissenschaft möglich, den Horizont des Autors zu überschreiten. »Die geschichtliche Schule sucht die Anschauung jeder Zeit zu reproducieren; indem sie nun den höheren Standpunkt der späteren Zeit mit hinzubringt, gelingt ihr dieß in einem höheren Sinn als jener Zeit selbst.«[699]

Ad (3): In den zwanziger Jahren findet sich bei Puchta eine durchlaufende Polemik gegen eine Unterordnung der Quellen unter vorgefertigte Ansichten, fußend auf den Bedürfnissen der Gegenwart. Die Gefahr von haltloser Spekulation war der Hauptkritikpunkt Puchtas an der systematischen Arbeit seiner Zeitgenossen. Immer wieder registrierte Puchta hier einen deduktiven Zug, der »irgend eine aufgestellte Theorie« als Ausgangspunkt nehme.[700] Puchta nahm es 1827 dankbar auf, daß der zehn Jahre ältere Unterholzner »vor jenem phantastischen Conjecturieren« warnte, welches sich bei Jüngeren bisweilen breit gemacht habe.[701] Gegenüber Schweppe wollte Puchta nicht so verstanden werden, als rede er »der scholastischen Verflachung der Welt und Zerstörung aller historischen Mannigfaltigkeit« das Wort. Die im Stoff vorfindliche Ordnung litt für Puchta unter »natürlichen Unregelmäßigkeiten«, es ergaben sich immer »Abweichungen von demjenigen, was wir nach der Unvollkommenheit menschlicher Erkenntnis als Regel aufstellen können«.[702] Auch der im Vergleich zu Schweppe weit höher geschätzte Schröter bekam zu hören, die Geschichte sei »in der Regel nicht so streng consequent«,[703] daß eine einfache

696 Puchta, Adversus hostem aeterna auctoritas, 1823, S. 32.
697 Puchta, Über die expressa causa, 1828, S. 204.
698 Puchta, Lehrbuch für Institutionen-Vorlesungen, 1829, S. XII.
699 Puchta, Rez. Gans, Erbrecht, 1826, S. 36.
700 Puchta, Von dem Verhältnis des Eigenthums zu den Servituten, 1827, S. 293.
701 Puchta, Rez. Unterholzner, Über die verschiedenen Arten des Eigenthums und die verschiedene Gestaltung der Eigenthumsklagen, in: Puchta, Rez. Rheinisches Museum 1, 1827, S. 135.
702 Puchta, Rez. Schweppe, Römische Rechtsgeschichte, 2. Aufl., 1826, S. 299.
703 Puchta, Rez. Schröter, Observationes juris civilis, 1827, S. 47.

https://doi.org/10.5771/9783465133278-113 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

Ableitung zur Wahrheit führe. Das einzigartige Beispiel Savignys lehre, daß es nicht nur einer »mächtige[n] Hand« und eines »gewissen Geist[es]« bedürfe, sondern vor allem eine »sichere, stets bereite, bis ins Einzelne gehende Kenntnis der ganzen Geschichte« Voraussetzung sei.[704]

Dies bedeutete freilich nicht, daß man bei einer strengen Exegese des Textes stehenbleiben mußte. Auch Puchta nutzte »Vernunft«, wenn auch in ganz anderem Sinne, um den Text besser zu verstehen. Puchta interpretierte die Quellen in ihrem systematischen Zusammenhang zueinander. Diese »Vernunft« sollte jedoch dem historischen Material, der Eigenstruktur des Rechts selbst und nicht gegenwärtigen Bedürfnissen entnommen werden. Dies zeigte sich bereits daran, daß das römische Recht nur teilweise eine solche Interpretation zuließ. »Bei einer Aufzeichnung älterer Zeit, ehe das Recht zur Wissenschaft geworden war, kann die Erscheinung einer Regel in der besonderen Anwendung nicht auffallend sein. Die Auffindung der Regel gehört erst der Wissenschaft an, deren Thätigkeit darin besteht, sich im einzelnen des höheren Grundsatzes und des Zusammenhangs mit dem Ganzen bewußt zu werden.«[705] Für die frühe Zeit, etwa für die zwölf Tafeln, war das Recht also noch nicht derart systematisch, daß hierüber ein Textverständnis erleichtert würde. Besonders für diese Zeit bedürfe es auch der »Phantasie, die allerdings eine nothwendige Eigenschaft eines Historikers ist«.[706] »Wenn es für den mit praktischem Sinne Begabten etwas höchst Unangenehmes ist, hin und wieder auf Rechtssätze zu stoßen, denen es scheinbar und für unsere Augen, zeitlicher Entfernung wegen, an eigentlichem Leben mangelt, so mögen wohl auch bloße Vermuthungen über dergleichen Puncte nicht ganz unbefriedigend seyn.«[707] Einen gewissen Hang zur organischen Ordnung gab es bereits hier durch die »fast allgemeine Erfahrung, daß die Sprache vom besonderen zum allgemeinen fortschreitet«.[708] Überhaupt mußte man bei aller Unsicherheit versuchen, die anderen Quellen ergänzend heranzuziehen. Kritik mußte sich daher 1826 Bethmann-Hollweg gefallen lassen. Hollwegs Untersuchung zur Kompetenz des Centumviralgerichts hatte Puchta nicht befriedigt, da Hollweg »hier einen einzelnen Gegenstand zu beleuchten versucht hat, der als Glied eines Ganzen Anspruch darauf macht, nicht bloß für sich betrachtet zu werden«.[709] Gerade, wenn »uns die äußeren Quellen öfters ganz verlassen«,

704 Puchta, Rez. Schröter, Observationes juris civilis, 1827, S. 52.
705 Puchta, Adversus hostem aeterna auctoritas, 1823, S. 26.
706 Puchta, Rez. Schröter, Observationes juris civilis, 1827, S. 52.
707 Puchta, Adversus hostem aeterna auctoritas, 1823, S. 56 Anm. d).
708 Puchta, Adversus hostem aeterna auctoritas, 1823, S. 29.
709 Puchta, Rez. Bethmann-Hollweg, Über die Competenz des Cirumviralgerichts, in: Puchta, Rez. Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft 5, Heft 3, 1826, S. 268.

https://doi.org/10.5771/9783465133278-113 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

sei der »einzige zu der möglichsten Einsicht führende Weg…, das fragliche Institut in allen seinen Beziehungen zu anderen und bekannten Einrichtungen zu betrachten«.[710]

In den Digesten lag ein Gegenstand vor, der von römischen Juristen wissenschaftlich bearbeitet worden war. Nun konnte die Interpretation den systematischen Zusammenhang des Rechts und die Kenntnis der Methode der römischen Juristen nutzen. 1823 hatte Puchta in diesem Sinne zwei Fragen für das Verständnis der antiken Quellen herausgestellt: »woher? und warum?«[711] Diese Fragen konnten auch unüberlieferte Zusammenhänge enthüllen, weil »das römische Recht zur Zeit der römischen Juristen und durch sie zu einem Systeme geworden ist, und zwar in einem Grad von Vollkommenheit, den wir für unser heutiges Recht noch bey weitem nicht erreicht haben«.[712]

Jeder von den römischen Juristen geschaffene Satz war Juristenrecht,[713] folgte also gleichermaßen »praktischen Bedürfnissen« wie dem »inneren Zusammenhang«. Einerseits unterstellte Puchta, daß »wir von den römischen Juristen nichts juristisch undenkbares erwarten dürfen«.[714] Andererseits glaubte er zu wissen, daß die Römer »ihre Rechtssätze nicht durch bloße Speculation bildeten, um das System zu vervollständigen«.[715] Von Hasse schrieb sich Puchta heraus: »Die römischen Juristen pflegen nur künstlich zu sein, wo es eben hingehört.«[716]

Über den reinen Wortlaut hinaus mußten diese Zusammenhänge nun für die historische Forschung nutzbar gemacht werden. Unterholzner mußte sich sagen lassen, man dürfe nicht »Sätze deshalb verwerfen, weil sie nicht mit den ausdrücklichen Worten eines klassischen Zeugen belegt werden können«.[717] Die sonst lediglich mögliche Kenntnis einzelner Quellenstellen werde jeder »für nichts achten, wenn er ihren Zusammenhang mit dem Recht und seiner Geschichte nicht, sey es mit Gewißheit, oder mit größerer oder geringerer Wahrscheinlichkeit, einsieht oder künftig einmal einzusehen hofft, mit anderen Worten: er wird es für nichts achten, sie zu kennen, wenn er sie nicht begreift oder zu begreifen hofft«.[718] Zugleich sollte der innere Zusammenhang auf die Darstellung durchschlagen. Zimmern erntete in dieser Perspek-

710 Puchta, a. a. O., S. 278.
711 Vgl. oben S. 240.
712 Puchta, Betrachtungen, 1829, S. 221.
713 Vgl. oben S. 118 ff.
714 Puchta, Über die expressa causa, 1828, S. 199.
715 Puchta, Adversus hostem aeterna auctoritas, 1823, S. 56 Anm. d).
716 Puchta, Rez. Hasse, S. 131.
717 Puchta, a. a. O., S. 135 f.
718 Puchta, a. a. O., S. 136.

https://doi.org/10.5771/9783465133278-113 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

tive Kritik, da in seiner Rechtsgeschichte die »Begriffe der civilen und natürlichen Verwandtschaft, die in innerer Verbindung unter sich und mit der ganzen Geschichte des römischen Volks stehen, als ganz zusammenhanglose und willkührliche erscheinen«.[719]

cc) Studien zur Quelleninterpretation

Puchtas interpretatorische Prämissen waren also auf eine Rekonstruktion des römischen Rechts in seinem Kontext gerichtet. Für das frühe römische Recht blieb angesichts der schlechten Quellenlage viel Unsicherheit. Manchmal war es daher sinnvoll, sich klarer Aussagen ganz zu enthalten, wie er gegenüber Gans betont hatte.[720] Im übrigen half »Phantasie«, die über eine unsichere Spekulation im Ergebnis gleichwohl nicht hinwegzuführen vermochte. Für das römische Recht der »dritten Periode«, welches durch die römischen Juristen gestaltet worden war, war nicht nur die Quellenlage viel besser, sondern es standen auch andere Hilfsmittel bereit. Durch die Kenntnis der römischen Methode und der Struktur des hierdurch organisch geprägten Rechts war es möglich, in gewissem Sinne Lücken in der historischen Kenntnis durch Konstruktion zu schließen. Puchtas Juristenrecht wurde somit Hilfsmittel in der Rekonstruktion der antiken Rechtslage.

Blickt man vor dem Hintergrund dieser von Puchta verstreut formulierten Auslegungsgrundsätze auf Puchtas konkrete Quellenarbeit, so zeigt sich ein durchaus weitgestecktes Auslegungsinstrumentarium.

(1) Über die Wegservituten (1823)

Mit seiner Studie über die Wegservituten nutzte Puchta 1823 erstmals die von ihm betonten Struktureigentümlichkeiten des antiken Rechts der »dritten Periode«.

Die Wegservituten hatten Puchta bereits 1820 in seiner Dissertation beschäftigt.[721] Die Abhandlung des Jahres 1823 unterschied sich von der eher konventionellen Dissertation vor allem dadurch, daß Puchta nun die Untersuchung als Umsetzung eines theoretischen Programms anlegte. Puchta betonte, seine damalige Abhandlung sei von der jetzigen »ganz verschieden«, beide Abhandlungen hätten »nichts miteinander gemein…, als die Grundidee«.[722] Dies zeigt sich zunächst mit Blick auf seine Periodisierung. 1820

719 Puchta, Rez. Zimmern, 1826, S. 292.
720 Vgl. oben S. 234 ff.
721 Dissertatio de itinere, actu et via, Erlangen 1820.
722 Civilistische Abhandlungen, 1823, Vorrede, S. 25.

https://doi.org/10.5771/9783465133278-113 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

hatte Puchta seine drei Perioden an äußeren Ereignissen ausgerichtet,[723] zunächst die Zeit der 12 Tafeln, danach die Zeit der freien Republik und zuletzt die Zeit der klassischen Juristen.[724] 1823 behielt er die Länge der Abschnitte bei, stellte nun jedoch nicht Ereignisse, sondern Eigenschaften des Rechts selbst in den Blickpunkt seiner Periodisierung.

Damit wurde zugleich die besondere Eigenschaft der dritten Periode, ein organisches Rechtssystem geschaffen zu haben, rechtshistorisch fruchtbar gemacht. Puchtas Quellenarbeit stand nun unter der Prämisse, »daß unsere Quellen nur eine Menge Rechtssätze enthalten, welche die Fortsetzungen einer nicht ausdrücklich angegebenen Grundlage sind«. Er ging also auch bei der Quellenarbeit auf die Suche nach dem »leitenden Grundsatz«, nach der »Lage des in der Erde verborgenen Grundsteins«.[725] Dabei böten die römischen Quellen bloße »Hülfsmittel«.[726]

Drei Typen der Wegservituten waren überliefert, *iter*, *actus* und *via*. Während sich zu *iter* und *actus* bei Ulpian eine klare Abgrenzung hinsichtlich der darin enthaltenen Befugnisse des Berechtigten fand,[727] enthielt der *via* scheinbar kaum weitergehende Befugnisse als der *actus*. Jedenfalls boten die Digesten hier weit weniger scharfe Abgrenzungsmerkmale als zwischen *iter* und *actus*. Glück und die früheren[728] hatten daher auch die geringe Steigerung der Nutzungsbefugnis der *via* gegenüber der *actus*, nämlich das Recht »auch Steine und Balken zu schleifen« zur Unterscheidung herangezogen.

Puchta stellte dagegen die Tatsache heraus, daß die herangezogenen Stellen Teil eines wissenschaftlichen Umgangs mit Recht waren.[729] Aus dieser Tatsache folgte für ihn, daß die mangelhafte Abgrenzung zwischen der *via* und den beiden anderen Wegservituten gerade auf eine »weit auffallender[e], weit größer[e]« Unterscheidung schließen lasse, während ein »umsichtiger Jurist den Unterschied zwischen *iter* und *actus*« zur Aufzeichnung gebracht habe.[730] Während *iter* und *actus* nur »äusserlich« nach der Reichweite der Befugnis

723 Aufbau 1820: *1. De via, quae in Lege XII. Tabularum occurrit; 2. De vestigiis servitutum viarum e serioribus temporibus liberae civitatis superstitibus; 3. Aetas Jureconsultum Romanorum.*

724 Dissertatio de itinere, actu et via, 1820, S. 15.

725 Puchta, Über die Wegservituten, 1823, S. 94 f.

726 Puchta, Über die Wegservituten, 1823, S. 95.

727 Nach Ulpian D. 8, 3, 1, 1, enthielt der *iter* die Befugnis, sich über das dienende Grundstück gehend oder von Menschen oder Tieren getragen fortzubewegen, während der *actus* das Treiben des Viehs und die Nutzung des Grundstücks mit einem Wagen gestattete, vgl. Kaser I, 1971, S. 441.

728 Vgl. Glück, Pandekten X, 1808, S. 153 ff. mwN.

729 Über die Wegservituten, 1823, S. 98.

730 Über die Wegservituten, 1823, S. 98.

https://doi.org/10.5771/9783465133278-113 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

unterschieden worden seien, spreche damit die Vermutung dafür, daß »der Unterschied zwischen der *via* und dem *actus* ein viel bedeutenderer und eben deswegen ein innerer gewesen sey«.[731] Es ging somit um einen »Grundsatz«,[732] den Puchta sodann seiner Beweisführung voranstellte: *via* unterscheide sich von *actus* und *iter* durch die »Beschaffenheit der Wege selbst«, indem *via* eine feste Straße und damit auch eine örtliche Beschränkung der Grundstücksnutzung beinhalte,[733] während die älteren *iter* und *actus civiliter* eine Nutzung des Gesamtgrundstücks im Rahmen der eingeräumten Befugnisse gewährten.[734] Nachfolgend suchte Puchta nach Hinweisen für diesen Satz. Er zog den Sprachgebrauch »*via*« ebenso heran wie etwa das Fehlen einer »Breitebestimmung für *iter* und *actus*«, aber auch sonstige Hinweise. Besonderen Wert legte er dabei darauf, daß das von ihm herausgestellte Unterscheidungsmerkmal »nicht etwa ein durch bloße Speculation herausgebrachtes, ohne sichtbare Stütze bestehendes [sei], sondern es ist in den Fragmenten selbst … von jener Eigenschaft die Rede«.[735]

An einer anderen, etwas versteckten Stelle der Abhandlung wurden Besonderheiten des von Puchta gewählten Verfahrens nochmals deutlich. Auch die Abgrenzung zwischen *actus* und *iter* war nicht unumstritten. Divergierende Quellenaussagen führten zu der Frage, »ob der *actus* notwendig den *iter* enthalte, ob nicht ein *actus* ohne das *iter* ertheilt und erworben werden könne«. Hierzu standen sich zwei Aussagen in den Digesten gegenüber. Nach Paulus war ein *actus* ohne *iter* nicht denkbar, so daß derjenige, welcher den *actus* vermache, ihm den Iter nicht entziehen könne.[736] Ulpian gewährte dagegen eine Klage aus der Servitut auch für den Fall, daß »*iter sine actu vel actum sine itinere habet*«.[737] Die traditionelle Lesart vermied den darin sich andeutenden Widerspruch: Paulus habe die faktische Unmöglichkeit im Auge

731 Über die Wegservituten, 1823, S. 98.
732 Vgl. Über die Wegservituten, 1823, S. 112.
733 Dies war die gemeinsame Grundidee mit seiner Dissertation, vgl. Puchta, Dissertatio de itinere, actu et via, Erlangen 1820, S. 19 Thesis II).
734 Der Grundsatz wurde beibehalten in Puchta, Cursus der Institutionen II, § 253, S. 755; diese Ansicht konnte sich im 19. Jahrhundert durchsetzen, vgl. Elvers, Die römische Servitutenlehre, 1856, S. 396; Brinz, Pandekten, 1873, S. 769; Windscheid, Pandekten I, § 211, S. 1070; ebenso noch Kaser I, 1971, S. 441 mit Anm. 15; kritisch dagegen Dernburg, Pandekten I, 1894, § 242, S. 573 Anm. 8).
735 Über die Wegservituten, 1823, S. 112.
736 D. 34, 4, pr.: Qui actu legato iter adimat, nihil adimit, quia nunquam actus sine itinere esse potest.
737 D. 8, 5, pr.: Qui iter sine actu, vel actum sine itinere habet, actione de servitute utetur.

https://doi.org/10.5771/9783465133278-113 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

gehabt, ohne ein Recht, über das Grundstück zu gehen (*iter*), sein Recht zum Viehtrieb (*actus*) auszuüben. Dagegen könne man mit Ulpian durchaus das Recht, im Rahmen des actus über ein Grundstück zu gehen von einem solchen »ohne Vieh« trennen.[738] Puchta erschien es schon deshalb als falsch, die Argumentation des Paulus »nur uneigentlich und unjuristisch« zu verstehen, weil dieser daraus einen Rechtssatz folgere, »daß nämlich bey dem Legat des *actus* die Ademtion des *iter* keine sey«.[739] Puchta griff zur Lösung der Streitfrage statt dessen auf den »Grundsatz der Untheilbarkeit«, welcher für alle Servituten nach einhelliger Ansicht galt,[740] zurück. Aus der Tatsache, daß vom *actus* der *iter* nicht mehr getrennt werden konnte, folgte für Puchta nicht, »daß auch kein *actus* ohne *iter* bestellt werden könne«.[741] Der Stelle Ulpians lag folglich letzteres zugrunde, während Paulus die spätere Unteilbarkeit thematisierte, der Widerspruch entfiel.

Puchta hatte somit die Aussagen der Klassiker aus einem »leitenden Grundsatz« heraus interpretiert, den er hier explizit den Quellen entnehmen konnte. Dabei zeigten sich Eigentümlichkeiten seines Vorgehens. Die Ausrichtung der Quellen an übergreifenden »Prinzipien« brachte die Tendenz, widersprechende Quellenaussagen zu harmonisieren. Seine Interpretation fand daher mit Verlust der philosophischen Prämissen dieses Vorgehens in späteren Jahren Kritik. Vangerow stellte klar, daß Puchta mit dem Abschied vom »uneigentlichen« Verständnis der Paulus-Stelle zwar »die juristische Ehre des Paulus« gerettet habe, gleichwohl »nicht verkannt werden kann, daß sich Paulus dann sehr ungenau und unverständlich ausgedrückt hat«.[742] Noch härter urteilte Elvers im Jahr 1856. Für ihn waren die Schlußworte des Paulus bei Zugrundelegung der Ansicht Puchtas »noch viel unerklärlicher oder viel mehr unverantwortlicher gefaßt« als bei traditioneller Lesart. Für Elvers lag hier schlicht ein »Mißbrauch der … Untheilbarkeit der Realservituten vor«.[743] Puchta konnte also nicht überzeugen.

Fast versteckt zeigte sich noch eine zweite Eigenheit seines Verfahrens. Die Harmonisierung der Aussagen des Paulus und des Ulpian führte bei Puchta zur Trennung zwischen Entstehung und späterer Teilung der Servitut. Während der Grundsatz des Verbots der Teilung von Servituten quellengemäß

738 Glück, Pandecten X, 1808, S. 153 m. w. N. Diese Auslegung blieb auch weiterhin verbreitet, vgl. etwa Elvers, Die römische Servitutenlehre, 1856, S. 391 f.; Hoffmann, Die Lehre von den Servituten nach römischem Rechte I, 1838, S. 114 f.; Dernburg, Pandekten I, 1894, § 242, S. 572 Anm. 6.

739 Über die Wegservituten, 1823, S. 101.

740 Glück, Pandecten IX, 1808, S. 34 ff. m. w. N.; Kaser I, 1971, S. 443 unter 4. mit Anm. 43.

741 Über die Wegservituten, 1823, S. 102.

742 Vangerow, Pandekten II, 6. Aufl. 1851, § 341, Anm. 3 b).

743 Elvers, Die römische Servitutenlehre, 1856, S. 392 Anm. 1).

https://doi.org/10.5771/9783465133278-113 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

war,[744] wurde der Rechtssatz, daß *actus* durchaus ohne *iter* bestellt werden könne, von Puchta lediglich daraus geschlossen, daß Ulpians Aussage sonst in Widerspruch zu der Auslegung stünde, die Puchta Paulus gegeben hatte: »Daß somit von dem bestehenden *actus* das *iter* nicht wieder getrennt werden kann, daraus folgt nicht, daß auch kein *actus* ohne *iter* bestellt werden könne. Indem nun die Stelle Ulpian's dieses als statt findend voraussetzt, so widerspricht sie der Stelle des Paulus nicht, welcher erstere Fall zugrunde liegt.«[745] Schon eine Seite später fand sich der Rechtssatz: »*actus* kann ohne *iter* bestellt [werden].« Ein Quellenbeleg fand sich dagegen nicht. Die Richtigkeit des Schlusses war jedoch nur dann gegeben, wenn es sich nicht um verschiedene Ansichten zwischen Ulpian und Paulus gerade in der Frage des Prinzips handelte, also Ulpian von der getrennten Existenz ausging, Paulus dieses jedoch ablehnte. Ging man dagegen mit Sintenis davon aus, daß der Widerspruch schlicht »nicht zu lösen« war,[746] so hing Puchtas Argumentation in der Luft. Die Tatsache, daß auch Puchta 1842 das Verhältnis zwischen den beiden streitigen Stellen anders zu erklären suchte, deutet an, daß er sich dieser Schwierigkeiten zunehmend bewußt wurde.[747]

(2) Über die *expressa causa*, 1828/29 (II)

Die Puchta hier beschäftigende Problematik wurde oben bereits in anderer Perspektive dargelegt.[748] In seiner Studie zur *expressa-causa* beschäftigte sich Puchta mit der Frage, ob im gemeinen Recht bei der Eigentumsklage die Beschränkung des Streitgegenstandes auf eine Erwerbsart zulässig sei. Diese Möglichkeit hatte im gemeinen Prozeß zur Folge, daß die Eigentumsklage je nach vorgebrachter Erwerbsart mehrfach vorgebracht werden konnte. Es ging also um die Reichweite der Rechtskraft eines Urteils.

Während auf die gemeinrechtlichen Aspekte der Abhandlung Puchtas bereits eingegangen wurde, soll nachfolgend auf Puchtas Erörterungen zur antiken Rechtslage eingegangen werden. Puchta trennte zwischen römischem und heutigem Recht, was damit zusammenhing, daß für ihn dieser Rechtssatz nicht in den römischen Quellen begründet, sondern nach der Rezeption als Gerichtsgebrauch Eingang gefunden hatte. Um die Frage zu beantworten, »wie sich die Sache zur Zeit der römischen Juristen, der Urheber der beiden

744 Vgl. Kaser I, 1971, S. 443, 4), auch Puchta brachte Belege, vgl. Über die Wegservituten, 1823, S. 101 mit Anm. i) und k).
745 Über die Wegservituten, 1823, S. 102.
746 Sintenis, Das practische gemeine Civilrecht I, 1860, § 63, S. 576 Anm. 3, so auch die neuere Ansicht, vgl. Kaser I, 1971, S. 441 Anm. 15.
747 Cursus der Institutionen II, 1842, § 253, S. 754 Anm. m).
748 Vgl. oben S. 211 ff.

https://doi.org/10.5771/9783465133278-113 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

Pandektenstellen, welche die gemeine Meinung veranlaßt haben, verhielt«, trennte Puchta zwischen der »Möglichkeit des gemeinhin angenommenen Satzes« und dem »wirklichen Bestehen des Satzes«.[749] Er prüfte also zunächst, ob die *expressa-causa*-Klausel mit dem sonstigen antiken römischen Recht vereinbar sein konnte. Erst dann wandte er sich der Exegese der für die Klausel im speziellen streitigen Quellen zu. Die *expressa causa*-Klage war, so Puchta, »möglich«, wenn »es einen Eigenthumsprozeß habe geben können, bey welchem nicht das von dem Kläger behauptete Eigenthum, sondern nur eine Erwerbsart desselben in judicium deduciert worden sey, der Richter also nur über das Vorhandensein dieser Erwerbsart, nicht aber zugleich über das Vorhandenseyn des Eigenthums entschieden habe«.[750] Dies war nach Puchta nicht »möglich«, wenn die römischen Prozeßvoraussetzungen eine solche Klagegestaltung nicht zuließen, sog. »formelle Seite« oder wenn »von der Seite des practischen Resulthats« etwas entgegenstand, sog. »materielle Seite«.[751]

In »formeller« Perspektive prüfte er die in Frage kommenden antiken Möglichkeiten, die Eigentumsklage zu erheben, durch. Hierbei legte er die überlieferten Klageformeln nach ihrem Wortlaut aus, prüfte Gegenmeinungen[752] und entschied sich bei Unklarheiten bisweilen für die »wahrscheinlichste«[753] Auslegung. Auch die Eigenart der römischen Juristen konnte als Argument dienen: »Ohnehin würde kein Römer …«[754] Das Schweigen der Quellen war zu beachten: »Von einer solchen Mehrheit von *Formulae petitoria* wissen wir aber nichts.«[755] War »kein wirkliches Bedürfnis« für den Klagezusatz nachweisbar, war ein Tätigwerden des Prätors »höchst unwahrscheinlich«.[756] Gab es Stellen, die das fragliche Problem anders lösten, könnte man unterstellen, daß der »Jurist … sich hier ganz anders geäußert haben«[757] würde.

Im Ergebnis bejahte Puchta durchaus die »formelle« Möglichkeit einer entsprechenden Beschränkung des Streitgegenstands, aber nur für eine *vindicatio per sponsionem*, bei der die Klageformel sowieso den Parteien zu formulieren oblag.

749 Puchta, Nachtrag zu Heffter, 1829, S. 191 ff., 199 ff.
750 Puchta, Nachtrag zu Heffter, 1829, S. 191.
751 Puchta, Nachtrag zu Heffter, 1829, S. 191, 196.
752 Vgl. die Auseinandersetzung mit Keller, in: Puchta, Über die expressa causa, 1828, S. 182, und natürlich die Abhandlung gegen Heffter durchweg.
753 Puchta, Über die expressa causa, 1828, S. 180.
754 Puchta, Über die expressa causa, 1828, S. 181.
755 Puchta, Über die expressa causa, 1828, S. 183.
756 Puchta, Über die expressa causa, 1828, S. 183.
757 Puchta, Über die expressa causa, 1828, S. 183.

https://doi.org/10.5771/9783465133278-113 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

Sodann überprüfte er dieses Ergebnis in »materieller« Hinsicht.[758] Hier argumentierte Puchta nun weit weniger eng an den Quellen entlang, sondern griff zu strukturellen Erwägungen. Das Eigentum unterschied sich als Recht von der *obligatio* dadurch, daß sein Erwerbsgrund für den Inhalt des Rechts ganz unerheblich war. Demgegenüber habe bei der *obligatio* »der Entstehungsact den unmittelbarsten Einfluß auf die Natur des Verhältnisses selbst«.[759] Der Erwerbsvorgang war ein bloßes Faktum, kein Recht. Wenn der Erwerbsvorgang und nicht das Eigentum den Streitgegenstand bestimme, *causa proxima actionis* sei, werde damit ein Faktum Streitgegenstand und kein Recht. Damit habe die Klage keinen rechtlichen Grund, »sondern nur einen factischen, zum rechtlichen willkührlich gestempelten«.[760] Eine solche Klage konnte keine Eigentumsklage sein. Hiergegen sprach nicht die auch von ihm bejahte Möglichkeit einer prozessualen Sponsion. Diese war »eigentlich eine persönliche Klage«[761] und damit nicht an die Unabhängigkeit des Eigentumsrechts von seinem Erwerbsgrund gebunden. Hier lag also kein »Widerspruch gegen die Natur der dinglichen Klagen« vor.[762]

Erst jetzt ging Puchta zur Prüfung eines »wirklichen« Bestehens des Satzes über und prüfte die beiden Stellen, auf welche die gemeine Meinung die Zulässigkeit der *expressa-causa*-Klausel gründete. Eingangs machte Puchta deutlich, daß für ihn seine vorgelagerte Untersuchung zur formellen und materiellen Möglichkeit einer solchen Klausel die Entscheidung vorgab:

> »An sich wäre damit eigentlich, da wir von den römischen Juristen nicht juristisch undenkbares erwarten dürfen, die Sache abgethan. Dennoch aber müssen noch die Zeugnisse geprüft werden, auf welche man, ohne sich auf die Möglichkeit einzulassen, die gemeine Meinung gegründet hat. Es ist erforderlich, daß an die Stelle der unstatthaften Erklärung der berufenen Stellen eine andere haltbarere gesetzt werde.«[763]

Es war danach zu erwarten, daß Puchtas Quellenauslegung ein feststehendes Ergebnis umsetzte. Streitig waren zwei Digestenstellen: D. 44, 2, 14, (Pau-

758 Puchta, Nachtrag zu Heffter, 1829, S. 196, als Zusammenfassung der verstreuten Einschübe in: ders., Über die expressa causa, 1828, S. 173, 179 f., 182 f.
759 Puchta, Über die expressa causa, 1828, S. 173.
760 Puchta, Nachtrag zu Heffter, 1829, S. 197.
761 Puchta, Über die expressa causa, 1828, S. 184.
762 Puchta, Über die expressa causa, 1828, S. 184.
763 Puchta, Nachtrag zu Heffter, 1829, S. 199.

https://doi.org/10.5771/9783465133278-113 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

lus)[764] und 44, 2, 11, 2 (Ulpian).[765] Puchta interpretierte beide Fragmente entgegen ihrem bisherigen Verständnis: Die entscheidenden Worte bei Ulpian »*causa adjecta*«, herkömmlich auf einen im ersten Prozeß nicht eingeführten, aber bereits vorliegenden Erwerbsgrund bezogen, verstand Puchta als Hinweis auf einen später hinzugekommenen Erwerbsgrund.[766] Ein solcher durfte nun unstreitig in einem späteren Prozeß vorgebracht werden.[767] So verstanden betraf Ulpian einen ganz unproblematischen Fall. Auch Paulus wurde von Puchta so interpretiert, daß er den Sonderfall einer Klagebeschränkung auf einen bestimmten Erwerbsgrund nicht umfaßte. Hierzu schob Puchta hinter das fragliche »*non expressa causa*« ein: »wie es notwendig ist«.[768] Paulus sprach für Puchta somit von einer »nothwendige[n] Eigenschaft der Formel«,[769] die nichts daran ändern sollte, daß die Entscheidung in jedem Fall alle Erwerbsarten mit umfaßt habe.

Puchtas Interpretation orientierte sich also daran, daß man von römischen Juristen »nichts juristisch undenkbares« erwarten konnte. Er sprach in diesem Zusammenhang auch von der »innern Möglichkeit und Unmöglichkeit« des Satzes.[770] An anderer Stelle sprach er deutlicher von der Suche nach »inneren Gründen« im Stoff. 1833 machte er in seiner lebzeitig ungedruckten Abhandlung »Über die Existenz des Besitzrechts« diese Einteilung deutlicher. Hier wies er zunächst nach »wie wir durch innere Gründe gedrungen sind, den Besitz als Recht zu betrachten«, um danach zu beweisen, »daß auch die römischen Juristen dieselbe Ansicht haben«.[771] Das Verfahren des Jahres 1828/29 war also kein Einzelfall.

Puchtas Quellenarbeit ging somit aufs »Ganze«, sie suchte Strukturen in den Quellen. Dies ließ sich für das antike Juristenrecht durch die dort unterstellte Einheit zwischen Subjekt und Objekt begründen. Wenn das römische Recht der dritten Periode durch die Arbeit der römischen Juristen

764 D. 44, 2, 14, 2 bei Puchta: »*Actiones in personam ab actionibus in rem hoc differunt, quod cum eadem res ab eodem mihi debeatur, singulas obligationes causae sequuntur, nec ula earum alterius petitione viviatur; ac cum in rem ago, non expressa causa*, ex qua rem meam esse dico, omnes causae una petitione adprehenduntur. Neque enim amplius quam semel res mea esse potest, saepius autem deberi potest.«

765 D. 44, 2, 11, 2 bei Puchta: »*Si quis autem petat: fundum suum esse, eo quod Titius cum sibi traderit, si postea alia ex causa petat,* CAUSA ADJECTA NON DEBET SUMMOVERI EXCEPTIONE.«

766 Puchta, Über die expressa causa, 1828, S. 177.

767 Vgl. Wächter, Handbuch II, 1842, S. 444.

768 Puchta, Über die expressa causa, 1828, S. 177.

769 Puchta, Über die expressa causa, 1828, S. 187 f., Zitat S. 188.

770 Puchta, Nachtrag zu Heffter, 1829, S. 199.

771 Puchta, Über die Existenz des Besitzrechts, 1833, S. 265.

https://doi.org/10.5771/9783465133278-113 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

ein »organisches« Ganzes geworden war, dann konnten die Zusammenhänge, auch wenn sie den Quellen nicht direkt zu entnehmen waren, in sie hinein und zugleich aus ihnen heraus gelesen werden.

c) Grundbegriffe und Prinzipien im Gemeinen Römischen Recht – Übergang zur Systemfrage

Die »Ecksteine« von Puchtas Juristenrecht waren nach dem Dargelegten »Principien«. Sie dienten als gemeinsame Leitlinie für die Konstruktion eines neuen Rechtssatzes in Annäherung an einen bereits bestehenden. Landau hat deswegen vorgeschlagen, für Puchta von einer »Prinzipienjurisprudenz« und nicht von einer Begriffsjurisprudenz zu sprechen.[772] Dies ist insofern überzeugend, als Puchta in seinen methodischen Vorgaben für ein Juristenrecht, wie auch für sein späteres Recht der Wissenschaft immer auf »Principien« zurückgriff.[773] Dies waren die »leitenden Grundsätze«, von denen Savigny gesprochen hatte.[774] Bei Landau wird freilich nicht deutlich, inwiefern zwischen einer Prinzipien- und einer Begriffsjurisprudenz schon abstrakt gesehen ein substanzieller Unterschied bestehen soll, da wichtiger doch die auf eine Struktur im Stoff abstellende Gemeinsamkeit beider Betrachtungsweisen zu sein scheint, seien diese Strukturmerkmale definitionsartig als Begriff oder regelförmig als Prinzip formuliert. Mit Blick auf Puchta bliebe die Bedeutung dieser Differenz zudem ganz konkret nachzuweisen. Savigny hatte jedenfalls in diesem Sinne 1814 das »Finden der Regel, wodurch künftig die Masse des einzelnen regiert werden soll« durchaus gleichberechtigt neben »Grundbegriffe« gestellt.[775] Sucht man diesbezüglich Klärung in Puchtas Werk, so wird deutlich, daß Puchta in seinen Äußerungen zum Juristenrecht diese Zusammenhänge immer nur voraussetzte und lediglich im konkreten Fall auf einzelne Prinzipien zurückgriff.[776] Was ein Prinzip oder einen Begriff von einem Rechtssatz unterschied, war, neben der höheren Abstraktionsebene, der Blick auf den systematischen Gesamtzusammenhang aller Rechtssätze. Puchta hatte diese Frage 1822 und 1825 nur angeschnitten. Angesichts seiner Überlegungen zum Juristenrecht lag es für Puchta nahe, die von ihm hier besonders hervorgehobene Eigenschaft des Rechts als System genauer zu thematisieren. Nach Vorarbeiten ab 1827 trat daher 1829 die Systemfrage ins

772 Landau, Die Rechtsquellenlehre in der Deutschen Rechtswissenschaft, 1993, S. 72 Anm. 15.
773 Zum Juristenrecht vgl. S. 221. Zum Recht der Wissenschaft vgl. unten S. 392 ff, S. 419 ff.
774 Savigny, Beruf, 1814, S. 22.
775 Savigny, Beruf, 1814, S. 66, in Auseinandersetzung mit dem Code.
776 Vgl. auch Puchtas allgemeine Äußerungen diesbezüglich oben S. 222.

https://doi.org/10.5771/9783465133278-113 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

Zentrum seiner Überlegungen. Die 1828 gegenüber Hugo geäußerte Absicht, ein »Pandektenkompendium als heutiges römisches Recht« zu schreiben,[777] faßte Puchtas rechtspolitische Pläne der zwanziger Jahre, sein Vorhaben einer Verwissenschaftlichung des gemeinen römischen Rechts und insbesondere der Praxis, wie in einem Brennglas zusammen.

777 Vgl. oben S. 113 f.

https://doi.org/10.5771/9783465133278-113 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

3. *System der Rechte*

> »Ich habe im körperlichen einen empfindlichen Sinn für Ordnung, nicht für die systematische, sondern für die der Schönheit. Wen ich in ein Zimmer trete, wo ein Bild schief an der Wand hängt, oder ein Stuhl mit der Lehne an der Wand aufsteht, so fühle ich es gewissermaßen, ehe ich es sehe, so gut als eine falsche Symmetrie mir peinlich ist. Im Politischen geht mir's ebenso, und in der Wissenschaft desgleichen. Nichts widerwärtigeres als Einzelheiten, die nicht aufhören wollen, es zu sein.«
> (Brief Puchtas an Savigny vom 30.6.1838)

I. Erste Systemversuche 1822 und 1825

Vom Beginn seiner wissenschaftlichen Betätigung an, hatte »System« in Puchtas Arbeiten eine große Rolle gespielt. 1822 hatte er die wissenschaftliche »Behandlung der Rechtswissenschaft« als »Exegese, Geschichte, System«[1] im Sinne Savignys[2] zusammengefaßt. Über die genaue Durchführung dieses Systems in Savignys Pandektenvorlesungen war Puchta zu diesem Zeitpunkt nur teilweise informiert. Er hatte Savignys ja noch unveröffentlichte Vorlesungen nicht selbst gehört und stützte noch 1829 seine Mutmaßungen diesbezüglich auf die Institutionen von Ludwig Pernice von 1821 bzw. 1823[3] und »sonstige Mitteilungen«.[4]

1822 legte er ein eigenes wissenschaftliches System des positiven Rechts noch nicht vor. Im Gesamtaufbau unterschied Puchta das »Recht an sich«, welches er in philosophisches und positives Recht aufspaltete, und das »Recht seiner Entstehung nach«, also seine erste Rechtsquellenlehre und die »äußere« Rechtsgeschichte. Er trennte »Philosophisches Recht« und »Positives Recht«. Dies klang einerseits kantianisch, fand sich in dieser Terminologie aber vor allem bei Hegel.[5] Puchtas Beschäftigung mit dem philosophischen Recht beschränkte sich 1822 auf Begriffsbestimmungen.[6] Unverbunden stand daneben Puchtas Darstellung des positiven Rechts. Puchtas Anordnung des positiven Rechts gab sich jedoch als reine Lehrdarstellung. Er betonte, die Darstellung dieses Bereichs sei »nicht wissenschaftlich«.[7]

1 Puchta, Encyclopädie, 1822, § 65.
2 Zusammenfassend Mazzacane, in Savigny, Methodologie, 1993, S. 35 ff.
3 Puchta, Betrachtungen, 1829, S. 236 unter Verweis auf Pernice, Geschichte, Alterthümer und Institutionen des Römischen Rechts im Grundrisse, 1821, 2. Aufl. 1823.
4 Puchta, a. a. O.
5 Hegel, Rechtsphilosophie, 1820/21, § 1, 3; vgl. näher hierzu sogleich.
6 Puchta, Encyclopädie, 1822, §§ 6–11.
7 Puchta, Encyclopädie, 1822, § 14; diesbezüglich kritisch Abegg, Encyclopädie und Methodologie, 1823, S. 37.

https://doi.org/10.5771/9783465133278-113 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

1825 zeigte seine Enzyklopädie ein verändertes Gesicht. Puchtas »Übersicht des Rechtssystems«[8] umfaßte nun »Form« und »Inhalt des Rechts«,[9] also einerseits Puchtas Rechtsbegriff und andererseits seine Rechtsquellenlehre. Die Rechtsgeschichte stand nun dem Rechtssystem gegenüber,[10] Puchta trennte also zwischen Geschichte und System, so daß das »Recht seiner Entstehung nach« einerseits als Rechtsquellenlehre dem System zugeschlagen wurde und andererseits als Rechtsgeschichte der Geschichte.

Für sein System deutet sich ein grundlegender Auffassungswandel an. Erstmals zeigt sich der Versuch, das geltende Recht als wissenschaftliches System zu begreifen. Der Unterschied zwischen philosophischem und positivem Recht wurde von Puchta nun mit Polemik quittiert.[11] Der Versuch, aus einem obersten Grundsatz Rechtssätze zu deduzieren, die als philosophisches Recht der Umsetzung in das positive Recht bedürften um zu gelten, sei ein Verstoß gegen die geschichtliche Natur des Rechts. Wer glaube, aus der Vernunft ein Idealrecht konstruieren zu können, könne mit »Träumenden verglichen werden, welche zu fliegen wähnen, aber auf den Federn nur liegen«.[12]

Sein nun erstmals angedeutetes System abstrahierte also nicht mehr vom positivem Recht, ging aber gleichwohl von einem Rechtsbegriff aus. Ausgangspunkt war der Mensch als Person, als »abstrakt freies Wesen«.[13] Deren Wille »bezieht sich auf etwas äußeres, aber so, daß er sich dasselbe unterwirft. Dadurch entsteht der Begriff des Vermögens.«[14] Neben diesen, durch den Willen der Person geschaffenen Rechtsteil, stellte Puchta das Familienrecht, welches »von Natur vorhanden« sei.[15] Eine nähere Durchführung dieses Systems fand sich nicht. Puchtas Blick war zu diesem Zeitpunkt vor allem auf die Rechtsquellenlehre gerichtet, die er 1825 erstmals ausbuchstabierte.[16]

8 Puchta, Encyclopädie, 1822, § 32.
9 Puchta, Encyclopädie, 1822, § 32.
10 Puchta, Encyclopädie 1825, S. 32.
11 Puchta, Encyclopädie 1825, S. 61.
12 Puchta, Encyclopädie 1825, S. 62.
13 Björne, Deutsche Rechtssysteme, 1984, S. 88, sieht hier ein Bekenntnis zu »Kants Freiheitsbegriff« als »Grundlage der Rechtswissenschaft«. Gegen diese wohl von Larenz beeinflußte Deutung spricht bereits, daß Puchtas deutlicher Verweis auf Kants kategorischen Imperativ auf S. 61 der Enzyklopädie, auf den sich Björne beruft, deutlich pejorativ verwendet wurde, für eine Art der Systembildung, die Puchta 1825 nicht mehr teilte. Der Mensch als »abstract freies Wesen… nämlich abstrahiert von seiner Freiheit als derjenigen seines besonderen Daseyns«, S. 13, Björnes zweiter Beleg, klingt zudem deutlich nach Hegel und nicht nach Kant, vgl. Hegel, Rechtsphilosophie, 1820/21, § 34.
14 Puchta, Encyclopädie 1825, S. 13.
15 Puchta, Encyclopädie 1825, S. 13.
16 Zuvor hatte er bereits sein Konzept angedeutet, in: Encyclopädie, 1822, § 47 u. 48; dann deutlich in: Encyclopädie, 1825, S. 18 ff.

https://doi.org/10.5771/9783465133278-113 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

Erstmals zeichnete sich dagegen Puchtas Rechtbegriff ab. 1822 hatte er das Recht noch als »abstrakte Freiheit« benannt.[17] Mit »Wirkung des Willens auf äußere Gegenstände«[18] hatte er lediglich eine Definition des Eigentums gegeben, die derjenigen Hegels entsprach. Dies wurde spätestens 1840 deutlich, als Rosenkranz die Propädeutik veröffentlichte, die Hegel im Nürnberger Gymnasium auch seinem Schüler Puchta vorgetragen hatte.[19] In der Rechts-, Pflichten- und Religionslehre, die Hegel seit 1810 der Unterklasse vortrug,[20] definierte Hegel in § 8: »Der Wille, indem er eine Sache unter sich subsumiert, macht sie zu der seinigen.«[21] 1825 umfaßte diese Unterwerfung von »etwas äußerem« durch den Willen der Person, wie soeben gezeigt, das ganze Vermögensrecht. Puchtas Ausbau des Eigentumsbegriffs Hegels zum übergeordneten Rechtsbegriff sollte sich dann 1829 mit seinem System der Rechte vollenden.

II. »Princip« und »Consequenz«: Puchtas Privatrechtssystem von 1829

Was Puchta 1825 nur angedeutete hatte, nämlich sein eigenes Rechtssystem, rückte 1827, nachdem seine Rechtsquellenlehre weitgehend durchdacht und sein erster Band des Gewohnheitsrechts konzipiert war, ins Zentrum seines Interesses. Im Mai 1827 beschäftigte sich Puchta in Auseinandersetzung mit einem Aufsatz du Rois[22] erstmals mit dem Institutionensystem des Gaius.[23] Die Abhandlung zu du Roi markierte den Beginn der eigenen Systembemühungen Puchtas. Bereits im Juni d. J. war Puchta mit der Ausarbeitung eines eigenständigen Systems beschäftigt.[24] Im August 1827 lag die hierzu grundlegende Abhandlung »Betrachtungen über alte und neue Rechtssysteme« weitgehend abgeschlossen vor.[25] Parallel hierzu[26] ging Eduard Gans auch

17 Puchta, Encyclopädie, 1822, § 6.
18 Puchta, Encyclopädie, 1822, § 8.
19 Hierzu bereits Cappellini, Systema Iuris II, 1985, S. 283 ff.
20 Hegel, Werkausgabe IV: Nürnberger und Heidelberger Schriften 1808–1817, 1986, S. 204 ff., hier: Rechtslehre, S. 232 ff.
21 Vgl. daneben Rechtsphilosophie, § 45; zu den Zusammenhängen noch immer Ritter, Person und Eigentum, 1975, S. 109 ff.; Hecker, Eigentum als Sachherrschaft 1990, S. 235 ff., S. 229 ff.; Cappelini, Systema Iuris II, 1985, S. 308 f.
22 Du Roi, Noch einige Bemerkungen über actio in rem und actio in personam, jus in re und obligatio, 1823, S. 252 ff.; zu du Roi vgl. Spehr, ADB 5, 1875, S. 488 f; Landsberg, GDR 3.2., 1910, Noten S. 34 f.
23 Puchta, Von dem Verhältnis des Eigenthums zu den Servituten, 1827, S. 286 ff., insb. auch S. 310 f. zu Gaius.
24 Brief an Hugo vom 25.6.1827.
25 Brief an Hugo vom 23.9.1827.
26 Die Vorrede von Gans datiert am 18. August 1827.

https://doi.org/10.5771/9783465133278-113 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

in der Systemfrage gegenüber Savigny und seinen Anhängern in die Offensive.[27] Gans warf der historischen Schule eine »vornehme Verachtung von Rechtsprincipien, vom Dogmatischen und Systematischen im Rechte« [28] vor. »Der Wissenschaft ist noch nicht Genüge geleistet, wenn einzelne Lehren ihrem Inhalte nach durchsucht, und ihre Dogmen festgestellt sind, sie ist wesentlich nur im Zusammenhange dieser Lehren befriedigt, oder mit anderen Worten: die wahre Wissenschaft ist nur ein System.«[29]

1829 machte Puchta in seinem Institutionen-Lehrbuch deutlich, daß er diese Einschätzung von Gans teilte. Er fand es gleichermaßen erklärungsbedürftig, »daß wir bei so großen Talenten, die für unsere Wissenschaft thätig sind, rücksichtlich des Systems noch so weit zurückstehen«.[30] Als Gans 1833 der »historischen Schule« nochmals entgegenschleuderte: »Systeme können nur durch Systeme widerlegt werden, und so lange ihr uns kein wissenschaftliches zu bereiten gedenkt, müssen wir bei dem bleiben, welches wir haben«,[31] war Puchta auf Seiten der Angegriffenen bereits in die Offensive gegangen. 1829 waren endlich Puchtas »Betrachtungen über alte und neue Rechtssysteme erschienen«, nachdem der Versuch, die Arbeit in Hugos Civilistischem Magazin zu veröffentlichen, gescheitert war.[32] Noch im selben Jahr legte er ebenfalls im Rheinischen Museum seine »Classification der Rechte« der Öffentlichkeit vor,[33] welches er ebenfalls 1829 in einem Institutionenlehrbuch[34] und 1832 in einem Pandektengrundriß[35] mit wenigen Änderungen[36] durchführte.

1. Vorstudien: Untersuchungen zu Gaius 1827/1829

1827 machte Puchta gegenüber Hugo deutlich, worauf es ihm in der Systemfrage ankam. Hugo war nach seinem wirkungsreichen Experiment des Jahres 1789 inzwischen wieder zur weit verbreiteten Institutionenanordnung zurück-

27 Gans, System des Römischen Civilrechts, 1827.
28 Gans, System des Römischen Civilrechts, 1827, S. 152.
29 Gans, System des Römischen Civilrechts, 1827, S. 152.
30 Puchta, Lehrbuch für Institutionen-Vorlesungen, 1829, S. VIII.
31 Gans, Vorrede zu Hegel, Grundlinien der Philosophie des Rechts, Akademie Ausgabe, S. 8 datierend vom 29.5.1833.
32 Vgl. Brief an Hugo vom 23.9.1827.
33 Puchta, Betrachtungen über alte und neue Rechtssysteme, 1829; ders., Zu welcher Classe von Rechten gehört der Besitz? Beantwortet durch eine Classification der Rechte überhaupt, 1829.
34 Puchta, Lehrbuch für Institutionen-Vorlesungen, 1829.
35 Puchta, System des gemeinen Civilrechts zum Gebrauch bey Pandectenvorlesungen, 1832.
36 Vgl. im einzelnen unten S. 405 ff.

https://doi.org/10.5771/9783465133278-113 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

gekehrt.[37] Puchtas Kritik hieran setzte am Ordnungskriterium, welches Gaius seinen Institutionen zugrundelegte, an: »Spricht man (wie die Neueren insgesamt) von einer Classifikation der Rechtsverhältnisse selbst nach personae, res, actiones, so ist die Meinung, welche die Obligationes unter den Theil de rebus rechnet, sicherlich falsch, und die Ihrige die allein richtige … Fragt man aber: wie hat der Jurist seine Institutionen geordnet, und wohin rechnet er die Obligationen, so muß man … zuförderst die Grundlage seiner Ordnung merken.«[38] Die »Grundlage seiner Ordnung« war es, die Puchtas Blick auf den ja erst mit Göschens Ausgabe 1820/21[39] zugänglichen Gaius-Fund Niebuhrs lenkte.

In der benannten Abhandlung zu du Roi hatte sich Puchta erstmals mit dieser »Grundlage« des Gaius auseinandergesetzt. Du Roi hatte seine Thesen[40] auf Belege aus den gaiischen Institutionen gestützt, in denen *Res incorporales* genannt wurden.[41] Hier zog Puchta nun die »Grundlage« der von Gaius verwendeten Ordnung als Argument heran. Entscheidend für das Verständnis der genannten Belege sei, »in welchem Zusammenhange Cajus in den Institutionen …, welche Durois für sich anführt, auf *Res incorporales* zu sprechen kommt«.[42] Das auch von Heise für die Institutionen Justinians bereits angedeutete[43] Ordnungsprinzip von Gaius lautete für Puchta: »In den Institutionen bildet den Faden der Darstellung die Erwerbung der Rechte.«[44] Daraus folge: Auch die *res incorporales* hätten Gaius nur »als Gegenstände der Erwerbung« interessiert. Die Unterscheidung in körperliche und unkörperliche Sachen beschrieb für Puchta nur den zu erwerbenden Gegenstand, davon abgesehen, seien »die römischen Juristen weit davon entfernt« gewesen, »jener Eintheilung einen Einfluß auf die Beurtheilung der Natur der Rechtsverhältnisse zu verstatten«.[45] Der Fehler habe daher bei den »neuern Juristen« gelegen, »indem dieselben von der … römischen Darstellungsweise

37 Vgl. Schwarz, Zur Entstehung des modernen Pandektensystems, 1921, S. 587 ff.; daneben Björne, Deutsche Rechtssysteme, 1984, S. 136 ff., 179 ff.; zu Heises und Savignys Aufgreifen der Vorarbeiten Hugos vgl. auch den Brief Savignys an Heise vom 29.1.1808, bei Lenel, Briefe Savignys an Georg Arnold Heise, 1915, S. 114.

38 Brief an Hugo vom 25.6.1827, Hervorhebung durch Puchta.

39 Vgl. hierzu Landsberg, GDR 3.2, S. 288, Noten S. 118.

40 Vgl. näher unten S. 292 ff.

41 Insbesondere Gaius II 12–14.

42 Puchta, Vom Verhältnis des Eigenthums zu den Servituten, 1827, S. 310.

43 Heise, Grundriss eines Systems des gemeinen Civilrechts, 3. Aufl. 1819, S. X; ausführlich dann Wening-Ingenheim, Lehrbuch, 4. Aufl. 1831, § 31; zu den Plagiatsvorwürfen Landsberg, GDR 3.2.1910, S. 93.

44 Puchta, Vom Verhältnis des Eigenthums zu den Servituten, 1827, S. 310 f.

45 Puchta, Vom Verhältnis des Eigenthums zu den Servituten, 1827, S. 312.

https://doi.org/10.5771/9783465133278-113 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

in der That ungeachtet der scheinbaren äußeren Übereinstimmungen ihrer Systeme mit der Institutionenanordnung, abgiengen, und doch diesen Vordersatz derselben zum Nachtheil der Wissenschaft beibehielten«.[46]

Hier deutete sich ein fundamentaler Angriff auf die zeitgenössischen Anlehnungen an das Institutionensystem an. Puchta stellte dem Ordnungsprinzip von Gaius nach der Entstehung der Rechte das zeitgenössische nach der »Natur der Rechtsverhältnisse« entgegen.

Was hieraus für die traditionelle Institutionenanordnung folgte, machten 1829 seine »Betrachtungen« deutlich. Wenn das gesamte Ordnungsgefüge des Gaius nur aus der gewählten Perspektive erklärbar war, so mußte bei einem Wechsel der Perspektive auch die Anordnung grundlegend neu gefunden werden. Es sei »eine sehr merkwürdige Erscheinung …, wenn zwey ganz verschiedenen Grundlagen dieselbe äußere Anordnung vollkommen angemessen erschiene«.[47] Mit Verlassen der Entstehungsperspektive des Gaius stand die gesamte Institutionenanordnung in Frage. Die Einteilung in *personae*, *res*, *actiones* habe bei Gaius »nicht das System bestimmt, sondern umgekehrt durch das System erst ihre dießmalige Bestimmung erhalten«.[48] Wurde die Entstehungsperspektive verlassen, die Anordnung aber beibehalten, so trat die Anordnung in Konflikt mit der neuen Perspektive, das System wurde brüchig.

Hinsichtlich seiner Anforderungen an ein wissenschaftliches System wurde Puchtas Programmschrift zunächst zu einer »Apologie des römischen Institutionensystems«.[49] Puchta untersuchte in »Betrachtungen« vor allem die Durchführung der von Gaius gewählten Perspektive und war voll Anerkennung. Gaius Darlegungen fußten auf einem »durchdachten Plan« und einer »möglichst consequenten Durchführung desselben«.[50] Damit erfüllte Gaius die Anforderungen, die Puchta »an eine wissenschaftliche Darstellung für einen gewissen Zweck« stellte.[51]

Gleichwohl war Gaius Arbeit nur »in seiner Art sehr vorzüglich«.[52] Puchta ließ keinen Zweifel daran, daß er selber sich an den – ja nicht zuletzt von Hugo selbst ausgehenden – Ansätzen zu einer Rückkehr zum Institutionensystem nicht beteiligen wollte.[53] Man würde ihn, so Puchta, »sehr mißver-

46 Puchta, Vom Verhältnis des Eigenthums zu den Servituten, 1827, S. 312.
47 Puchta, Betrachtungen, 1829, S. 229.
48 Puchta, Betrachtungen, 1829, S. 228.
49 Puchta, Betrachtungen, 1829, S. 228.
50 Puchta, Betrachtungen, 1829, S. 228.
51 Puchta, Betrachtungen, 1829, S. 227.
52 Puchta, Betrachtungen, 1829, S. 238.
53 Zu Hugos durchaus zweifelhafter Behauptung, sich dem Institutionensystem wieder unterworfen zu haben, vgl. die Nachweise bei Björne, Deutsche

https://doi.org/10.5771/9783465133278-113 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

stehen, wenn man glaubte, ich wollte damit … zur Befolgung der cajischen Anordnung in unsern Institutionen oder gar Pandektenvorträgen ermuntern«.[54] An anderer Stelle begründete Puchta, warum er das System von Gaius für »unsere Institutionen- und Pandektenvorträge« ungeeignet hielt: Während Gaius an einer Vollständigkeit des in seinem System mitgeteilten Stoffs »ganz und gar nicht« interessiert gewesen sei, müsse der jetzige Unterricht »eine formelle Vollständigkeit« haben. Jeder, »der den ganzen Kreis des Rechts in dieses System, wie es Gaius nicht that, hinzuziehen versuchen würde, [müsse] sich sofort von der Unstatthaftigkeit dieses Unternehmens überzeugen«.[55]

Wie – sieht man von Glück ab – ja durchweg,[56] so kam auch für Puchta eine Rückkehr zur Legalordnung ebenfalls nicht in Betracht. Puchtas Ziel war somit ein neues Privatrechtssystem. Seine Auseinandersetzung mit Gaius hatte deutlich gemacht, worauf es dabei besonders ankam: »einen durchdachten, wohlbegründeten Plan«, und eine »consequente Durchführung desselben«.[57]

2. Kritik an den Systemen der Zeitgenossen

Dieser Blickwinkel bestimmte seine Auseinandersetzung mit den zeitgenössischen Systemversuchen.[58] Etwas Gaius Vergleichbares habe er »bey keinem neueren Systematiker gefunden«.[59] Ihm scheine, »als ob in der Mehrzahl unserer Systematiker ein gewisses naturalistisches Treiben die Oberhand hätte, als ob Systeme gebildet würden ohne festen Plan und Consequenz in der Ausführung«.[60]

Rechtssysteme, 1984, S. 136, 174, 179 ff.; trotz vielfacher Kritik am Institutionensystem folgen diesem etwa auch Konopak, Die Institutionen des römischen Rechts, 1807, und zunächst auch Mühlenbruch, Lehrbuch der Encyclopädie und Methodologie des positiven in Deutschland geltenden Rechts, 1807, S. 83 ff.; die Abweichungen vom Institutionensystem nahmen später bei Mühlenbruch zu, hierzu Björne, a. a. O., S. 138, 209 f.

54 Puchta, Betrachtungen, 1829, S. 239.

55 Puchta, Lehrbuch für Institutionen-Vorlesungen, 1829, S. X.

56 Vgl. die Nachweise bei Björne, Deutsche Rechtssysteme, 1984, S. 172 ff.

57 Puchta, Betrachtungen, 1829, S. 228.

58 Zu den zeitgenössischen Privatrechtssystemen Schwarz, Zur Entstehung des modernen Pandektensystems, 1921, Björne, Deutsche Rechtssysteme, 1984, S. 134 ff.; Cappellini, Systema Iuris I, 1984, Systema Iuris II, 1985; viele Hinweise auch in den neueren Auswertungen der Rechtsenzyklopädienliteratur, vgl. Mohnhaupt, Methode und Ordnung der Rechtsdisziplinen und ihrer »Hilfswissenschaften« in den Rechtsenzyklopädien des 18. und frühen 19. Jahrhunderts, 1999, S. 85 ff.; Brockmöller, Die Entstehung der Rechtstheorie, 1997, S. 137 ff.; J. Schröder, Wissenschaftstheorie, 1979, S. 99 ff.

59 Puchta, Betrachtungen, 1829, S. 228.

60 Puchta, Betrachtungen, 1829, S. 238.

https://doi.org/10.5771/9783465133278-113 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

Zentraler Vorwurf war, daß die neueren Systeme die Ordnungsperspektive von Gaius verlassen, gleichwohl aber oftmals dessen Anordnung unreflektiert fortgeschrieben hätten. »Der Unterschied zwischen dem römischen Institutionensystem und dem sogenannten der Neueren besteht darin, daß in jenem die Entstehung, in diesem die Natur der Rechtsverhältnisse die Anordnung ist oder seyn soll.« Es sei vor diesem Hintergrund doch eine »sehr merkwürdige Erscheinung … wenn zwey ganz verschiedenen Grundlagen dieselbe äußere Anordnung vollkommen angemessen erschiene«.[61] Hugo mußte sich in diesem Sinne sagen lassen, daß bei ihm die systematische Stellung der Vormundschaft unter die Familienverhältnisse keinen anderen Grund hätte, als daß »die Lehre im ersten Buch der Institutionen steht, und in den Digesten auf die Ehe folgt«.[62] Hugo, der diesen Vorwurf ungedruckt wahrscheinlich bereits kannte, hielt Puchta brieflich entgegen, er lege auf die Unterscheidung zwischen der Natur und der Entstehung der Rechtsverhältnisse zu viel Wert. Puchta replizierte am 18.10.1827:

> »Auf den Unterschied zwischen Natur und Entstehung lege ich kaum zuviel Gewicht, soviel die Anordnung anlangt. Denn es ist klar, daß die Anordnung anders ausfallen muß, je nachdem man das eine oder das andere im Auge hat, hat man aber keines im Auge, sondern läßt sich von dem zufälligen Gefühl und der Gewohnheit leiten, so muß durch die Vermischung beider Principien das inkonsequenteste Resulthat herauskommen. Wenn Sie die Entstehung vorwalten lassen, so setzen Sie Rechtsverhältnisse verschiedenster Natur nebeneinander, weil sie gleiche Entstehung haben oder weil eines die Quelle der andern ist, und handeln zum Beispiel von *in jure cessio* der einzelnen Sachen, der Servituten, der *Hereditas*; ist aber die Natur dieser Rechtsverhältnisse Ihr Faden, so kommt die *Hereditas* nicht neben die Servitut und das Eigenthum zu stehen, und die *in jure cessio* kommt bey jedem Recht besonders, also an verschiedenen Orten vor. Nicht als ob ich glaubte, der eine oder andere Plan lasse sich zweckmäßig vollkommen rein durchführen, aber deshalb muß man doch immer einen Plan haben. Sie necken mich mit der Frage, nach welcher Rücksicht Sie die Rechte abhandeln und da thue ich am besten wieder mit Fragen zu antworten. Also: Warum setzen Sie denn das Pfandrecht zu Eigenthum und Servituten?«[63]

Ein weiterer Kritikpunkt an den zeitgenössischen Systemen war, daß die einzelnen Teile des Systems in ihrem Gesamtzusammenhang nicht aus einem übergreifenden Prinzip betrachtet würden. Dies betraf auch Savigny, dessen System Puchta aus Äußerungen von Ludwig Pernice[64] und »sonstigen Mit-

61 Puchta, Betrachtungen, 1829, S. 229.
62 Puchta, Betrachtungen, 1829, S. 234.
63 Brief an Hugo vom 18.10.1827.
64 L. Pernice, Geschichte Alterthümer und Institutionen des Römischen Rechts im Grundrisse, 1824, S. IV: »Savigny's Behandlungsweise des verbundenen

https://doi.org/10.5771/9783465133278-113 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

theilungen«[65] konstruierte. Puchta bemängelte Savignys Trennung des Familien- vom Vermögensrecht:[66] »Während … das Vermögen ein erst durch das Recht entstehender Begriff ist, besteht die Familie schon vor allem Recht, sie ist als solche kein Rechtsverhältnis … Es giebt kein Familienrecht in dem Sinne wie es ein Vermögensrecht giebt. Daß nun dessenungeachtet in dem Savignyschen System beide als gleiche gegenübergestellt werden, ist eine große Unvollkommenheit.« Das Familienrecht werde durch eine »unausgefüllte Kluft« vom Vermögensrecht getrennt. Auch das nachfolgende Erbrecht werde dadurch zu einem »kümmerliche[n] Anhängsel«.[67]

Angesprochen war damit das Problem der, so später Zitelmann,[68] »Kreuzeinteilung« des Savigny-Heiseschen Pandektenssystems. Während das römischen Ursprungs entstammende[69] Sachen- und Obligationenrecht durch die unterschiedlichen Gegenstände der Unterwerfung[70] subjektivrechtlich klassifiziert wurde, waren für das Familien- und Erbrecht, naturrechtlichen Ursprungs, »Tatsachen« entscheidend: »es sind die Rechtssätze, die irgendwie das Familienleben ordnen oder für den Fall, daß der Vermögensinhaber durch Tod fortfällt, über die Gestaltung der gesamten Vermögensverhältnisse Bestimmungen treffen«.[71]

Vortrags über Geschichte und Institutionen des Römischen Rechts, ist … meinem System zu Grunde gelegt«; Björne, Deutsche Rechtssysteme, 1984, S. 200, verglich noch mit Savignys System von 1840 (»gewisse Ähnlichkeiten«); seit 1993 liegt Puchtas Pandektensystem von 1824/25 ediert vor. Savigny erläutert dort auf S. 15, getreu Heise unter der Rubrik: »Verschiedenheit der Rechte nach ihrem Gegenstande«, seinen Aufbauplan.

65 Puchta, Betrachtungen, 1829, S. 236; vgl. soeben S. 260 ff.

66 Savigny, Pandektenvorlesung 1824/25, S. 15: »Im Eigenthum wird der Herrschaft der Person eine einzelne Sache, hier [sc. im Obligationenrecht] die Freiheit des Handelns eines anderen unterworfen. Beide zusammen bilden den Begriff des Vermögensrechts also: Sachenrecht und Obligationenrecht im Gegensatz von Familienrecht.«

67 Puchta, Betrachtungen, 1829, S. 236 f.

68 Zitelmann, Der Wert eines »allgemeinen Teils« des bürgerlichen Rechts, 1906, S. 1 ff., 11.

69 Zu den Ursprüngen der Einteilung Schwarz, Zur Entstehung des modernen Pandektensystems, 1921, S. 3 ff.

70 Vgl. Heise, Grundriss eines Systems des Gemeinen Civilrechts, hier nach 3. Aufl. 1819, § 34 mit Anm. 5; Savigny, Pandektenvorlesung, 1824/25, S. 15; ähnlich bereits Unterholzner, Ueber die Classification der Privatrechte, 1810, S. 132 f.; Kritik an der Ausrichtung von Sachen- und Obligationenrecht an den Gegenständen der Unterwerfung als ihrem Objekt übte vor allem Thibaut, »Vertheidigung meiner Begriffe über ius personarum und rerum wider den Herrn Prof. Hübner«, in ders., Versuche über einzelne Theile der Theorie des Rechts II, 2. Aufl. 1817, S. 3 ff.; hierzu Björne, Deutsche Rechtssysteme, 1984, S. 182 f.

71 Zitelmann, Der Wert eines »allgemeinen Teils«, 1906, S. 10 f.

https://doi.org/10.5771/9783465133278-113 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

Puchtas Kritik an diesem zwischen verschiedenen »Principien« wippenden »Schaukelstuhl«[72] präzisierte sein eigenes Vorhaben. Sachen-, Obligationen-, Familien- und Erbrecht sollten aus einem obersten Grundsatz heraus klassifiziert werden.

3. Darlegung des eigenen Systems

In seinen »Betrachtungen« von 1827/29 hatte Puchta erstmals die »Idee« genannt, die »meines Erachtens einer Classification der Rechte nach ihrer Natur zu Grunde liegen muß«:[73]

> »Jedes Recht ist eine Beziehung des Willens auf einen Gegenstand, und diese Beziehung ist die Unterwerfung des Gegenstands. Giebt es nun verschiedene Rechte, worin hat diese Verschiedenheit ihren Grund? Hier möchte jemand sagen, die Rechte könnten ihrem innern Wesen nach verschieden sein nach der Verschiedenheit der Unterwerfung und nach der Verschiedenheit des Gegenstands; diese beiden Punkte also könnten Grundlage der Classification sein: und wirklich läßt sich aus dem Begriffe des Rechts keine andere Grundlage entwickeln. Aber die Unterwerfung ist selbst nichts anderes, als eben das Recht, folglich würde derjenige, der sie zur Classificationsnorm machen wollte, um nichts weiter gekommen seyn. Also hat die Verschiedenheit der Rechte wesentlich und ursprünglich in den Gegenständen ihren Grund, und diese sind daher die durch den Begriff selbst gegebene Grundlage der Classification.«[74]

Wenig später führte Puchta diesen Plan in seiner Abhandlung »Zu welcher Classe von Rechten gehört der Besitz?« erstmals durch. Wenn es hier hieß: »Wir fragen nicht, wie lassen sich die Rechte classificieren, sondern wie classificieren sie sich selbst, welches ist der Grund ihrer Verschiedenheit?«,[75] so hatte bereits das mitgeteilte Einteilungsschema deutlich gemacht, daß es hier nicht um »Begriffsrealismus« ging. Die »Natur der Rechtsverhältnisse«[76] als Einteilungsnorm war Puchtas Rechtsbegriff, den er, wie oben gezeigt,[77] wohl Hegel entlehnt hatte: »Rechtsverhältnis ist die Unterwerfung eines Gegenstandes unter den rechtlichen Willen; diese Unterwerfung gewährt ein Recht an dem Gegenstande.«[78] Die Einteilung konnte damit entweder die Unterwerfung oder die Gegenstände zum Ausgangspunkt nehmen. Im obigen Zitat hatte Puchta bemerkt, die Unterwerfung sei »selbst nichts anderes, als eben das Recht«. Damit stand fest, »daß die Verschiedenheit der Gegenstände

72 Zitelmann, Der Wert eines »allgemeinen Teils«, 1906, S. 11.
73 Puchta, Betrachtungen, 1829, S. 230.
74 Puchta, Betrachtungen, 1829, S. 230.
75 Puchta, Zu welcher Classe von Rechten gehört der Besitz, 1829, S. 247.
76 Puchta, Zu welcher Classe von Rechten gehört der Besitz, 1829, S. 247.
77 Vgl. oben I.
78 Puchta, Zu welcher Classe von Rechten gehört der Besitz, 1829, S. 248.

https://doi.org/10.5771/9783465133278-113 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

eine Verschiedenheit der Rechte hervorbringt. Rechte an verschiedenen Gegenständen können nicht dieselben seyn, weil eine verschiedene Grundlage nothwendig eine Verschiedenheit dessen, wovon sie Grundlage ist, gegenüber anderen Rechten an andern Gegenständen erzeugt.«[79] Die »Verschiedenheit der Gegenstände« war damit »das Princip unseres Systems«.[80] Mit diesen – freilich weitgehend zirkulären – Erwägungen hatte Puchta ein Einteilungsschema für sein System der Rechte gewonnen. Puchta unterschied fünf Gegenstände:

> »1) Sachen 2) Handlungen 3) Personen, und zwar a) Personen ausser uns, b) Personen, welche ausser uns existiert haben, aber in uns übergegangen sind, c) unsre eigene Person.«[81]

Die Tatsache, daß die Personenrechte am Schluß des Systems standen, lag in der »geschichtlichen Entwicklung« begründet. Mit Blick auf das geltende Recht gehörten die Personenrechte an den Anfang, der »Inhalt dieser Rechte, die Persönlichkeit, geht allen Rechten als ihre Voraussetzung und Möglichkeit voraus« und sei daher als die »erste Classe von Rechten« zu setzen.[82]

Komplettiert wurde Puchtas Privatrechtssystem durch einen Allgemeinen Teil.[83] Dem stand nicht Puchtas Polemik gegen ein »so unwissenschaftlichen Ding, als ein … allgemeiner Theil zu seyn pflegt«[84] entgegen. Die Abneigung gegen die »Trödelbude«,[85] die er mit Hugo,[86] Savigny,[87] Gans[88] und anderen[89] teilte, bezog sich auf die häufig anzutreffende Neigung, diesen Teil des

79 Puchta, Zu welcher Classe von Rechten gehört der Besitz, 1829, S. 248.
80 Puchta, Zu welcher Classe von Rechten gehört der Besitz, 1829, S. 248.
81 Puchta, Zu welcher Classe von gehört der Besitz, 1829, S. 249 f.
82 Puchta, Zu welcher Classe von Rechten gehört der Besitz, 1829, S. 258.
83 Puchta, Lehrbuch für Institutionen-Vorlesungen, 1829, S. LV; ders., System des gemeinen Civilrechts, 1832, S. VII; ders., Lehrbuch der Pandekten, 1838, S. IX.
84 Puchta, Betrachtungen, 1829, S. 238.
85 Puchta, Rez. Vangerow Pandekten, 1839, S. 222; hierzu unten Kap. 5 II 1.
86 Nach Hugo, Lehrbuch des heutigen Römischen Rechts, 2. Versuch, 1799, S. 9, war »sehr gegen die Methode gefehlt, wenn man diesen allgemeinen Theil gar zu reichhaltig machen will«.
87 Vgl. Savignys bekannte Äußerung gegenüber Heise im Brief vom 26.10.1812, abgedruckt bei Lenel, Briefe Savignys an Georg Arnold Heise, 1915, S. 126 ff., 129, er sei »kein Freund vom allgemeinen Theil« und eile immer »sehr zum besonderen«; ergänzend Hammen, Die Bedeutung Friedrich Carl v. Savignys für die allgemeinen dogmatischen Grundlagen des deutschen Bürgerlichen Gesetzbuches, 1983, S. 39 mit Anm. 117.
88 Gans, System des Römischen Civilrechts, 1827, S. 171 ff.
89 Vgl. die Nennungen bei Björne, Deutsche Rechtssysteme, 1984, S. 263 ff.; die Entstehung des Allgemeinen Teils muß hier nicht erneut nachvollzogen werden, vgl. Schwarz, Zur Entstehung des modernen Pandektensystems, 1921, S. 15 ff.; ergänzend Lipp, Die Bedeutung des Naturrechts für die Ausbildung

https://doi.org/10.5771/9783465133278-113 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

Systems als Auffangbecken für Übriggebliebenes zu nutzen, in den Worten Unterholzners, als »geräumige[s] Asyl für Vagabunden«.[90] Für Puchta mußte der Allgemeine Teil demgegenüber harmonisch mit dem übrigen System verknüpft sein. Wie dies aussehen konnte machte er brieflich gegenüber Savigny deutlich:

> »Wenn Sie den Ausdruck: allgemeinen Theil vermeiden könnten, würden Sie nicht sich, denn Sie werden durch dieses Lückenbüßerwort nicht verführt, aber Andern einen Dienst erweisen, die dergleichen Worte, welche Sie des genauen Denkens zu überheben scheinen, so überaus lieben. Eigentlich handelt Ihr allgemeiner Theil von dem Recht (im obj. Sinn) I. von seiner Entstehung (u. Aufhebung) II. von seinem Inhalt (Rechtsverhältnisse) III. von seiner Anwendung. Der spezielle Theil ist dann nur eine nähere Ausführung von II. im Einzelnen. Mir scheint diese Auffassung einfacher und trefflicher, als die mitgetheilte, wo der Zusammenhang der einzelnen Theile nicht von sich sichtbar, und durch die gemeinsame Bezeichnung: Allg.Theil nicht sehr klar gemacht ist.«[91]

Seinen eigenen Allgemeinen Teil erläuterte er 1829 ähnlich:

> »Das System geht aus von dem gemeinsamen Willen als der Voraussetzung des einzelnen, von dem Recht als der Voraussetzung der Rechte (I. Buch). Das Recht hat zu seinem Inhalt und Gegenstand den einzelnen Willen. Dieser ist vor allem zu betrachten als Potenz, als die Möglichkeit, sich etwas zu unterwerfen, als das Subjekt von Rechten (II. Buch). Wirklich wird der Wille durch die Unterwerfung eines Gegenstands, wodurch der Wille wirklich zum Recht wird. Die Rechte sind der eigentliche und letzte Inhalt des Rechts (III. Buch). Aber auch der allgemeine Wille soll vollkommen wirklich werden, und dieß geschieht durch Aufstellung eines Organs (Gericht), wodurch er verwirklicht, und die Rechte geschützt werden; das Ganze schließt also mit der Art und Weise, wie dieser Schutz gesucht und ertheilt wird, dem gerichtlichen Verfahren (IV. Buch).«[92]

Um auch äußerlich zu verdeutlichen, daß bei ihm der Allgemeine Teil »aufgehört hat, ein bloßes Außenwerk zu seyn«,[93] ging Puchta, nach der terminologischen Verbeugung vor Hugo[94] im Jahr 1829, ab 1832 dazu über,

der Allgemeinen Lehren des deutschen Privatrechts, Berlin 1980; Schröder, Zum Einfluß Savignys auf den Allgemeinen Teil des Deutschen Bürgerlichen Rechts, 1985, S. 619 ff.; HKK/Schmoeckel, vor § 1: Der Allgemeine Teil in der Ordnung des BGB, 2003.

90 Unterholzner, Ueber die Classifikation der Privatrechte, 1810, S. 184 Anm. 49.

91 Brief an Savigny vom 28.4.1837.

92 Puchta, Lehrbuch für Institutionen-Vorlesungen, 1829, S. 13 f.

93 Puchta, Lehrbuch für Institutionen-Vorlesungen, 1829, S. VII; der sich bei Björne, Deutsche Rechtssysteme, 1984, S. 146, andeutende Widerspruch in Puchtas Einstellung zum Allgemeinen Teil löst sich somit auf.

94 Die Vorrede des Hugo gewidmeten Lehrbuchs für Institutionen-Vorlesungen verstand sich als »einen der Briefe, welche sie sonst in der Handschrift von mir

https://doi.org/10.5771/9783465133278-113 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

den hier gebildeten Rahmen als erstes und zweites Buch den verbleibenden fünf Büchern verbindend voranzustellen.[95]

4. Zum Ausgangspunkt von Puchtas System: Der Streit um die Rechtsnatur des Besitzes

»Ihren Besitz erwarte ich mit dem größten Verlangen«, schrieb Puchta mit Blick auf die 1837 erscheinende 6. Aufl. von Savignys Recht des Besitzes an den Verfasser. Puchta blickte dieser »vemehrte[n] und verbesserte[n]« Ausgabe von Savignys berühmter Schrift mit gemischten Gefühlen entgegen. Er hatte erfahren, daß Savigny nach langem Schweigen nun zu den von Gans angestoßenen Debatten um die Natur des Besitzrechts[96] Stellung nehmen wollte.
Puchtas Unruhe hatte einen konkreten Grund.

> »Was die Polemik anlangt, so habe ich nur den einen Wunsch, daß Sie Sich nicht Rudorffen accomodieren möchten, der gerade darin, worin Ihm Äußerungen der bisherigen Ausgaben entgegen standen, mir entschieden im Irrthum zu seyn scheint, und der sich wohl überhaupt hier auf ein Feld begeben hat, das nicht das seinige ist. Denn er hat nicht einmal die Frage, die er zu beantworten sich vorgenommen, gehörig eingesehen.«[97]

Die Ansicht Rudorffs, die Puchta so klar von Savignys eigener Sicht abgegrenzt wissen wollte, hatte jener 1831 in Savignys Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft gerade gegen Puchta entwickelt.[98] Die zwischen

empfangen«, S. VI. Brieflich fügte PUCHTA am 2.2.1827 gegenüber Hugo hinzu, er habe zunächst vorgehabt, anstelle einer Einleitung S. 101 von HUGOS Rezension der Encyclopädie von Abegg aus dem Jahr 1824, abgedruckt in Beyträge zur civilistischen Bücherkenntnis II, 1829, S. 560 f., drucken zu lassen. Hugo plädierte dort gegen (falsche) Bescheidenheit und für die Veröffentlichung von Vorlesungen, da »was gut ist einigen Hunderten, wohl gar, wenn man mehrere Jahre zusammen rechnet, Tausenden Zuhörern dictiert zu werden,..., auch gut genug seyn muß, auf die Messe gebracht zu werden«. S. 106, wo Hugo für die Reform der gaiischen Anordnung plädierte, wollte Puchta demgegenüber auf keinen Fall abdrucken.

95 So erstmals PUCHTA, System des Gemeinen Civilrechts, 1832, ebenso dann DERS., Lehrbuch der Pandekten, 1838.

96 Vgl. die konzise Aufarbeitung dieses Streits bei BRAUN, Besitzrechtsstreit, 1980, S. 91 ff.; daneben noch immer LANDSBERG, GDR 3.2., 1910, S. 364 ff., 450 ff.; zu Savignys Position auch knapp RÜCKERT, Savigny, 1984, S. 360 ff.

97 Brief an Savigny vom 2.1.1837.

98 RUDORFF, Über den Rechtsgrund der possessorischen Interdikte, 1831, S. 90 ff., 101 ff. Die Freundschaft zwischen Puchta und Rudorff begann erst im Winter 1837/38. Zuvor hatte Rudorff aus seiner Abneigung gegen Puchta, der »so verdammt vornehm und eingebildet« sei, keinen Hehl gemacht; vgl. E. RUDORFF, Aus den Tagen der Romantik, 1938, S. 152 ff., mit abgedruckten Briefen zwischen beiden, das Zitat ebd., S. 152 gegenüber Böcking; vgl. zu Rudorff auch MEINEN Beitrag in der NDB 22, 2004.

https://doi.org/10.5771/9783465133278-113 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

beiden strittige und bald Berühmtheit erlangende[99] Frage, auf die Puchta hier anspielte, war die, ob der Besitz »Recht oder Faktum« sei. Savigny hatte in berühmten Worten davon gesprochen, der Besitz sei »seinem ursprünglichen Begriffe nach … bloßes Faktum«, gleichwohl habe die Rechtsordnung durch die Interdikte »rechtliche Folgen damit verbunden«. Der Besitz sei insofern »Faktum und Recht zugleich«.[100] Gans hatte dieses Schwanken Savignys zum Ausgangspunkt einer höchst erfolgreichen Polemik genommen und selbst den Besitz als »anfangendes Eigentum« gefaßt.[101] Scharf hatte Puchta daraufhin Gans entgegengehalten, der Besitz sei ein Recht, bei Gans sei er demgegenüber lediglich ein »anfangendes Recht« und damit »nichts«.[102] Puchta war dabei davon ausgegangen, der »Besitz erzeugt nicht bloß [sc. durch die Besitzschutzinterdikte] Rechte, sondern er ist selbst ein Recht und dieß muß man ebenfalls Recht des Besitzes oder Besitzrecht nennen«.[103]

Um nun den sich aufdrängenden Widerspruch dieser Interpretation zu derjenigen Savignys zu vermeiden, hatte Puchta behauptet, Savigny habe die Frage der Rechtsnatur nur mit Blick auf die aus dem Besitz folgenden Rechte, die Interdikte, nicht für den Besitz an sich beantwortet.[104] Gleichzeitig stellte er seiner Abhandlung die Überschrift des sechsten Paragraphen in Savignys Besitz voran: »Zu welcher Classe von Rechten gehört der Besitz?« Schon in dieser Fragestellung war, so meinte Puchta, die Existenz eines eigenständigen Besitzrechts vorausgesetzt.[105]

99 Vgl. die Nachweise bei Braun, Besitzrechtsstreit, 1980, S. 91 f., 107 ff.

100 Savigny, Besitz, 1803, S. 22.

101 Gans, System des römischen Civilrechts, 1827, S. 202 ff., 211.

102 Puchta, Zu welcher Classe von Rechten gehört der Besitz, 1829, S. 245.

103 Puchta, Zu welcher Classe von Rechten gehört der Besitz, 1829, S. 241.

104 Puchta, Zu welcher Classe von Rechten gehört der Besitz, 1829, S. 242.

105 Vgl. Puchta, Zu welcher Classe von Rechten gehört der Besitz, 1829, S. 243: »Mithin ist das Dilemma unausweichlich: entweder man erklärt den Besitz für ein Recht, dann muß man anerkennen, daß dieses Recht nicht bloß das ist, was es wirkt; oder der Besitz ist kein Recht … und die Frage, zu welchen Classen von Rechten er gehöre, ist ein Unding«; ähnlich in der brieflichen Mitteilung an Savigny vom 21.6.1833 (Poststempel), daß Puchta seine Abhandlung gegen Rudorff »cassiert« habe: »Ich gestehe Ihnen, daß es mir gar großes Vergnügen gemacht hätte, ihn, der sehr leichthin versichert, in Ihrem Werk sey der Besitz nicht als ein Recht anerkannt, und ich hätte nur den Ausdruck: der Besitz ist Recht und Factum zugleich, mißverstanden, und der mich aus mir selbst widerlegen und ad absurdum führen will, einmal in dieser letzten Hinsicht auf sein gewaltiges logisches Versehen aufmerksam zu machen, und dann in ersterer Hinsicht zu sagen 1) ob jemand, der den Besitz nicht für ein Recht hält, die Frage: zu welcher Classe von Rechten der B. gehört? zur Beantwortung aufstellen«.

https://doi.org/10.5771/9783465133278-113 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

Für Puchta war es angesichts seiner Frontstellung auf Seiten Savignys gegen Gans besonders ärgerlich, daß seiner gegen Gans gerichteten Schrift mit Rudorff nun ein enger Vertrauter Savignys entgegentrat, der noch dazu das Zentrum seiner Argumentation, die Annahme eines ursprünglichen Besitzrechtes, gerade bei Savigny in Abrede stellte. Nachdem Savigny eine sofortige Replik Puchtas 1833 verhindert hatte,[106] mußte Puchta nun fürchten, durch Savigny selbst peinlicher Weise Widerspruch zu erhalten.

Das Erscheinen der 6. Ausgabe gab Puchtas Befürchtungen durchaus Recht. Savigny signalisierte zwar mit der von Puchta gegebenen Erklärung »für den Schutz des Besitzes« Einigkeit und nahm auch die »Unverletzlichkeit der Person« und deren Schutz als Grund der Interdikte.[107] Ansonsten ließ Savigny nun aber keinen Zweifel mehr daran, daß er nur den Interdikten, also den »Wirkungen« des Besitzes Rechtscharakter zumaß. Auf S. 43 hieß es nun unmißverständlich, der Besitz sei »in Wahrheit kein Recht«.[108]

Damit war nicht nur Puchtas Savigny-Interpretation durch den Autor selbst widersprochen worden. Vielmehr stand damit Puchtas 1829 vorgelegte »Classifikation der Rechte« überhaupt in Frage. Dies galt zunächst für die Darstellbarkeit des Besitzrechtes überhaupt. Savigny ließ keinen Zweifel daran, daß in einem System der Rechte »der Besitz selbst, als Recht, … keine Stellung [sc. habe], da er kein Recht ist«.[109]

Die Probleme lagen für Puchta aber noch tiefer. Puchta hatte das Besitzrecht aus der Persönlichkeit abgeleitet. Damit wurde es zugleich zum Keim seines gesamten Rechtssystems. Die Persönlichkeit, als Inhalt des Besitzrechts gehe, »allen Rechten als ihre Voraussetzung und Möglichkeit voraus«. Mit diesem »Prius aller Rechte« standen seine Persönlichkeitsrechte und deren Kern, das Besitzrecht, »in einer unmittelbareren Verbindung … als die übrigen«,[110] sie waren der Ausgangspunkt seines Systems.

Grundsätzlich werde bei dem Schutz eines jeden Rechts »auch der Wille, die Persönlichkeit geschützt«. Da sich alle anderen Rechte jedoch auf einen

106 Vgl. Brief an Savigny vom 21.6.1833 (Poststempel): »Ihre Bemerkung über die von mir intendierte Abh. gegen Rudorff hat die Folge gehabt, daß ich diesen Aufsatz cassiert habe«; die Abhandlung Puchtas wurde dann 1851 in den kleinen civilistischen Schriften Puchtas von dem betroffenen Rudorff selbst veröffentlicht, vgl. hierzu die vermittelnde Berufung Rudorffs auf eine Bemerkung Hollwegs in Rudorff (Hg.), Savigny, Recht des Besitzes, 7. Aufl. 1865, S. 575 f.

107 Savigny, Besitz, 6. Aufl. 1837, S. 48 f.

108 Savigny, Besitz, 6. Aufl. 1837, S. 43.

109 Savigny, Besitz, 6. Aufl. 1837, S. 45; darstellbar sei nur »das Recht der possessorischen Interdicte, also ein obligatorisches«.

110 Puchta, Zu welcher Classe von Rechten gehört der Besitz, 1829, S. 258.

https://doi.org/10.5771/9783465133278-113 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

»ausser der Person existierenden Gegenstand« bezögen, sei dort »die Persönlichkeit nur mittelbar geschützt«.[111] Beim Besitz sei jedoch nicht die Unterwerfung eines außer dem Unterwerfenden liegenden Gegenstandes Grund des Schutzes. Die Unterwerfung einer Sache werde nur als Eigentum zur rechtlichen, ansonsten sei Besitz nur faktische, natürliche Herrschaft. Beim Besitzrecht sei es vielmehr »die Persönlichkeit, der Wille, der sich selbst zum Gegenstand hat, allein und unmittelbar«.[112] Das Besitzrecht war folglich »Beziehung des Willens auf sich«.[113]

Wieso dies Puchta so wichtig war, wurde im Disput mit Rudorff deutlich. Dieser bestritt die Rechtsnatur des Besitzes und stützte den Besitzschutz durch Interdikte auf das Selbsthilfeverbot und damit auf die öffentliche Ruhe und Ordnung.[114] Hier standen also staatliche, öffentliche Interessen im Mittelpunkt, es war also nicht das subjektive, sondern das objektive Recht der Ausgangspunkt. Für Puchta blieb Rudorffs Erklärung nur die »nächste Antwort«. Ein »tieferer Grund« liege darin: »der Wille eines Rechtsfähigen fordert, auch noch ehe er als ein rechtlicher dargethan ist, bis auf einen gewissen Grad rechtliche Anerkennung, eben weil er der Wille eines Rechtsfähigen, also möglicher Weise ein rechtlicher ist«.[115] Damit setzte der Wille sich selbst als rechtlich, ohne daß es einer außer ihm stehenden Rechtszuweisung bedurfte. Man könne die Ansicht Rudorffs und diejenige Puchtas als die »publicistische und die privatrechtliche« bezeichnen, meinte Savigny[116] und legte damit das Grundlegende des Disputs offen. Hier ging es um Freiheit oder Ordnung als Ausgangspunkt des Privatrechts. Für Puchta war es »das Recht der Persönlichkeit«, welches »dem Eigenthum und dem Besitz vorausgeht«.[117] Warum das so war, ließ Puchta 1829 weitgehend unbegründet. Er machte den Schutz des subjektiven Rechts schlicht zum Inhalt des objektiven Rechts: »Der Inhalt des allgemeinen Willens über die rechtliche Freiheit (des Rechts im s. g. objektiven Sinn) besteht darin, daß er den einzelnen Willen, welcher durch Unterwerfung eines Gegenstandes wirklich wird, zum rechtlichen, zum Recht im s. g. subjektiven Sinn macht. Der Inhalt des Rechts sind

111 Puchta, Zu welcher Classe von Rechten gehört der Besitz, 1829, S. 256.
112 Puchta, Zu welcher Classe von Rechten gehört der Besitz, 1829, S. 256.
113 Puchta, Zu welcher Classe von Rechten gehört der Besitz, 1829, S. 257.
114 Rudorff, Über den Rechtsgrund der possessorischen Interdikte, 1831, S. 107 ff.
115 Puchta, Über die Existenz des Besitzrechts etc., 1833, zu Lebzeiten Puchtas ungedruckt, S. 265.
116 Savigny, Besitz, 6. Aufl. 1837, S. 49 (mit Entscheidung für die privatrechtliche Perspektive).
117 Puchta, Cursus der Institutionen I, 1841, S. 505.

https://doi.org/10.5771/9783465133278-113 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

also die Rechte.«[118] Obwohl hier formal aus dem objektiven Recht abgeleitet, war Puchtas Rechtssystem subjektiv, ein System der Rechte.

Aber auch in anderer Perspektive kam dem Besitz für Puchtas System der Rechte eine Schlüsselrolle zu. Obwohl Savigny als Grund für den Besitzschutz durch Interdikte den Schutz der Person anerkannt hatte,[119] genügte dies Puchta nicht. In einer Rezension der 6. Auflage, zu der er von Savigny aufgefordert worden war,[120] trat er nun erstmals Savigny offen entgegen. Dabei dürfte ihm bewußt gewesen sein, daß damit publik werden würde, daß seine gegen Savigny verteidigte Ansicht viel stärker derjenigen von Gans nahe stand,[121] als er dies öffentlich zugegeben hatte. Gleichwohl also forderte er, »dass wir einen Schritt weiter gehen, den Besitz in einen inneren *Nexus* mit dem Recht der Persönlichkeit bringen, und ihn dadurch selbst als Recht anerkennen«.[122] Hierfür spreche vor allem, daß sich nur auf diese Weise »die Unterscheidung zwischen juristischem und natürlichem Besitz … erklärt«.[123] Damit war die systematische Abgrenzbarkeit des Besitzrechts zu anderen Rechten berührt.

Savigny hatte sich 1803 mit den verschiedenen Standorten des Besitzes in den Rechtssystemen auseinandergesetzt. Seit Baldus war der Besitz zumeist bei den *iura in re*, also im Sachenrecht verortet worden. Dies widersprach für Savigny der obligatorischen Natur der Interdikte, so daß das hieran geknüpfte

118 Puchta, Zu welcher Classe von Rechten gehört der Besitz, 1829, S. 247.

119 Savigny, Besitz, 6. Ausg. 1837, S. 48, 50 (gegen Rudorff); auch er schloß sich wohl letztlich Gans und Hegel in dieser Frage an, so auch Landsberg, GDR 3.2., 1910, S. 368.

120 Brief an Savigny vom 11.6.1840.

121 Puchta versuchte auch in der Rez. Besitz, 1837, S. 683, erneut, Savignys Herausarbeitung des *animus* des Besitzers als Ausgangspunkt seiner Anbindung an die Persönlichkeit darzustellen. Die viel deutlicheren Übereinstimmungen mit Gans waren aber nicht zu übersehen. Während Puchta mit dem »anfangenden Eigentum« nur die objektive Seite des Besitzbegriffs von Gans heraushob, hatte dieser in subjektiver Perspektive ganz übereinstimmend festgestellt: »daß schon der besondere Wille der Person, wo er sich in den Sachen äußert, ein Recht ist, und als solches behandelt werden muß«, System des römischen Civilrechts, 1827, S. 212. Gans hielt Puchta in seiner Schrift: Über die Grundlage des Besitzes, 1839, S. 35, zudem die gemeinsame Anlehnung an Hegel entgegen. War dies auch keine Neuigkeit (Puchta hatte sich schon früher zur Vorbildung bei Hegel bekannt, vgl. Puchta, Rez. Gans Erbrecht, 1826, S. 35; dies verkennt Braun, Besitzrechtsstreit, 1980, S. 106); zeitgenössisches Aufgreifen dieser Abhängigkeiten Puchtas von Hegel auch in Anonymus, Eduard Gans über den Besitz und seine neuesten Gegner, 1839, S. 1641 ff. (mit richtigem Verweis auf § 45 von Hegels Rechtsphilosophie); Darstellung der Debatte im übrigen von Braun, Besitzrechtsstreit, 1980, S. 91 ff.

122 Puchta, Rez. Besitz, 1837, S. 683.

123 Puchta, Rez. Besitz, 1837, S. 683.

https://doi.org/10.5771/9783465133278-113 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

Besitzrecht ins Obligationenrecht gehöre. Trotz dieser feststehenden Natur der Interdikte gehörten diese auch nicht in den Allgemeinen Teil, da der Besitz »um gar nichts allgemeiner ist als das Eigenthum oder jedes andre Recht«.[124]

Puchta glaubte 1829 den Grund dieser Einordnungsprobleme gefunden zu haben: »die Stelle im System, welcher der Besitz einnimmt, ist nur deswegen nicht gefunden worden, weil die Classe von Rechten, zu welcher er gehört, selbst bisher nicht aufgestellt worden ist, und das Besitzrecht mithin in den bisherigen Systemen in der That keine Stelle hat«. Dies bedeutete freilich die Abgrenzung zu den anderen Rechten: »die Frage, zu welcher Classe von Rechten der Besitz gehöre, kann man nicht beantworten, ohne sich auf die Classification des ganzen Privatrechts einzulassen«.[125] Puchta konstruierte sein Privatrechtssystem vom Besitz her.

5. Vergleich mit zeitgenössischen Systemmodellen

Kern der Systemauffassung Puchtas war die Forderung nach einem obersten »Princip«.[126] Gegenüber Savigny betonte er 1831, er sei »nicht tolerant gegen eine Anordnung (sofern sie sich für eine wissenschaftliche ausgiebt) welcher kein Princip zugrundeliegt«.[127]

Die Forderung, daß ein wissenschaftliches System eines obersten Grundsatzes bedürfe, war um die Wende zum 19. Jahrhundert weit verbreitet.[128] Kants transzendentale Methodenlehre definierte System als »Einheit der mannigfaltigen Erkenntnisse unter einer Idee«.[129] Insofern wich er von Christian Wolff nicht ab.[130] Die unter Reinhold einsetzende Kritik der Frühromantiker gab der Forderung nach einem obersten Grundsatz, nun gegen Kant selbst gewendet, weiterhin Nahrung.[131]

124 Savigny, Besitz, 1803, S. 31, mit näheren Nachweisen.
125 Puchta, Zu welcher Classe von Rechten gehört der Besitz, 1829, S. 247.
126 Puchta, Zu welcher Classe von Rechten gehört der Besitz, 1829, S. 248.
127 Puchta an Savigny vom 26.12.1831, bei Bohnert, Vierzehn Briefe, 1979, S. 21.
128 Überblicksartig: Schaber, Art. Prinzip, in: HistWBPh 7, 1989, hier Sp. 1364 ff.; Strub, Art. System, in: HistWBPh 10, 1998, hier Sp. 835 ff.; wichtig noch immer Ritschl, System und systematische Methode, 1906, S. 74 ff., zur Entwicklung seit Kant; zum juristischen Kontext Rückert, Thibaut – Savigny – Gans, 2002, S. 296 ff.
129 Kant, Kritik der reinen Vernunft, AA, S. 831 ff., 833; hierzu in Bezug auf die Rechtswissenschaft J. Schröder, Wissenschaftstheorie und Lehre der »praktischen Jurisprudenz«, 1979, S. 147 ff.
130 Klarstellend Sandström, Das dogmatische Verfahren als Muster rechtswissenschaftlicher Argumentation, 1998, S. 191 ff.; Herberger, Dogmatik, 1981, S. 343 f.; ähnlich bereits Ritschl, System, 1906, Sp. 74.
131 Fichte und Schelling stritten zwischen 1794 und 1800 bekanntlich um die Formulierung dieses obersten Grundsatzes, dies muß hier nicht vertieft werden,

https://doi.org/10.5771/9783465133278-113 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

Die mit Kant virulent gewordene erkenntnistheoretische Dimension der Systemfrage ließ es jedoch fraglich erscheinen, ob eine Wissenschaft des positiven Rechts diesen Anforderungen genügen könne.[132] Noch 1840 formulierte Bethmann-Hollweg den grundsätzlichen Zweifel, dem sich auch Puchtas Systemarbeit stellen mußte:[133]

> »Ist … [sc. die Darstellung des inneren Zusammenhangs] in der Jurisprudenz möglich? Verträgt ihr Stoff eine solche rationelle Behandlung, wie sie der Mathematik und den speculativen Wissenschaften eigen ist? Das Naturrecht oder die Rechtsphilosophie unzweifelhaft, eben als speculative Wissenschaft. Aber auch die positive Jurisprudenz ungeachtet ihres aus der Erfahrung entlehnten Stoffes?«[134]

Den unterschiedlichen erkenntnistheoretischen Ausgangspositionen entsprechend hatte Wolff dies 1730 bejaht[135] und Kant wohl verneint.[136] Auch bei von Wolff beeinflußten Rechtswissenschaftlern hatte sich jedoch bereits im 18. Jahrhundert Skepsis bezüglich der von diesem behaupteten Möglichkeit breitgemacht.[137] Unter dem Einfluß Kants nahm die Forderung zu, das positive Recht wissenschaftlich und damit systematisch zu verarbeiten.[138]

vgl. die genaue Genese der Debatte bei Frank, »Unendliche Annäherung«, 1997, S. 133 ff. und passim.

132 Hierzu Herberger, Dogmatik, 1981, S. 332 ff., 343 ff.; J. Schröder, Recht als Wissenschaft, 2001, S. 180 ff.

133 Bis heute werden in diesen Fragen häufig Rechtsinhalt und Form vermengt, etwa die beliebten Gleichsetzungen von »Naturrecht« mit seiner Darstellung (»more geometrico«). Klärend hier vor allem J. Schröder, Wissenschaft und Lehre der »praktischen Jurisprudenz«, 1979, zusammenfassend ders., Die juristische Methodendiskussion an der Wende zum 19. Jahrhundert, in: Jus 1980, S. 617 ff.; vgl. auch S. 445 f.

134 Bethmann-Hollweg, Rez. Savigny, System, 1840, S. 1578. Hollweg bejahte dies.

135 Wolff, De Jurisprudentia civili in formam demonstrativam redigenda, 1731, S. 84 ff.; hierzu J. Schröder, Wissenschaftstheorie, 1979, S. 133 ff.; ders., Recht als Wissenschaft, 2001, S. 180; Stintzing/Landsberg, GDR 3.1., 1898, S. 198 ff.

136 In der transzendentalen Methodenlehre findet sich eine Einordnung der Jurisprudenz in sein Wissenschaftsschema nicht. Entgegen J. Schröder, Wissenschaftstheorie, 1979, S. 148, findet sich diese Verortung jedoch in den metaphysischen Anfangsgründen der Rechtslehre, Vorrede, AB S. IV, wo er im Zusammenhang mit dem Recht davon spricht: »Vollständigkeit der Einteilung des Empirischen« sei »unmöglich«.

137 Etwa Claproth, Darjes, Nettelbladt, hierzu J. Schröder, Recht als Wissenschaft, 2001, S. 181.

138 Grundlegend die Auswertung dieses Übergangs durch J. Schröder, Wissenschaftstheorie, 1979, S. 113 ff.; etwas anders Björne, Deutsche Rechtssysteme, 1984, S. 109 ff.; daneben Rückert, Heidelberg um 1804, 1987, S. 92 ff.

https://doi.org/10.5771/9783465133278-113 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

Mit dem diesbezüglich, vor allem um die Jahrhundertwende, vorherrschenden Enthusiasmus[139] war aber nur selten der Glaube daran verbunden, das positive Recht im kantschen Sinne[140] einer »rationalen Wissenschaft« als »Zusammenhang von Gründen und Folgen« darstellen zu können.[141] Thibaut, der ebenfalls System durch die Ableitung von einem obersten Grundsatz definierte,[142] hatte bereits 1798 davor gewarnt, daß eine solche Durchführung zu Eingriffen in das positive Recht führe, indem man »die Vernunft unter dem erborgten äußern Schein des Positiven geltend machen« wolle.[143] Er hielt folglich 1803 ein »vollendetes System« des positiven Rechts für »absolut unmöglich«;[144] ähnlich meinte Seidensticker 1807, »wie wenig es die Natur einer positiven Wissenschaft erlaubt, sie in der Art und Weise systematisch zu behandeln, daß darin, wie im Felde der Speculation, alles aus einem Grundsatze abgeleitet wird«.[145] Gros und Feuerbach dachten ähnlich.[146] Heise machte mit seinem wirkungsreichen Grundriß in diesem Sinne »auf wissenschaftliches Verdienst überall keinen Anspruch« und zog sich 1819 auf eine bloße Lehranordnung zurück[147] – eine Position, der sich Puchta, wie gezeigt,[148] 1822 noch angeschlossen hatte. Dem auch insofern Kant folgenden Hugo war die wissenschaftliche Behandlung des positiven Rechts »nichts als die Form«.[149]

Puchtas strenge Forderung, das gesamte gemeine Pandektenrecht nach »Princip« und »Consequenz« zu ordnen, ging also über die Vorstellungen der genannten Zeitgenossen hinaus. Diese Autoren waren sich bei allen

139 Vgl. die Hufeland Rezension bei RÜCKERT, Heidelberg um 1804, 1987, S. 94.
140 KANT, Metaphysische Anfangsgründe der Naturwissenschaft, Vorrede, AA 4, S. 467 f.
141 Hierzu J. SCHRÖDER, Wissenschaftstheorie, 1979, S. 150 ff.; BJÖRNE, Deutsche Rechtssysteme, 1984, S. 177 f.
142 THIBAUT, Juristische Encyclopädie und Methodologie, 1797, S. 1 f.
143 THIBAUT, Ueber den Einfluß der Philosophie auf die Auslegung der positiven Gesetze, in: DERS., Versuche über einzelne Theile der Theorie des Rechts, 2. Aufl. 1817, S. 126; hierzu RÜCKERT, Heidelberg um 1804, 1987, S. 100.
144 THIBAUT, Pandekten I, 1803, S. 3.
145 SEIDENSTICKER, Entwurf eines Systems des Pandektenrechts, 1807, S. III f.
146 Vgl. J. SCHRÖDER, Wissenschaftstheorie, 1979, S. 151 ff. (Gros, Feuerbach); UNTERHOLZNER war 1810 einer der wenigen, für den »ein streng wissenschaftliches System der Rechtswissenschaft möglich« war, vgl. DENS., Ueber die Classifikation der Privatrechte, in: Juristische Abhandlungen, 1810, S. 102 Anm. 16.
147 HEISE, Grundriss eines Systems des Gemeinen Civilrechts, 3. Aufl. 1819, S. III.
148 Vgl. oben S. 257 f.
149 HUGO, Juristische Encyclopädie, 4. Versuch, Berlin 1811, S. 31; vgl. J. SCHRÖDER, Wissenschaftstheorie, 1979, S. 157 f.

https://doi.org/10.5771/9783465133278-113 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

Systematisierungsversuchen einig, daß ein solches Unternehmen, streng durchgeführt, entweder das positive Recht verdeckten, verändern oder nicht ohne Widersprüche abgehen würde.

Sucht man wissenschaftlich strengere Systemanforderungen bei Puchtas Zeitgenossen, so fand Puchtas Credo, man habe bisher »ein streng wissenschaftliches System viel zu sehr wie die Nebensache behandelt«,[150] Zustimmung erneut von ungeliebter Seite. Wiederum war es Eduard Gans, der kritisierte, daß die Bearbeiter von Lehrbüchern das System für »unbedeutendes Beiwerk« hielten und auch die Verfasser von Grundrissen darin zumeist keine »wissenschaftliche Arbeit« sähen.[151] Er betonte: »die wahre Wissenschaft ist nur ein System«[152] und hielt es für möglich, »ein System aufzubauen, das theils die vernünftigen Anforderungen des heutigen Geistes erfülle, theils eben so einem äußerlichen Material den Zutritt gestatte«.[153] Deutlich wurde dabei, daß für ihn System mehr war als ein bloß äußerliches Raster. Es gehe darum, den Inhalt der Dogmatik in die

> »ihm gemäße Stellung zu bringen. Diese Stellung kann dann einerseits als bloße Form gelten, so daß man sich einbildet, daß sie am Inhalt nichts verändert, so sey sie zunächst etwas gleichgültiges; aber eine tiefere Betrachtung führt zu der Bemerkung, daß der Inhalt allerdings durch die ihm gewordene Form und Stellung verändert worden, und daß ihm eben durch diese Form grade seine innerliche Bedeutung gegeben ist.«[154]

Weitergehend als die bisherig dargestellten Systematiker ging Gans also gleichermaßen davon aus, daß das Recht selbst systematisch, sowie als solches erkennbar und zugleich darstellbar war. Dies führte jedoch nicht zu »Princip« und »Consequenz« als Ordnungsstruktur des Systems. Zwar bemerkte auch er: »Ein System der Rechtswissenschaft muß nothwendig mit dem anfangen, was Recht sey.«[155] Aus dem Rechtsbegriff folgte jedoch kein Einteilungsschema, welches Puchtas »Wille« und »Gegenstand« entsprochen hätte.

150 Puchta, Lehrbuch für Institutionen-Vorlesungen, 1829, S. VII.
151 Gans, System des Römischen Civilrechts, 1827, S. 152.
152 Gans, System des Römischen Civilrechts, 1827, S. 152.
153 Gans, System des Römischen Civilrechts, 1827, S. 146.
154 Gans, System des Römischen Civilrechts, 1827, S. 152. Er verdeutlichte dies durch ein Beispiel: »Man kann zwar ohne irgend ein System von Eigenthum, Vertrag, von der Ehe und dem Erbrecht sprechen, man kann die Erscheinungen die sich dabei vorfinden, analysieren und darstellen, aber was Eigenthum, Vertrag, Ehe und Erbrecht seyen, kann nur in der Stellung begriffen werden, die sie zu einander haben, und jede unwahre und falsche Stellung theilt sich sofort dem Inhalt selbst mit, und macht ihn zu einem Unwahren und Falschen.«
155 Gans, System des Römischen Civilrechts, 1827, S. 174.

https://doi.org/10.5771/9783465133278-113 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

Vielmehr stellte sich das System von Gans als fortschreitend, nicht jedoch aus einem obersten Grundsatz entwickelt dar.[156]

Der gleichermaßen stark an Hegel orientierte[157] Schulfreund[158] Puchtas, Abegg, hatte bereits 1823 deutlich gemacht, daß dies hegelianischem Systemdenken entsprach. Als Schwierigkeit der systematischen Darstellung hob er hervor, »daß bei dem Anfange, womit man denselben auch mache, immer wegen der gegenseitigen Verbindung aller Theile der Wissenschaft Vieles aus den anderen entlehnt und vorausgesetzt wird, was erst in der Folge deutlich gemacht werden kann. Allein bei cyclischen Darstellungen ist ohnedem die Rücksicht, womit angefangen werde, gewissermaßen äußerlich. Es genügt, daß überhaupt angefangen werde, die Beschaffenheit des Gegenstandes lehrt die nähern Regeln seiner Behandlung selbst kennen, und erst am Ende, wenn man das Ganze kennt, ist es möglich, die gehörige Einsicht in dieses oder die einzelnen Theile zu erlangen.«[159] Ziel sei es, die »Wissenschaft selbst in ihrem Organismus« darzustellen. Hieran gebunden sei »die Stellung der einzelnen Theile im System nach Gründen bestimmt und keineswegs von subjektiver Meinung und Willkühr abhängig«. Mit Hegel[160] gingen für Abegg abstrakte Forderungen der Logik – wie Puchtas »Princip« und »Consequenz« – am Erkenntnisgegenstand vorbei. Die Anforderungen der Logik fielen mit der Erkenntnis des Stoffs zusammen: Die »Logik ist der Form nach – Denken – und nicht erst die Lehre wie man denken müsse – denn diese muß vorangehen – und dem Inhalte nach Denken«.[161] Der Stoff selbst gab also Aufbauregeln vor: »Was nothwendig auf andern Lehren, als Grundlage, beruht, muß diesen in der Darstellung nachfolgen, und was sich als Entwicklung und Resulthat

156 Vgl. die Darlegungen in Gans, System des Römischen Civilrechts, 1827, S. 168 ff.

157 Deutliches Bekenntnis Abeggs zu Hegel in Encyklopädie und Methodologie, 1823, S. 17 Anm. *). Unrichtig insofern Landsberg, GDR 3.2., 1910, der einen Umschlag Abeggs zu Hegel für das Jahr 1826 konstruiert, S. 336, 669 f.; richtigstellend insofern bereits Björne, Deutsche Rechtssysteme, 1984, S. 86 Anm. 383; auch J. Schröder, Wissenschaftstheorie, 1979, S. 116, verbucht Abeggs Schrift schon 1823 zutreffend unter »Hegelianer«; nicht beachtet wurde bisher die wichtige Rezension der Schrift Abeggs durch Hugo, Beyträge zur civilistischen Bücherkenntnis II, 1829, S. 560 f.; der alte Gegner Hegels meinte, Abeggs System werde »in der Sprache einer Schule [ge]rechtfertigt, vor welcher den Nicht Eingeweihten bange werden könnte, wenn sie hören, wie die Idee erst unmittelbar vorhanden ist, dann sich selbst setzt, und endlich das in der Reflexion Getrennte vereinigt« (S. 567).

158 Vgl. zum Verhältnis der beiden bereits oben S. 128 mit Anm. 121.

159 Abegg, Encyclopädie und Methodologie, 1823, S. 11.

160 Vgl. Hegel, Wissenschaft der Logik II, 1816, Werkausgabe 12, 1981, S. 249.

161 Abegg, Encyclopädie und Methodologie, 1823, S. 6.

https://doi.org/10.5771/9783465133278-113 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

einer Wahrheit ergiebt, im philosophischen und historischen Sinn, muß auch in dem System nachfolgen.«[162] Abeggs System zielte also darauf ab, den Eigenzusammenhang des Rechts abzubilden. Puchtas abstrakte Forderungen, ein System nach »Princip« und »Consequenz« zu ordnen, widersprach Abeggs Systemdenken fundamental. Für diesen war ein einheitliches Prinzip des Privatrechts nicht erforderlich. Sein Aufbau des Privatrechtssystems stellte folglich gleich Savigny das Familienrecht auch neben das Vermögensrecht, ohne ein übergreifendes Prinzip zu formulieren.[163] Die »wissenschaftliche Form«,[164] deren Fehlen Abegg bei den meisten Lehrbüchern und Enzyklopädien seiner Zeit bemängelte, war somit eine andere als die von Puchta vorgeschlagene. Gleiches galt für Gans.

Savigny betonte ähnlich die organische Eigenstruktur des Rechts als Erkenntnisziel.[165] In der Anordnung des Systems solle sich »der innere Zusammenhang der Rechtssätze und Rechtsverhältnisse abbilden, sie soll aus diesem wie von selbst entstehen«.[166] In diesem Rahmen war er tolerant gegen die konkrete Anordnung.[167] Systematiker sei, so meinte er 1809, jeder, »der reine Resultate des Quellenstudiums liefert, in welcher Ausdehnung und in welcher Ordnung das immer geschehen mag«.[168]

In mehrfacher Hinsicht deuten Puchtas dargelegte Äußerungen zur Systembegründung damit eine Sonderstellung an. Seine Forderung, das gesamte positive Recht unter einem Prinzip zu bündeln und »consequent« daraus abzuleiten, entsprach dem gängigen Systemverständnis der Jahrhundertwende. Auch kantisch geprägte Juristen glaubten jedoch überwiegend nicht, daß es möglich sei, das positive, lediglich der Erfahrung entnommene Recht, unter

162 Abegg, Encyclopädie und Methodologie, 1823, S. 12.
163 Abegg, Encyclopädie und Methodologie, 1823, S. 81 f. (§ 170).
164 Abegg, Encyclopädie und Methodologie, 1823, S. 32
165 Für Savigny besteht insoweit inzwischen wohl weitgehend Einigkeit, vgl. Rückert, Reyscher, 1974, S. 203 ff., 370 ff.; ders, Savigny, 1984, S. 328 f., 338 u. ö.; J. Schröder, Wissenschaftstheorie, 1979, S. 117; ders., Recht als Wissenschaft, 2001, S. 245 f.; Herberger, Dogmatik, 1980, S. 379 ff.; Björne, Deutsche Rechtssysteme, 1984, S. 154 u. ö.; Behrends, Geschichte, Politik und Jurisprudenz, 1985, S. 277 ff.; Sandström, Die Herrschaft der Rechtswissenschaft, 1989, S. 121 ff.; Mazzacane, in: Savigny, Methodologie, 1993, S. 33.
166 Savigny, Methodologie 1809, S. 150, ebenso bereits 1802/1803, S. 102. Hierzu paßt seine Ansicht, System könne nicht bloß zum »Nachschlagen« dienen, sondern müsse »im Ganzen gelesen werden und dem ganzen Studium zu Grund liegen«, Savigny, Methodologie 1802/1803, S. 120.
167 So auch Rückert, Savigny, 1984, S. 344; J. Schröder, Recht als Wissenschaft, 2001, S. 269.
168 Savigny, Methodologie 1809, S. 161; zur »Duldsamkeit« in dieser Frage auch Savigny, System I, 1840, S. XXXVII f.

https://doi.org/10.5771/9783465133278-113 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

eine vernünftig-architektonische Struktur bündeln zu können. Weniger erkenntnistheoretisch argumentierende Juristen konnten mit gleichem Ergebnis auf die überaus differenten Systemversuche der Zeitgenossen verweisen.

In den zwanziger Jahren wurde ein Wandel im Systemdenken immer deutlicher. Die nach Björnes Analyse mehr oder weniger ausgeprägt schon länger von vielen vorausgesetzte Eigenstruktur des Rechts[169] sollte auf dessen Darstellung durchschlagen. Vorausgesetzt wurde damit, daß ein solches »inneres« System nicht nur existierte, sondern auch erkennbar und in der Lage war, die Darstellung zu beeinflussen. Bei Gans, Abegg und auch Savigny mußte die Darstellung diese Eigenstruktur so weit wie möglich abbilden. Gans und Abegg entwickelten ihr als »cyclisch« gedachtes System daher fortschreitend und innerlich zusammenhängend, nicht jedoch, wie Puchta es forderte, von einem Prinzip herab. Wie Puchtas Kritik zeigte, erfüllte auch Savigny diese Anforderung mit seiner Gegenüberstellung von Familien- und Vermögensrecht nicht. Betrachtet man Puchtas Anforderung an ein wissenschaftliches System aus dieser Perspektive eines inneren Systems, so lief seine Argumentation auf die Behauptung einer »logischen«, jedenfalls unter »Princip« und »Consequenz« kausal verknüpften, Eigenstruktur des Rechts hinaus. Genau dies wird Puchta im dargelegten Bild der Begriffspyramide auch vorgeworfen.[170] Auch der im übrigen differenzierende Björne meint, Puchtas System sei »logisch und ein inneres System abspiegelnd, was also voraussetzt …, daß das innere System nicht nur organisch, sondern auch logisch einwandfrei ist«.[171]

169 In seinem Längsschnitt von Pütter bis zum Ende des 19. Jahrhunderts fand Björne, Deutsche Rechtssysteme, 1984, S. 275, »bei beinahe allen Rechtswissenschaftlern mehr oder weniger ausgeprägte Vorstellungen von einem anderen, wahren und notwendigen System«; nicht immer fußte das bei den Autoren wohl auf vertieften wissenschaftstheoretischen Erwägungen. Auch wenn Savignys Einfluß seit 1814 sicher kaum zu unterschätzen ist, dürfte es doch zu eng sein, in der Vorstellung eines inneren Systems ein auf die historische Schule zurückgehendes Spezifikum zu sehen, vgl. J. Schröder, Wissenschaftstheorie, 1979, S. 117 ff.; vielleicht einschränkend ders, Recht als Wissenschaft, 2001, S. 245: Im »Rechtsbegriff der historischen Schule« liege die »Grundlage« des inneren Systemverständnisses. Eine oberflächliche Kant-Lektüre (vgl. die differenzierten Rezeptionslinien bei Rückert, Kantrezeption, 1991, S. 161 ff., 177 f.) konnte ebenso zu diesem Ergebnis führen, wie die eigenständige Begründung eines inneren Systems durch Hegel, der wissenschaftstheoretisch die dargestellten Gans und Abegg folgten.

170 Vgl. S. 96 ff.

171 Björne, Deutsche Rechtssysteme, 1984, S. 205.

https://doi.org/10.5771/9783465133278-113 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

6. Reaktionen, insbesondere: Stahls Kritik an Puchtas »Rationalismus«

Bei den Zeitgenossen traf Puchtas System der Rechte wegen der logischen Stringenz seiner Einteilung daher auch überwiegend auf Ablehnung. Kritisiert wurde insbesondere, daß Puchtas systematische Strenge seinem Erkenntnisgegenstand bisweilen Gewalt antat. Vor allem Puchtas Recht an der eigenen Person erschien vielen, wie Sintenis, »als etwas Unmögliches«.[172] Savigny hielt, bemerkenswerterweise unter Berufung auf Hegel, etwa das andernfalls zwingend zu folgernde Recht zum Selbstmord entgegen.[173] Auch die Puchta so wichtige Einordnung des Besitzes unter diese Kategorie wurde fast einhellig abgelehnt.[174] Die »große Consequenz« von Puchtas System wurde anerkannt, jedoch zugleich als Schwäche kritisiert: »die Begriffe sind hier auf eine Weise gepreßt, daß sie nicht mehr kenntlich sind«.[175] Selbst der getreue Wetzell charakterisierte in seinem Nachruf Puchtas System als »vorwiegend abstrakt« und zeigte sich unbefriedigt: »So neigt sich Alles zu bester Ordnung, die Linien sind reinlich gezogen, und wir freuen uns des schönen Bildes. Allein wenn schon diese Betrachtung ihre Berechtigung hat, so giebt sie doch nur die Umrisse des Rechtslebens; die bewegenden Kräfte in ihren lebendigen Trieben lernen wir nicht kennen, die Verschiedenheit der Rechte entfaltet sich nicht von Innen heraus, sondern wird mehr zufällig durch äußere Verhältnisse gesetzt.«[176]

Diese Ebene war es auch, auf der Friedrich Julius Stahl 1833, kaum verdeckt,[177] Puchtas System der Rechte einer aufsehenerregenden[178] Kritik

172 Sintenis, Bemerkungen über Rechtssysteme, besonders die in der neuesten Zeit entgegengestellten, 1844, S. 43.

173 Savigny, System I, 1840, S. 336 Anm. (a) unter Verweis auf § 70 der Rechtsphilosophie.

174 Vgl. soeben S. 269 ff.

175 Sintenis, Bemerkungen über Rechtssysteme, besonders die in der neuesten Zeit entgegengestellten, 1844, S. 43, 51; Wening-Ingenheim, Lehrbuch I, 4. Aufl. 1831, S. 83 ff., sah Puchtas Kritik am von ihm umgesetzten heiseschen Aufbau durchaus ein (S. 84 f. mit Anm. (uu)), empfand Puchtas System aber nicht als ein »besseres, allen Anforderungen auf ein System überhaupt, und dem gemeinen Civilrechte insbesondere entsprechendes neues System« (S. 86).

176 Wetzell, 2. Nachruf Puchta, 1846, S. XLVI.

177 Puchta wurde im Haupttext nicht genannt, freilich auch nicht bei den, auf S. 148 positiv hervorgehobenen, Erneuerern (Hugo, Savigny, Heise, Eichhorn, Mühlenbruch). Neben der allgemeinen Kritik an einer Klassifizierung nach den Gegenständen, S. 148, wurde S. 149 Anm. ** mit »Auch hier« Puchtas Pfandrechtsbegriff kritisiert, der Kontext war also eindeutig.

178 Hierzu zeitgenössisch: Danz, Rez. Pandekten, 1838, Sp. 1362 ff.; Schröter, Rez. Pandekten, 1840, S. 293 f.; Bethmann-Hollweg, Rez. Savigny, System, 1840, S. 1578 ff.; Sintenis, Bemerkungen über Rechtssysteme, besonders die in der neuesten Zeit entgegengestellten, 1844, S. 54 ff.

https://doi.org/10.5771/9783465133278-113 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

unterzog.[179] Stahl polemisierte gegen den schädlichen Einfluß, den die »rationalistische Richtung« durch ihr System »auf die juristische Bildung und das geltende Recht« geübt habe.[180] Stahl warf Puchta vor, nicht über die rationalistischen Systeme, die ihm bekanntlich »System der Revolution« waren,[181] hinausgekommen zu sein. Während der Inhalt des Systems von Puchta »aus der Wirklichkeit genommen« werde, suche er den »Zusammenhang desselben *apriori* … in leeren Abstraktionen«.[182] Angesprochen war damit der Ausgangspunkt des puchtaschen Systems, also Wille und Gegenstand als abstrakte Kategorien. Für Stahl beruhte damit auch Puchtas System auf einem »inhaltslosen Begriff« der Rechte.[183] Wollte man ein abstraktes Prinzip konsequent in den der Erfahrung entnommenen Rechtssätzen verwirklichen, mußte es nach Stahl zu einem Auseinanderreißen zwischen Subjekt und Objekt, Form und Stoff kommen, indem entweder unter Brechung der Empirie wirklichkeitsferne Systeme gebildet würden oder, was Stahl offensichtlich naheliegender erschien, die Unfähigkeit eines so gebildeten Systems offenbar wurde, »seiner eigenen Anforderung logischer Übereinstimmung treu« zu bleiben.[184] Genüßlich hielt er den »Rationalisten« und damit auch Puchta die in ihren Systemen hilfsweise herangezogenen Kategorien »Erwerb, Verlust, Ausübung, Abtretung, Subjekt, Objekt u.s.w. entgegen: »Ein so buntes Gemisch von Scheidungsprincipien, das nicht in einem höhern Princip begründet ist, wird doch wohl nicht als eine logisch haltbare Anordnung gelten dürfen!«[185]

»Logik« und »Leben« gingen für Stahl also nicht zusammen. Indem in Puchtas System die Logik regiere, fehle ihm »das Lebendige«. Stahl forderte: »das System muß sich auf Thatsachen gründen: nicht auf logische Cathegorien, sondern auf die reellen positiven Grundlagen«.[186] Er hielt Puchta eine Sentenz des ihm befreundeten Münchner Professors Friedrich Ludwig Frhr. von Bernhard[187] entgegen: »Man kann einem alle Knochen im Leibe, alle

179 Zu diesem vieldiskutierten Disput aus der Sekundärliteratur etwa Björne, Deutsche Rechtssysteme, 1984, S. 206 ff.; Wiegand, Stahl, 1981, S. 218 ff.; Smid, Freiheit als »Keim« des Rechts, 1989, S. 292 ff.; Hollerbach, Der Rechtsgedanke bei Schelling, 1957, S. 38 ff.; Landau, Puchta und Aristoteles, 1992, S. 16 f.

180 Stahl, Philosophie des Rechts II 1, 1833, S. 146 ff., 147.

181 Vgl. Fahlbusch, Die Lehre von der Revolution bei Friedrich Julius Stahl, 1957, S. 64 ff.

182 Stahl, Philosophie des Rechts II 1, 1833, S. 147.

183 Stahl, Philosophie des Rechts II 1, 1833, S. 147.

184 Stahl, Philosophie des Rechts II 1, 1833, S. 148.

185 Stahl, Philosophie des Rechts II 1, 1833, S. 149 f.

186 Stahl, Philosophie des Rechts II 1, 1833, S. 151.

187 Zum Germanisten Bernhard: Landsberg, GDR 3.2., 1910, S. 497 f., Noten S. 222; Luig, Römische und germanische Rechtsanschauung, 1995, S. 109 ff.

https://doi.org/10.5771/9783465133278-113 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

Bäume des Waldes, alle Blumen eines Kranzes classifizieren, und wird damit nicht sagen, wo die Knochen liegen, wie die Gebeine zusammenhängen, wie die Bäume und Blumen zu einem Wald und Kranze verbunden sind, es wird eine Anschauung des Ganzen daraus nicht hervorgehen.«[188]

Deutlich wurde damit, daß es Stahl nicht um schlichte Tatsachenerfahrung ging, sondern um Sinn in der Wirklichkeit. Für Stahl mußte das Rechtssystem auf »Tatsachencomplexe« gegründet sein, die durch die »Einheit ihres erzeugenden Triebes ein unauflösliches Ganzes bilden«, den »Rechtsverhältnissen und Rechtsinstituten«.[189] Zu entdecken war also die rechtsbildende Kraft, das »innere Streben«, der »Telos«, beim Pfandrecht etwa der »Trieb, Sicherung für den Gläubiger durch Vermögensobjekte zu gewähren«.[190] Wie er später gegenüber Puchta klarstellte, ging es also nicht einfach um das »Faktische«, sondern um dessen »Ordnung«, um die als »Bestimmung der Lebensverhältnisse« zu erkennende bestimmende Grundlage der einzelnen Rechtssätze.[191] Sein System trat also mit dem Anspruch an, das organisch strukturierte Recht in seiner Selbstorganisation abzubilden, also den in der Wirklichkeit gegebenen Sinn zu erkennen. Den Zugang zu dem »Handeln der Urkräfte« ermöglichte ihm ein Rückgriff auf die vorrationalistische Bildung des »unbefangenen Gemüts«, dessen existenzielle Erfahrung auszusprechen somit zur Aufgabe der Wissenschaft wurde.[192]

Das daraus folgende systematische Verfahren unterschied sich deutlich von demjenigen Puchtas. Stahl machte die organische Struktur des Rechts zum Leitbild seiner Darstellung. Zwar könne die allumfassende Vernetzung der rechtlichen Strukturen, ihre »unendlichen Beziehungen«[193] nicht »räumlich dargestellt werden«. In »allem Organischen« sei aber in jedem Fall »nie ein Glied bloß Vorbedingung des anderen, sondern immer wieder, um seiner Bestimmung zu entsprechen, zugleich von diesem bedingt«.[194] Die Ordnung müsse dem Gang der Entwicklung folgen, welches »die Ursache oder doch die Vorbedingung des anderen ist, das geht ihm vor; ob es das logisch Einfachere oder Verwickeltere ist, entscheidet nicht, diese Rücksicht darf erst sekundär eintreten, nur der ursächliche und zeitliche Zusammenhang ist der wahre«.[195]

188 Bernhard, Über die Restauration des deutschen Rechts, 1829, S. 76; zitiert bei Stahl, Philosophie des Rechts II 1, 1833, S. 151.
189 Stahl, Philosophie des Rechts II 1, 1833, S. 146.
190 Stahl, Philosophie des Rechts II 1, 1833, S. 146.
191 Stahl, Philosophie des Rechts II 1, hier nach 3. Aufl. 1854, S. 299 ff. Anm. *.
192 Hierzu Wiegand, Stahl, 1981, S. 93 ff., 167 ff., 170; auch darin sah er sich Schellings Verfahren »intellektueller Anschauung« verpflichtet, vgl. nur Philosophie des Rechts I, 1830, S. 248 ff.
193 Stahl, Philosophie des Rechts II 1, 1833, S. 159.
194 Stahl, Philosophie des Rechts II 1, 1833, S. 160.
195 Stahl, Philosophie des Rechts II 1, 1833, S. 158.

https://doi.org/10.5771/9783465133278-113 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

Das System war somit nicht hierarchisch, sondern nach der »naturgemäßen Stellung« der Rechtsinstitute geordnet – hier näherte sich Stahl den Hegelianern. Damit war zugleich ein Rechtsbegriff als oberstes Prinzip verabschiedet. Dieser Verzicht verschaffte Stahl überlegene Flexibilität. Dies machte er nicht zufällig am wichtigsten dogmatischen Zankapfel seiner Zeitgenossen deutlich, der Lehre vom Besitz.[196] Verzichtete man auf die Einteilung des Rechts nach Rechten, war es unproblematisch, den Besitz dem Sachenrecht zuzuordnen. Puchtas Problem mit dem Besitz resultierte nicht zuletzt daraus, daß er als »rechtliche Unterwerfung einer Sache« nicht vom Eigentum abgrenzbar war. Für Stahl gehörte der Besitz zum Sachenrecht, aber »nicht den Rechten auf eine Sache, sondern dem Institut des Sachenrechts, der Totalität von Rechtssätzen, welche in unauflöslicher Verbindung die Verhältnisse zu Sachen (die Besitzverhältnisse) regeln. Es ist doch unverkennbar derselbe Trieb, dasselbe menschliche Bedürfnis, durch Sachen seine Befriedigung zu erhalten, von welcher die Bestimmungen über das Eigenthum und über die *possessio* ausgehen.«[197]

7. Überprüfung der Kritik Stahls an Puchtas Systemprogramm von 1829

a) Abbildung oder Darstellung des Systems

Stahls Vorwurf, Puchta verkenne die organische Eigenstruktur des Rechts, wollte dieser nicht gegen sich gelten lassen. Wohl 1834 schrieb er an Stahl, er sei mit dessen Verständnis des Rechts als »Organismus oder Leib … im Ganzen einverstanden«.[198]

Hugo gegenüber machte er seinen Ärger über den von Stahl konstruierten Dissens in dieser Frage deutlich. Er fühle sich »wegen ganz trivialer Dinge« von Stahl abgekanzelt.[199] Savigny gegenüber wurde er präziser. Stahls Zitat

196 Hierzu oben 4.

197 Stahl, Philosophie des Rechts II 1, 1833, S. 158.

198 Darauf verweist Stahl im als Entwurf erhaltenen Antwortbrief. Das Datum des bei Koglin, Die Briefe Stahls, 1975, S. 129, abgedruckten Briefentwurfs, vom 13.4.1834, ist von seinem Nachlaßbetreuer Wilkens später handschriftlich hinzugefügt. Masur, Stahl, 1930 S. 247 Anm. 4, nahm Sommer 1833 als Entstehungszeitpunkt an. Masur überbetont m.E. die Einigkeit zwischen Puchta und Stahl in diesem Briefwechsel. Das genaue Datum kann hier dahinstehen. Im Brief an Savigny vom 4.8.1835, bei Bohnert, Vierzehn Briefe, 1979, S. 24 ff., 28 f., spielte Puchta jedenfalls auf eine Auseinandersetzung in dieser Frage mit Stahl an. Ein Vergleich mit dem in Wolfenbüttel lagernden Original konnte einige Lesefehler Koglins berichtigen, insb. S. 130 letzter Satz muß zu Beginn heißen: »Die unvollkommenste Rechtsbildung muß aus dem Zusammenhang der wahren aufgefaßt werden können ….« Die Richtigkeit der Zuweisung an Stahl als Absender, so Koglin gegen Wilkens, folgte schon aus dem Inhalt und wurde durch das Schriftbild bestätigt.

199 Brief an Hugo vom 30.6.1837.

https://doi.org/10.5771/9783465133278-113 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

des Puchta wenig sympathischen Bernhard,[200] den Puchta später den »weniger gemütlichen Germanisten« an die Seite stellte,[201] war ihm hier »eine ganz triviale Äußerung«, ein »abgedroschene[r] Gedanke«, mit dem man »allenfalls gegen die zu Felde ziehen [sc. könne] …, welche die Classificationen für das ganze System halten, aber nicht gegen die, welche sie nur nicht absolut (auch als Medium) verwerfen«.[202] Puchta konnte darauf verweisen, daß er auch in seinen Systemschriften von 1829 zu keinem Zeitpunkt verneint hatte, daß im Recht »alle Glieder in Wechselwirkung aufeinander« stünden.[203] Er hatte 1829 eine Systemdefinition vorgelegt, die weitergehend darauf hindeutete, daß er sogar die philosophische Spezifizierung des schillernden Organismusbegriffs[204] mit Stahl teilte. Seine »Betrachtungen über alte und neue Rechtssysteme« begannen mit einer Systemdefinition, die wahrscheinlich Schellings Initia-Vorlesung von 1821 entnommen war.[205] System sei »ein Ganzes von gegenseitig sich bedingenden und voraussetzenden Gliedern«.[206] Schelling hatte hinzugefügt, daß dabei »ein Glied durch alle u. alle durch eines bedingt sind, so wenn Eines wankte, das Ganze zusammenstürzte, weil ein Glied mit dem andern lebt und stirbt u. durch ein unauflösliches Band verknüpft ist«.[207] Dies war der organische Systembegriff, den Schelling auch in München beibehielt.[208] Auch Stahl benutzte bekanntlich den Besuch Münchener Vorlesungen Schellings zur autoritativen Absicherung seiner Rechtsphilosophie. Dies wird noch im einzelnen zu erörtern sein.[209]

Zwischen Stahl und Puchta herrschte somit keine Uneinigkeit darüber, daß das Recht eine grundsätzlich erkennbare organische Eigenstruktur besaß. Ihre Systemauffassung differierte in der Frage, ob eine solche Binnenstruktur

200 Vgl. soeben S. 282 f.
201 Puchta, Rez. Savigny, System, 1840. S. 675.
202 Brief an Savigny vom 4.8.1835, bei Bohnert, Vierzehn Briefe, 1979, S. 24 ff., 28 f. (Hervorhebung von mir).
203 Puchta, Betrachtungen, 1829, S. 235.
204 Der Organismusbegriff habe sich im 18. und 19. Jahrhundert als »für die verschiedensten ideologischen Positionen als außerordentlich gut verwendbar erwiesen«, meint zu Recht Dohrn-van Rossum, Art. Organ, Organismus, in: Geschichtliche Grundbegriffe IV, 1993, S. 520.
205 Die hier genannte Definition entspricht wörtlich der von Schelling in seiner damals unveröffentlichten Einführungsvorlesung in Erlangen vorgetragenen. Die Äußerung findet sich gleich zu Beginn am 4. Januar 1821, Schelling, Initia, 1820/1821, 1969, S. 1 ff.; hierauf hat bereits Herberger, Dogmatik, 1981, S. 400, hingewiesen.
206 Puchta, Betrachtungen, 1829, S. 221.
207 Schelling, Initia, 1821, S. 1.
208 Vgl. Schelling, System der Weltalter, 1827/28, S. 19 f.
209 Vgl. unten S. 311 ff.

https://doi.org/10.5771/9783465133278-113 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

darstellbar war. Puchta hatte bereits 1829 seine dagegen sprechenden Argumente offengelegt.

> »In einem organischen Ganzen stehen alle Glieder in Wechselwirkung auf einander, je systematischer nun ein Recht ist, desto mehr muß dasselbe bey allen Rechtsverhältnissen der Fall seyn … Die Ehe z. B. gehört allerdings in die Lehre vom Eigenthum, von den Servituten, vom Pfandrecht, von den Obligationen, von der Verwandtschaft, von der väterlichen Gewalt, vom Erbrecht, denn in allen diesen Lehren muß von der Ehe die Rede seyn. Aber eine ganz andere Frage ist die: wohin sie selbst, als ein eignes, selbstständiges Rechtsverhältniß gehöre?«[210]

Lasse man sich, so meinte er resümierend, durch »den Einfluß, den ein Rechtsverhältnis auf das andere hat, bestimmen«, so gebe man, so Puchta 1829, »den Vorsatz, seine Darstellung zu ordnen, auf«.[211]

Eine geordnete Darstellung des Rechtsorganismus konnte also keine einfache Abbildung sein. Dies hatte Puchta ebenfalls 1829 deutlich gemacht:

> »Daraus, daß die Wissenschaft die Grundlage und der Gegenstand der Darstellung in den Rechtssystemen ist, folgt noch keineswegs, daß es auch nur Eine jener entsprechende Darstellung, wie eine Wissenschaft geben könne. … Da mithin kein System in jenem formellen Sinne die Wissenschaft selbst, sondern nur eine Annäherung an dieselbe von dieser oder jener Seite her seyn kann, so müssen sich mehrere Systeme in diesem Sinne nebeneinander denken lassen. Der Grund dieser reellen Verschiedenheit der Darstellung (abgesehen nämlich von der Verschiedenheit, welche aus der Fähigkeit des Darstellers folgt) liegt in dem gewählten Medium zwischen der Wissenschaft und der äußeren Gestalt, die sie annehmen soll, in dem, was man den Plan der Anordnung nennt.«[212]

210 Puchta, Betrachtungen, 1829, S. 235; wörtliche Mitteilung dieser Passage gegenüber Hugo bereits mit Brief vom 30.11.1827.

211 Puchta, Betrachtungen, 1829, S. 235. Hugos 1827 brieflich erfolgender Hinweis, die »Vormundschaft gehöre doch nicht ausschließlich zu den Obligationen, denn sie gehöre auch in die Lehre von den Personen, insofern sie auf die Eingehung der Ehe und in die Lehre von den Sachen, insofern sie auf Erwerbung p. Einfluß habe«, sprach also gerade der Beliebigkeit das Wort, der Puchta durch die Betonung einer klaren »Einteilungsnorm« entgegentreten wollte. Puchta fühlte sich dadurch getröstet, »daß Sie mit dieser Bemerkung alle Systeme umstoßen, und gerade desto mehr, je besser sie sind«, Brief an Hugo vom 30.10.1827.

212 Puchta, Betrachtungen, 1829, S. 222; vgl. auch Brief an Savigny vom 26.12.1831, bei Bohnert, Vierzehn Briefe, 1979, S. 20: »Ich habe mich von Anfang gegen die Meinung derer erklärt, welche, weil die Wissenschaft nur Eine sey, auch nur eine wahre Darstellung (Ein wahres System in diesem gewöhnli.[ichen] Sinne des Worts) annehmen. Die Gesichtspunkte können verschieden seyn, wie wenn Caius von d.[er] Erwerbung ausgeht, ich dagegen von der Natur u.[nd] dem Inhalt der Rechte, beide Systeme wahr seyn können.«

https://doi.org/10.5771/9783465133278-113 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

Der Plan der Anordnung war Wahl der Perspektive, nicht jedoch Veränderung des Erkenntnisgegenstandes. Der Rechtsorganismus mußte unter einen Plan gebracht werden, ohne daß jener dadurch seine Eigenstruktur einbüßte. Puchta machte diesen Aspekt gegenüber Savigny brieflich deutlich:

> »Ich vergleiche die systematische Darstellung mit der Zeichnung eines plastischen Kunstwerks, die von verschiedenen Seiten möglich ist. Die verschiedenen Standpuncte haben relative Vorzüge vor einander, von einem Standpunct aus kann z. B. das Ganze und seine einzelnen Partien sich vollständiger darstellen, als von dem anderen, während ein anderer vielleicht wieder einen eigenthümlichen Vorzug hat, und für gewisse Zwecke diensam seyn kann, aber keine Auffassung u.[nd] Darstellung ist absolut die wahre oder falsche. Eine falsche würde nur die zu nennen seyn, welche den Gegenstand selbst veränderte, und etwa die übrigens ganz richtig gezeichneten Füße an den Armen anbrächte.«[213]

Die Ausrichtung des Rechtsstoffs an einem Prinzip war also nicht Abbild, sondern Darstellung aus einem »Standpunct«. Da der Betrachter einen Körper vor sich sah, diesen also nicht willkürlich schuf, deutete sich ein schwieriges Zusammenspiel zwischen Gegenstand und Perspektive, Objekt und Subjekt an.

b) »Strenge bewußte Gedankenverbindung« und zugleich »so unbefangen wie möglich« – Klarstellungen gegenüber Blume

Stahls Polemik gegen Puchtas »Rationalismus« ging an dessen Systemverständnis also weitgehend vorbei. Die Unterschiede reduzierten sich in der Frage der systematischen Anordnung darauf, daß Puchta an seinem obersten Prinzip festhielt, und Stahl ähnlich wie die Hegelianer und Savigny versuchte, die inneren Zusammenhänge fortschreitend zu entwickeln und zu deren Gunsten auf einen obersten Grundsatz verzichtete. Auch diesbezüglich verdeckte die Schärfe der aufgebauten Gegenpositionen jedoch Gemeinsamkeiten, die Puchta einem anderen Gesprächspartner gegenüber durchaus bereit war, zuzugestehen.

Am 22. Mai 1829 erhielt Puchta von Friedrich Blume dessen soeben erschienenen »Grundris des Pandektenrechts«.[214] Mit »steigendem Vergnügen«[215] hatte Puchta Blumes Vorrede gelesen, in der auch die Frage der »Anordnung des Stoffes« behandelt wurde. Erfreut konnte Puchta feststellen, daß auch Blume sein besonderes Augenmerk darauf verwendet hatte, »solche

213 Puchta an Savigny vom 26.12.1831, bei Bohnert, Vierzehn Briefe, 1979, S. 20.
214 Die Vorrede Blumes datiert vom 16. April 1829.
215 Brief an Blume vom 22.5.1829.

https://doi.org/10.5771/9783465133278-113 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

Gegenstände, welche zu einer äusseren Übersicht auf die einfachste Weise an einander gereiht waren, auch durch feste Begriffe innerlich miteinander zu verbinden, und durch schärfere Gegensätze wieder zu sondern«.[216] Im übrigen war Blume jedoch konservativ: »Bei einem Gegenstande, der auf bestimmten historischen Grundlagen beruht, ist auch das Verhältnis der einzelnen Teile an gewisse gegebene Punkte gebunden. Die Willkür des Darstellenden ist nur eine untergeordnete; ein bloßes Haschen nach Originalität würde mit Vernichtung der vorhandenen Begriffe beginnen müssen.«[217] Blumes Annahme, daß Bewährtes nur in zu begründenden Ausnahmefällen Abweichungen gestattete, machte zur »Basis« seines Systems »das Hugo-Heisische«.[218] Auch er begnügte sich also mit einer »lebendigen und anschaulichen Verbindung der Ideen«.[219] Dem verehrten Blume gegenüber war Puchta in dieser Frage durchaus zu Zugeständnissen bereit. Er schrieb am 22. Mai 1829:

> »Ich bin nicht so blind für meine Methode, daß ich Ihre Systematisierungsmethode, die mehr auf einer Anschauung (wenn ich dieß oft mißbrauchte Wort gebrauchen darf) als auf strenger bewußter Gedankenverbindung beruht, etwa ganz verwerfen, oder etwa Sie zu jenen Naturalisten stellen sollte, die einer natürlichen Productionsart sich überlassen, ohne das Naturtalent und die Grundlage von Kenntnissen zu haben, welche sie voraussetzt. Wer nicht zuerst blind eine Ordnung sich zusammenlegt, und dann hinterdrein den philosophischen Mörtel darum werfen und einen inneren Zusammenhang erst hineindrechseln will, wie Gans gethan, von dem man nach dieser neuesten Probe nicht weiß, ob er an philosophischen oder an historischen Kenntnissen ärmer ist, – sondern wer in einer streng fortschreitenden Bewegung das System zu finden sucht, wie es uns durch das bestehende Recht selbst gegeben ist, so daß wir es nur ans Tageslicht zu fördern haben, der muß nothwendig in jeder Classe auf den Punkt stoßen, von welchem aus jene Entwicklung aufhören muß, das Princip seinen Einfluß verliert, und vor anderen von hier aus sich eindrängenden Principien abtritt, die nur auf diejenige Art entdeckt und benutzt werden können, wie Sie in dem Ganzen verfahren sind. In solchen Partien zb. bei der Anordnung der Obligationen sind mir Ihre Ideen von ganz besonderem Werth, denn hier gehen wir vollkommen Hand in Hand; keiner nämlich hat etwas, was nicht auch der andere sich aneignen, was er nicht auch, bey aller Verschiedenheit der Methode des Anfangs, als Princip anerkennen könnte, sofern es sich überhaupt als begründet darthun läßt.«[220]

216 Blume, Grundris des Pandektenrechts, 1829, S. V.
217 Blume, Grundris des Pandektenrechts, 1829, S. V.
218 Blume, Grundris des Pandektenrechts, 1829, S. V.
219 Blume, Grundris des Pandektenrechts, 1829, S. XIV unter Verweis auf ein Zitat Mühlenbruchs.
220 Brief an Blume vom 22.5.1829.

https://doi.org/10.5771/9783465133278-113 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

Puchta unterschied somit vier Methodentypen. Deutliche Ablehnung fand ein Verfahren, welches »zuerst blind eine Ordnung sich zusammenlegt, und dann hinterdrein den philosophischen Mörtel darum werfen und einen inneren Zusammenhang erst hineindrechseln will«. Der Hinweis auf Gans bezog sich wohl auf dessen Verortung des Besitzes im System von 1827, die Puchta als Beispiel »höchst kläglicher Pfuscherey in der Philosophie«, der »die Geschichte widerspricht«, kurz zuvor kritisiert hatte.[221]

Daneben stand die »natürliche Productionsart«, die weniger scharf abgelehnt, jedenfalls »Naturtalent« und »Grundlage von Kenntnissen« erfordere. Dies war das »naturalistische Treiben«, von dem Puchta in »Betrachtungen« gesprochen hatte, bei dem Systeme gebildet würden »ohne festen Plan und ohne Consequenz in der Ausführung«.[222] Puchtas Hinweis gegenüber Blume erinnerte an eine Bemerkung, die er Unterholzner entgegengehalten hatte. Das einzigartige Beispiel Savignys lehre, daß es nicht nur einer »mächtige[n] Hand« und eines »gewissen Geist[es]« bedürfe, sondern vor allem eine »sichere, stets bereite, bis ins Einzelne gehende Kenntnis der ganzen Geschichte« Voraussetzung sei.[223] Möglicherweise war Puchta also bereit, bestimmten Naturen einen intuitiven Zugang zum Rechtssystem zuzugestehen. Sein eigener Weg war dies jedenfalls nicht.

Ihn und Blume betraf die Abgrenzung zwischen »strenger bewußter Gedankenverbindung« und dem, was er »Anschauung« nannte. Hier verwies Puchta auf Gemeinsamkeiten, beides schloß sich nicht aus.

Was Puchta mit »Anschauung« meinte, erschließt sich angesichts der von ihm selbst beklagten Aufweichung des Begriffsinhalts dieses zunächst durchaus trennscharfen Terminus',[224] den die unter seinen Zeitgenossen einsetzende inflationäre Verwendung von »Anschauung« bewirkt hatte, nicht leicht. Was Puchta damit meinte, erschließt sich daher weniger durch philosophische Begriffsbestimmungen, als durch einen Blick in die dogmatisch damit verbundenen Folgerungen. Einen ersten Anhaltspunkt brachte jedenfalls Puchtas Hinweis auf Blumes Anordnung der Obligationen. Puchta erging sich gegen-

221 Puchta, Zu welcher Classe von Rechten gehört der Besitz, 1829, S. 245.
222 Puchta, Betrachtungen, 1829, S. 238.
223 Puchta, Rez. Schröter, Observationes juris civilis, 1827, S. 52.
224 Vgl. die Überblicke bei Flach, Anschauung, 1973, S. 99 ff.; F. Kaulbach, in: HistWBPh I, 1971, Sp. 340 ff.; insbesondere Kant hatte hier zunächst eine Klärung gebracht, vgl. den schönen Kommentar Bernardis aus Athenaeum III, 1800 bei D. Nörr, Savignys philosophische Lehrjahre, 1994, S. 254, hier auch S. 255 mit Anm. 5 zu dem schnell Spott herausfordernden späteren Modecharakter des Worts; vertiefend bereits ders., Savignys Anschauung und Kants Urteilskraft, 1982, S. 615 ff.

https://doi.org/10.5771/9783465133278-113 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

über Blume nicht in Höflichkeiten. Er hatte seine Behauptung, daß es Punkte gebe »von welchen aus diese Entwicklung aufhören muß«, in seinem kurz zuvor erschienenen Aufsatz »Zu welcher Classe von Rechten gehört der Besitz?« explizit thematisiert. Gerade für das Obligationenrecht hatte er betont, daß für dessen Einteilung aus seinem Rechtsbegriff nichts folge. Gegenstand der Unterwerfung seien hier Handlungen, »die einen ihnen vollkommen entsprechenden Sachwerth haben«. Mit der Feststellung, daß bei der *obligatio* die Handlung »immer nur von derselben Seite dem Willen« unterworfen sei, war die ordnende Kraft des Rechtsbegriffs erschöpft. Puchta stand »an dem Punkte, wo eine Verschiedenheit der Rechte durch andere hereinlaufende Ursachen erzeugt wird; wir treffen eine Verschiedenheit, welche keine Grundverschiedenheit ist«.[225] Um diese nicht aus dem Rechtsbegriff folgenden Verschiedenheiten zu entdecken, mußte Puchta so vorgehen »wie Sie in dem Ganzen verfahren sind«, also mittels »Anschauung« und nicht durch »streng bewußte Gedankenverbindung«. »Anschauung« war jedenfalls nicht Ableitung aus dem Rechtsbegriff, sondern Suche der Prinzipien im Stoff selbst.[226]

Das für das Obligationsrecht Geltende war zugleich Grundbaustein seines gesamten Systems. Der von Stahl betonten Gefahr, das positive Recht durch einen Systemzwang zu verändern, begegnete Puchta durch die Unterscheidung sog. »Grundverschiedenheiten« von jeder anderen, »nicht auf den Grund zurückzuführende[n] Verschiedenheit«, solcher also, die nicht aus dem Rechtsbegriff folgte.[227] Aus Puchtas Rechtsbegriff folgte die Ausrichtung des Rechtssystems an der »Grundverschiedenheit der Gegenstände« der Unterwerfung. Wie für den näheren Aufbau des Obligationenrechts, so fanden sich auch für Puchtas Recht »an in uns übergegangene Personen« keine weiteren Vorgaben in Puchtas Rechtsbegriff.[228] Hier bestimmte »Anschauung« das System. Im Sachenrecht ging die systematisierende Kraft des obersten Prinzips weiter. Die Unterwerfung einer Sache konnte hier total (Eigentum) oder partial (*jura in re*) gedacht werden. Letztere Unterscheidung ermöglichte weiterhin deren Trennung in die Unterwerfung von der Seite der

225 Puchta, Zu welcher Classe von Rechten gehört der Besitz, 1829, S. 251.
226 Zur »Anschauung« dann nochmals unten 8 c) zu Savignys Glück-Rezension.
227 Puchta, Zu welcher Classe von Rechten gehört der Besitz, 1829, S. 250.
228 Puchta, Zu welcher Classe von Rechten gehört der Besitz, 1829, S. 252; bei den Rechten an »Personen außer uns« unterteilte Puchta abgeleitet die Unterwerfung von der Seite des Vermögens und die sonstige Gewalt (Ehe – unter Betonung von deren sittlicher Natur, auch gegen die vielkritisierten »dinglich-persönlichen« Rechte Kants, vgl. die Kritik Puchtas in Betrachtungen, 1829, S. 234, anders bekanntlich Savigny, Pandektenvorlesung 1824/1825, Viertes Buch: »Dinglich persönliche Rechte oder Familienrechte«, vgl. S. XXIX.

https://doi.org/10.5771/9783465133278-113 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

Benutzung (etwa Servituten) und des Werts (etwa Pfandrecht). Dann galt auch hier: »Von hier aus aber treten andre Quellen weiterer Untersuchung hinzu, der ersten Classe der *Jura in re* in Servituten, *Emphyteusis*, *Superficies*, und dann wieder der Servituten in mehrere Arten.«[229]

Der Unterschied zwischen Blume und Puchta reduzierte sich somit auf die unterschiedliche »Methode des Anfangs«. Aus Puchtas Rechtsbegriff folgten nur wenige Einteilungen des Systems. Die Ableitungslogik fand ihre Grenze in den aus dem Stoff selbst hervortretenden, durch Anschauung zu gewinnenden Einteilungen. 1829 stellte Puchta in seinem Institutionen-Lehrbuch klar, die Verschiedenheiten, die nicht auf den Rechtsbegriff zurückführbar seien, »sind eben deshalb secundäre, und lassen sich nur historisch erklären«.[230] Als Systemtorso verblieben die Gegenstände der Unterwerfung als Einteilungsnorm und wenige Untereinteilungen, insbesondere im Sachenrecht. Nur auf dieser obersten Einteilungsebene übte Puchtas »Plan« Druck auf den Stoff aus. Verändernd wirkte sich dies vor allem auf die Positionierung des Besitzes aus: »Denn da jedes Recht einen Gegenstand haben muß, und nur jene fünf Gegenstände existiren, so muß einer davon der Gegenstand des Besitzrechts sein.«[231] Auf diesen Bereich, den Besitz als Recht an der eigenen Person, konzentrierten sich folglich auch die zeitgenössischen Kritiken.[232]

Puchta selbst war sich der Spannung zwischen organischem Recht und deduktiver Darstellung bewußt. Gegenüber Blume versuchte er eine Rechtfertigung:

> »Wenn Sie meinen Aufsatz über die Classifizierung des Besitzes den ich in dem RhM. eingeschickt habe, und in dem eine kurze Darstellung der Grundzüge meines Systems mitgetheilt ist, lesen, und finden, daß die Hauptmaterien in der Ordnung aufeinander folgen, wie man sie immer gewählt, aber nicht zu begründen vermocht hat: Persönlichkeit, Besitz, dingliche Rechte, Oblig.[ationen], vät.[erliche] G.[ewalt] u. Ehe, Erbrecht, so thun Sie mir ja nicht das Unrecht zu glauben, ich hätte … nur den Zusammenhang hinzugefügt,…; ich versichere Sie, daß ich in der Entwicklung aus dem mir einzig möglichen Princip so unbefangen und in gewissem Sinne unbekümmert um das was sich am Ende ergeben würde, verfahren bin, als es überhaupt möglich ist. Dagegen war mir jenes Resulthat nur ein wahrhafter Beweis, daß ich nicht auf einen falschen Wege, nicht von unwirklichen Speculationen geleitet worden bin.«[233]

Puchtas Furcht vor »unwirklichen Speculationen« machte bei ihm eher seltene Selbstzweifel deutlich. Auch wenn es nur wenige Einteilungen waren, die aus

229 Puchta, Zu welcher Classe von Rechten gehört der Besitz, 1829, S. 250.
230 Puchta, Lehrbuch für Institutionen-Vorlesungen, 1829, S. 29.
231 Puchta, Zu welcher Classe von Rechten gehört der Besitz, 1829, S. 255.
232 Vgl. die Nachweise oben S. 269 ff.
233 Brief an Blume vom 22.5.1829.

https://doi.org/10.5771/9783465133278-113 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

dem obersten Prinzip folgten, so bedurfte es doch immer des korrigierenden Blicks vom »Resulthat« in die »Wirklichkeit«. So wurde die weitgehende Übereinstimmung mit Heises Entwurf von 1807 zum »Beweis« der Übereinstimmung mit der Wirklichkeit. Puchtas Methodenprogramm für die Systemarbeit faßte dieses Spannungsfeld zwischen dem organischen positiven Stoff und seiner »künstlichen« Darstellung als das »doppelte Geschäft« des Systematikers zusammen:

> »Das eine ist die Classification, die Aufstellung und Durchführung einer Eintheilungsnorm, das andere ist die Erfassung der Theile in ihrem inneren Zusammenhang, mithin nicht als bloße Theile, sondern als Glieder eines lebendigen organischen Ganzen.«[234]

Der Blick mußte dabei immer gedoppelt bleiben, es sei klar, »daß diese Thätigkeiten nicht abgesonderte sind, von denen etwa die zweite hinzuträte, wenn die erste ihre Aufgabe gefertigt hätte … Jene Thätigkeit ist also in der That Eine, in welcher jene beiden Momente an sich ungetrennt existieren« .[235]

In diesem Methodenprogramm war ein Auseinanderfallen von systematischer Darstellung und organischem Rechtsstoff nicht mehr denkbar. Nur dann, wenn eben »jene beiden Momente an sich ungetrennt existieren«, war ein wissenschaftliches System begründet.

8. Vertiefung: Bildung der leitenden Begriffe

Das »doppelte Geschäft« des Systematikers machte deutlich, daß es auch für die »Grundverschiedenheiten« nicht genügte, sie »consequent« aus dem »Princip« abzuleiten. Ihre Richtigkeit mußte auch im Recht selbst nachgewiesen werden. Das System mußte somit von »oben« und zugleich »aus sich heraus« begründet werden. Wie bei seinem Juristenrecht, so war auch dieses Methodenprogramm für Puchta nicht bloße Theorie. Dies zeigt das Beispiel der *iura in re*. 1829 begründete er diese Einteilung durch die Abgrenzung von der totalen Unterwerfung der Sache, dem Eigentum, aus seinem Rechtsbegriff. Vorstudien seit 1827 machten deutlich, daß diese Begründung allein diese Klassifizierung nicht tragen konnte, sondern es eines Nachweises dieser Einteilung im positiven Recht selbst bedürfe.

a) Studie: Debatten um die Iura in re

> »Über die Eintheilung der Rechte in *iura in re* und *in personam* ist bisher so viel gestritten und geschrieben, daß man denken sollte, die Materie sey

234 Puchta, Betrachtungen, 1829, S. 233.
235 Puchta, Betrachtungen, 1829, S. 233.

https://doi.org/10.5771/9783465133278-113 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

endlich einmal aufs Reine gebracht. Allein die Erfahrung zeigt das Gegentheil.«[236]

Die Feststellung Thibauts aus dem Jahr 1798, wiederholt 1817, der ähnliche Einschätzungen für das gesamte 19. Jahrhundert an die Seite gestellt werden können,[237] machte deutlich, daß über die Eckpfeiler des Privatrechtssystems keineswegs Einigkeit herrschte. Thibaut fand in den bisherigen Lösungsversuchen viele »Ideen, welche geradezu ins Ungereimte und Lächerliche fallen«[238] und kritisierte vor allem den »leidige[n] Hang der Juristen«, historische Begriffe philosophisch, oder »aus der sogenannten Natur der Sache zu entwickeln«.[239] Sein eigener Lösungsvorschlag,[240] den er erstmals in seiner Kieler Dissertation vortrug,[241] beanspruchte daher auch, eine »rein historische Wendung« zu nehmen.[242] Für Thibaut wurde jeder, »der die Frage philosophisch beantworten will, … durch seine Philosophie zum wahren Unphilosophen«. Für eine wissenschaftlich tragfähige Untersuchung der Frage bleibe einzig die »aus der Erfahrung zu schöpfende Bedeutung dieser Worte«.[243] Historisch gewendet, bedeutete dies: »Was dachten die, welche zuerst die Eintheilung in *ius in re* und *in personam* aufstellten, bey diesen Ausdrücken?«[244] Neben dem hier deutlich werdenden erkenntnistheoretischen Einschlag, verwies das Vorgehen Thibauts auch auf eine gesetzestreue Grundhaltung, auch wenn es hier um antike sowie (als *communis opinio*) mittelalterliche Rechtssätze ging: »Die Beantwortung der ganzen Frage muß also

236 Thibaut, Versuche über einzelne Theile der Theorie des Rechts II, 1798, 2. Aufl. 1817, Zweite Abhandlung: Über dingliches und persönliches Recht, S. 23. Die beiden Auflagen sind textgleich, Thibaut fügte lediglich gesonderte Zusätze im Anschluß an die Abhandlungen zur zweiten Auflage hinzu.

237 Vangerow, Pandekten, 6. Aufl., § 113 Anm., sprach 1851 von »sehr verschiedenen Ansichten« in dieser Frage; gute Zusammenschau der verschiedenen Klassifizierungen bei Wächter, Erörterungen, 1845, Fünfte Erörterung, S. 106 ff., bei Windscheid, Pandekten, 9. Aufl. 1906, § 38 Anm. 3, signalisiert eine über zwei Seiten den Haupttext verdrängende Anmerkung das Fortlaufen der Debatte in der zweiten Jahrhunderthälfte. Die Feststellung von J. Schröder, Recht als Wissenschaft, 2001, S. 267, die juristischen Grundbegriffe seien im 19. Jahrhundert »weitgehend unumstritten« gewesen, scheint mir durchaus zweifelhaft.

238 Thibaut, Versuche II, 2. Aufl. 1817, S. 24.

239 Thibaut, Versuche II, 2. Aufl. 1817, S. 25, 27 f.

240 Wiederholt dann in Thibaut, Versuche II, 1798, hier nach 2. Aufl. 1817, S. 23 ff.; ders., Pandekten I, hier nach 8. Aufl. 1834, §§ 62 u. 63.

241 Thibaut, Dissertatio inauguralis De genuina iuris personarum et rerum indole, veroque huius divisionis pretio, 1796.

242 Thibaut, Versuche II, 2. Aufl. 1817, S. 27.

243 Thibaut, Versuche II, 2. Aufl. 1817, S. 27.

244 Thibaut, Versuche II, 2. Aufl. 1817, S. 28.

https://doi.org/10.5771/9783465133278-113 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

rein historisch seyn: es gibt so viele dingliche Rechte, als einzelne Rechte von den positiven Gesetzen mit einer *actio in rem* verknüpft sind. Hat man dieß historisch ausgemittelt, so kann dann wohl durch eine historische Philosophie, wenn man es so nennen will, gezeigt werden, warum der positive Gesetzgeber gerade diese, und keine andre, zu dinglichen Rechten erhob; dieß ist aber auch das *non plus ultra*.«[245]

Accursius gab damit die Einteilung der römischen Klagen in *actiones in rem* und *in personam* als Ausgangspunkt für die Bestimmung der dinglichen und persönlichen Rechte vor. Indem Thibaut nun die *actiones in rem* mit Blick auf die Beweislast[246] als Klage »schlechthin wegen seines Rechts, d. h. ohne Rücksicht auf besondere Verpflichtungsgründe des Beklagten« von den anderen Klagen abgrenzte,[247] ergab sich ein Kanon der nun *iura in rem* genannten Rechte, der nicht unerheblich von der bisherigen Bestimmung der *iura in re* abwich. War bisher trotz der Anlehnung an die *actiones in rem* vor allem die Beziehung dieser Rechte auf eine (körperliche) Sache als gemeinsames Merkmal betont worden,[248] so erfaßte Thibaut nun alle Rechte, denen dieser Klagetypus zugrundelag, grundsätzlich als *iura in rem*, insbesondere auch die *patria potestas* und den *status*.[249]

Thibauts Vorschlag konnte den Streit um die Rechtsnatur der *iura in re* nicht beenden. Auch seine Lösung fand fast allseits Widerspruch.[250] Für Puchta wichtig war vor allem die Auseinandersetzung du Rois mit den Thesen Thibauts. Du Roi, der zunächst noch für die traditionelle Beschränkung des

245 Thibaut, Versuche II, 2. Aufl. 1817, S. 42; vgl. allgemein zu dieser gesetzestreuen Tendenz Thibauts Rückert, Autonomie, 1988, S. 62 ff.

246 Die Unterscheidung nach der absoluten oder relativen Natur der abzugrenzenden Rechte vertrat er, obwohl er häufig hierfür in der zeitgenössischen Literatur genannt wird, nicht, vgl. Thibaut, Versuche II, 2. Aufl. 1817, S. 24, 38 f.

247 Mit dieser Begriffsbestimmung der *actio in rem* wurden eigenständige Prämissen Thibauts unauffällig in den Quellen verortet, vgl. die scharfe Kritik bei Wächter, Erörterungen, 1845, S. 94 f. Die Methode, im Gewande vermeintlich rein historischer Textarbeit neue Ansichten als »pure Selbstverständlichkeiten« unterzumischen, findet sich bei Thibaut auch in seiner berühmten zeitgleichen Abhandlung »Über dominium directum und dominium utile«, vgl. die Analyse von Wiegand, Zur theoretischen Begründung der Bodenmobilisierung in der Rechtswissenschaft: der abstrakte Eigentumsbegriff, 1976, S. 134 ff., insb. 136 f.

248 Vgl. die Nennungen bei Glück, Pandekten II, 1800, § 175, S. 539 ff.

249 Thibaut, Versuche II, 2. Aufl. 1817, S. 46 ff.; ders., Vorlesungsdiktate, 1836, zu § 63, S. 73 ff.; ob die Statusklagen dinglich waren, war freilich erneut umstritten, a. A. als Thibaut in dieser Frage etwa Vangerow, Pandekten I, 6. Aufl. 1851, § 113 Anm. 1), vgl. auch Savigny, Beruf, 1814, S. 99.

250 Kritisch vor allem P. J. A. Feuerbach, Civilistische Versuche I, 1803, Nr. 8, S. 213 ff.; Du Roi, Specimen observationum de jure in re, 1812; Unterholz-

https://doi.org/10.5771/9783465133278-113 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

Begriffs der *iura in re* auf Rechte an Sachen eingetreten war,[251] ging 1823 dazu über, die *iura in re* als Gattungsbegriff zu verabschieden. Im Grundsatz einig mit Thibaut ging auch er davon aus, daß im römischen Recht ein einheitlicher Gattungsbegriff der *iura in re* nicht existierte, sondern nur die *actiones in rem* als historischer Anhaltspunkt in den Quellen dienen konnten. Du Roi las aus den Quellen nun einen engeren Begriff der *actio in rem* heraus. Die *actio in rem* sei reine Eigentumsklage. Der Thibautschen Gleichsetzung zwischen Klage und Recht war für die Annahme von *iura in re* damit die Grundlage genommen. Um auch die ehemals dinglichen Rechte zu erfassen, nahm du Roi im Römischen Recht einen erweiterten Anwendungsbereich der *actio in rem* auch auf *res incorporales* an. Auch das zugrundeliegende Eigentumsrecht erfaßte somit neben den Sachen unkörperliche Gegenstände, insbesondere Rechte. Ehemals dingliche Rechte wie Servituten und Pfandrecht wurden systematisch nun als Eigentum an einem Recht erfaßt.

Mit der Annahme eines Eigentums an Rechten geriet die inzwischen zur *communis opinio* avancierte scharfe Trennung zwischen Sachen- und Obligationenrecht[252] ins Wanken und du Roi näherte sich den im 18. Jahrhundert verbreiteten Versuchen wieder an, »das Eigentum zur Achse des gesamten Vermögensrechts zu machen«.[253]

Als sich Puchta 1827 diesen Problemen zuwandte,[254] standen Thibaut und der den Heidelbergern nahestehende du Roi im Zentrum seines Interesses.[255]

ner, Juristische Abhandlungen, 1810, Nr. 3, S. 123 ff.; Wenig-Ingenheim, Lehrbuch I, 3. Aufl. 1827, § 32 Anm. (f) und damit wahrscheinlich auch Heise im § 35 seines Grundrisses in der 3. Aufl. von 1819, der jedenfalls anders aufbaut (zu den Plagiatsvorwürfen gegenüber Wenig-Ingenheims: Landsberg, GDR, 3. 2., S. 92 f.); Wächter, Erörterungen, 1845, S. 88 ff., 92 ff.; vgl. auch die Auseinandersetzungen mit Feuerbach und du Roi in Thibaut, Vorlesungsdiktate, 1836, zu § 62 sowie ders., Versuche II, 2. Aufl. 1817, S. 61 ff. (Zusatz); zu diesem Streit auch Landsberg, GDR 3.2., 1910, S. 84, mit seiner Berücksichtigung des Mittelalters habe sich Thibaut hier »manchem Werk der historischen Schule auf deren eigensten Boden überlegen« gezeigt; zu den philosophischen Implikationen dieses Streits um die *iura in re* Dubischar, Über die Grundlagen der schulsystematischen Zweiteilung der Rechte, 1961, S. 83 ff.; daneben Feenstra, Jus in Re, 1979.

251 du Roi, Specimen observationum de jure in re, 1812.

252 Zu diesen Zusammenhängen Schwarz, Zur Entstehung des modernen Pandektensystems, 1921, S. 599 ff.

253 Schwarz, Zur Entstehung des modernen Pandektensystems, 1921, S. 600 mit Beispielen.

254 Puchta, Vom Verhältnis des Eigenthums zu den Servituten, 1827, knapper daneben ders., Lehrbuch für Institutionen-Vorlesungen, 1832, S. 56 § 1.

255 Du Roi hatte 1812, also zu Thibauts Zeiten, in Heidelberg habilitiert. Thibaut bezeichnete ihn 1817 als Freund (Versuche II, 2. Aufl. 1817, S. 61 im Zusatz);

https://doi.org/10.5771/9783465133278-113 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

Puchta verteidigte die traditionelle Sichtweise, also einerseits Beschränkung der *iura in re* auf (körperliche) Sachen und andererseits eine Abkopplung von den *actiones in rem*.

Mit Blick auf Thibauts »rein historische Wendung« meldete Puchta Zweifel an, ob Thibauts Vorgehen nicht doch tief von Philosophie durchsetzt sei. »Man hatte sich so sehr an den naturrechtlichen, in dieser Allgemeinheit für das Civilrecht ganz unpraktischen Satz: jedem Recht entspreche eine Verbindlichkeit, gewöhnt, daß man auch hier, bey dem Gegensatz der dinglichen und persönlichen Rechte … das Kennzeichen aufstellte, dingliches Recht sey ein Recht gegenüber allen Anderen, ihm entspreche eine negativ allgemeine Verbindlichkeit aller Coexistierenden, die nämlich, das Recht nicht zu verletzen.«[256] Thibauts Abgrenzung zwischen dinglichen und persönlichen Rechten und die Ableitung derselben aus den gleichnamigen Klagen war für Puchta somit nicht quellengemäß, sondern Philosophie.

Zudem war die von Thibaut hervorgehobene Entscheidung der Glossatoren für Puchta in der Frage des Rechtssystems ebenso wenig entscheidend wie sonstige Quellenbelege. 1839 meinte Puchta im Rückblick auf den Streit, es seien auch diejenigen »entschiedene Gegner des Systems … welche darauf ausgehen, keinen juristischen Begriff gelten zu lassen, den sie nicht wörtlich in unseren geschriebenen Quellen ausgedrückt finden«.[257] Wurde auch bei »den Römern … die Eintheilung der Vermögensrechte in dingliche und persönliche nirgends gemacht«,[258] so war damit für Puchta nicht gesagt, daß der Begriff der *iura in re* nicht doch Teil des römischen Rechts war. Der Beweis für das

Puchtas Auseinandersetzung mit du Roi blieb im Ton moderat, nahm also nicht die häufige Form des »Schulstreits« an. Dies lag zunächst sicher an der fachlichen Anerkennung der Abhandlung du Rois, die auch Savigny zu einer umfangreichen Auseinandersetzung zwang, vgl. Savigny, System V, 1841, S. 4 ff., 11 ff. Ob neben der fachlichen Achtung du Rois auch dessen Nähe zum von Puchta hochgeschätzten Heise hierfür ausschlaggebend gewesen sein könnte, ist unklar, da weder Spehr, ADB 5, 1877, S. 489, noch Landsberg, GDR, Noten S, 34 f., zu entnehmen ist, wann du Roi an das OAG Lübecks, dem Heise bekanntlich seit 1820 vorsaß, wechselte. Auch die Achtung gegenüber Thibaut und damit Puchtas wissenschaftlicher Umgang mit ihm schwankten, vgl. einerseits Puchta, Encyclopädie, 1825, S. 66 (eine Äußerung, die ihm später, nach vielfacher Kritik, leid tat); andererseits Brief an Hugo vom 23.9.1827: »Thibaut … ist ein Ehrenmann«; andererseits wiederum Puchtas vernichtende anonyme Rez. von Thibauts, Über die sogenannte historische und nicht-historische Rechtsschule, 1839, S. 187 ff.

256 Puchta, Vom Verhältnis des Eigenthums zu den Servituten, 1827, S. 289.

257 Puchta, Rez. Vangerow Pandekten, 1839, S. 223 mit Verweis auf die Debatte um die iura in re.

258 Puchta, Von dem Verhältnis des Eigenthums zu den Servituten, 1827, S. 290.

https://doi.org/10.5771/9783465133278-113 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

Vorliegen eines solchen gemeinsamen Merkmals mußte dann anders geführt werden.

> »Daß aber der Begriff wirklich römisch sey, das muß sich aus dem Geist des ganzen Systems ergeben, und seine innige Verbindung, sein Zusammenhang mit dem übrigen Recht, im Ganzen und im Einzelnen, beweist dies mehr als einzelne, nicht gerade als technische gebrauchte Ausdrücke, die dafür angeführt werden können.«[259]

Um du Roi und Thibaut diesbezüglich zu widerlegen, wählte Puchta dem »kritischen Zweck« der Abhandlung gemäß ein doppeltes Vorgehen. Einerseits begründete er seine Ansicht »durch einzelne Stellen«, die er den von du Roi vorgelegten, entgegenhielt. Zweitens griff er zu »allgemeinere[n] Induktionen«.[260] Vor allem diese »allgemeineren Induktionen« machten deutlich, worum es dem Systematiker Puchta vorliegend ging. Er beklagte hier, daß die von Thibaut und anderen vorgenommene Gleichsetzung zwischen Recht und Klage gleichermaßen eine »Unsicherheit der Vorstellung von dem Wesen« der *iura in re* hervorgerufen wie »umgekehrt zur Veränderung des Begriffs Anlaß gegeben«[261] habe. Indem man »jenes sichere, bestimmte Criterium von dem Gegenstande« verlassen habe, habe man »das Wesen des dinglichen Rechts vollkommen verdunkelt«.[262] Du Rois statt dessen zugrunde gelegter Begriff der »unkörperlichen Sachen« sei »so unbestimmt wie nur möglich«.[263] Indem damit Rechte zu Gegenständen des Vermögens würden, bewege man sich in eine »unendliche Progression«, denn »wenn Rechte nun auch als dem rechtlichen Willen unterworfen, als Gegenstand von Rechten betrachtet werden, so ist kein Grund vorhanden, warum man nicht diese Rechte an Rechten wieder als Gegenstand von Rechten betrachten sollte und so fort«.[264]

Du Rois Lehre lasse es sogar zu, »am Ende das ganze Rechtssystem unter die Lehre vom Eigenthum« zu bringen.[265] Schon frühere Versuche dieser Art hätten gezeigt, daß dies »nicht ohne die größte Begriffsverwirrung geschehen konnte und da, wo es im einzelnen zur Anwendung kam, zu den widerrechtlichsten Resultaten führte«.[266]

Spätere Rekurse auf diese Debatte waren von steten Warnungen vor »Verwirrungen und Irrthümer[n]« geprägt.[267] Mit Thibauts »s. g. *jura in*

259 Puchta, Von dem Verhältnis des Eigenthums zu den Servituten, 1827, S. 290.
260 Puchta, Von dem Verhältnis des Eigenthums zu den Servituten, 1827, S. 305.
261 Puchta, Von dem Verhältnis des Eigenthums zu den Servituten, 1827, S. 288.
262 Puchta, Von dem Verhältnis des Eigenthums zu den Servituten, 1827, S. 289.
263 Puchta, Von dem Verhältnis des Eigenthums zu den Servituten, 1827, S. 314.
264 Puchta, Von dem Verhältnis des Eigenthums zu den Servituten, 1827, S. 288.
265 Puchta, Von dem Verhältnis des Eigenthums zu den Servituten, 1827, S. 313.
266 Puchta, Von dem Verhältnis des Eigenthums zu den Servituten, 1827, S. 313.
267 Puchta, Vorlesungen I, 1846, S. 314.

https://doi.org/10.5771/9783465133278-113 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

rem« sammele man »Rechte so ganz verschiedener Natur, die im Grunde nur das mit einander gemein haben, daß sie nicht Obligationen sind«.[268] Einem solchen »vagen Begriff« fehle »alle systematische Brauchbarkeit«.[269] Nur indem man den Inhalt der *iura in re* als »rechtliche Unterwerfung einer Sache« fasse, erhalte man eine »gegen Außen fest begränzte Classe von Rechten«. Mit dem Ausdruck Rechte an Sachen gewinne man eine »ganz bestimmte Bedeutung für denselben« und bezeichne »wirklich eine eigene Classe von Rechten, die unter einem gemeinsamen Namen zusammenzufassen, ein systematisches Bedürfnis ist«.[270]

b) Analyse

Puchta setzte sich mit einer Begriffsbildung auseinander, die nicht dem antiken Recht zu entnehmen war, sondern naturrechtlichen Ursprungs. Dies spielte für seine Bewertung offenbar keine entscheidende Rolle. Es war jedenfalls nicht erforderlich, daß der Begriff »wörtlich in unseren Quellen ausgedrückt« war. Begriffe mußten »wirklich römisch« sein. Dies sollte sich »aus dem Geist des ganzen Systems ergeben«. Für die Übereinstimmung eines Begriffs mit dem System war das wichtigste von Puchta genannte Kriterium, »seine innige Verbindung, sein Zusammenhang mit dem übrigen Recht, im Ganzen und im Einzelnen«.[271] Ziel der Bildung eines Rechtsbegriffs war es, das Recht in seiner »Natur« zu erfassen. Hierzu sei es erforderlich, daß jedes Recht »gegen Außen fest begränzt« war. Begriffe waren ein »systematisches Bedürfnis«. Gleichwohl dürften sie nicht zu »widerrechtlichen Resultaten« führen. Jeder bestehende Rechtssatz mußte sich durch den Begriff repräsentiert finden. Zugleich dürften keine neuen Rechtssätze aus ihnen ableitbar sein, die mit dem sonstigen Rechtssystem unvereinbar waren. Begriffe waren also doppelt rückzuversichern, einerseits mit den aus den Rechtsquellen entnommenen Rechtssätzen und andererseits mit den anderen Begriffen, ja mit dem gesamten System.

Die Konstruktion der Begriffe mußte somit in doppelter Perspektive erfolgen. Ausgangspunkt mußten die geltenden Rechtssätze sein. Jeder Rechtssatz mußte aus dem gebildeten Begriff ableitbar und in seiner »Natur« getroffen sein. Dies thematisierte Puchtas Warnung vor den »widerrechtlichsten Resulthaten«. Niemals durften also die Rechtssätze unter Begriffe gepreßt werden.

268 Puchta, Pandekten, 2. Aufl. 1844, § 140; knapper, aber auch zum folgenden in der Sache übereinstimmend § 118 der ersten Aufl. von 1838.
269 Puchta, Pandekten, 2. Aufl. 1844, § 140.
270 Puchta, Pandekten, 2. Aufl. 1844, § 140.
271 Puchta, Von dem Verhältnis des Eigenthums zu den Servituten, 1827, S. 290.

https://doi.org/10.5771/9783465133278-113 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

Dies mußte sich Gotthold Leberecht Funke in seinem Versuch, »zuerst aus der s. g. Natur der Sache zu argumentieren, und dann erst die Äußerungen der römischen Juristen damit zu vergleichen«,[272] entgegenhalten lassen. Funkes Bestreben übersehe, so Puchta, die Möglichkeit, daß »Pertinenz einer Sache überhaupt den römischen Juristen gar kein juristischer Begriff gewesen ist, daß dieser vielmehr als solcher erst den Neueren sein Daseyn verdankt«.[273] Die Quelle in ihrem »zufälligen Dasein« mußte geachtet werden. Daneben stand ihre »systematische Brauchbarkeit«. Begriffe mußten bestimmt und abgrenzungssicher sein.

c) Savignys Besitz von 1803 als »Vorbild für alle ähnlichen Arbeiten«

Sucht man auch hier nach Vorbildern für dieses Verfahren, so wird man, wie bei Puchta in den zwanziger Jahren fast durchweg, im »Beruf« von 1814 fündig. Savigny hatte 1814 deutlich gemacht, was dort zu tun sei, »wo keine Gesetzbücher sind«.[274] Betrachte man den momentanen Zustand »wie er in der That ist«, so finde man sich inmitten »einer ungeheuren Masse juristischer Begriffe und Ansichten«, die man nicht beherrsche, »sondern wir werden von ihm bestimmt und getrieben nicht wie wir wollen«.[275] Gegen diese Gefahr schütze, so seine berühmten Worte, »nur der geschichtliche Sinn, welchen gegen uns selbst zu kehren gerade die schwerste Anwendung ist«.[276] Neben einem vertieften Verständnis des antiken Rechts hatte Savigny vor allem die »Modificationen« im Blick. Das wissenschaftliche Bestreben müsse darauf gerichtet sein, »den gegenwärtigen Zustand des Rechts allmählich von demjenigen zu reinigen, was durch bloße Unkunde und Dumpfheit literarisch schlechter Zeiten, ohne alles wahrhaft practische Bedürfnis, hervorgebracht worden ist.«[277]

Ergiebig ist vor allem Savignys Auseinandersetzung mit dem ABGB.[278] Kritik erntete unter anderem auch die Einteilung der Sachenrechte in dingliche

272 Puchta, Rez. Funke, Die Lehre von den Pertinenzen, 1828, S. 20. Für Funke war es des »Auslegers Pflicht« und auch möglich, »die römischen Gesetze … mit einer vernunft- und sachgemäßen Theorie zu vereinigen«, Funke, Die Lehre von den Pertinenzen, 1827, S. 7.

273 Puchta, Rez. Funke, Die Lehre von den Pertinenzen, 1827, S. 19. Puchta äußerte den Verdacht, daß die römischen Juristen die Frage des Zubehörs nach einzelnen Verfügungsarten getrennt betrachtet und gefragt hätten, was »mit der *emti*, mit der *testamenti actio* gefordert werden« könne (S. 20).

274 Savigny, Beruf, 1814, S. 111 ff.

275 Savigny, Beruf, 1814, S. 112.

276 Savigny, Beruf, 1814, S. 115.

277 Savigny, Beruf, 1814, S. 119.

278 Am härtesten traf es freilich, S. 66 ff., den verhaßten Code, was vorliegend aber weniger interessant ist; vgl. die intensiven Vorarbeiten Savignys zu diesem

https://doi.org/10.5771/9783465133278-113 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

und persönliche,[279] die für Savigny mit den im römischen Recht »höchst bestimmten« Begriffen von dinglichen Rechten und Obligation kollidierten.[280] Beim ABGB sei der Begriff der Rechte »theils zu allgemein und unbestimmt, theils zu sehr auf den bloßen Buchstaben des Römischen Rechts« gegründet.[281] Der Begriff der Sache werde »in so großer Allgemeinheit genommen, daß kaum etwas ist, was nicht Sache heißen könnte«.[282]

Auch die konkrete Idee zu Puchtas Beschäftigung mit den *iura in re* könnte Savigny entnommen sein. Hier liegt aber weniger der »Beruf«, als der »Besitz« von 1803 nahe. Puchtas Thematik hatte Savigny dort in Verbindung mit der Frage der systematischen Einordnung des Besitzes interessiert.[283] Savigny verwies darauf, daß die systematische Einordnung des Besitzes in den Lehren der Zeitgenossen nicht zuletzt bestimmt werde von der mittelalterlichen Einteilung des Sachenrechts in *ius in re* und *ius ad rem*,[284] eine Einteilung, über die »von jeher viel gestritten« worden sei.[285] Damit erweitert sich der vergleichende Blick auf Savigny erstmals auf dessen epochemachende Frühschrift, die auch in den zwanziger Jahren noch immer die zentrale Veröffentlichung Savignys auf dogmatischem Gebiet war. Hier fand Puchta umgesetzt, was im »Beruf« vor allem in abstrakt methodischen Erwägungen daherkam.

Puchta ließ über die zentrale Bedeutung, die er diesem Werk Savignys zumaß, keinen Zweifel:

> »Glauben sie denn, pflege ich zu sagen, daß ich Ihnen S.s Besitz bloß deswegen empfehle, damit sie die Lehre vom Besitz recht genau kennen lernen? Nein sondern weil Sie aus diesem einzigen Buch mehr wahres Wissen über den ganzen Umfang Ihres Studiums schöpfen können, als wenn Sie ein ganzes Compendium auswendig lernen.«[286]

Puchtas an Savigny gerichteter Bericht über seinen Kampf gegen das »jämmerliche Heft-Studium« der Marburger Studenten verwies auf den »Besitz« als Teil eines didaktischen Konzepts. Puchta, der für sich davon sprach, daß er »in den Zeiten der Wirksamkeit dieses Buches herangewachsen« sei,[287] sah

Bereich anhand der edierten Materialien, in: Akamatsu/Rückert (Hgg.), Savigny, Politik und Neuere Legislation, 2000, S. 6 ff., 81 ff.; Rückert, Code civil, Code Napoléon und Savigny, 2001.

279 Savigny, Beruf, 1814, S. 98.
280 Savigny, Beruf, 1814, S. 66 in Auseinandersetzung mit dem Code.
281 Savigny, Beruf, 1814, S. 98.
282 Savigny, Beruf, 1814, S. 99.
283 Savigny, Besitz, 1803, S. 26 ff.
284 Savigny, Besitz, 1803, S. 26.
285 Savigny, Besitz, 1803, S. 26.
286 Brief an Savigny vom 21.3.1836.
287 Puchta, Rez. Savigny, Besitz, 1837, S. 669.

https://doi.org/10.5771/9783465133278-113 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

erst in diesem Werk aus dem Jahr 1803 ein Hinausgehen über die Anfänge »der Jurisprudenz, ja der Wissenschaft überhaupt«.[288] Der Wert von Savignys Frühwerk lag für ihn über dreißig Jahre nach seinem Erscheinen vor allem darin, »dass es als Vorbild für alle ähnlichen Arbeiten dienen kann«.[289] Savignys Besitz war für Puchta das Idealbild einer wissenschaftlichen Dogmatik. Dies gelte nicht in dem Sinne einer »äusserliche[n] Nachahmung desselben«. Bildungsgut sei vielmehr der »Geist, der es belebt und durchdringt, und es als ein Kunstwerk« erscheinen lasse.[290] Was zeichnete den Besitz von 1803 methodisch aus?[291]

Savigny hatte 1803 im Besitz seine Methode nur am Rande thematisiert und das Werk weitgehend durch seine Ausführung gerade in dieser Hinsicht sprechen lassen. Neben seinen Marburger Methodenvorlesungen,[292] die Puchta möglicherweise nicht kannte,[293] bot Savigny öffentlich vor allem in einer Rezension von Glücks Intestaterbfolge[294] aus dem Jahr 1804[295] näheren Einblick in seine methodischen Vorstellungen.[296] In seiner Auseinandersetzung mit Glück hob Savigny 5 Punkte hervor: Die historische Entwicklung der Lehre, die Entwicklung der Begriffe, die Konstruktion der Rechtssätze, die Anordnung und den Umgang mit der Literatur.

Joachim Rückert hat diesen lange übersehenen Schlüsseltext zu Savignys Methodenverständnis 1986 analysiert[297] und sieben präzise Methodenregeln herausgearbeitet:

(1) Man nehme stets alle Quellen.

288 Brief an Savigny vom 2.1.1837.
289 Puchta, Rez. Savigny, Besitz, 1837, S. 690.
290 Puchta, Rez. Savigny, Besitz, 1837, S. 690.
291 Vgl. die konzise Analyse bei Kiefner, Der junge Savigny, in: F. C. von Savigny, 1979, S. 39 ff.; zum philosophischen Element Rückert, Savigny, 1984, S. 360 mit Nennungen zur älteren Literatur.
292 Vgl. Savigny, Methodologie, 1993, S. 86 ff.
293 Nach eigenen Angaben besaß Puchta nur eine Nachschrift der Rechtsgeschichte und von Teilen der Vorlesung Savignys zu Gaius vgl. S. 113, 117.
294 Glück, Hermeneutisch-systematische Erörterung der Lehre von der Intestaterbfolge nach den Grundsätzen des älteren und neueren römischen Rechts, 1803.
295 J. A.L.Z. 1804, Sp. 225 ff., gezeichnet mit »R d B« (Recht des Besitzes). Ob Puchta diese Rezension kannte, blieb unklar. Nennungen der erfolgreichen Monographie Glücks in Puchtas Lehrbüchern ergaben keine Hinweise.
296 Zu dieser lange vergessenen frühen Rezension Savignys Rückert, Savigny, 1984, S. 59 f.
297 Rückert, Das bloße Faktum, 1986, S. 209 ff.; zu diesem Text daneben ders., Savigny, 1984, S. 59 f.

https://doi.org/10.5771/9783465133278-113 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

Alle Quellen aus allen Perioden, in denen das zu behandelnde Problem Relevanz entfaltete, seien heranzuziehen.

(2) Kein historischer Erfolg ohne »freyes Interesse an der Sache«

Die historische Entwicklung dieser Quellen müsse umfassend und ohne Einfluß anderer Faktoren, etwa die spätere Relevanz der Frage, erfolgen.

(3) Kein Erfolg ohne die »Idee eines Ganzen«

Die Auswahl des historischen Stoffes dürfe nicht durch die »unmittelbare Veranlassung«, welche die Quellen darböten, bestimmt werden, sondern durch die »Idee eines Ganzen«, die etwa verbleibende Widersprüche zwischen den Quellen ausschließe.[298]

(4) Man bilde auch seine historischen Begriffe und allgemeinen Regeln bloß aus »freyem Interesse« und vor allem aus der »Idee eines Ganzen«.

Diese Perspektive müsse auch die »Construction der Rechtssätze selbst«,[299] die Begriffsbildung und Regelbildung, bestimmen.[300] Gerade hier sei es mit »unmittelbarer Relation aus den Quellen« am wenigsten getan. Dies sei bloße »Beruhigung bei dem unmittelbar Gegebenen«.

(5) Man bringe Darstellung und Inhalt zur Deckung.

Die Orientierung an der »Idee eines Ganzen« dürfe nicht einen »Irrtum in den Sätzen selbst« zur Folge haben. Die Quellen und die daraus entwickelten Begriffe und allgemeinen Regeln durften sich also nicht widersprechen.

(6) Bloße Literaturzitate sind wertlos.

Auch in der Literaturverwendung erwarte man »Auswahl und Kritik«, nicht lediglich das »Bloße Faktum«.

(7) Das bloße Faktum genügt nicht für Wissenschaft.

Savignys Resümee brachte es auf den Punkt.

> »Alles, was als reines Factum schon gegeben war, ist hier mit großer Treue und Vollständigkeit zusammengetragen … Dagegen ist alles, was erst durch eigenes Zuthun des Schriftstellers Werth erhalten kann, hier um so weniger gelungen, je unentbehrlicher dieser eigenthümliche Zusatz ist.«[301]

298 Über das Verhältnis der *bonorum possessio* zum Civilerbrecht, darüber »wie beide Systeme ein Ganzes ausmachen, so daß sie ohne Widerspruch zugleich angewendet werden konnten – über diese Frage, die wichtigste im ganzen Erbrecht, ohne welche jede Geschichte desselben völlig lückenhaft und unzusammenhängend bleibt, wird hier gar nichts gesagt, aus keinem andern Grunde, als weil in keiner unserer Quellen geradezu davon gehandelt wird«, Savigny, Rez. Glück, 1804, Sp. 226.

299 Savigny, Rez. Glück, 1804, Sp. 227.

300 Savigny tadelte Glücks »Sorglosigkeit«, die zu »ganz willkürlich« angenommenen Begriffen führe. Diese Begriffe würden die aus ihnen gefolgerten praktischen Behauptungen nicht stützen und seien teilweise so unbestimmt, daß zwei Schriftsteller unterschiedlichster Ansicht unter dieser Bestimmung zusammengefaßt werden könnten, Savigny, Rez. Glück, 1804, Sp. 226.

301 Savigny, Rez. Glück, 1804, Sp. 228.

https://doi.org/10.5771/9783465133278-113 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

Wissenschaft im Sinne Savignys bedeutete somit mehr als das bloße Lesen und Anführen der Quelle. Er forderte »freyes Interesse« und die »Idee eines Ganzen« und hob damit den starken, einheitsbildenden Einfluß des Individuums auf die Quellenarbeit hervor.

33 Jahre später grenzte Puchta das Verfahren Glücks gegen dasjenige Savignys am Beispiel der Besitzlehre in genau diesem Sinne ab. Glücks Darstellung des Besitzes in seinem Pandektenkommentar habe lediglich ein »todte[s], völlig unpraktische[s] Aggregat unzusammenhängender Sätze« zustandegebracht. Demgegenüber erscheine die Lehre nach Savignys Schrift nun »so sehr als ein organisches Kunstwerk …, daß es nicht an Solchen gefehlt hat, die sich in der Stille mit der Meinung trösteten, Savigny habe der glücklichen Natur und wissenschaftlichen Bildsamkeit seines Stoffs wenigstens eben so viel, als dieser ihm zu verdanken«.[302]

Offen verglich Puchta Savignys Besitzlehre also mit Kunst. »Nicht der Stoff ist es, der den Schriftsteller macht, sondern jene künstlerische Beherrschung des Stoffs, jene Fähigkeit, ihn in der Darstellung zu einem organischen Ganzen zu gestalten.«[303] Die genaue Kenntnis der Quellen und Rechtssätze war also die eine unentbehrliche Seite des wissenschaftlichen Verfahrens. Die andere war es, diese Sätze in einen »Zusammenhang« zu bringen, eine »Einheit« zu schaffen.[304] Als Savigny 1838 im dritten Band seiner Zeitschrift über den »Volksschluß der Tafel von Heraklea«[305] eine erste Deutung vorlegte, jubelte Puchta:

> »Alle diese einzelnen Steine, die in unseren Gehirnkammern zu verdrießlichster Störung der Insassen herumkollerten, …, die alle Versuche, sie in einander zu fügen und zu befestigen, spotteten, sind unter Ihrer Hand zusammengewachsen, und an der Stelle der unerfreulichen Trümmer steht nun ein respectabler Theil des ganzen Gebäudes.«[306]

302 Puchta, Rez. Savigny, Besitz, 1837, S. 670.

303 Puchta, Rez. Savigny, Besitz, 1837, S. 690.

304 Dies wurde für den Besitz schon oft hervorgehoben, vgl. Landsberg, GDR 3.2., 1910, S. 194; Kiefner, Der junge Savigny, 1979, S. 46; Rückert, Savigny, 1984, S. 360 ff.

305 Savigny, Der Römische Volksschluß der Tafel von Heraklea, 1838, S. 279 ff.

306 Brief an Savigny vom 30.6.1838; Puchta griff Savignys Untersuchung auf und brachte in seinem von Savigny veranlaßten (vgl. Brief an Rudorff vom 23.11.1838, bei E. Rudorff, Aus den Tagen der Romantik, 1938, S. 154 ff.) Aufsatz »Über die Lex Rubria de Callia cisalpina«, 1840 sowie seinen Erörterungen zur Municipalverfassung im Cursus der Institutionen I, 1841, § 90, Ergänzungen, die wiederum Savigny 1842 zu einem Nachtrag veranlaßten, abgedruckt in Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft 11, 1842, S. 50 ff. = Vermischte Schriften III, S. 374 ff.

https://doi.org/10.5771/9783465133278-113 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

Drei Jahre später fand Savignys Lehre von der Konkurrenz der Klagen brieflich im gleichen Sinne Zustimmung:

> »Wie schön haben Sie das wieder gemacht, wie reinlich das Wesen aus dem Unrath, in dem es lag, herausgehoben, so daß man ihm nichts mehr von der Verunstaltung ansieht. Ich weiß nicht, wie Ihnen das immer so eigen gelingt, bey uns Andern kommt das Geschöpf, das wir mit dem kritischen Geburtsgange zu Tage fördern, gewöhnlich nicht ohne einen und den andern Knochenbruch oder Verrenkung zum Vorschein, wenn nicht gar in Stücken.«[307]

Es kam dabei nicht darauf an, wie Savigny 1803, der Untersuchung einen »Begriff« voranzustellen.[308] Dies mußte 1837 in Marburg »ein hiesiger Doktor«, wohl Ludwig Duncker,[309] erfahren, der sein Manuskript zu einem Buch über die Reallasten Puchta als Umsetzung des 1803 von Savigny gewählten Schemas empfahl:

> »Das fing mit der Definition an, ging zu den Eintheilungen, und reihte die entstandenen Meinungen über diesen Begriff wie eine Schnur von getrockneten Pflaumen aus; dabey sagte er, er habe sich das Buch vom Besitz in Beziehung auf die Anwendung zum Muster genommen! Ich setzte ihm zu seiner größten Verwunderung auseinander, wie man die Sache behandeln müsse, und wie sich dieß namentlich bey seinem Gegenstand so gut machen lasse, wie er mit dieser zu erklärenden Thatsache beginnend, dann die verschiedenen Möglichkeiten der juristischen Auffassung erwägen und prüfen, auf genetische Weise die diversen Ansichten entwickeln, und so möglich zu seinem Begriff mit dem vorbereiteten Leser, dem er bis dahin gleichsam einen Stützpunkt nach dem anderen weggezogen habe, gelangen müsse.«[310]

Savignys Aufbau war demnach nicht bindend. Das Ziel blieb jedoch auch für Puchta identisch: ein Begriff, bei Duncker der Begriff der Reallast, bei Savigny der Begriff des Besitzes. Der Begriff fußte gleichermaßen auf Quellentreue, geschichtlicher Herleitung und Auffindung des Gesamtzusammenhangs, insgesamt auf einem »künstlerischen« Verfahren.

307 Puchta an Savigny vom 29.6.1841.
308 Savigny, Besitz, 1803, Erster Abschnitt.
309 Ludwig Duncker, Die Lehre von den Reallasten, 1837. Duncker war zwischen 1833 und 1841 in Marburg Dozent, vgl. Landberg, GDR 3.2, Noten, S. 230; Frensdorff, ADB 5, S. 472.
310 Brief an Savigny vom 2.1.1837.

https://doi.org/10.5771/9783465133278-113 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

III. Zwischenbilanz

1. System

Puchta beschäftigte sich seit 1827 mit der Frage einer systematischen Darstellung des römischen Rechts. Mit seiner Forderung, das positive Recht aus einem obersten Prinzip konsequent abzuleiten, nahm Puchta zu diesem Zeitpunkt eine Sonderstellung unter seinen Zeitgenossen ein. Im Gefolge Kants wurde zwar vielfach »System« ähnlich wie Puchta verstanden, jedoch nicht an die Möglichkeit geglaubt, den der Erfahrung entnommenen Rechtsstoff unter ein solches Schema ordnen zu können. Blieben hier Subjekt und Objekt getrennt, so behaupteten Hegel nahestehende Juristen eine nun allerdings organische Systematik des Rechts, die erkennbar und auch darstellbar sei. Ihr System verstand sich jedoch zyklisch, nicht logisch-deduktiv. Stahl, der ähnlich dachte, warf Puchta folglich einen Rückfall in den »Rationalismus« der Wolffianer und Frühkantianer vor. Puchta traf dieser Vorwurf nicht. Die Ableitung des Rechtssystems aus seinem Rechtsbegriff erhob nicht den Anspruch, die auch von ihm organisch bestimmte Eigennatur des Rechts abspiegeln zu können. Er betonte eine Divergenz zwischen Eigenstruktur und Darstellung. Da das Recht als Organismus nicht abbildbar war, bedürfe es einer bewußten Perspektive. Für Puchta war sein Rechtsbegriff das »mir einzig mögliche Princip«, Perspektive war also Wahl. Gleichwohl gab der Gegenstand in seiner Eigenstruktur Vorgaben, die durch die Arbeit des Systematikers nicht überspielt werden durften.

2. Begriffsbildung

Was Puchta aus seinem Rechtsprinzip ableitete, mußte sich auf Rechtmäßigkeit befragen lassen. Puchtas Auseinandersetzung mit den *iura in re* zeigte, daß es nicht genügte, diese »consequent« abzuleiten, sondern, dass sie auch im organischen Systemzusammenhang nachzuweisen waren. Ein oberster Begriff durfte also konsequent fortgedacht nicht zu »widerrechtlichen Resulthaten« führen und das Recht dadurch in seiner »Natur« getroffen sein. Zugleich mußte er »systematische Brauchbarkeit« besitzen, gegen »außen fest begränzt« sein.

Für den Systematiker ergab dies ein »doppeltes Geschäft«, einerseits Darstellung aus einem obersten Prinzip, andererseits Beachtung der organischen Eigenstruktur des Rechts. Für Puchtas System der Rechte führte dies zu einem geringen Durchgriff der Konsequenz in den Stoff. Kaum mehr als die Einteilung der Rechte unter die Gegenstände der Unterwerfung folgte »consequent« aus Puchtas Rechtsbegriff. Die Fülle der sonstigen Einteilungskriterien mußte aus dem Recht selbst entwickelt werden, durch »Anschauung« wie Puchta dies gegenüber Blume nannte. Logik und Anschauung, *Ratio* und

https://doi.org/10.5771/9783465133278-113 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

Intuition blieben wie bei Puchtas Juristenrecht in einem unauflösbaren Spannungsverhältnis.

3. Rechtsfortbildung

Puchtas Erlanger Phase war mit seinen Überlegungen zum Juristenrecht vom Bemühen geprägt, dem Richterstand ein wissenschaftliches und zugleich »nationelles« Verfahren an die Hand zu geben und ihn damit zu einem verläßlichen Partner für ein Privatrecht in bürgerlicher Perspektive zu machen.

Puchtas Rechtsquellenlehre, die 1828 mit dem ersten Band des Gewohnheitsrechts breite Aufmerksamkeit erhielt, zeichnete sich mit Blick auf das gemeine römische Recht vor allem dadurch aus, daß er diesen Rechtsstoff nicht mehr wie zuvor durchweg als Gewohnheits- oder Gesetzesrecht begriff. Die Rezeption, die er mit Savigny als Übernahme durch die entstehende Wissenschaft deutete, brachte Rechtssätze, die nicht kraft (gerichtlicher) Gewohnheit, der rechtssetzenden Autorität bestimmter Juristen oder (mit wenigen Ausnahmefällen) kraft gesetzlicher Setzung galten. Diese Rechtssätze galten damit nur und insoweit, als sie »innere Wahrheit« besaßen. Die »äußeren« Gründe, die Aufzählung von entsprechenden Urteilen, von Autoritäten, von (im gemeinen Recht kaum vorhandenen) Sitten, wurden von Geltungsgründen zu bloßen Indizien herabgestuft. Als diese behielten sie freilich wichtigen Wert. Sie wurden also nicht durch »innere« Gründe insoweit ersetzt, als es nun etwa hinreichend gewesen wäre, durch die Einhaltung eines bestimmten wissenschaftlichen Verfahrens formal die Geltung eines gefundenen Rechtssatzes nachzuweisen. Die Wahrheit blieb unsichtbar, innerlich, der Volksgeist offenbarte sich, wurde aber nicht transparent. Anerkennung, Gewohnheit und Autoritäten mußten daher neben dem ordnungsgemäßen Verfahren der Rechtssatzbildung für die Richtigkeit des gefundenen Satzes berücksichtigt, geprüft und gegebenenfalls als starkes Indiz beachtet werden.

Als Juristenrecht stand das gemeine römische Recht unter den methodischen Anforderungen, die Puchta vor allem 1825 in seiner Enzyklopädie aufstellte. Die Position des Juristen war hier eine doppelte. Einerseits war er Repräsentant des nationellen Volksgeistes. Als solcher mußte er sein unjuristisches Billigkeitsgefühl bewahren und die Rechtssätze auf ihr »Bedürfnis« prüfen. Andererseits war er als Wissenschaftler in der Lage, das Recht durch ein wissenschaftliches Verfahren zu beherrschen. Mit Savigny mußte das Recht auf seine Grundsätze – Puchta sprach zumeist von Prinzipien – und seine Grundbegriffe, zurückgeführt und als systematisches Ganzes erkannt werden. Ausgangspunkt war dabei der einzelne Rechtssatz, der, wie Puchta den Kantianern entgegenhielt, nicht aus vorgefertigten, apriorischen Grundsätzen abgeleitet werden konnte. Gegenüber Gans betonte er weitergehend

https://doi.org/10.5771/9783465133278-113 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

das »zufällige Dasein« eines Rechtssatzes, der sich begrifflich-notwendiger Erkenntnis entziehe. Auch Puchta kam freilich nicht ohne solche Deutungsmuster aus, wie seine geschichtsmetaphysische Periodenbildung zeigt. Methodische Wichtigkeit erlangte diese Deutung, die erneut auf Savigny zurückgriff, durch die Heraushebung der dritten, der wissenschaftlichen, Periode des römischen Rechts. Dieser Zeit der römischen Klassik, der die meisten Quellen der Digesten entstammten, war die einmalige Identität zwischen Subjekt und Objekt im römischen Recht eigen. Die römischen Juristen waren in ihrem Rechtsdenken mit ihrem Stoff untrennbar verwoben, mit Savigny »fungible Personen«. Puchtas Umgang mit den Digestentexten, als Ausgangspunkt seines Juristenrechts, wurde hierdurch bestimmt. Das antike organische Ganze mußte wieder enthüllt werden. Die hierzu passenden Fragen waren »Woher? und Warum?«. Puchtas Quelleninterpretation suchte also Einheit im Stoff. Der Wortlaut war keineswegs bindend und konnte durch den konstruierten Gesamtzusammenhang mit anderen Rechtssätzen vollends hinweginterpretiert werden.

Die Rekonstruktion des antiken Ausgangspunkts war für einen Rechtssatz des gemeinen römischen Rechts nur der Anfang. Nun mußten seine Modifikationen seit der Rezeption verfolgt werden. Der »verwickelte« Zustand des gemeinen Rechts ließ nicht einfach den doppelten Blick auf Genese und Kausalität des Rechtssatzes zu wie im antiken Vorbild. Hier halfen nun Puchtas Anforderungen an ein Juristenrecht. Ein solcher Rechtssatz mußte a) anerkannt sein, b) den »Bedürfnissen« entsprechen und c) den Anforderungen des Rechts als System genügen. Puchtas Juristenrecht wirkte auf diese Weise »reinigend«-korrigierend. Daneben war es produktiv, indem neue Rechtssätze gebildet wurden. Neben dem Blick auf die »Bedürfnisse« war hierfür wissenschaftlich erforderlich, daß ein neuer Rechtssatz an einen bestehenden, nach dem römischen Vorbild der Fiktion, angenähert wurde. Zudem galt es, ein vereinendes Prinzip zu benennen, mit dem der neue Satz mit dem übrigen Rechtsorganismus sinnhaft und kausal verknüpft war. Die leitenden Strukturen des Rechts mußten im verwickelten gemeinen römischen Recht zumeist erst bewußt geschaffen werden, es war nicht nur ein Auffinden, sondern »Construction«. Der Blick in Puchtas Beschäftigung mit den Grundbegriffen des Rechtssystems zeigte, worauf es vor allem ankam: auf sichere Abgrenzung von allen anderen Begriffen und auf die Vermeidung von »widerrechtlichen Resulthaten«. Ein Konflikt mit einzelnen Rechtssätzen konnte freilich dadurch vermieden werden, daß die diesen zugrundeliegenden Quellen ihrerseits einheitsstiftend und möglicherweise korrigierend interpretiert wurden. Interpretation und Konstruktion, Induktion und Intuition, Objekt und Subjekt liefen bei diesem Verfahren kaum trennbar ineinander. Mit Blick auf das bewunderte Vorbild Savigny sprach Puchta folgerichtig von »Kunst«.

https://doi.org/10.5771/9783465133278-113 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

Savigny, der Puchtas Juristenrecht mit seiner Lehre von der Analogie nahekam, formulierte 1840 im System: »Jede Anwendung der Analogie beruht auf der vorausgesetzten inneren Consequenz des Rechts: nur ist diese nicht immer eine bloß logische Consequenz, wie das reine Verhältnis von Grund und Folge, sondern zugleich eine organische, die aus der Gesammtanschauung der praktischen Natur der Rechtsverhältnisse und ihrer Urbilder hervorgeht«.[311] Savigny und insoweit wohl auch Puchta[312] konnten Stahls Diktum von 1833 zustimmen: »Das Verfahren des wahren Praktikers ist … nie ein bloßes Schließen: sondern es ist ein sicherer Blick, der eben die lebendigen Bestimmungsgründe anschaut, oder wissenschaftlicher ein Versuchen nach allen Seiten hin, wie die Entscheidung mit ihrem Erfolg noch in dieses oder jenes Institut eingreift, sich zu der und jener leitenden Rücksicht verhält. Er bringt die Fälle unter das Recht, nicht wie Worte unter ein Register, sondern wie Glieder in einen Organismus, in dessen Wirkung sie harmonisch eingreifen sollen«.[313]

Umfassend hatte Puchta 1825 bemerkt, die wissenschaftliche Behandlung sei »die wirkliche Bildung (nicht bloß Auffassung) des Rechts«.[314] Prosaischer bedeutete dies, wie er gegenüber Unterholzner offenlegte, daß »die Annahme dieser leitenden Grundsätze hinlänglich begründet« sein müsse.[315]

311 Savigny, System I, 1840, S. 292.
312 Zu den Abgrenzungen näher unten S. 361 ff., 427 ff.
313 Stahl, Philosophie des Rechts II 1, 1833, S. 166 f.; zustimmend Savigny, System I, 1840, S. 291 Anm. (a).
314 Puchta, Encyclopädie, 1825, S. 22.
315 Puchta, Rez. Unterholzner, Über die verschiedenen Arten des Eigenthums und die verschiedene Gestaltung der Eigenthumsklagen, in: Puchta, Rez. Rheinisches Museum 1, 1827, S. 136 f.

https://doi.org/10.5771/9783465133278-113 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

4. *Philosophische Vertiefungen 1829–1841*

I. Offenes Bekenntnis zur Philosophie als Grundlage der Jurisprudenz

Schon bevor Puchta 1853 die seltene Ehre zuteil wurde, von einem Fachphilosophen in seiner Habilitation zum Gegenstand einer philosophischen Analyse gemacht zu werden,[1] sprang Zeitgenossen die starke philosophische Fundierung seiner Werke ins Auge. Hugos Hinweis auf Hegel war kein Einzelfall.[2] Puchta hatte 1828 den »sehr einflußreichen philosophischen Theil« seines Gewohnheitsrechts nicht geleugnet.[3] Gleichwohl ging er mit Ausnahme seines Disputs mit Gans philosophischen Debatten aus dem Weg. 1825 hatte er betont, daß man in seiner Enzyklopädie »philosophische Untersuchungen weder zu erwarten noch zu suchen habe«. Es sei »endlich einmal an der Zeit, … die Meinung aufzugeben, daß, weil die Philosophie es mit dem All zu thun hat, Alle auch mit der Philosophie zu thun haben müßten«.[4] An seinem Wunsch »gegen den Namen eines Philosophen«[5] zu protestieren, hatte sich auch 1833 auf den ersten Blick noch nichts entscheidendes geändert. Als seiner systematischen Verortung des Besitzrechts 1832 vorgeworfen wurde, sie beruhe nicht, wie bei Savigny, auf dem »positiven römischen Rechte«, sondern »auf der Philosophie des Rechts«,[6] fragte er Hugo: »Finden Sie darin einen Sinn? Übrigens muß die Philosophie des Rechts doch sehr wohlfeil seyn, da man sie Leuten wider ihren Willen aufdrängt, wie denn ich in der That Philosoph wider Willen bin.«[7]

Zwei Monate später nahm Puchta in den Bayerischen Annalen zur Frage Stellung, ob man der historischen Schule berechtigterweise »eine Abneigung und Opposition gegen die Philosophie zur Last gelegt« habe.[8] Puchta bekannte sich nun durchaus zur philosophischen Dimension seiner Rechts-

1 Ziller, Über die von Puchta der Darstellung des römischen Rechts zu Grunde gelegten rechtsphilosophischen Ansichten, habil. phil., Leipzig 1853, zu dieser Arbeit bereits oben Kap. 1 III 4 a).
2 Vgl. oben S. 127 f.
3 Vgl. oben S. 184 f.
4 Daß Puchta damit sagen wollte, »man möge ihn wegen dessen, was er in der Enzyklopädie vortrage, nicht für einen Philosophen halten, der von der Jurisprudenz nichts verstehe« (Jakobs, Die Begründung der geschichtlichen Rechtswissenschaft, S. 91 f. Anm. 202), erscheint mir fraglich.
5 Puchta, Encyclopädie 1825, S. 9.
6 Anonymus, Rez. Rheinisches Museum für Jurisprudenz, Bd. I, II u. III, in: Leipziger Literatur-Zeitung 1832, Sp. 2225 ff., 2228.
7 Brief an Hugo vom 8.1.1833.
8 Puchta, Von der historischen Schule der Juristen und ihrem Verhältniß zu der Politik, (14. März) 1833, S. 207.

https://doi.org/10.5771/9783465133278-113 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

lehre. Er entgegnete: »Diese Schule hat sich wirklich einer falschen Philosophie und ihrem verderblichen Einfluß auf das Recht entgegen gesetzt, aber aller Philosophie um so weniger, als sich in dieser gerade auch der Gegensatz der geschichtlichen und ungeschichtlichen, der positiven und negativen Richtung gezeigt hat, welcher in der Jurisprudenz in der historischen und unhistorischen Schule ausgedrückt ist.«[9] Für die Münchener Leser des Blattes war klar, worauf er anspielte, auf Schellings Unterscheidung von positiver und negativer Philosophie, die dieser seit 1827 besonders gegen Hegel verwendete. Seit diesem verdeckten Bekenntnis zu Schelling nahm der Stellenwert der Philosophie für Puchta deutlich zu. 1838 machte er anonym deutlich, daß die Gansschen Einteilungen in philosophische und unphilosophische Schule nun von ihm in ganz anderer Zuordnung fortgeschrieben wurden. Er betonte, man sei gewahr geworden, »daß die historische und die speculative Schule eine gewisse, und nicht sehr entfernte Verwandtschaft miteinander hätten. Was insbesondere die Savigny'sche und Hegel'sche Schule anlangt, so konnten manche einsichtsvolle Nichtjuristen gar nicht begreifen, wie sie in eine so feindliche Collision hätten kommen können.«[10] Nun wollte Puchta trennen zwischen der »Schule der Todten« und der »Schule der Lebendigen«. Letztere vereine die Juristen, welche »ihrer juristischen Thätigkeit die Anschauung, die Gedanken, die Bildung zuwenden, welche ihnen von auswärts zugekommen sind«.[11] Dies bedeutete, so stellte er später klar, daß der Jurist »ohne philosophische Anschauungen seinem Beruf nicht vollkommen entsprechen« werde.[12] Noch immer war diese offene Hinwendung zur Philosophie mit dem Namen Schelling verknüpft. 1839 sprach er »von einem höchst bedeutenden Einfluß der Schelling'schen Philosophie auf die Jurisprudenz«[13] und zugleich davon, daß Maurenbrecher, dem dies mitgeteilt wurde, sich verwundern werde, »wenn er einzusehen vermöchte, was für andere aufgehört hat, ein Geheimnis zu seyn, dass die historische Schule innerlich selbst eine Philosophie ist«.[14] Die Hintergründe dieser Hinwendung zur Philosophie und zu

9 Puchta, Von der historischen Schule der Juristen und ihrem Verhältniß zu der Politik, (14. März) 1833, S. 207.
10 Puchta, Juristische Gegensätze des Tages, 1838, Sp. 788.
11 Puchta, Juristische Gegensätze des Tages, 1838, Sp. 788, wobei er antike und moderne Literatur, Historie, Philosophie und poetische Gabe nannte.
12 Puchta, Cursus der Institutionen I, 1841, S. 99.
13 Puchta, Rez. Maurenbrecher, 1839, S. 735; dies hatte freilich nichts mit dem Zusammenhang zu tun, den Maurenbrecher zwischen dem Einfluß Schellings und der Lehre von der Staatssouveränität zog, vgl. Maurenbrecher, De auctoritate, 1839, S. 25 Anm. 2); hiergegen Puchta, Rez. Maurenbrecher, 1839, S. 735; dann erneut Maurenbrecher, Lehrbuch, 2. Aufl. 1840, S. 31 Anm. 2).
14 Puchta, Rez. Maurenbrecher, 1839, S. 737.

https://doi.org/10.5771/9783465133278-113 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

Schelling verdeutlichte erneut der bereits in anderer Perspektive beleuchtete Disput mit Stahl.

II. Der Disput zwischen Puchta und Stahl als philosophischer Grundlagenstreit

Puchta reagierte auf Stahls dargestellte Kritik an seinem System der Rechte 1838 überscharf. Im Vorwort zu seinen Pandekten hielt er ihm entgegen, wer sich »jenen natürlichen Anschauungen von Besitz und Verkehr, Bedürfnissen und Trieben« überlasse, der schiffe »in ein Meer schwankender Vorstellungen, unsicherer Begriffe, chamäleonartiger Behauptungen und gränzenloser Träume …, welches von der wahren Jurisprudenz so entfernt liegt, als die Sandwüste des alten Naturrechts«.[15] Das »Füllhorn vernichtender Epitheta«,[16] welches sich in der Einleitung zu Puchtas Pandekten 1838 über Stahl ergoß, verblüffte bereits Zeitgenossen.[17] Überwiegend sah man den, mit Puchta seit Erlanger Privatdozentenzeiten befreundeten Stahl in seinem Versuch, Savigny mit einem Blick in die »letzten Gründe des Gerechten ein Fundament zu geben«,[18] mit Puchta in einem Lager.[19]

Stahl selbst sah rückblickend im unterschiedlichen Ausgangspunkt, »Freiheit« vs. »Ordnung«, den tieferen Grund für die Differenzen zwischen beiden.[20] Vorliegend werden die ausgetauschten Argumente zunächst[21] aus einem anderen Blickwinkel beleuchtet. In seiner Rezension von Puchtas Pandekten sah auch August Wilhelm v. Schröter 1840 die politische Dimension der subjektiven Ausrichtung von Puchtas System der Rechte. »Der Gedanke des subjektiven Rechts hat auch gewiß in der Scheidung des Privatrechts von dem öffentlichen Recht viele Nahrung gefunden.«[22] Gleichwohl, so v. Schröter mit Blick auf die Differenzen zwischen beiden, stehe es außer Zweifel, daß »die letzten Gründe der abweichenden Richtungen viel tiefer in

15 Puchta, Pandekten, 1838, S. VII.
16 Stahl, Philosophie des Rechts, 3. Aufl. 1854, S. 299 ff. Anm. *, 301.
17 Etwa Bethmann-Hollweg, Rez. Savigny, System, 1840, S. 1580.
18 Stahl, Philosophie des Rechts I, 1830, S. VIII.
19 Warnkönig, Rechtsphilosophie als Naturlehre des Rechts, 1839, S. 161. Das Bild dessen, der der philosophielosen historischen Schule ein Fundament gab, hatte bereits Stahl selbst genährt, vgl. Vorrede zu Bd. 1 der Rechtsphilosophie, 1830, S. VII ff. Er reagierte damit – wie Puchta – auf die Angriffe der Hegelianer gegen die »unphilosophischen« (Gans) Anhänger Savignys, vgl. hierzu bereits Landsberg, GDR 3.2., 1910, S. 355; Masur, Stahl, 1930, S. 100; Rückert, Reyscher, 1974, S. 346.
20 Stahl, Philosophie des Rechts II 1, 3. Aufl. 1854, S. 299 ff. Anm. *.
21 Zur politschen Dimension von Puchtas Pandektensystem unten Kap. 5 IV.
22 v. Schröter, Rezension Puchta, Pandekten, 1840, S. 294.

https://doi.org/10.5771/9783465133278-113 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

ganz anderen Grundlagen zu suchen sind«.[23] Diese »anderen Grundlagen« sollen nachfolgend im Zentrum der Betrachtungen stehen. Puchta attackierte Stahl nicht auf offener politischer, sondern auf philosophischer Ebene. Streitpunkt war die Philosophie Schellings.

Stahl hatte sich in seiner Stellung gegen den Rationalismus im Recht als Anhänger Schellings bezeichnet[24] und sich auf dessen Münchner Vorlesungen seit 1827 bezogen.[25] Für Stahl und Puchtas Schüler Wetzell war aber auch Puchta »Schüler Schelling's«.[26] Auch das Berliner hegelianische Gegenlager machte 1842 mit Blick auf Puchtas Institutionen Schelling zum »Meister des Herrn Verf.«.[27] Puchta selbst legte in seinen Schriften ein explizites Bekenntnis zu Schelling nicht ab. Im Cursus der Institutionen nannte er Schelling nur en passant.[28] Brieflich wurde er jedoch deutlicher.[29] Bereits in Erlangen

23 v. Schröter, Rezension Puchta, Pandekten, 1840, S. 294.

24 Vgl. Stahl, Philosophie des Rechts I, 1830, S. VII.: »Vor allem ist es der Grundgedanke seiner jetzigen Ansicht, der mich von nun an in allen meinen wissenschaftlichen Bestrebungen förderte. Mit diesem Grundgedanken, dem Begriff der geschichtlichen Ansicht selbst, den Schelling am Anfang seiner Vorlesungen in wenigen Zügen mit einer das Innerste durchdringenden Klarheit und Gewalt hinstellte, beginnt überhaupt eine neue Aera der Philosophie.«

25 Stahl, Philosophie des Rechts I, 1830, S. V, sprach vom Wintersemester 1827/28 als Beginn seiner Hörerschaft bei Schelling. Es paßt sein Hinweis, daß Schelling in diesem Semester seine Vorlesungstätigkeit in München »eröffnet« habe (S. VI). In der Vorrede zur zweiten Auflage des zweiten Bandes, S. XIII, vom Januar datierte er von seinem Vorlesungsbeginn bei Schelling siebzehn Jahre zurück, also auf den Januar 1828. Masur, Stahl, S. 102, sprach von den »Wintermonaten 1827/28« als Vorlesungsbeginn; die Vorlesung, auf die Stahl in seiner Vorrede anspielte war demnach Schellings System der Weltalter. Sie liegt in einer Nachschrift inzwischen veröffentlicht vor. Der Hinweis von Wiegand, Stahl, 1981, S. 16 Anm. 21, Stahl habe bereits in Erlangen unter Schelling Einfluß gestanden, ist überzeugend, auch wenn ein Vorlesungsbesuch von Stahl erst auf München datiert wurde. Masur, a. a. O., S. 66, argumentierte einleuchtend unabhängig davon mit der geistigen Wirkung Schellings im Erlangen der frühen zwanziger Jahre.

26 Wetzell, 2. Nachruf, 1846, S. XLVII; Stahl, Nachruf, 1846, S. VIII.

27 Anonymus, Rez. Puchta, Cursus der Institutionen, Deutsche Jahrbücher 1842, S. 434.

28 Puchta, Cursus der Institutionen, 1841, S. 104, bezeichnenderweise zusammen mit Platon, dem vielleicht wichtigsten Anreger Schellings, vgl. Franz, Die Bedeutung antiker Philosophie für Schellings philosophische Anfänge, 1998, S. 50 ff.; zu den späteren Einflüssen Platons vgl. Peetz, Die Freiheit im Wissen, 1996, S. 254 ff.; diesen Hinweis Puchtas auf Schelling übersieht Schönfeld, Puchta und Hegel, 1930, S. 49.

29 Vgl. hierzu bereits Bohnert, Beiträge, 1979, S. 234.

https://doi.org/10.5771/9783465133278-113 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

war er mit Schellings Philosophie[30] und auch mit ihm persönlich[31] in Kontakt gekommen. Spätestens in München begann eine intensive Auseinandersetzung mit Schellings Philosophie. Kurz nach seiner Übersiedlung dorthin berichtete Puchta Blume von erneuten philosophischen Schulungen:

> »An der Spitze von allem, was München mir bietet, stehen mir jetzt die schellingschen Vorlesungen (über Philosophie der Mythologie und Offenbarung).«

Hier erhoffte er sich tiefere philosophische Festigkeit im Kampf gegen die Hegelianer:

> »Ich bin durch die Schule Hegels und durch die Schule Savignys gegangen, durch jene als Knabe, durch diese als Jüngling, nun muß ich in dem Alter von 30 Jahren erfahren, welche geringe Festigkeit im Wissen ich mir bisher habe erwerben können, wie knöchern oder korallenartig ich als Knabe, wie philosophisch molluskenartig ich als Jüngling gewesen bin.«[32]

Puchta erwartete Großes von Schellings neuen Gedanken. Mit der Bekanntmachung dieser Vorlesungen werde »eine neue Zeit für die Philosophie überhaupt beginnen«, ja er lebe in der »frohen Hoffnung«, daß damit »die in den Staub und Koth getretene, die zum Spielzeug für alte, und zum verderblichen Instrument für junge Kinder gewordene Philosophie wieder zu ihren Ehren, ja zu neuen Ehren« gelangen werde.[33] Auch persönlich trat Puchta in München mit Schelling in engen Kontakt. Er betreute die 1835 erscheinende Dissertation von Schellings Sohn Paul Heinrich Josef[34] und trat für Schelling im Streit mit Paulus[35] juristisch[36] und auch publizistisch[37] ein.

30 Platen berichtete am 23.11.1823 über einen Besuch bei Schelling, wo er auch Puchta, mit dem er befreundet war, traf; vgl. Tiliette, SSZ I, S. 288; am 3.9.1823 hatte Schelling seine Vorlesungen über die Philosophie der Mythologie geschlossen, vgl. ebenfalls Platens Brief, a. a. O., S. 281; zu Puchta und Platen Bohnert, Beiträge, 1979, S. 240 ff.

31 Puchta selbst notierte in seiner biographischen Notiz, kzS, S. XX f. für Erlangen: »Erste Bekanntschaft mit Schelling.«

32 Brief an Blume vom 10.1.1829; mit »korallen-« und »molluskenartig« spielte er wohl auf häufig verwendete Beispiele Schellings für niedere Entwicklungsstufen in seiner Naturphilosophie an.

33 Brief an Blume vom 10.1.1829.

34 P. H. J. Schelling, Die Lehre von der unvordenklichen Zeit nach rein römischen Rechte, ihrer spätern Ausbildung und gegenwärtigen Gestalt, 1835.

35 Zu Schelling und Paulus Hollerbach, Der Rechtsgedanke Schellings, 1957, S. 46 ff.; zur persönlichen Seite nun Schönwitz, Friedrich Wilhelm Joseph Schelling und Heinrich Eberhard Gottlob Paulus, 2001; zum Streit um die Veröffentlichung der Offenbarungsphilosophienachschrift ebda., S. 90 ff.

36 Vgl. Brief Wilhelm Grimms vom 17.1.1844, in: Schoof (Hg.), Unbekannte Briefe der Brüder Grimm, 1960, S. 338; hierzu bereits Bohnert, Beiträge, 1979, S. 235 Anm. 60.

37 Anonymus (Puchta), Schelling, Paulus und die Juristen, 1843.

https://doi.org/10.5771/9783465133278-113 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

Als Puchta 1846 im Sterben lag, schrieb Schelling an Kronprinz Maximilian: »Ein viel jüngerer Mann, auch (wenn gleich nicht unmittelbar) aus Bayern hieher gekommen, der Rechtslehrer Puchta, auf den ich viel gehalten (und der auch einst mich gehört), schwebt diesen Augenblick in Lebensgefahr.«[38]

Vor diesem Hintergrund wird die Heftigkeit der puchtaschen Angriffe auf Stahl nachvollziehbar. Hier stritten zwei bekennende Anhänger Schellings um Grundfragen in dessen Philosophie. Stahls Angriffe auf Puchta mußten diesen in seinem philosophischen und auch wissenschaftspolitischen Grundbekenntnis treffen. Stimmte Stahls Einordnung des Systems Puchtas als ein »rationalistisches«, so schlug er ihn nicht der historischen Schule, sondern gerade dem Gegenlager zu. Stahls Kritik an den rationalistischen Systemen wurde als Umsetzung der Kritik Schellings an Hegel gelesen. Da Schelling diese Kritik bisher lediglich mündlich geäußert hatte,[39] bekamen Stahls Verwendungen Schellings doppelt Gewicht.[40] Trat Puchta Stahls Verortung seines Systems nicht entgegen, so drohte er erneut »in das falsche Lager zu gerathen«: nach Hugos Hinweis von 1828[41] also erneut auf Seiten Hegels gegen Savigny und zugleich im Konflikt mit Schelling.

Puchtas Kritik an Stahl richtete sich folgerichtig an Schelling aus. Sie lief auf nicht weniger als den Vorwurf hinaus, Stahl habe Schellings in München vorgetragene Philosophie nicht verstanden. Gegenüber Maurenbrecher sprach Puchta 1839 davon, daß der »höchst bedeutende Einfluß der schelling'schen Philosophie auf die Jurisprudenz … nicht erst von Stahl datiert«.[42] Die Philosophie Schellings, der Stahl folge, so im Vorwort der Pandekten, habe »von der Herrschaft einer alle Freiheit der geistigen Entwicklung aufhebenden logischen Nothwendigkeit befreit, und dadurch auch der Rechtswissenschaft einen neuen Impuls gegeben«. Schellings Philosophie sei aber weit entfernt, »den nebelhaften, verschwimmenden, pseudopoetischen, überschwänglichen

38 Brief vom 5.1.1846, abgedruckt bei Trost/Leist, König Maximilian II. von Bayern und Schelling, 1890, S. 122.

39 Schelling veröffentlichte erstmals 1834 in seiner Vorrede zu einer philosophischen Schrift des Herrn Victor Cousin, Werke I 10, S. 203 ff., seine Kritik der »logischen Selbstbewegung des Begriffs« (212).

40 Vgl. die anonyme Rezension des ersten Bandes von Stahl in: Bayerische Annalen 1833, S. 889 ff., 889. Die Rezension ist nach ihrem Inhalt sicher nicht von Puchta.

41 Vgl. oben S. 127 f.

42 Puchta, Rez. Maurenbrecher, 1839, S. 735; dies hatte freilich nichts mit dem Zusammenhang zu tun, den Maurenbrecher zwischen dem Einfluß Schellings und der Lehre von der Staatssouveränität zog, vgl. Maurenbrecher, De auctoritate, 1839, S. 25 Anm. 2); hiergegen Puchta, Rez. Maurenbrecher, 1839, S. 735; dann erneut Maurenbrecher, Lehrbuch, 2. Aufl. 1840, S. 31 Anm. 2).

https://doi.org/10.5771/9783465133278-113 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

Anschauungen das Wort zu reden, mit welchem ein Teil unserer Zeitgenossen die Lücke des Naturrechts auszufüllen gedenkt«.[43] Puchta stritt um die Bedeutung des von Schelling ausgehenden »neuen Impulses« und betonte, »man würde irren, wenn man glaubte, es sey ein anderes als ein philosophisches Element, worin das Charakteristische der gegenwärtigen Jurisprudenz, namentlich der Behandlung derselben liegt, welche zur Aufstellung einer historischen Schule Veranlassung gegeben hat«.[44]

III. Puchta und Schelling – Rückgewinnung einer verschütteten Perspektive

Die Tatsache, daß Puchta durchweg gegen Hegel polemisierte,[45] hinderte die Nachwelt nicht daran, Stahls Einordnung Puchtas als eher Hegel denn Schelling nahestehend bruchlos fortzuführen. Man hat Puchta immer wieder von Hegel her zu lesen versucht.[46] Dies führte etwa bei Schönfeld zu dem Bemühen, aus Puchta einen Hegelianer zu machen, um gleichzeitig festzustellen, daß er Hegels dialektische Sprache nur »nachahmt«, »weit hinter Hegel zurückbleibt«[47] und gerade in seiner Begriffsarbeit »zu wenig dialektisch« dächte.[48] Puchta wäre freilich dann kein gescheiterter Hegelianer, wenn er sich an eine andere zeitgenössische Philosophie angelehnt hätte. Schönfeld sah, daß Puchta sich statt zu Hegel zu Schelling bekannte.[49] Er gestand auch

43 Puchta, Pandekten, 1838, S. VII f.
44 Puchta, Pandekten, 1838, S. VIII.
45 Vgl. oben S. 128 ff., 234 ff.
46 Dies ist für den jungen Puchta der Encyclopädie durchaus sinnvoll, wie Cappellini gezeigt hat. Schon ab Mitte der zwanziger Jahre war Puchta jedoch auch in seinem System auf Abgrenzung bedacht; dies verkennt etwa Edelmann, Interessenjurisprudenz, 1967, S. 48 f.; weitergehende Deutung von Puchtas Volksgeist als »Resultat der Transzendentalphilosophie«, neben Fichte und dem frühen Schelling vor allem wiederum Hegel, bei Jakobs, Die Begründung der geschichtlichen Rechtswissenschaft, 1991, S. 120 ff., 160 ff. Der Vergleich von Jakobs zwischen Puchta und Hegel dreht sich um die von ihm kritisierte Volksgeistlehre, die entgegen Savigny das Individuum nur »in seiner Nichtigkeit« erhalte (S. 221), was für Jakobs Nationalismus, Sozialismus, ja »Rassimus« (S. 122) bedeutet (bzgl. der damit suggerierten »Vorläuferfrage« vgl. die Klärung S. 121 Anm. 35). Die vorliegend interessierende Systemfrage wird nur gestreift, vor allem, indem Puchta attestiert wird, er habe Gesetz und Gewohnheit rationalistisch an »Prinzipien« binden wollen (S. 48 f.). Puchta band jedoch nicht die Rechtsquellen an Prinzipien, sondern suchte die Prinzipien im Stoff – ganz ähnlich wie Jakobs, S. 50, die Findung der »leitenden Grundsätze« durch Savigny beschreibt, vgl. oben S. 284 ff., 292 ff.
47 Schönfeld, Puchta und Hegel, 1930, S. 39.
48 Schönfeld, Puchta und Hegel, 1930, S. 34.
49 Schönfeld, Puchta und Hegel, 1930, S. 47.

https://doi.org/10.5771/9783465133278-113 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

zu, daß Puchtas Terminologie zwar nach Hegel klinge, aber durchaus »damals in der Luft« gelegen habe und auch »an Schelling erinnert«.[50] Daß Puchtas behauptete Nähe zu Schelling für ihn gleichwohl nicht glaubhaft war, lag an einem bestimmten Blick auf Schellings Philosophie: »Wenn wir die hervorragend begrifflich-systematische Art Puchtas bedenken, so wundern wir uns, daß er sich mehr an Schelling als an Hegel gebunden fühlte.«[51] Schellings antirationalistische »Philosophie des offenbaren Geheimnisses«[52] ließ sich mit Puchtas Begriffsarbeit nicht in Einklang bringen. Das Verhältnis Puchta Schelling blieb bei einem unbefriedigenden »Gegenpole ziehen sich an, gleiche Pole stoßen sich ab«.[53]

Bis heute durchzieht das von Schönfeld betonte Spannungsfeld die Untersuchungen der philosophischen Grundlage Puchtas. Schellings »mystische Neigungen«,[54] stehen in offenbarem Spannungsfeld zu Puchtas Eintreten für die »logische oder vernünftige Seite des Rechts«.[55] Auch wer nicht gleich bei Hegel[56] Halt sucht, greift zumeist Schellings frühere Identitätsphilosophie auf, also Texte, die bei Puchtas Ankunft in München nahezu dreißig Jahre alt waren.[57]

Die Probleme, Puchtas systematisches Denken mit Schellings Philosophie in Zusammenhang zu bringen, verschwinden freilich, wenn Stahl mit seiner Stilisierung Schellings zum Antirationalisten nicht recht hatte. Genau dies behauptete Puchta. Gegenüber Savigny nahm er 1835 zu Stahls Verwerfung des »Rationalismus« brieflich Stellung:

50 Schönfeld, Puchta und Hegel, 1930, S. 30.
51 Schönfeld, Puchta und Hegel, 1930, S. 52.
52 Schönfeld, Puchta und Hegel, 1930, S. 47.
53 Schönfeld, Puchta und Hegel, 1930, S. 52.
54 Landsberg, GDR 3. 2., S. 446; Rothacker, Einleitung in die Geisteswissenschaften, 1919, S. 126 Anm. 1; Link, Die Grundlagen der Kirchenverfassung, 1966, S. 117; ebenso bereits Masur, Stahl, 1930, S. 63 f.
55 Puchta, Rez. Beseler, 1844, S. 18 f.; auch Bohnert, Beiträge, 1979, S. 235, sieht in Puchtas Auseinandersetzung mit Schelling die Grundlage dieses Schritts.
56 Smid, Freiheit als »Keim« des Rechts, 1989, S. 299, sieht in diesem Sinne in Puchtas Begriffsarbeit eine vordergründige Annäherung an die Logik Hegels.
57 So auch Bohnert, Puchta, 1975, S. 166 (System des transzendentalen Idealismus), aber auch S. 168 f. (Freiheitsschrift); Cappellini, Systema Iuris I, 1984, S. 287; Jakobs, Die Begründung der geschichtlichen Rechtswissenschaft 1991, S. 186 ff., 219 ff. (Naturphilosophie und System des transzendentalen Idealismus); eine Ausnahme macht die Initia-Vorlesung von 1821, die herangezogen wird von Herberger, Dogmatik 1981, S. 400 f. (im übrigen Verweis auf die Naturphilosophie!); zu Recht dagegen auf die um 1770 geborenen Juristen beschränkt, zeigt Einflüsse des jungen Schelling Rückert, Natürliche Freiheit, 1997, S. 322 ff.; ders., Thibaut – Savigny – Gans, 2002, S. 292 f.

https://doi.org/10.5771/9783465133278-113 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

»Die logischen Systeme haben einen zu unumschränkten und eisernen Scepter geführt, als daß nicht, nachdem ihre Herrschaft gebrochen ist, die Feindschaft gegen dieselben auf das Extrem getrieben werden sollte .... So wirft man die Logik ganz über Bord, und von diesem Irrweg, in welchem manche unserer jungen Leute durch Schellings Polemik gegen die logischem Systeme gerathen sind, scheint mir Stahl leider nicht genug sich gehalten zu haben. Schellings Meinung ist dieß zwar nicht, und vielleicht ist dieß gemeint, wenn er sagte: Stahl habe sich die Sache etwas zu leicht gemacht.«[58]

Man könne alles, was Stahl »entgegnet, wohl wissen ... (u. zum Theil aus derselben Quelle, aus welcher er geschöpft hat) ohne darum die Logik völlig zu exilieren«.[59]

Diese Einschätzung Puchtas wird inzwischen vor allem in der jüngeren Schelling-Forschung zunehmend geteilt.[60] Stahls Deutung der Hegel-Kritik Schellings als Eintreten für ein irrationales, »herausfühlendes« Verfahren sei, so Walter E. Ehrhardt, zu einer »bisher unversiegten Quelle von Mißverständnissen«[61] geworden. Besonders die Deutung von Schellings Beschäftigung mit Mythologie als Hinwendung zu einem selbst mystischen Philosophieverständnis wird kritisiert. Die Philosophie der Mythologie sei nicht mystischer Erkenntnisweg, sondern nur Erkenntnisobjekt und habe als solches auf das Denken »nur eine Autorität aus[geübt], wie jeder Gegenstand, der denkend betrachtet werden soll«.[62] Die ganze bisherige Einschätzung der Spätphilosophie Schellings als »eines Entzuges in die Dunkelheit mystischer Traditionen und Kabbala mit besonderer Hinneigung zu Böhme« habe, so weiterhin Ehrhardt, »ihr Fundament verloren«. Die Schelling-Forschung stehe an einem »Umbruch«.[63]

Als Zugang zu dieser Problematik bieten sich Äußerungen von Schelling selbst an. Angesichts der Tatsache, daß er seit 1815 nichts mehr veröffentlicht hatte, blieb Stahls Rechtsphilosophie auf Schellings Bild in der Öffentlichkeit

58 Brief an Savigny vom 4.8.1835, bei Bohnert, Vierzehn Briefe, 1979, S. 24 ff., 28 f.; Lesefehler »welchem« wurde nach Vergleichung des Originals berichtigt.

59 Brief an Savigny vom 4.8.1835, bei Bohnert, Vierzehn Briefe, 1979, S. 24 ff., 28 f. (Hervorhebung von mir).

60 Noch Fuhrmanns, Zu Schellings Spätphilosophie, 1940, S. 276; ders., Der Ausgangspunkt der Schellingschen Spätphilosophie, 1956/57, S. 304 f., betonte, daß Schelling in München »jede rationale Philosophie verworfen habe« (1940, S. 276).

61 Ehrhardt, Einleitung zur letzten Münchner Mythologie-Vorlesung, 1996, S. 19; vgl. auch ders., Die Naturphilosophie *und* die Philosophie der Offenbarung, 1984, S. 337 ff.

62 Ehrhardt, Mythologie und Offenbarung der Freiheit, 1989, S. 142. Dies hatte Schelling auch Stahl entgegengehalten, vgl. genauer unten Kap. 5 II 5 b).

63 Ehrhardt, Zum Stand der Schelling-Forschung, 1998, S. 40 ff., 40.

https://doi.org/10.5771/9783465133278-113 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

nicht ohne Auswirkungen. Viele Zeitgenossen wurden durch die enorme Verbreitung des Werks, so J. E. Erdmann, überhaupt wieder »aufmerksam … auf Schellings Wirksamkeit«.[64] Für Ludwig Feuerbach war 1835 nach Lektüre des zweiten Bandes Stahls klar, »welche Früchte die allerneueste Philosophie der Wissenschaft bringen wird«. Für ihn war nun auch Schellings positive Philosophie als »die schwachsinnigste Mystik von der Welt« entlarvt.[65] Schnell verfestigte sich ein Bild: Bei Schelling, so Heine, »erlosch im Kopf die Vernunft«.[66] In den Berliner Auseinandersetzungen mit den Hegelianern wurde dieser Ruf für Schelling zum Problem. Schellings Anhänger versuchten öffentlich gegenzusteuern. Ein anonymer Autor in der Berliner Literarischen Zeitung von 1846, zu diesem Zeitpunkt bevorzugt Schellings »Organ« gegen die Hegelianer,[67] hob hervor:

> »Wer Schelling's System auch nur in seinen allgemeinsten Umrissen, oder wenigstens den Bildungsgang desselben kennt, der weiß, daß Schelling systematische, d. h. philosophische Expositionen giebt, und daß, falls es ihm gefallen würde, seine Staatslehre zu veröffentlichen, eine von der Stahlschen Methode gänzlich verschiedene principielle Begründung zu erwarten wäre.«[68]

Schelling ging auch persönlich gegen Stahl vor. Bereits vor Erscheinen des zweiten Bandes der Rechtsphilosophie hatte er nach eigenen Angaben Stahl eine Berufung auf ihn als Grundlage seiner Rechtsphilosophie untersagt.[69] Am 3.11.1834 schrieb er an Weiße: »A propos von Stahl! Hätte dieser, wie er gesollt, bekanntgemacht, was ich ihm bei der Gelegenheit geschrieben, als er

64 Erdmann, Geschichte der neueren Philosophie VI, 1931, S. 252.

65 L. Feuerbach, Rez. Stahl I u. II, 1835, S. 118 ff.; Zitate S. 125, 124. Zu Feuerbachs Kritik bereits Masur, Stahl, 1930, S. 246.

66 Heine, Lobgesänge auf König Ludwig I, entstanden zwischen 1840 u. 1853; vgl. auch seine einflußreichen in Frankreich erscheinenden Aufsätze »Die Romantische Schule« von 1833; hier besonders zweites Buch, 3.

67 Hierzu die Hinweise von Rückert, Autonomie des Rechts, 1988, S. 80 Anm. 290.

68 Anonymus, Die Rechtsphilosophie der Gegenwart, 1846, Sp. 943.

69 Brieflich wurde er gegenüber seinem Sohn mit Blick auf Stahls Vorträge über den Protestantismus als politisches Prinzip am 23.5.1853 noch schärfer: es sei »unverschämt … mit so wenig wahrem Verstand der Sache über einen so bedenklichen Gegenstand zu sprechen und gar zu schreiben. Es wäre höchst unrecht, eine so günstige Gelegenheit unbenutzt zu lassen, diesem sophistisch jüdelnden Schwätzer einmal ein gründliches Ende zu machen«, in: Braun, Briefe Schellings an seine Söhne, 1911/1912, S. 316 ff., 324. Zum Verhältnis Schelling Stahl etwa Hollerbach, Der Rechtsgedanke bei Schelling, 1957, S. 11 f. Anm. 6 f.; Wiegand, Stahl, 1981, S. 93 ff. u. ö.; Grosser, Grundlagen und Struktur der Staatslehre Friedrich Julius Stahls, 1963, S. 14 ff.; Hofmann, Über den Staat hinaus, 1999, S. 14 ff.

https://doi.org/10.5771/9783465133278-113 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

mir einen Teil seiner Handschrift vorlegte, um gewissermaßen meine Einwilligung zur Benutzung meiner Ideen zu erhalten, so hätte die Meinung, als ob die fortanige Ausschließung aller Vernunftnotwendigkeit in meinem Sinne wäre, nicht entstehen können.«[70] Nachdem er 1840 den Ruf nach Berlin angenommen hatte, erklärte er sich, in Voraussicht des Aufeinandertreffens mit den Berliner Hegelianern, auch öffentlich über »die Mißverständnisse …, welche sich in Ansehung der positiven Philosophie verbreitet haben«. Er gab bekannt, daß er »mit einer alle Vernunft und Nothwendigkeit ausschließenden, alles allein aus Freiheit erklären wollenden Philosophie nichts gemein haben wolle«, was er Stahl auch mitgeteilt habe.[71] Bereits im ersten Aufeinandertreffen mit Ruge bezeichnete Schelling Stahl 1841 als »eine subordinierte und beschränkte Figur, deren thörichte Auskunft, die Bibel zum Princip der Philosophie machen zu wollen, das Allerrohste« sei.[72] Im gleichen Jahr bezog er seine Abkehr von dem 1827 in seiner Weltalter-Vorlesung vertretenen Bekenntnis zu einer »christlichen Philosophie«[73] auf die mit Stahl gemachten Erfahrungen. Diese hätten ihm gezeigt, »daß diejenigen, welchen es darum zu tun ist, an einer ›christlichen Philosophie‹ zu arbeiten, nur frommen Ohren etwas zu sagen haben«.[74]

Eine vertiefte Auseinandersetzung mit Stahl brachte Schelling im Vorgriff auf Berlin am Ende seiner letzten Münchner Vorlesung zur Mythologie im Jahr 1841.[75] Hier griff er Stahl vom Katheder offen an:

> »Die Mißverständnisse, die sich über die Natur der positiven Philosophie noch ehe ich über sie etwas näheres angegeben, verbreiteten, scheinen insbesondere von einem Buch herzurühren, nach welchem es allerdings schien, als ob es nach dieser Philosophie mit allem Vernunftsreiche ganz aus wäre. Hätte der Verfasser dieses Buches nicht vielleicht darauf gerechnet, die Ankündigung ›das Buch theile die neueste schellingische Philosophie mit‹ lasse sich als Lockspeise verwenden, so hätte er sich vielleicht entschlossen, die schriftlich erhaltene

70 Plitt, Aus Schellings Leben III, 1870, S. 99; der Brief Schellings an Stahl war nicht auffindbar.

71 Schelling (anonym), Der Streit der Weltweisen, 21.10.1841, S. 625 f.; 1843 schaltete er über Cotta nochmals eine öffentliche »Warnung und Anzeige«, in der er sich von Stahl distanzierte, vgl. Rariora, S. 561 ff.

72 Brief Ruges an M. Fleischer vom 16.10.1841, bei Tilliette, SSZ I, S. 431.

73 Der eigentlich entscheidende Name für meine Philosophie, ist »christliche Philosophie«, Schelling, System der Weltalter, 1827/28, S. 9; vgl. hierzu Stahl, Philosophie des Rechts I, 1830, S. VII, zum Anfang genau dieser Vorlesungen. Nach Schelling hatte Stahl freilich überhaupt nicht mehr als »einige bloße Einleitungsphrasen« aufgenommen, Schelling, Der Streit der Weltweisen, 1841, S. 626.

74 Schelling, Philosophie der Mythologie, 1841, S. 113.

75 Schelling, Mythologie 1841, S. 208 ff.; diese Auseinandersetzung fehlt in den veröffentlichten Mythologiemitschriften von 1837 und 1842.

https://doi.org/10.5771/9783465133278-113 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

> Bemerkung von meiner Seite ›daß ich mit dieser Philosophie nichts zu thun haben wollte‹ gleich mit abdrucken zu lassen und man hätte ihn nicht so bereitwillig für einen Apostel der neuen Lehre gehalten. Es war nun weiter kein Grund, wenn man unter positiver Philosophie nicht eine auf Autorität der Offenbarung sich gründende, mit dieser die Vernunft niederschlagen wollende Philosophie vermuthete, oder doch wenigstens meinte, daß sie auf einen von Wissenschaft undurchdrungenen Glauben sich stütze. Der Mann, der dieß äußerte hatte ganz Recht sich zu verwundern, daß ich zu einem solchen Glauben in der Philosophie gekommen sey; man muß sich nur darüber verwundern, daß er sich nicht zuvor fragte, ob dem so sey, daß der Urheber der Identitätsphilosophie einem unwissenschaftlichen Glauben huldige. Ich ehre allen wahren Glauben, aber wenn man Glauben will braucht man nicht zu philosophieren; und es ist widersinnig in die Philosophie den Glauben einzumischen; gerade darum philosophiert man weil man mit dem bloßen Glauben sich nicht begnügen will. Aber die positive Philosophie trifft doch immer der Vorwurf, daß sie sich an die Offenbarung anschließt. Allerdings schließt sie sich an die Offenbarung an, aber wie sich die Naturphilosophie an die Natur, die Philosophie der Mythologie an die Mythologie anschließt. Die Offenbarung ist ihr wie die Mythologie ein großes geschichtliches Phänomen einer höheren transcendentalen Geschichte. Dabey übt aber die Offenbarung keine andere Autorität aus, als die jedes andere Object das die Philosophie, das jede andere Wissenschaft begreifen will, über die Philosophie oder die Wissenschaft ausübt. Jedes Objekt legt der Philosophie die Nothwendigkeit auf mit ihr übereinzustimmen.«[76]

Im Zentrum der Kritik Schellings stand somit Stahls Auslieferung des Rechts und der Philosophie überhaupt an eine, in seiner Entscheidung menschlicher Vernunft unzugängliche, christliche Offenbarung. Für Schelling bezeichnete die Offenbarung keinen philosophischen Erkenntnisprozeß, sondern den neben der Mythologie wichtigsten Erkenntnisgegenstand seiner Münchner Vorlesungen. Inhaltlich ging es gerade in seiner Offenbarungsphilosophie entgegengesetzt darum, daß »wenigstens der Vernunft die Möglichkeit der Verhältnisse einleuchtend gemacht ist, auf denen die christlichen Hauptlehren beruhen«.[77] Er philosophierte also gerade gegen eine Zeit, die ganz »theologisch geworden«.[78] Für die hier eingenommene philosophische Blickrichtung auf Puchtas System ist damit wichtig festzuhalten: Schellings Polemik gegen Hegels Rationalismus wurde von ihm nicht als Absage an ein ausschließlich rationales Philosophieren verstanden. Philosophie war rational und nur dann wissenschaftlich. Es ist also sehr lohnend, Puchta gerade auch mit Blick auf sein Systemverständnis mit Schelling erneut in ein Gespräch zu bringen.

76 Schelling, Mythologie 1841, S. 209 f.
77 Schelling, Werke I 10, S. 404 f.
78 Schelling, Werke I 10, S. 398; zum Kontext Link, Die Grundlagen der Kirchenverfassung, 1966, S. 31 ff. und passim.

https://doi.org/10.5771/9783465133278-113 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

IV. Schellings Münchener Vorlesungen 1828–1834 als Textgrundlage der Interpretation

Loening[79] und Hollerbach[80] haben hervorgehoben, daß die »Grundlage« der Überlegungen Puchtas schon deshalb nicht bei Schelling gesucht werden könne, weil Puchta erst 1828 mit dessen Lehre vertieft in Kontakt gekommen sei. Die bisherigen Ergebnisse der Untersuchung weisen übereinstimmend in diese Richtung. Frühe Orientierungen scheint Puchta zunächst bei Hegel und dann vor allem bei Savigny gesucht zu haben. Mit Schelling kam Puchta gleichwohl bereits in Erlangen in Kontakt.[81] Wenigstens den Beginn der Initia-Vorlesung von 1821 dürfte Puchta gehört haben.[82] Die erste Version der Mythologie-Vorlesung im darauffolgenden Semester hörte er sicher nicht, da er zu diesem Zeitpunkt nicht in Erlangen war. Der weitere Gang der

79 E. Loening, Der philosophische Ausgangspunkt der rechtshistorischen Schule, 1910, Sp. 65 ff., 115 ff., 80.

80 Hollerbach, Der Rechtsgedanke Schellings, 1957, S. 322, 335.

81 Auch Puchta selbst sprach für die Zeit zwischen 1820 und 1821 von einer »erste[n] Bekanntschaft mit Schelling«, vgl. die biographische Notiz bei Wetzell, 2. Nachruf Puchta, S. XXI.

82 Bereits oben S. 285 wurde auf die übereinstimmende Systemdefinition hingewiesen. Eine weitere Aussage Puchtas spricht dafür, daß er Schellings Äußerungen des Jahres 1821 zur Systemfrage hörte oder jedenfalls in Nachschrift kannte. Brieflich teilte er Savigny ein Epigramm zu Lasson mit (Brief vom 13.2.1839): »Ein neues Werk – Da das System ein vollkommenes organische Ganzes ist, so hat man es für einen Beweis seiner Wahrheit angegeben, wenn jeder herausgerissene und für sich betrachtete Satz falsch ist. Dieses Buch aber hat etwas eigenständiges: Nicht allein wenn man sie heraus nimmt, sind seine Sätze falsch, sondern auch, wenn man sie darin läßt.« Dieser »Wahrheitsbeweis« wurde ebenfalls von Schelling seinen Erlanger Hörern vorgetragen, vgl, Initia, a. a. O.). Komplett konnte Puchta die Initia aber wohl nicht hören, da er bald seine peregrinatio academica antrat. In seiner Erlanger Personalakte findet sich ein Antrag auf Gewährung eines Reisestipendiums vom 24.12.1820, in dem Puchta den Beginn seiner Reise auf das »Frühjahr 1821« festsetzt. Das Stipendium wurde am 12.2.1821 mit Verweis auf die »Polizeyaufsicht«, unter der Puchta seit seinen burschenschaftlichen Tagen stand, abgelehnt (zu diesen Zusammenhängen Bohnert, Beiträge, 1979, S. 231; Frommer, Die Erlanger Juristenfakultät und das Kirchenrecht, 1974, S. 132 f.; Hugo gegenüber stritt Puchta im Brief vom 12.5.1828 seine Verstrickungen ab: »Mich interessierte das Ganze gar nicht … Daher hab ich auch nachher keine demagogischen Verdrießlichkeiten gehabt, zu denen auch niemand unschuldiger gekommen wäre als ich … Auch würde ich mich schämen, wenn es anders gewesen wäre. Aus einem Demagogen wird so wenig ein tüchtiger Jurist, als aus einem ordentlichen Juristen ein Demagog werden kann«). Im Sommersemester 1821 hörte Puchta dann »einige Wochen« Savignys Vorlesungen über Gaius, die am 24. April begannen (vgl. oben S. 116 ff.).

https://doi.org/10.5771/9783465133278-113 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

Schellingschen Vorlesungen ist jedenfalls hinsichtlich der Durchführung schon insgesamt nicht ganz sicher.[83] Völlig unklar ist zudem, inwieweit Puchta weitere Vorlesungen Schellings in Erlangen hörte. Auch aus seiner Begeisterung für die Münchner Vorlesungen läßt sich dies nicht rückschließen, da Schelling in München mit seiner Weltalter-Philosophie und den nachfolgenden Mythologie- und Offenbarungs-Vorlesungen neues Terrain betrat.[84]

Im Zentrum der bisherigen Überlegungen zu Puchta und Schelling steht wohl zu Recht Puchtas Enzyklopädie aus dem Jahr 1841. Schon oft wurde auf die Bedeutung der Freiheitsschrift von 1809 für Puchtas Ausgangsbegriffe Freiheit, Geist, Vernunft und Natur hingewiesen.[85] Andere Werkstücke Schellings wurden bisher nahezu nicht ausgewertet. Dies gilt vor allem für Schellings in München vorgetragene Philosophie.[86] Neben Andeutungen Hollerbachs zu einem möglichen Einfluß der Mythologievorlesungen[87] hat bisher einzig Smid Puchtas Systemverständnis vor dem Hintergrund der Hegel-Kritik Schellings in seiner Münchner Vorlesungen zur Geschichte der Philosophie gewürdigt.[88] Das von ihm herangezogene Manuskript Schellings

83 Vgl. die Bemerkungen von Fuhrmans, Initia, 1969, S. XIV; inzwischen gilt als sicher, daß er bis 1823 jedenfalls eine Mythologie (Sommersemester 1821, also während Puchtas peregrinatio academica) und eine erste Geschichte der neueren Philosophie las, vgl. Baumgartner/Korten, Schelling, 1996, S. 21; vgl. daneben die Vorlesungsankündigungen Schellings bei Fuhrmanns a. a. O. Weitere Vorlesungsnachschriften aus Erlangen sind nicht veröffentlicht.

84 Vgl. Peetz, Einleitung zu Schelling, System der Weltalter, 1990, S. VII f.

85 Etwa Schönfeld, Puchta und Hegel, 1930, S. 49 f.; Hollerbach, Der Rechtsgedanke Schellings, 1957, S. 331 ff.; Hellebrand, Zum metaphysischen Voluntarismus bei Schelling, Georg Friedrich Puchta und in der Römischen Jurisprudenz, 1958, S. 396 ff.; Link, Die Grundlagen der Kirchenverfassung, 1966, S. 111 ff.; Smid, Freiheit als Keim des Rechts, 1989, S. 304 ff.; Landau, Puchta und Aristoteles, 1992, S. 7 f.; Hofmann, Über den Staat hinaus, 1999, S. 168.

86 Zu den Rückgriffen auf Schellings Frühphilosophie bereits oben S. 316 mit Anm. 57.

87 Hollerbach, der Rechtsgedanke Schellings, 1957, S. 251, fand »bei aller Ähnlichkeit« mit dem Rechtsdenken der »Historischen Schule (besonders in der Zusammenschau von Mythologie, Sprache, Sitte und Recht) doch in den Modifikationen eine bemerkenswerte Selbstständigkeit«. Auf S. 334 vermutet Hollerbach Zusammenhänge zu Puchtas Unterscheidung zwischen positiver und negativer Philosophie und insbesondere zur Mythologie. Insgesamt hält er Puchtas Rechtslehre jedoch bereits 1828 für feststehend und die Verwendung von Schellings Philosophie nur für nachträgliche Legitimation.

88 Smid, Freiheit als »Keim des Rechts«, 1989, S. 300; Landau, Puchta und Aristoteles, 1992, S. 8, stellt, trotz Verweises auf Schelling, für den Puchta gemachten Vorwurf der Begriffsjurisprudenz lediglich fest, daß Puchta nicht ausschließlich Logik, sondern auch »Anschauung« fordere, was m. E. vor allem für Puchtas Frühphase richtig ist. Unklar bleibt aber, was Landau hier unter

https://doi.org/10.5771/9783465133278-113 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

datiert nach neueren Untersuchungen aus dem Semester 1833/34, nicht wie früher angenommen 1827.[89] Ob Puchta zu diesem Zeitpunkt, also nach fünf Jahren, diese Vorlesungen noch besuchte, ist keineswegs sicher und wäre nachzuweisen. Die bisherigen Schelling-Interpretationen des Werks Puchtas rekurrieren damit entweder auf Texte, die 1828 bereits fast zwanzig Jahre alt waren, oder auf Vorlesungen, die Puchta möglicherweise nicht gehört hat.

Für die Klärung der Zusammenhänge zwischen Puchta und Schelling fehlt es damit zunächst an einer Textgrundlage, die Puchtas Vorlesungsbesuche hinreichend berücksichtigt. Nach eigenen Angaben hörte Puchta 1828 und 1829 die Philosophie der Mythologie,[90] nach Schellings Angaben auch nachfolgend 1830/31 die Philosophie der Offenbarung.[91] Dazwischen hielt Schelling 1830 eine Einleitung in die Philosophie, die ebenfalls mit einiger Wahrscheinlichkeit von Puchta wahrgenommen wurde. An diesen Vorlesungen setzt die vorliegende Interpretation an. Inzwischen liegen die Urfassung der Philosophie der Offenbarung[92] und eine gute Nachschrift der Einleitung in die Philosophie[93] veröffentlicht vor. Auch die beiden Vorlesungen zugrundeliegende Weltalter-Vorlesung von 1827 wurde 1990 veröffentlicht.[94] Die von Schellings Sohn 1856/57 herausgegebene Philosophie der Mythologie wird von Manfred Frank in der von ihm herausgegebenen Werkausgabe auf 1842 datiert. Eine Nachschrift der auch von Puchta gehörten älteren Fassung wird zur Veröffentlichung vorbereitet.[95] Meine Erörterungen greifen daher neben

Anschauung versteht. Richtig ist der Verweis auf Prinzipien als systemleitende Kategorien. Die Frage nach dem Warum dieses Denkens wird demgegenüber lediglich insoweit beantwortet, als Landau bei Puchta materiale Grundsätze, insbesondere ein aristotelisches Gleichheitsverständnis feststellt. Puchtas System wird abschließend anhand einiger dogmatischer Beispiele untersucht. Die Grundlagen von Puchtas systematischem Denken bleiben in der ansonsten anregenden Abhandlung damit unbeantwortet.

89 Hierzu Peetz, Einleitung in ders. (Hg.), System der Weltalter, 1990, S. XXIV, ebenso im Anschluß an einen älteren Hinweis Fuhrmanns bereits Manfred Frank in der von ihm besorgten Schelling Werkausgabe.

90 Vgl. oben S. 213.

91 Vgl. Brief Schellings an Bunsen vom 12.8.1840, in: Plitt III, S. 157. Zur Reihenfolge der nicht immer mit dem Vorlesungsverzeichnis übereinstimmenden Vorlesungen Schellings in München vgl. die Zusammenstellung bei Baumgartner/Korten, Schelling, 1996, S. 243 f.

92 Walter E. Ehrhardt (Hg.), F. W. J. Schelling, Urfassung der Philosophie der Offenbarung, 2 Bde., 1992.

93 Walter E. Ehrhardt (Hg.), F. W. J. Schelling, Einleitung in die Philosophie, 1989.

94 Siegbert Peetz (Hg.), System der Weltalter. Münchner Vorlesung 1827/28 in einer Nachschrift von Ernst von Lasaulx, 1990.

95 Vgl. mit Zusammenfassung Siegbert Peetz, Die Wiederkehr im Unterschied. Ernst von Lasaulx, 1989, S. 348–354.

https://doi.org/10.5771/9783465133278-113 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

der Werkausgabe auf drei frühere Vorlesungsmitschriften zurück, die inzwischen aus der Münchner Periode veröffentlicht sind.[96] Damit liegt eine hinreichend tragfähige Textgrundlage vor, die vorliegend den Boden für die Interpretation bieten soll.

V. Philosophische Einblicke in den Volksgeist

1. Problemstellung: Stahls Frage nach der göttlichen Natur des Rechts

a) »Nicht der Mensch setzet das Recht« – Begründungsschwächen im ersten Band des Gewohnheitsrechts

Puchtas Schüler von der Pfordten[97] legte in seiner ansonsten sehr positiven Rezension des »Gewohnheitsrechts« eine entscheidende Schwachstelle des Werks offen. Von der Pfordten bemerkte, Puchta hätte »die Frage nach der tieferen Quelle der gemeinsamen Überzeugung des Volkes nicht als über die Sphäre seiner Untersuchung hinausliegend betrachten, und deshalb ihre Beantwortung ablehnen sollen«.[98] Puchtas Untersuchung zum Gewohnheitsrecht sei »ein Theil der Antwort auf die Frage, wie das Recht entstehe, mithin welches seine Natur, was das Recht überhaupt sey; sie ist mithin eine rein philosophische Lehre, und kann daher durch eine bloße Exegese einzelner Quellenaussprüche nicht erledigt, noch gefördert werden«.[99] »Das Eingehen auf jene Frage würde mithin den allgemein philosophischen Standpunct des Vfs., und die Stelle, an welcher sein Buch in die Gesamtentwicklung der Wissenschaft einzureihen ist, genau bezeichnet, damit aber auch das wahre Verständnis desselben wesentlich gefördert, und die Wahrheit und Wirksamkeit seiner Lehre fester begründet haben.«[100]

Puchta hatte diesen Punkt, die Frage »woher denn das Volk jenes sein Eigenthum, seine Überzeugung nehme?«[101] wenigstens seit 1825 in seiner

96 Klaus Viehweg und Christian Danz (Hgg.), F. W. J. Schelling, Philosophie der Mythologie in drei Vorlesungsmitschriften 1837/1842, 1996 (zwei Mitschriften der Jahre 1836/37) und Andreas Rosner u. Holger Schulten, F. W. J. Schelling, Philosophie der Mythologie. Nachschrift der letzten Münchner Vorlesung 1841, 1996.

97 Von der Pfordten, Rez. Gewohnheitsrecht I u. II., 1838, Sp. 9 ff.; Puchta war mit von der Pfordten seit Erlangen und München näher bekannt. Der dreizehn Jahre jüngere von der Pfordten (1811–1880) hatte wie Puchta das Nürnberger Gymnasium besucht, studierte anschließend bei diesem 1827–1829 an der Erlanger Universität und lebte ab 1830 wie Puchta in München; Puchta empfahl ihn 1843 für Leipzig als seinen Nachfolger, vgl. Wippermann, ADB 25, S. 695.

98 Von der Pfordten, Rez. Gewohnheitsrecht I u. II., 1838, Sp. 13.

99 Von der Pfordten, Rez. Gewohnheitsrecht I u. II., 1838, Sp. 12.

100 Von der Pfordten, Rez. Gewohnheitsrecht I u. II., 1838, Sp. 13.

101 Puchta, Gewohnheitsrecht I, 1828, S. 154.

https://doi.org/10.5771/9783465133278-113 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

Bedeutung erkannt. 1822 hatte er noch etwas unsicher dem »Recht« als Ausgangspunkt seiner Encyclopädie und Methodologie handschriftlich das »Volk« seinem Handexemplar hinzugefügt[102] und das »Recht im Bewußtseyn des Volkes« lediglich als Stufe der römischen Rechtsentwicklung behandelt.[103] 1825 machte er Savignys Vorgaben dann bereits unmißverständlich deutlich: »Der Begriff des Rechts hängt wesentlich mit dem des Volks zusammen.«[104] Wenn das Recht mit dem Volk entstand und mit dessen Entwicklungsstufen seine Struktur änderte, wie er in seiner Abhandlung zu den Perioden im Recht ausgeführt hatte,[105] so konnte nur ein Einblick in die Volksentstehung eine Basis für ein Verständnis der Zusammenhänge im »gemeinsamen Bewußtsein« geben. Diese Zusammenhänge waren es, die Puchtas Annahmen über die organische Eigenstruktur des Rechts und über seinen methodischen Umgang damit legitimierten, also darüber entschieden, ob er seinen Gegenstand verfehlte oder traf.

Savigny war 1814 dieser Frage ausgewichen.[106] »Wie diese eigenthümlichen Functionen der Völker, wodurch sie selbst erst zu Individuen werden, entstanden sind, diese Frage ist auf geschichtlichem Wege nicht zu beantworten.« Ihm genügte die »gemeinsame Überzeugung des Volkes, das gleiche Gefühl innerer Nothwendigkeit«.[107] Seine Wissenschaftlichkeit arbeitete daher auch nicht ohne Zugang zu diesem »Gefühl«, es ging um ein »Herausfühlen« der »leitenden Grundsätze«.[108]

Auch Puchta hatte zunächst die Feststellung des organischen Rechtszusammenhangs lediglich an das Volksbewußtsein gebunden und diese Quelle nicht näher beleuchtet. »Dieß ist der Gegenstand einer tieferen philosophischen Untersuchung über die Bestimmung des Uranfangs der geistigen Dinge überhaupt. Hier aber reicht die Erkenntnis des Zusammenhangs mit dem Volk überhaupt hin.«[109] Im ersten Band des Gewohnheitsrechts war er hierüber nicht hinausgegangen.[110] Wiederholt hatte Puchta darauf hingewiesen, daß

102 Puchta, Encyclopädie und Methodologie, 1822, S. 5, § 1.
103 Puchta, Encyclopädie und Methodologie, 1822, S. 19, § 51.
104 Puchta, Encyclopädie, 1825, S. 11.
105 Vgl. oben S. 118 ff.
106 Übereinstimmend Jakobs, Die Begründung der geschichtlichen Rechtswissenschaft, 1991, S. 61 f.
107 Savigny, Beruf, 1814, S. 8.
108 Savigny, Beruf, 1814, S. 22.
109 Puchta, Encyclopädie, 1825, S. 18.
110 Landsberg hatte insofern recht, wenn er feststellte, Grundbegriffe würden »einfach postuliert und in einer gewissen Mystik hineingenommen«, Landsberg, GDR 3.2., 1910, S. 446. Von seinem ursprünglichen Plan, das Buch mit einem möglicherweise stärker philosophischen Abschnitt über das »Gew[ohnheits]. r[echt]. überhaupt« (Brief an Savigny vom 29.12.1824) beginnen zu

https://doi.org/10.5771/9783465133278-113 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

eine nähere Untersuchung dieses gemeinsamen Bewußtseins »über die Sphäre der gegenwärtigen Untersuchung« hinausliege.[111] Für die »natürliche Verwandtschaft des Geistes«, seinen Volksgeist als ursprünglichen Entstehungsgrund des Rechts galt schlicht: »Ich setze dies daher voraus.«[112]

Von der Pfordten unternahm es nun, die von Puchta gelassene Lücke auszufüllen. Für ihn war Puchtas Gewohnheitsrechtslehre

> »Folge des bekannten Gegensatzes zweyer Richtungen, welcher die ganze neuere Philosophie bewegt. Die eine Richtung, nämlich die kritische Philosophie, wie sie sich anfänglich nannte, oder die rationalistische, wie sie jetzt gewöhnlich genannt wird, indem sie als die Quelle aller Wahrheit nur die menschliche Vernunft anerkennt, sieht auch in dem Rechte nur das Erzeugniß menschlicher Denkkraft und Willkür. Sie kennt daher auch der Quelle nach nur zweyerley Recht, das durch logische Folgerung aus einem allgemeinen Vernunftsprincip entwickelte, das sogenannte Naturrecht, und das durch eine bestimmte Staatsgewalt durch willkürliche Setzung festgestellte, das sog. positive Recht. Diese Ansicht kennt keine genetische und organische Entwicklung des Rechts, mithin ebensowenig eine wahre Rechtsgeschichte, als eine Rechtsbildung durch das Leben selbst und die Wissenschaft; Gewohnheiten und Gerichtsgebrauch betrachtet sie als Anomalien, und duldet sie höchstens als nothwendige Übel, die nur durch die stillschweigende Billigung des Gesetzgebers Geltung erlangen können.«[113]

Puchtas Gewohnheitsrechtslehre stand ihm für die »entgegengesetzte Richtung, die sog. geschichtliche oder positive Philosophie«. Diese betrachte

> »die menschliche Vernunft nicht als die Quelle der Erkenntniß, sondern nur als Mittel hierzu, zur Erforschung des Gegebenen, Vorhandenen, Offenbarten. Ihr erscheint denn auch das Recht seiner letzten Quelle nach nicht als etwas vom Menschen Ausgehendes, sondern außer ihm und für ihn Gegebenes, als das Erzeugnis für das Gesamtleben eines Volkes, als das Gepräge seines ganzen Wesens in Sitte und Denkweise. Darnach hat das Recht nicht bloß eine eigentliche Geschichte, sondern ist auch, als Norm und Träger der menschlichen Lebensverhältnisse ebenso alt, als das Leben selbst, und fließt aus derselben Quelle, wie dieses. Die schöpferische Allmacht Gottes hat mit den Menschen zugleich ihre Bedürfnisse und deren Befriedigung im Einzelnen wie im Wechselverkehre gesetzt, und diese ewige unverbrüchliche Satzung ist das Recht. Es ist mithin nicht etwas vom Menschen Gemachtes, sondern eine Macht außer ihm, dem er unterthan ist. Nicht der Mensch setzet das Recht, sondern es ist ihm gesetzt, und er erkennt es nur; er erfindet das Recht nicht, sondern findet es bloß.«[114]

lassen, war Puchta abgerückt. Zu diesem Zeitpunkt zeigte er Zurückhaltung gegenüber eigenständigen philosophischen Untersuchungen, vgl. oben S. 309 f.

111 Gewohnheitsrecht I, 1828, S. 154.

112 Puchta, Gewohnheitsrecht I, 1828, S. 140.

113 Von der Pfordten, Rez. Gewohnheitsrecht I u. II., 1838, Sp. 13 f.

114 Von der Pfordten, Rez. Gewohnheitsrecht I u. II., 1838, Sp. 13 f.

https://doi.org/10.5771/9783465133278-113 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

Vieles in von der Pfordtens Terminologie, der Kampf gegen die »rationalistische Philosophie«, sein Eintreten für eine »positive« oder »geschichtliche« Philosophie, offenbarte den Münchner Hörer Schellings. Hierauf wird zurückzukommen sein.[115]

Ob Puchta mit von der Pfordtens Einschätzung zufrieden war, darf freilich bezweifelt werden. Sehr deutlich band von der Pfordten das Recht an die »schöpferische Allmacht Gottes«, für den Menschen eine »Macht außer ihm, dem er unterthan ist«. Das »gemeinsame Bewußtsein« unterlag damit dem freien und unergründlichen Entschluß Gottes. Damit näherte er sich deutlich Stahl. Wie von der Pfordten in einer 1840 erscheinenden Rezension von Puchtas Pandekten verdeutlichte, war damit Puchtas System der Rechte erneut der Weg versperrt. Für von der Pfordten wurde das »Zusammenleben der Menschen durch eine den Lebensverhältnissen inwohnende Norm gehalten und getragen, welche eine zwingende Macht übt«. Ohne diese könne »kein subjektives Recht gedacht werden.« Auch von der Pfordten's Rechtssystem nahm seinen Ausgang in den Lebensverhältnissen.[116]

b) Wie kommen »Christus und das Recht zusammen«?

Von der Pfordten zeigte das Problem, vor dem Puchtas Berufung auf den Volksgeist stand. Grub man hier tiefer, so stellte sich unumgehbar die Frage nach Gottes Einfluß auf den Volksgeist. Stahl hatte bekanntlich genau hier, bei der Frage nach der Entstehung des Rechts, angesetzt. Savigny habe sich »der Untersuchung über die letzten Gründe der Gerechtigkeit« enthoben. Kritik hieran blieb dem »Olympier« mit den üblichen Argumenten erspart: »sein Sinn leitet ihn sicher, durch eine künstlerische Kraft bildet er ganz und vollendet, wozu erst langsam allmählig die angestrengteste philosophische Forschung hinführt«.[117] Die philosophische Grundlage konnte das für Stahl nicht ersetzen, denn im »Innern der Schule fehlt es an Einheit und Klarheit des Bewußtseins«.[118]

Stahls Versuch, diese Lücke durch eine engere Anbindung an den göttlichen Willen zu schließen, führte freilich zu einer entscheidenden Abkehr von der Rechtsentstehungslehre, die Puchta 1828 vorgetragen hatte. Indem Stahl stärker die auf Gott zurückweisende »Natur« der Rechtsverhältnisse, also den in ihrer gegenständlich dinglichen Erscheinung zutagetretenden »Trieb« in den Vordergrund hob, trat das Volksbewußtsein als rechtsschaffende

115 Vgl. unten S. 331 ff.
116 Von der Pfordten, Rez. Puchta, Pandekten u. Marezoll, Institutionen, 1840, Sp. 166; sein eigenes System erläutert er Sp. 169 ff.
117 Stahl, Philosophie des Rechts I, 1830, S. VIII.
118 Stahl, Philosophie des Rechts, I 1830, S. IX.

https://doi.org/10.5771/9783465133278-113 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

Instanz in den Hintergrund. Für Stahl galt das Recht im Ergebnis »nicht als obrigkeitlicher Wille oder als Volksbewußtseyn, sondern schlechthin als Recht. Der äußern gegenständlichen Ordnung als solcher wohnt das Ansehen Gottes inne, welche sie stützen soll. Das Recht bleibt daher in unverkürzter Geltung, auch wenn das rechtliche Bewußtseyn bei Volk und Obrigkeit längst ein anderes geworden ist, wenn Alle es als unvernünftig und ungerecht erkennen, und man denkt bei den geltenden Rechtsnormen nicht mehr an ihren Ursprung, ja sie gewinnen noch an Heiligkeit, je mehr dieser in Vergessenheit gerathen ist.«[119] Stahl band damit das Recht an den Willen Gottes und nicht an ein selbsttätig setzendes Volksbewußtsein, Puchtas Volksgeist. Die der Rechtsentstehungslehre Stahls zugrundeliegende Freiheit war die Freiheit Gottes, nicht die des Menschen.

1839 wurde deutlich, daß Puchta der Frage nach dem Verhältnis zwischen Gott und Recht nicht länger auszuweichen gewillt war. Stahls Lösung der Frage befriedigte Puchta nicht: »In der That, da ist Christus unbedingt anerkannt, und das wollen wir ehrend anerkennen, und nachher ist vom Recht die Rede, aber wie Christus und das Recht zusammenkommen, das erfahren wir doch nicht, und das war es eigentlich, was wir von dem Philosophen erwarten.«[120] Im Gedankenaustausch mit Savigny wurde Puchtas Neuausrichtung deutlich. In den von Kiefner zugänglich gemachten »Verhandlungen« um § 52 von Savignys System erregte es besonders Puchtas Widerspruch, daß Savigny trotz einer Begründung des Rechts »vom christlichen Standpunct aus« die Eigenständigkeit der Rechtswissenschaft betont hatte. Sie führe ein »unabhängiges Leben für sich, und jede Vermischung verschiedener Gebiete des Denkens kann für die Erkenntniß der Wahrheit nur hemmend und verderblich werden«.[121] Puchta entgegnete: »Ich bin gewiß auch gegen »die Vermischung verschiedener Gebiete des Denkens«, aber ich kann nicht glauben, daß man sie dadurch vermeiden müsse, daß man »ein unabhängiges Leben einer Wissenschaft für sich« behauptet.«[122] Nach Puchtas Ansicht unterstrich Savignys – freilich ebenfalls gegen Stahls als »zu roh«

119 Stahl, Philosophie des Rechts, II 1, 3.Aufl. 1854, S. 235; vgl. auch in der 1. Aufl. S. 143 ff. mit dem starken Zug zum positiven Recht; hierzu Wiegand, Stahl, S. 205 ff., der S. 213 von einer zunehmenden »Hegemonie der »Natur« über den »Geist« bei Stahl spricht.

120 Brief an Savigny vom 4.8.1835, bei Bohnert, Vierzehn Briefe, 1979, S. 24 ff., 28 f.

121 Zweyte Redaction« des § 52, abgedruckt bei Kiefner, Das Rechtsverhältnis, 1982, S. 161 ff.

122 Puchta an Savigny vom 19.10.1839, dieser Teil des Briefs nicht abgedruckt bei Kiefner, a. a. O.

https://doi.org/10.5771/9783465133278-113 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

empfundene »Einmischung des religiösen Elements«[123] gerichteter – Trennungsversuch nur die sonstige Tendenz seines Texts, in dem Savigny s. E. versucht hatte, den »Rechtsbegriff mit Ignorierung des göttlichen Willens« bereits vollständig zu entwickeln.

> »Statt das wahrhafte *prius*, das wahrhafte Voraus zu setzende, von Anfang vorauszusetzen, setzen Sie, scheint es, ein *posterius*, die Existenz eines vernünftig-sinnlichen Wesens, welches durch die Trennung von seinem *prius* der positiven, lebendigen Bestimmung entbehrt. Dies ist eine Concession an den Atheismus des Naturrechts, welche nicht motiviert ist: die Heiden machten *a Jove principium*, sollen wir Christen furchtsam unseren Gott verschleiert in die Nische setzen. Ich gebe zu, man ist in unserer Zeit mehr als je veranlaßt, in sein Kämmerlein zu gehen, aber was ich meine kann geschehen, ohne daß der Leser ungewiß wird, ob er eine Dogmatik, einen swedenborgschen Tractat, eine Erklärung der Apocalypse oder eine juristische Schrift vor sich hat.«[124]

In der »vor wenigen Wochen«[125] fertiggestellten »Philosophische[n] Grundlage« seiner dann 1841 erscheinenden Enzyklopädie, die er Savigny in diesem Kontext zusandte, hatte Puchta die hier angesprochenen Zusammenhänge zwischen Gott und dem Recht erstmals breiter dargelegt. Savigny stellte dabei fest, daß bei allem Gleichklang in den Grundauffassungen, Puchta inzwischen neue philosophische Wege gegangen war.[126] Puchta hielt Savigny kaum verhohlen vor, sich seiner eigenen philosophischen Grundlagen nicht hinreichend bewußt zu sein: »Ließe es sich nicht denken, daß diese Formulierung dieser höchsten Begriffe mit einer Philosophie zusammenhängt, die noch theoretisch in Ihnen nachklingt, während sie praktisch dieselbe von Anfang Ihres wissenschaftlichen Lebens an hinter sich gelassen haben?«[127] Wenn er nun Savignys Vernunftbegriff in diesem Sinne als »Standpunct des früheren Naturrechts« kritisierte, wurde offensichtlich, daß Puchta mit einer völlig anderen Begrifflichkeit arbeitete, von der aus er Savigny (fehl)interpretierte. Dies wurde etwa deutlich, wenn Puchta anfügte, daß von der »Consequenz« der von Savigny zugrundegelegten Begriffe »sie Ihre tiefere Einsicht in das

123 Savigny an Bluntschli vom 19.4.1838; hierzu Rückert, Savigny, 1984, S. 282 f., 366 f.

124 »Zweyte Redaction« des § 52, abgedruckt bei Kiefner, Das Rechtsverhältnis, 1982, S. 161 ff.

125 Puchta an Savigny vom 19.10.1839; dieser Teil des Briefs nicht abgedruckt bei Kiefner, a. a. O.

126 Ob sich Savigny während des Studienaufenthalts in München 1834/35 mit Schellings Vorlesungen auseinandersetzte, ist zu bezweifeln. Obwohl Schelling ihn, so Savigny, »besonders freundlich aufgenommen« hatte, fand er in dessen Haus nur eine »gewaltige Langeweile«, vgl. Real, Savigny, 1990, S. 40 Anm. 39, S. 39.

127 Brief an Savigny vom 19.10.1839, dieser Teil abgedruckt bei Kiefner, Das Rechtsverhältnis, 1982, S. 160.

https://doi.org/10.5771/9783465133278-113 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

Wesen der Sache von Zeit zu Zeit losreißt«.[128] Savigny notierte: »Man braucht an vielen Stellen nur Geist statt Vernunft bey mir zu setzen, so wäre die Differenz gehoben, und es bräuchte daneben nur einer mäßigen Nachhülfe.«[129]

Deutlich wurde in dieser Differenz, daß Puchta mit einer Begrifflichkeit arbeitete, die mit derjenigen Savignys nicht mehr übereinstimmte. Diese neue Sprache dokumentierte Puchtas intensive Beschäftigung mit einer Philosophie, die Savigny jedenfalls in der von Puchta zugrundegelegten Fassung wohl nicht kannte, mit Schellings Münchener Philosophie der Mythologie und Offenbarung.

Zugleich zeigte sich, daß Puchta Willens war, über seine bisherigen Verweise auf den Volksgeist, dessen organische Natur und den vielfach genannten Vergleich mit der Sprache, hinauszugehen und das Verhältnis des Volksgeistes zu Gott näher zu beleuchten. Auf die nun drängender gestellte Frage »Auf welchem Wege aber gelangen sie [sc. die Rechtssätze] in das menschliche Bewußtseyn?« antwortete Puchta mit einem bemerkenswerten Vergleich:

> »Es läßt sich derselbe Unterschied machen, wie für die Religion, – und das Recht selbst ist für die Menschen, welche der Erkenntnis seines Ursprungs noch nicht entfremdet sind, ein Theil der Religion.«[130]

Puchta suchte damit deutlich die Anbindung des Rechts an Gott. 1828 hatte er eine göttliche Fundierung in seiner Rechtsentstehungslehre noch vermieden und eine stufenweise Entwicklung der menschlichen Gemeinschaften zugrundegelegt.[131] Mit dem Verweis darauf, daß zur Zeit Adams »von keinem Recht die Rede sein konnte«,[132] die Entstehung des Rechts also dem Sündenfall nachfolgte, hatte er vorsichtig Distanz aufgebaut. Die Entstehung des Rechts müsse man in einer dem Sündenfall nachfolgenden Verbindung, entweder der Familie oder dem Volk suchen.[133]

In seiner Enzyklopädie von 1839/41 hieß es dagegen: »Das Recht selbst ist dem Sündenfall vorangegangen.«[134] Das Recht war nun »eine göttliche Ordnung, die dem Menschen gegeben, die von seinem Bewußtseyn aufgenommen worden ist«.[135] Damit war es unzweifelhaft Gott unterworfen.

128 Brief an Savigny vom 19.10.1838, unter (1).
129 Notiz Savigny, bei Kiefner, Das Rechtsverhältnis, 1982, S. 163.
130 Puchta, Cursus der Institutionen I, 1841, S. 23.
131 Puchta, Gewohnheitsrecht I, 1828, S. 133 ff.
132 Puchta, Gewohnheitsrecht I, 1828, S. 140.
133 Puchta, Gewohnheitsrecht I, 1828, S. 140.
134 Puchta, Cursus der Institutionen I, 1841, S. 10.
135 Puchta, Cursus der Institutionen I, 1841, S. 23.

https://doi.org/10.5771/9783465133278-113 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

c) Göttliche Ordnung und menschliches System

Mit dem neuen Ausgangspunkt, Recht als »göttliche Ordnung, die dem Menschen gegeben, die von seinem Bewußtseyn aufgenommen worden ist«,[136] spitzte sich das Problem mit Blick auf die Systemfrage zu. Bohnert attestiert dieser Sichtweise: »Wenn nämlich das Recht von Gott stammt, und er seine Tätigkeit im Geist des Volkes verbirgt und für das endliche Bewußtsein nur im natürlichen Zusammenhang auftritt, wird er nur für das gläubige, nicht für das wissende Bewußtsein erfaßbar.«[137] Mit der Anbindung an Gott habe sich Puchta den Weg versperrt, im Gefolge Fichtes und dann des jungen Schelling über ein menschliches Selbstbegreifen des absoluten Wissens zu begrifflicher Rechtserkenntnis zu gelangen.[138] Puchtas Behauptung eines erkennbaren Systems, einer begrifflichen Durchdringbarkeit des Rechts, beruht in dieser Perspektive Bohnerts damit auf einer »schiefe[n] Konstruktion«[139] und bleibt unbefriedigend. Auch Stahls Vorwurf liegt damit weiterhin in der Luft. Stahl hatte eine begriffliche Ableitbarkeit des Rechts ja geleugnet und damit allen »rationalen« Ansätzen eine Absage erteilt.[140] Legt man die Unerkennbarkeit der Rechtsbildung zugrunde, so blieb bei Bohnert wie auch bei Stahl nur der Glaube als Weg zu Gott. Ein systematischer, über den Einsatz der Vernunft, in ihrer Fähigkeit zu schließen, führender Zugang zum Recht bliebe damit verwehrt. Puchtas Konzept von 1829, das im organischen Recht rationale Strukturen zu einer Darstellung unter einem obersten Prinzip genutzt hatte, war damit in seiner Substanz bedroht.

2. Puchtas Antwort: Recht als menschengemacht und doch auf Gott zulaufend

Spätestens seit 1833 war Puchta daher um den Aufbau einer eigenständigen philosophischen Grundlage seines Methodenprogramms bemüht. Erste Andeutungen gab im März[141] dieses Jahres, wie gezeigt,[142] Puchtas Stellungnahme zur »historischen Schule und ihrem Verhältniß zu der Politik«. Halt sollte dabei, wie er bereits 1829 gegenüber Blume betont hatte,[143] die in den Münchener Vorlesungen Schellings erworbene Bildung geben.

136 Puchta, Cursus der Institutionen I, 1841, S. 23.
137 Bohnert, Puchta, 1975, S. 173.
138 Bohnert, Puchta, 1975, S. 168 ff.
139 Bohnert, Puchta, 1975, S. 172.
140 Vgl. oben S. 281 ff.
141 Also noch vor dem Erscheinen des zweiten Bandes von Stahl, dessen Vorrede vom Juli 1833 datiert.
142 Vgl. oben S. 165 ff.
143 Vgl. die Briefstelle oben S. 313.

https://doi.org/10.5771/9783465133278-113 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

a) Konzept der »Philosophischen Grundlage« der Enzyklopädie von 1841

Puchta hatte den Ausgangspunkt seines Systems 1829 unphilosophisch begründet, indem er den Ausgangspunkt, seinen Rechtsbegriff, schlicht zum »Inhalt des allgemeinen Willens über die rechtliche Freiheit« gemacht hatte.[144] Gegenüber Blume hatte der Hinweis, dies sei das »mir einzig mögliche Princip«,[145] zusammen mit seiner Betonung einer bestimmten Perspektive sogar eine subjektive beeinflußte Wahl dieses Rechtsbegriffs angedeutet. 1822 und 1825 hatte er seinen inhaltlich übereinstimmenden Rechtsbegriff auffallend anders philosophisch abgesichert. Seine Ausgangspunkte waren abstrakte Überlegungen zur »Natur des Bewußtsein[s]«, zum Freiheits- und Personbegriff[146] gewesen.

Hier lohnt ein Blick in Schellings Münchner Vorlesungen. Puchtas abstrakte Erörterungen von 1822 und 1825 waren in der dargestellten Perspektive Schellings bloß negative Philosophie. Hintergrund dieser Feststellung, die sich auch gegen Schellings eigene frühe Identitätsphilosophie richtete, war eine klare Hinwendung zur Geschichtlichkeit des Seins in seinem Münchener Konzept der positiven Philosophie. Schellings ursprüngliches Konzept, Kants Dilemma »Ich bin und es sind Dinge außer mir«[147] jedenfalls insoweit zu einer Ontologie des Wissens zurückzuführen, wie man »von solchen Objekten wissen kann, von welchen man die Prinzipien ihrer Möglichkeit einsieht«,[148] mußte durch die umstürzende Erkenntnis korrigiert werden, daß »die Philosophie eigentlich keine wissenschaftliche Grundlage hat«.[149] Sein war für ihn nicht länger dem Denken inhärent, Sein war »mehr als Denken«.[150] Philosophie stand damit vor der Erkenntnis, »daß ohne ein wirkliches Geschehen nicht abzukommen ist«.[151] Der Weg zur Wirklichkeit führte über eine *ex-post*-Betrachtung des Entstandenen. Er betonte, zum »Ausgangspunkte« einer Philosophie des Wirklichen könne man nur »*a posteriori* gelangen«.[152] Positive Philosophie war »historische Philosophie«.[153] 1833 rief Puchta

144 Puchta, Betrachtungen, 1829, S. 247.
145 Brief an Blume vom 22.5.1829.
146 Puchta, Encyclopädie und Methodologie, 1822, §§ 5–7; ders., Encyclopädie, 1825, S. 12 ff.
147 Schelling Werke I 3, S. 344; vgl. zusammenfassend Kant, Kritik der reinen Vernunft, Vorrede zur zweiten Aufl. 1787, Werke II, S. VII ff.
148 Schelling, Werke I 3, S. 276.
149 Schelling, Grundlegung der positiven Philosophie, WS 1832/33 und SS 1833, S. 404 f.
150 Peetz, Die Philosophie der Mythologie, 1998, S. 155; daneben ders., Die Freiheit im Wissen, 1995, S. 303 ff.
151 Schelling, Philosophie der Mythologie 1841, S. 167.
152 Schelling, Einleitung in die Philosophie, 1830, S. 24.
153 Schelling, Einleitung in die Philosophie, 1830, S. 9.

https://doi.org/10.5771/9783465133278-113 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

euphorisch aus, man sehe »nunmehr die Philosophie selbst zu der wahren Ehre gelangen, eine positive Wissenschaft zu seyn«.[154]

1841 lagen diese Vorstellungen Puchtas Enzyklopädie zugrunde. Puchta betonte, den »Begriff des Rechts« könne die »Jurisprudenz nur von der Philosophie« übernehmen.[155] Diese Absicherung sollte nun jedoch nicht mehr durch apriorische, negative, sondern durch historische, positive Philosophie erfolgen, denn »nur das, was Geschichte hat, kann Gegenstand der Philosophie sein«.[156] Puchtas philosophische Begründung seines Rechtsbegriffs hatte somit nun ein festes Programm: »Die Philosophie des Rechts soll seinen Anfang und seinen Fortgang durch die Geschichte der Menschheit bis zu seiner letzten Vollendung zu erforschen suchen.«[157] Brieflich verdeutlichte er:

> »Meiner Meinung nach hat eine Philosophie des Rechts nur zwey Gegenstände 1) die ursprüngliche Entstehung des Rechts 2) die Geschichte seines Begriffs im ganzen Menschengeschlecht.«[158]

Puchta begründete diesen Rechtsbegriff seinen eigenen Vorgaben entsprechend doppelt, einerseits mit Blick auf die »ursprüngliche Entstehung des Rechts«, §§ 1–7, 10, 11, aufgehend in seiner Rechtsquellenlehre §§ 12 ff. der Enzyklopädie, und andererseits durch eine Untersuchung der »Entfaltung des Rechtsbegriffs in der Geschichte«, §§ 8 und 9 der Enzyklopädie. Puchtas »philosophische Grundlage« sollte damit als positive, historische Philosophie Puchtas System absichern. Übereinstimmungen zwischen Schellings Münchener Philosophie und Puchta werden deutlich.

b) Recht als menschliches Produkt

Auch wenn man das Bild des »mystischen« Schelling einstweilen beiseite setzt, ist es freilich nicht unmittelbar einsichtig, wie Puchta Schelling für seine Vertiefungen nutzen konnte. In Schellings praktischer Philosophie[159] existier-

154 Puchta, Von der historischen Schule der Juristen und ihrem Verhältniß zu der Politik, (14. März) 1833, S. 207. Nüchterner hieß es 1841: »Was uns sichtbar ist, ist nur das Entstandene selbst«, Puchta, Cursus der Institutionen I, 1841, S. 30.

155 Puchta, Cursus der Institutionen I, 1841, S. 97.

156 Puchta, Cursus der Institutionen I, 1841, S. 96.

157 Puchta, Cursus der Institutionen I, 1841, S. 98.

158 Brief an Savigny vom 31.7.1831, bei Bohnert, Vierzehn Briefe, 1979, S. 17.

159 Zur Rechtslehre Schellings noch immer zentral Hollerbach, Der Rechtsgedanke bei Schelling, 1957; daneben nun die Beiträge in Pawlowski, Smid u. Specht, Die praktische Philosophie Schellings und die gegenwärtige Rechtsphilosophie, 1989; Schraven, Recht, Staat und Politik bei Schelling, 1998, S. 190 ff.; Hofmann, Über den Staat hinaus, Zürich 1999; Dierksmeier, Der absolute Grund des Rechts, 2003; interessanter Vergleich mit Krause bei Forster, Krauses frühe Rechtsphilosophie, 2000, S. 264 ff.

https://doi.org/10.5771/9783465133278-113 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

ten vor der Berliner Zeit nur bruchstückhafte Überlegungen zur Rechtslehre.[160] Es bliebe Schellings »Neue Deduktion des Naturrechts« von 1796 aus dem Philosophischen Journal, das in Schellings späteren Gedanken keine merkliche Rolle mehr spielte. Auch die von Schelling 1831 immerhin in zweiter Auflage unverändert herausgegebenen[161] Vorlesungen über die Methode des akademischen Studiums konnten Puchta schon durch die darin zutagetretende Geringschätzung einer wissenschaftlichen Behandlung des Privatrechts kaum zum Vorbild dienen.[162]

Schon bei Zeitgenossen stand die Zuweisung der »historischen Schule« zu Schelling daher vor nicht unbeträchtlichen Schwierigkeiten. Maurenbrecher behauptete 1838, die «Häupter der historischen Schule« hätten sich, da sie über die Rechtsentstehung ansonsten «ganz rathlos« gewesen seien, »an die schelling'sche Philosophie gewendet«.[163] Puchta hielt Maurenbrecher bissig entgegen, dieser gehe wohl davon aus, daß sich Schellings Philosophie »über die Entstehung des Rechts express erklärt hat«.[164] Gleichwohl hatte Maurenbrecher ins Schwarze getroffen. Genau hier, in der philosophischen Untermauerung der Rechtsentstehungslehre, lag für Puchta das seit Stahls Äußerungen 1833 drängende Problem. Puchta spielte in seiner Entgegnung mit Maurenbrechers Unkenntnis der Münchener Vorlesungen Schellings. Veröffentlicht lagen Äußerungen Schellings zur Rechtsentstehung nicht vor. Dies bedeutete freilich nicht, daß seinen Vorlesungen nicht auch diesbezüglich etwas zu entnehmen gewesen wäre. In seiner Münchener Mythologievorlesung fand sich eine Äußerung, die Puchtas Aufmerksamkeit nicht entgangen sein dürfte. Jedenfalls in der bisher frühest veröffentlichten Fassung der Mythologie von 1837 meinte Schelling:

»Auf gleiche Weise [wie die Mythologie] werden die Gesetze vom Volk im Fortgang seines Lebens erzeugt.«[165]

160 Hollerbach, Der Rechtsgedanke bei Schelling, 1957, zus. S. 257 f.; auch Jakobs, Die Begründung der geschichtlichen Rechtswissenschaft, 1991, S. 97, sucht daher eher den Vergleich zwischen Puchta und Hegel.

161 Vgl. Walter E. Ehrhardts Einleitung zur Ausgabe der Vorlesungen, Hamburg 1974, wiederabgedruckt in der 2. Aufl. 1990, S. VII ff.

162 Auf die Gesetzmäßigkeit des Privatrechts sei »durchaus keine Anwendung von Ideen und höchstens die eines mechanischen Scharfsinns möglich, um die empirischen Gründe derselben in einzelnen Fällen darzutun oder streitige Fälle nach jenen zu entscheiden«, Schelling, Vorlesungen über die Methode des akademischen Studiums, 1803, Werke I 5, S. 313; hierzu Hollerbach, Der Rechtsgedanke bei Schelling, 1957, S. 152 ff., 309.

163 Maurenbrecher, De aucoritate, 1839, S. 5.

164 Puchta, Rez. Maurenbrecher, De auctoritate prudentum prolusio academica, 1839, S. 734.

165 Schelling, Philosophie der Mythologie, 1837, S. 51; ähnlich Philosophie der Mythologie, 1841, S. 62 f.; für die in den Werken veröffentlichte Berliner

https://doi.org/10.5771/9783465133278-113 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

Schelling betonte also eine Parallele zwischen der Rechtsentstehung und der Entstehung von Mythologien.[166] Recht und Mythologie waren ihm strukturell verwandte Gegenstände. Damit lohnt ein Blick in Schellings Münchner Philosophie der Mythologie.

In München trug Schelling mit dem Bild der Mythologie als natürlicher Religion ein neues Verständnis von Mythologie vor. Er hatte sich bereits früh mit dieser Materie beschäftigt[167] und die Mythologie zunächst rational,[168] dann poetisch,[169] in jedem Fall als Produkt eines freischaffenden Subjekts gefaßt. Erst 1815 deutete sich in seiner als Beilage zu der dann nicht erscheinenden ersten Weltalter-Philosophie konzipierten Abhandlung: »Über die Gottheiten von Samothrake«[170] eine völlig neue, religiöse Ausrichtung des Mythologie-Problems an. Möglicherweise bereits 1821 in Erlangen, jedenfalls seit 1828 in München[171] wurde dieser Richtungswechsel publik. Mythologie sei eine »von allem Wollen und Wissen entfernte spontan entstandene, eine wildwachsende Religion«.[172] »Objektiv betrachtet ist die Mythologie das, wofür sie sich gibt, wirkliche Göttergeschichte und daher Erzeugniß Gottes im Bewußtseyn, zu dem sich die einzelnen Götter wie einzelne Momente verhalten. Subjektiv betrachtet ist die Mythologie ein theogonischer Prozeß, und zwar 1) ein Prozeß überhaupt, den das Bewußtseyn wirklich vollbringt, so daß es die Bewegungen im eigentliche Sinne erlebt 2) ein wirklich theogonischer Prozeß, der sich herschreibt von einem wesentlichen, allem Denken zuvorgekommenen Verhältniß des Bewußtseyns zu Gott.«[173]

Als Prozeß war die Mythologie damit gleichermaßen objektiv, weil von Gott kommend, wie subjektiv, weil im menschlichen Bewußtsein sich ereignend. Schelling erläuterte diesen Prozeß historisch als Rückbewegung des

Fassung hat bereits Hollerbach, Der Rechtsgedanke bei Schelling, 1957, S. 248 ff., auf diese Zusammenhänge hingewiesen.

166 Es war konsequent, daß er seine späteren sozialphilosophischen Überlegungen in den vierziger Jahren systematisch in die »Philosophische Einleitung in die Philosophie der Mythologie« einbettete. Diese entstanden zwischen 1847 und 1852, also erst nach Puchtas Tod, Schelling, Werke II 1, 265 ff.; hierzu Hollerbach, a. a. O., S. 215 ff.; Schraven, a. a. O., S. 199 ff.

167 Eine Zusammenstellung der einschlägigen Texte des Frühwerks bringt Wilson, Schellings Mythologie, 1993, S. 264 ff.

168 Schelling, Über Mythen, historische Sagen und Philosopheme der ältesten Welt, 1793.

169 Schelling, Philosophie der Kunst, 1802/1803, Werke I 5, S. 356.

170 Schelling, Werke I 8, S. 345 ff.

171 Hierzu die knappen Hinweise bei Peetz, Die Philosophie der Mythologie, 1998, S. 150 f.

172 Schelling, Philosophie der Mythologie, 1837, S. 100.

173 Schelling, Philosophie der Mythologie, 1837, S. 94 f.

https://doi.org/10.5771/9783465133278-113 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

Menschen zu Gott. Indem der Mensch im Sündenfall das »Urverhältnis zum reinen göttlichen Selbst«[174] aufgebrochen habe, sei er dem »wirklichen Gott« anheim gefallen, der als Mythologie das menschliche Bewußtsein »göttlichen Potenzen« unterwarf.[175] In ihrer sukzessiven Überwindung des Polytheismus fungierte die Mythologie als »eine natürliche Schule, in die das Bewußtseyn genommen wird, um, indem im Bewußtseyn eine gewordene Einheit wird, auf diese Weise zu einem Monotheismus zu gelangen«.[176] Die Mythologie war einerseits göttliches Tun, jedoch nicht durch »göttliche Tat«, also Offenbarung, sondern durch Versenkung des menschlichen Bewußtseins in einen auf ein bestimmtes Ziel gerichteten, in der Mythologie sichtbar werdenden Prozeß, »wie eine große welthistorische Krankheit des menschlichen Geschlechts … bis die fremdartige Affection überwunden und wieder in die allgemeine Identität des Organismus aufgelöst ist«.[177] Andererseits war dieser Prozeß Erscheinen der Natur in ihrer Produktivität im menschlichen Bewußtsein. Dieser Prozeß sei »theogonisch«, weil in ihm der Mensch zum »Gott mittelbar setzenden Wesen« werde.[178] Die hier zum Vorschein kommende Religion fußte also nicht auf göttlichen, sondern auf natürlichen Prinzipien: »Das Göttliche ist daher der Mythologie nicht ganz entfremdet, wenn auch nicht die Gottheit als solche darin ist«.[179]

Der theogonische Prozeß war demnach eine Tätigkeit des Bewußtseins, die zwar auf Gott zurückwies, aber eben nur als gerichteter Prozeß, also nicht auch in den einzelnen Stufen des Bewußtseins von Gott gesteuert wurde, sondern der natürlichen, organischen Selbstgesetzgebung unterlag.

Puchta griff diese Überlegung auf. Recht sei, so bemerkte er 1841, »für die Menschen, welche der Erkenntnis seines Ursprungs noch nicht entfremdet sind, ein Theil der Religion«.[180] Es gelange »in das menschliche Bewußtseyn theils auf dem übernatürlichen Wege der Offenbarung – unsere heiligen Bücher schreiben den ersten Rechtsausspruch Gott zu – theils auf dem natürlichen Weg eines eingeborenen Sinnes oder Triebes. Wir haben es hier nur mit dieser natürlichen Entstehung des Rechts zu thun.« Vergleichspunkt war also eine Religion, »wenn diese eine natürliche ist«[181] – und dies

174 Schelling, Philosophie der Mythologie, 1841, S. 150.
175 Schelling, Philosophie der Mythologie, 1841, S. 151.
176 Schelling, Philosophie der Mythologie, 1841, S. 151.
177 So v. Lasaulx in seiner Zusammenfassung der auch von Puchta gehörten Vorlesungen von 1828, bei Peetz, Die Wiederkehr im Unterschied, Freiburg 1989, S. 351.
178 Schelling, Philosophie der Mythologie, 1837, S. 95.
179 Schelling, Philosophie der Mythologie, 1837, S. 100.
180 Puchta, Cursus der Institutionen I, 1841, S. 23.
181 Puchta, Cursus der Institutionen I, 1841, S. 24.

https://doi.org/10.5771/9783465133278-113 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

unterschied die Mythologie nach Schellings Absicht von der übernatürlichen Offenbarung. Die Mythologie werde »gesetzt durch einen nothwendigen Proceß, die andere durch eine göttliche That«.[182] Mit Blick auf das Recht legte Puchta auf eben diesen Unterschied Wert. Der »natürliche Weg« der Rechtsentstehung sei derjenige, »bey welcher der eigentliche Schöpfer sich verbirgt, und das Recht als eine Schöpfung des menschlichen Geistes erscheinen, ja es in seiner weiteren Entwicklung und Ausbildung eine menschliche Hervorbringung nicht bloß scheinen sondern werden läßt«.[183] Recht war damit göttlichen Ursprungs und menschliches Tun.

> »Wollte Jemand meinen, gegen diese Ansicht den göttlichen Ursprung des Rechts vertheidigen zu müssen, der würde sie mißverstehen. Sie stellt diesen gar nicht in Abrede. Wir stellen nicht in Frage, daß das Recht von Gott ist, dieß wäre eine Erniedrigung des Rechts. Die Frage ist nur, wie Gott das Recht hervorbringt. Wir behaupten dadurch, daß er die Recht erzeugende Kraft in die Natur der Völker gelegt hat.«[184]

Schellings Erwägungen zur Mythologie brachten Puchta der inneren Beschaffenheit des Volksgeistes näher. Der Volksgeist wurde damit nicht zum gläsernen Objekt. Die Entstehung des Rechts blieb in seinem Ursprung »eine unsichtbare. Wer würde es unternehmen, den Wegen zu folgen, auf welchen eine Ueberzeugung in einem Volke entspringt, keimt, wächst, sich entfaltet, hervortreibt?«[185] Auch insofern war sich Puchta mit Schelling einig, so daß nun dieser Puchtas Rede von der »dunklen Werkstätte, in der es bereitet wurde«[186] in seinen Berliner Vorlesungen zur Bezeichnung des »ersten Entstehungsortes der Mythologie«[187] aufgriff.

c) Freiheit als »Keim des Rechts«

Recht war damit gleichermaßen von Gott ausgehend, wie menschliches Produkt. Das Verhältnis zwischen Gott und dem Menschen im Entstehungsprozeß war nun, für Puchta besonders mit Blick auf Stahls theokratisches Konzept bedeutsam, näher zu präzisieren.

182 Schelling, Philosophie der Mythologie, 1837, S. 102; vgl. auch: Philosophie der Mythologie, 1841, S. 193: Die Differenz liege darin, »daß die mythologische Religion auf einem natürlichen Prozeß beruht, die geoffenbarte aber auf einem übernatürlichen«; ähnlich Schelling, Philosophie der Mythologie 1842, Werke II 3, S. 193.
183 Puchta, Cursus der Institutionen I, 1841, S. 23.
184 Puchta, Vorlesungen I, 1846/1873, S. 23.
185 Puchta, Cursus der Institutionen I, 1841, S. 29.
186 Puchta, Cursus der Institutionen I, 1841, S. 30.
187 Schelling, Historisch-kritische Einleitung in die Mythologie, 1842, Werke II 1, S. 18.

https://doi.org/10.5771/9783465133278-113 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

Schelling betrachtete den Prozeß der Mythologienbildung als notwendig frei. Gleichermaßen wie die Mythologie »ein natürliches, ein nothwendiges Gewächs« war, könne sie »poetisch behandelt und sogar erweitert werden«. Sie verhalte sich hierbei »wie die Sprache, die mit der größten Freiheit gebraucht, erweitert, innerhalb gewisser Schranken stets mit neuen Erfindungen bereichert werden kann, aber die Grundlage ist etwas, auf das menschliche Erfindung und Willkür sich nicht erstreckt hat, was nicht von Menschen gemacht ist«.[188]

Auch Puchta diente der alte Sprachvergleich 1841 zur Begründung dafür, daß das Recht »auf gewissen Principien und Regel beruht«. Wie bei der Sprache stünden die »einzelnen Rechtssätze« untereinander »in einem organischen Zusammenhang«.[189] Dieser entstehe durch »ihr Hervorgehen aus dem Geist des Volks«, so daß »die Einheit dieser Quelle sich auf das durch sie hervorgebrachte erstreckt«.[190] Gleichwohl, so betonte er, könne eine »Dissonanz« auftreten, die »das harmonische Zusammenstimmen der einzelnen Theile des Rechts unterbricht«. Derartige »störende Anwandlungen, wie eine Krankheit« träten am leichtesten »durch eine ungeschickte Ausübung des Gesetzgebungsberufs« auf, also »willkührlichem Dazwischengreifen«.[191]

Menschliche Freiheit konnte den in seinem Gesamtlauf notwendigen Prozeß somit im Einzelnen beeinflussen und verändern. Dies war für Schelling kein nebensächlicher Aspekt. Sein Konzept einer positiven Philosophie baute hierauf auf. Positive Philosophie als historische Philosophie folgte einem spezifischen Blick auf die Geschichte. Gegenstand der philosophischen Erfahrung war für Schelling »Entschluß und That«.[192] Dies war der entscheidende Blickrichtungswechsel der positiven Philosophie:

> »Positive Philosophie … nenne ich diejenige, die bei Erklärung der Welt etwas Positives, Willen, Freiheit, Tat, nicht etwas bloß Negatives, durch bloße Denknotwendigkeit Einzusehendes annimmt.«[193]

Auch die Mythologie deutete Schelling in dieser Perspektive als »Explikationsfeld der Freiheit«.[194] »Das Universum ist ja nicht aus einer bloßen Denknothwendigkeit hervorgegangen, sondern aus einer freien Selbstbestimmung und einem besonderen Akt.«[195] In seiner Mythologievorlesung betonte er,

188 Schelling, Historisch-kritische Einleitung in die Mythologie, 1842, Werke II 1, S. 222.
189 Puchta, Cursus der Institutionen I, 1841, S. 35.
190 Puchta, Cursus der Institutionen I, 1841, S. 35.
191 Puchta, Cursus der Institutionen I, 1841, S. 35.
192 Schelling, System der Weltalter, 1827/28, S. 75.
193 Schelling, Einleitung in die Philosophie, 1830, S. 13.
194 Knatz, Schellings Welt der Geschichte, 1996, S. 48.
195 Schelling, Einleitung in die Philosophie, 1830, S. 9.

https://doi.org/10.5771/9783465133278-113 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

wolle man die Mythologie philosophisch begreifen, so könne es nicht darum gehen, »das Irrationale darin aufzuheben«, vielmehr müsse man »dieselben Faktoren«, die man in ihr real erkannt habe, »in sich selbst als das Resulthat der freien Erkenntniß« sehen.[196] Eine systematische Darstellung der Religion mußte somit die Mythologie als frei gesetzt in sich aufnehmen. Leite man »alles von bloßer Nothwendigkeit ab«, so finde in der Welt »kein persönlich = tätiges und geschichtliches Verhältnis statt«. Demgegenüber »behauptet« das geschichtliche System, »daß alles auf Willen, Freiheit und wirklicher Tat beruhe«. In der Entscheidung zwischen den »zwei Ansichten von der Welt« war für Schelling keine »Frage mehr, welchem System ein gesunder Sinn sich zuwenden solle«:[197] »Freiheit ist unser und der Gottheit Höchstes«,[198] Freiheit war *sein* »A und O«.[199]

Puchta interpretierte ganz parallel das Recht als freies Produkt des Volksgeistes. In seiner Enzyklopädie von 1841 erläuterte er seinen Freiheitsbegriff. Während der Mensch mit Körper und Seele der Naturnotwendigkeit unterworfen sei, sei er zugleich »geistiges Wesen«. Hierdurch sei er »von allen anderen Geschöpfen dadurch ausgezeichnet, daß ihm zugleich die Möglichkeit gegeben ist, sich selbst zu etwas zu bestimmen, ein Wille, eine Wahl«.[200] Diese Freiheit diente der Abgrenzung der menschlichen Sphäre gegen Gott. Gottes Freiheit sei inhaltlich unbestimmt, »lautere Freiheit«.[201] Die menschliche Freiheit habe demgegenüber in der durch die Vernunft, als der Möglichkeit »das Nothwendige zu erkennen« vermittelten »Naturnothwendigkeit« eine »Äußere Gränze«. Hierdurch werde der Inhalt der Freiheit jedoch »nicht modificiert«, innerlich sei die Freiheit damit noch »unbeschränkt«.[202] Ihren eigentlichen Inhalt erhielt die menschliche Freiheit durch die Freiheit Gottes. Ihr gegenüber bedeutete die menschliche Freiheit nicht, daß sie »in sich selbst sein Ziel und seine Richtschnur habe«.[203] Der Mensch könne der »Herrschaft Gottes« nicht entkommen. Auf Erden war ihm jedoch die Möglichkeit gegeben, sich freiwillig zu unterwerfen, oder andernfalls »Knecht

196 Schelling, Philosophie der Mythologie, 1837, S. 103.
197 Auch die vorherigen Zitate nach: Schelling, Urfassung der Philosophie der Offenbarung I, 1831/32, S. 5.
198 Schelling, Urfassung der Philosophie der Offenbarung I, 1831/32, S. 79.
199 Inzwischen viel zitiert nach Plitt I, 1869, S. 76; auf »Freiheit« als durchlaufendes Thema von Schellings philosophischen Bemühungen hat vor allem Walter E. Ehrhardt wiederholt hingewiesen, vgl. ders., »Die Wirklichkeit der Freiheit«, 1976, S. 109 ff., 116; ders., »Nur ein Schelling«, 1977, S. 111 ff.
200 Puchta, Cursus der Institutionen I, 1841, S. 3.
201 Puchta, Cursus der Institutionen I, 1841, S. 3.
202 Puchta, Cursus der Institutionen I, 1841, S. 7.
203 Puchta, Cursus der Institutionen I, 1841, S. 8.

https://doi.org/10.5771/9783465133278-113 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

der Sünde zu seyn«.[204] Die dem Recht zugrundeliegende Freiheit war als »Wahl zwischen Gutem und Bösem«[205] Freiheit für oder wider Gott. Indem Puchta eine so verstandene Freiheit zum »Keim des Rechts« [206] machte, war die von Stahl behauptete Deckung zwischen göttlichem Willen und menschlichem Recht aufgehoben. Recht war freies Produkt des Volksgeistes, geprägt durch »die eigenthümliche Entwicklung des Rechtsbewußtseyns«, beeinflußt durch die »Individualität« verschiedener »Stämme« und »Abtheilungen«, es hatte »seine Provincialismen so gut, als die Sprache«.[207]

d) Der Sündenfall als »positiver« Nachweis der menschlichen Freiheit

Positive Philosophie verlangte den Nachweis, daß die menschliche Freiheit, wie von Puchta behauptet, auch historisch der Entstehung des Rechts vorausging. Den Beginn der menschlichen Freiheit datierte Puchta in die Zeit, »wo der Mensch aus seinem ursprünglichen Verhältnis zu Gott heraustrat«.[208] Der Sündenfall habe die ursprüngliche Einheit zwischen göttlichem Recht und menschlicher Lebenswelt zerstört.[209] Seitdem sei der Begriff des Rechts »nur allmählich zu seiner Entfaltung gekommen«.[210]

Der anonyme hegelianische Rezensent des ersten Bandes der Institutionen witterte 1842 in diesen Worten »theologische Jurisprudenz oder juristische

204 Puchta, Cursus der Institutionen I, 1841, S. 8.

205 Puchta, Cursus der Institutionen I, 1841, S. 9. Diese Definition hatte Puchta möglicherweise von Schellings Freiheitsschrift, 1809, S. 352, übernommen; dies wird durchweg angenommen, vgl. die Nachweise oben III. Denkbar ist jedoch auch hier eine Orientierung an Schellings Münchener Vorlesungen. Die Definition findet sich in der Geschichte der neueren Philosophie von 1833/34, Werke I 10, S. 115 und jedenfalls in der späteren Berliner Mythologie, Werke II 2, S. 144 (mit Gründung im Sündenfall). Auch die weitere in diesem Kontext von Puchta verwendete Terminologie war Schelling nahe, so etwa die Vernunft als Fähigkeit »das Notwendige zu erkennen« (vgl. seine Auseinandersetzung mit Jacobi in Schelling, Urfassung der Philosophie der Offenbarung I, 1831, S. 11 f.) oder Gottes »lautere[r] Freiheit« (Schelling, Einleitung in die Philosophie, 1830, S. 110). Smids Behauptung (Freiheit als »Keim« des Rechts, 1989, S. 305), Puchta habe sich »in ganzen Passagen wörtlich« an Schellings Auseinandersetzung mit Hegel angeschlossen, ist freilich auch mit Blick auf die von Smid genannte Freiheitsschrift und die Geschichte der neueren Philosophie nicht nachweisbar. Genauer diesbezüglich bereits Hollerbach, Der Rechtsgedanke Schellings, 1957, S. 333.

206 Puchta, Cursus der Institutionen I, 1841, S. 6.

207 Puchta, Cursus der Institutionen I, 1841, S. 24 f.

208 Puchta, Cursus der Institutionen I, 1841, S. 20

209 Puchta, Cursus der Institutionen I, 1841, S. 10: Das Recht sei also durchaus »dem Sündenfall vorangegangen, und es hatte vor ihm ein vollkommeneres Dasein, da die rechtliche Herrschaft ununterbrochen mit der factischen war«.

210 Puchta, Cursus der Institutionen I, 1841, S. 20.

https://doi.org/10.5771/9783465133278-113 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

Theologie«[211] und eine Ersetzung der Vernunft durch den Glauben. Schon Puchtas Ausgangspunkt der dargestellten Bildungsgeschichte des Rechts mochte er nicht recht nachvollziehen.

> »Der Verfasser ist sehr befreundet mit dem Sündenfalle, und erklärt ihn für eine ›geschichtliche Thatsache‹. Er ehrt das Andenken seiner Amme, welche ihm gesagt hat, daß der erste Mensch durch den Sündenfall von Gott sich entfernt, und diesem, dem er vorher so ganz geglichen, nunmehr unähnlich geworden sei. Er kann dieser, ihm als kleinen Natur- und Kappenmenschen tief eingeprägten Erzählung auch jetzt, wo er groß und ein Geistmensch geworden ist, der Amts- und Würdenkleidung trägt, noch nicht sich entschlagen, und es thut seinem Herzen wohl, die Erzählung all denen, welche sie hören wollen, zu wiederholen«.[212]

Des Rezensenten Verweis auf den »Meister des Herrn Verf.«, Schelling,[213] und darauf, daß nach Puchta »alle Philosophie, welche das Recht auf die Vernunft gründen wolle, durch die Erfahrung widerlegt werde« macht freilich deutlich, daß ihm diese Argumentation möglicherweise nicht so fremd war, wie es auf den ersten Blick schien.

Im Sommersemester 1842 las Schelling erstmals auch in Berlin Philosophie der Mythologie. In seiner gleichnamigen Münchener Vorlesung hatte er seit 1828 seine historisch-kritische Begründung des Prinzips der Religionsphilosophie ebenfalls mit dem Sündenfall begonnen. Schelling behandelte das Alte Testament selbst als mystisch überlieferten Blick in eine vorzeitliche Vergangenheit:

> »Die Bücher des Alten Testaments gehören der allgemeinen Forschung an, sie sollen einmal aufhören, bloß in den Händen der Theologen zu sein; jene Bücher bieten uns mehr, als die Schätze Persiens und Indiens; sie steigen in eine Zeit hinauf, wo keine Keilschrift die Wände von Persepolis, keine Hieroglyphen die Obelisken noch bedeckten.«[214]

Überlieferungen in der heiligen Schrift waren wie mythologische Zeugnisse »unverwerfliches Denkmal aus der vorgeschichtlichen Zeit« und ließen damit »Schlüße« zu, »die ziemliche Gewißheit verschaffen«.[215]

Puchta, den zuvor die »dunkleren Sagen der Heidenwelt« in seiner Beweisführung kaum interessiert hatten[216] und der statt dessen versucht hatte, über die Rückverfolgung »innerer Zusammenhänge« die dunkle Vergangenheit zu

211 Anonymus, Rez. Cursus der Institutionen I, 1842, S. 440.
212 Anonymus, Rez. Cursus der Institutionen I, 1842, S. 435 f.
213 Anonymus, Rez. Cursus der Institutionen I, 1842, S. 434.
214 Schelling, Einleitung in die Philosophie, 1830, S. 104.
215 Schelling, Philosophie der Mythologie, 1837, S. 107.
216 Puchta, Gewohnheitsrecht I, 1828, S. 133.

https://doi.org/10.5771/9783465133278-113 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

rekonstruieren,[217] hob 1829 erstmals die Bedeutung der »Offenbarung in der heiligen Schrift und Mythologie« als Erkenntnismittel des Historikers hervor: »Denn diese historischen Nachrichten beginnen allerdings nicht erst mit der objektiven Geschichte, sondern theilen uns auch den ihr vorausgehenden Zustand mit.«[218] Für Puchta wie für Schelling[219] war damit die Genesis die »älteste Urkunde, die wir besitzen«.[220]

e) Recht im Prozeß der Weltalter

Mit dem Sündenfall begann die Entfaltung des Rechtsbegriffs. Hier zeigten sich nun die Grenzen der menschlichen Freiheit. Diese lagen nicht, wie gezeigt, in einer Unterwerfung unter Gottes Willen. Gebunden war der Mensch in seiner sonstigen Freiheit jedoch an seine Eigenschaft als »Naturwesen«: »Diesen Körper und diese Seele, mit ihren wesentlichen Eigenschaften und Fähigkeiten, hat der Mensch nicht durch eigene Wahl, sondern als etwas nothwendiges, von seiner Bestimmung unabhängiges.«[221] In seiner »creatürlichen Ausstattung« fand sich der auf Gott zurückweisende »Sinn des Rechts«. Dieser sei die »Gleichheit zu schützen bestimmt«, indem er »die individuellen Ungleichheiten dem Allen gleichmäßig Zukommenden: der Persönlichkeit, der Möglichkeit eines Willens, unterwirft, und dem Trieb des Menschen, das Andere auf sich zu beziehen, es sich zu unterwerfen, indem es ihn gewähren läßt, Schranken setzt«.[222]

Durch diesen Sinn des Rechts sollte ein anderer unentrinnbarer »Trieb nicht unterdrückt, aber leitend beherrscht werden«:[223] Der »mit der Natur behaftete Geist« sei auch »Drang, sich von dem Mitseienden zu unterscheiden«. Unbeherrscht führe dies zu »Stolz, zur Selbstsucht und zum Haß«.[224] Recht entstand für Puchta somit in einem Spannungsverhältnis: Auf der einen Seite war der Mensch, als Individuum und im Kollektiv, getrieben zur Vereinzelung, auf der anderen Seite stand sein »Sinn« des Rechts, der ihn die anderen Freiheitssphären als Grenze der eigenen anerkennen ließ.

Dieses Spannungsverhältnis prägte nun die Struktur des im Volksgeist emanierenden Rechts.

217 Vgl. oben S. 239 ff.
218 Puchta, Rez. Schildener, 1829, S. 18 f.
219 Vgl. Historisch-kritische Einleitung in die Philosophie der Mythologie, 1842, Werke II 1, S. 175; Einleitung in die Philosophie der Offenbarung, 1842/43, Werke II 4, S. 310.
220 Puchta, Cursus der Institutionen I, 1841, S. 9.
221 Puchta, Cursus der Institutionen I, 1841, S. 3.
222 Puchta, Cursus der Institutionen I, 1841, S. 18.
223 Puchta, Cursus der Institutionen I, 1841, S. 17.
224 Puchta, Cursus der Institutionen I, 1841, S. 17.

https://doi.org/10.5771/9783465133278-113 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

Es ergab eine »doppelte Aufgabe« des Rechts: »Auf der einen Seite hat es zur Herrschaft über das Ungleiche und Individuelle zu gelangen, es darf nicht von ihm beherrscht werden … Auf der anderen Seite soll aber auch dem Individuellen sein Recht widerfahren, die rechtliche Form soll durch diesen Stoff, ohne Eintrag der Reinheit des Rechtsbegriffs, bestimmt werden.«[225] Dabei erlebe das Recht eine »Bildungsgeschichte«[226] »durch die ganze Menschheit, an dem jedes Volk seinen besonderen Antheil hat … Jener Bildungsgang des Rechts läßt sich von Glied zu Glied, durch die Völker hindurch, die einander gefolgt sind, theils ahnen, theils erkennen. Nur allmählich hat der Rechtsbegriff zu größerer Lauterkeit und Klarheit sich entfaltet, durch stufenweises Abstreifen der ihn deckenden und trübenden Hüllen.« In keinem seiner Erlanger Werke hatte Puchta diesen Aspekt herausgestellt. Erstmals tauchte 1838 der Gedanke auf, daß das Recht nur »auf der gegenwärtigen Stufe seiner Entwicklung etwas nationelles« sei.[227] Die Entwicklung des Rechts bekam eine Doppelbedeutung, teils als »Recht des einzelnen Volkes, in dem es recipirt ist«, teils als »allgemeines Recht der civilisierten Nationen«.[228] Auch das Recht überhaupt hatte nun eine Geschichte »theils in den einzelnen Völkern, theils von Volk zu Volk in der gesammten Menschheit«.[229] Der Bildungsprozeß lief auf die Erfüllung der dem Recht gesetzten Aufgaben hinaus. Da diese Aufgabe dem menschengemachten Recht von Gott mitgegeben war, lief er damit zugleich auf Gott zu. 1828 hatte Puchta noch versteckt bemerkt, daß nicht nur das Recht, sondern auch die »Religion im Alterthum, wo sie noch etwas nationelles *war*, eine Richtung des Volksgeists« gewesen sei.[230] Wenn er 1841 hervorhob, »das Recht selbst *ist* für die Menschen, welche der Erkenntnis seines Ursprungs noch nicht entfremdet sind, ein Theil der Religion«,[231] so war die Verbindung zwischen Recht und Religion bis in die Gegenwart wirksam.

Erneut lohnt ein vergleichender Blick in Schellings Mythologievorlesungen. Mit dem Sündenfall begann für Schelling der Prozeß der Religionsbildung. Die nun entstehende Mythologie wurde Teil eines organischen Prozesses der Religionsbildung mit den für einen Organismus typischen Merkmalen der Selbstrückkehr, Wesensgleichheit im Wandel und der Ausfaltung in ontisch

225 Puchta, Cursus der Institutionen I, 1841, S. 19.
226 Puchta, Cursus der Institutionen I, 1841, S. 21.
227 Puchta, Pandekten, 1838, S. 11.
228 Puchta, Cursus der Institutionen I, S. 107.
229 Puchta, Grundzüge des Civilrechts, o. J., S. 593.
230 Puchta, Gewohnheitsrecht I, 1828, S. 139.
231 Puchta, Cursus der Institutionen, 1841, S. 23.

https://doi.org/10.5771/9783465133278-113 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

differente Momente.[232] Schellings anfänglich strikte Ablehnung[233] der Möglichkeit einer transzendentalen Geschichtsphilosophie wurde in München lediglich mit Blick auf Hegels begriffliche Ableitungen beibehalten.[234] In seinen Vorlesungen bekam die Geschichte nun periodische Struktur, die in verschiedenen Ausprägungen[235] mit dem Sündenfall begann und mit dem Vernunftreich endete. Die dazwischen liegende Geschichte wurde als Rückweg zu Gott[236] gedeutet und damit der menschlichen Freiheit eine Richtung gewiesen.[237] Indem die Mythologie als »Naturgeschichte des Bewußtseins«[238] nachgewiesen wurde, mußte es nun möglich sein, sie als Ausfluß der Produktivität der Natur und damit mit der in der Naturphilosophie entwickelten Potenzenlehre darzustellen.[239] Durch die Abkehr von Gott geriet der Mensch unter die Herrschaft der miteinander streitenden natürlichen Potenzen. Es begann der »mythologische Prozeß«. In allen Mythologien sah Schelling übereinstimmend eine Stufung vom relativen Monotheismus über die Zweigötterlehre zum Polytheismus. Mit dem Christentum kam es zur Befreiung des Menschen vom natürlich-notwendigen Prozeß der Mythologiebildung und es begann für die Religion die Stufe der Offenbarung. Erst indem der Monotheismus als »reales Prinzip«[240] frei erkannt wurde, wurde die Stufe der natürlichen Religion verlassen und die Stufe der Freiheit in der Religion betreten. Der Weg der Mythologie führte also gleichermaßen zu Gott wie zur Freiheit in Gott. Von dieser Entwicklung wurde die ganze Menschheit er-

232 Vgl. Dierksmeier, Der absolute Grund des Rechts (2003), S. 167; Kolbeck/Nicolai, Von der Organisation der Kultur zur Kultur der Organisation, 1996, S. 34 m. w. N.

233 ›Es ist keine Philosophie der Geschichte möglich‹, Schelling, Aus der Allgemeinen Übersicht der neuesten philosophischen Literatur, 1797/98, Werke I 1, S. 466; hierzu differenzierend Jacobs, Gottesbegriff und Geschichtsphilosophie in der Sicht Schellings, 1993, S. 211 ff.

234 Die nun gegen Hegel gerichtete Kritik war in der Sache nicht neu. Bereits 1797/98 hatte er ausgeführt: »was a priori zu berechnen ist, was nach nothwendigen Gesetzen geschieht, ist nicht Objekt der Geschichte; und umgekehrt, was Objekt der Geschichte ist, muß nicht a priori zu berechnen seyn«, Werke I 1, S. 466 f.

235 Überblick bei Knatz, Schellings Welt der Geschichte, 1996, S. 52 f.

236 Zur heilsgeschichtlichen Ausrichtung von Schellings Spätsystem Wilson, Schellings Mythologie, Stuttgart 1993, S. 48 ff., 80 ff.

237 In seiner ersten Philosophie der Offenbarung formulierte er 1831: »Wer also das Christentum nicht begreift, begreift auch die Geschichte nicht«, Schelling, Urfassung der Philosophie der Offenbarung, 1831/32, S. 5.

238 Peetz, Philosophie der Mythologie, 1998, S. 160.

239 Das folgende nach der klaren Zusammenfassung bei Peetz, Philosophie der Mythologie, 1998, S. 163 ff.

240 Schelling, Philosophie der Mythologie 1837, S. 110.

https://doi.org/10.5771/9783465133278-113 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

griffen, jedes Volk war der ihm auf diesem Wege zugewiesenen Rolle unterworfen. Schelling sprach in diesem Zusammenhang vom »theogonischen Prozeß«.

Wetzell wies in seinem Nekrolog auf die Übereinstimmungen zwischen Puchta und Schelling, auch in dieser Hinsicht, hin. Puchtas Blick in das »Gesammtleben des Menschengeschlechts, in welchem jede Volksindividualität den Boden ihrer Existenz hat«, zeige den »Schüler Schellings«.[241] Puchtas Einbettung des nationalen Rechts in den Weg zu einem Recht »der ganzen Menschheit«[242] beschrieb das Recht gleich Schellings Mythologie als natürlichen, also menschlich ungesteuerten Prozeß. Dieser Prozeß erfolgte in Stufen und wurde durch den Widerstreit zwischen dem menschlichen Vereinzelungstrieb und dem auf Herrschaft der Gleichheit gerichteten Sinn des Rechts angetrieben. Auch bei Puchta waren es »feindliche Potenzen«,[243] die den Organismus zur Entwicklung trieben. In seiner Geschichte des römischen Rechts untersuchte er dessen Stufungen nun weniger mit dem zuvor bestimmenden[244] Blick auf die Zuständigkeit (von Priester und Volk zu Wissenschaft) und die Methode der Bearbeitung (von Intuition zu Wissenschaft), sondern unterschied verschiedene Stufen des Rechts nach ihrer Konsistenz. Nun erlebte das Römische Recht einen ersten »Fortschritt« im Übergang vom *ius naturale*, welches »auf einem dunklen Trieb, nicht auf vollem Bewußtseyn« beruhte, zum *ius gentium*, das der *naturalis ratio* entsprang.[245] Erst mit dem ius civile erreichte das römische Recht seine Vollendung, womit zugleich die erste Aufgabe des Rechts gelöst worden sei, die »Herrschaft über das Ungleiche und Individuelle«.[246] »Beruf der neuen Welt« sei, das Recht im Hinblick auf die zweite Aufgabe zu vollenden, also dem »Individuellen sein Recht widerfahren« und damit die rechtliche Form durch den nunmehrigen Stoff[247] bestimmen zu lassen.

Das Recht zeigte in diesem Prozeß alle Merkmale eines Organismus, seine Veränderung »ist nicht eine solche, wodurch es aufhörte dasselbe zu seyn, Es ist dasselbe Volk am Anfang und am Ende seiner Laufbahn, und ist doch hier und dort ein anderes; eben so wird sein Recht ein anderes, und ist doch stets

241 Wetzell, 2. Nachruf Puchta, 1846, S. XLVII.
242 Puchta, Cursus der Institutionen I, 1841, S. 22.
243 Puchta, Juristische Gegensätze des Tagen, 1838, Sp. 787.
244 Vgl. oben S. 118 ff.
245 Puchta, Cursus der Institutionen I, 1841, S. 20 f. Anm. a) und b), konkret durchgeführt dann S. 111 ff.; vgl. die Zusammenfassung der Gesamtlinie in: Cursus der Institutionen II, 1842, S. 263 f.
246 Puchta, Cursus der Institutionen I, 1841, S. 22, 19.
247 Puchta, Cursus der Institutionen I, 1841, S. 22, 19.

https://doi.org/10.5771/9783465133278-113 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

das Recht dieses Volkes. Denn nicht bloß die Rechtssätze, die das Recht eines Volkes gleichzeitig enthält, sind Glieder eines Organismus; diese organische Eigenschaft hat das Recht auch in seinem Fortschreiten, auch das successive Verhältnis der Rechtssätze ist ein organisches.«[248] Insofern ging Puchta über frühere Äußerungen nicht hinaus. Neu war hingegen, daß dieser nationale Organismus darauf abzielte, im Organismus eines »Weltrechts«[249] aufzugehen. Dieser Gedanke tauchte erstmals 1840 auf: »Es ist eine allgemeine, in allen Gebieten des Geistes sichtbare, von dem Aufmerksamen nicht zu übersehende Erscheinung: die wachsende Macht des den Völkern Gemeinsamen, wodurch die nationellen Individualitäten nicht vernichtet, aber den Einflüssen des allgemeinen Menschlichen geöffnet, verklärt, und über schroffe Abgeschlossenheit und abstossendes Verhalten hinaus gehoben werden sollen.«[250]

Blieb das Recht auch »im gegenwärtigen Weltalter das Recht dieses oder jenes Volks«,[251] so fand sich doch bereits jetzt die Tendenz,

> »daß der individuell-eigenthümliche Geist eines Volks sich allmählich dem Einfluß allgemeiner, über den abgeschlossenen Charakter dieses Volks hinausgehender Gedanken öffnet; denn jede Bildung besteht in der Aufnahme eines Allgemeinen, das sich mit dem Besonderen vermählt, und dessen natürliche Schroffheit und Isolierung überwindet. Diese Erscheinung wird auch in dem Recht sichtbar, dessen anfängliche strengnationelle Eigenschaft nach und nach durch allgemeinere auf das Rechtsbewußtseyn wirkende Elemente gemildert wird … Jedem Volk ist sein Antheil an der Aufgabe gesetzt, auch in dem Recht hat es diese Aufgabe an seinem Theil zu vollenden, es nähert sich diesem Ziel durch die verschiedenen Bildungsstufen, die das Recht bei ihm durchläuft.«[252]

Bei Schelling fand Puchta damit die Antwort auf Stahls Aufwerfen der Frage nach dem göttlichen Ursprung des Rechts. Das Recht war »menschliche Hervorbringung«,[253] die gleichwohl »dem Begriffe der Vernunft«[254] nicht unterworfen war. Recht war göttlichen Ursprungs, aber freies menschliches Tun. Damit trennte Puchta sehr klar das Recht von der Moral.[255] War auch selbstverständlich, daß das Recht »göttlichen Geboten« jedenfalls nicht »entschieden« widerstreiten durfte,[256] so war ansonsten Stahls theokratisches

248 Puchta, Cursus der Institutionen I, 1841, S. 45.
249 Puchta, Rez. Savigny, System, 1840, S. 676; ders., Cursus der Institutionen I, 1841, S. 462.
250 Puchta, Rez. Savigny, System, 1840, S. 676.
251 Puchta, Cursus der Institutionen I, 1841, S. 99.
252 Puchta, Cursus der Institutionen I, 1841, S. 46.
253 Puchta, Cursus der Institutionen I, 1841, S. 23; vgl. oben Kap. 2 II 3.
254 Puchta, Cursus der Institutionen I, 1841, S. 4.
255 Hierzu auch Rückert, Autonomie des Rechts in rechtshistorischer Perspektive, 1988, S. 80 ff.
256 Puchta, Pandekten, 1838, S. 23; hierzu genauer unten Kap. 5 I 5 a).

https://doi.org/10.5771/9783465133278-113 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

Rechtsverständnis doch zurückgewiesen. 1828 hatte Puchta noch die Moral unspezifisch am »menschlichen Wohl« ausgerichtet und die Abgrenzung zum Recht daran bemessen, daß rechtliche Überzeugung nur dem Volksgeist, moralische Überzeugungen aber auch dem »Geist des Einzelnen als Solchen« entspringen könne.[257] 1841 forderte die Moral den »Gott gefälligen Gebrauch der Freiheit«[258] und das Recht gewährte nun den Freiraum für die Entscheidung des Menschen für oder gegen Gott, also für das Gute oder Böse.[259] Indem der Einfluß Gottes dem Rechtsbegriff gleichwohl eine »Entfaltung« und eine »Bildungsgeschichte« vorgab, bekam das Recht eine Richtung, es wurde »gleicher«. Der »Sinn des Rechts« gab damit den Weg zurück zu Gott vor.

VI. Auswirkungen auf Puchtas Systembegründung

1. Die »freie oder historische Seite des Rechts«

Indem Puchta Freiheit nicht nur, wie bereits seit 1822 zum systematisch-politischen Ausgangspunkt seines Rechtssystems, sondern auch zum »Keim des Rechts« machte, bekam der Volksgeist Konturen. Recht schützte nicht nur die Freiheit des Individuums, es entstand auch aus Freiheit. Die Auseinandersetzung mit Stahl hatte Puchtas Rechtsentstehungslehre entscheidend präzisiert. Dies wurde deutlich in einer Auseinandersetzung mit Philipp Eduard Huschke. Huschke zeigte seit Mitte der zwanziger Jahre in seinen Schriften vermehrt spekulative Züge. Als Savigny 1837 für die sechste Auflage seines »Recht des Besitzes« eine Auseinandersetzung mit den zeitgenössischen Debattanden in der Frage »Recht oder Faktum« vorbereitete, geriet auch Huschkes Stellungnahme in dieser Frage in sein Blickfeld. Huschke hatte die Frage nach der Rechtsnatur des Besitzes, die inzwischen wissenschaftspolitische Dimension erreicht hatte,[260] 1835 mit einer historischen Ableitung zu lösen versucht. Er deutete den Gegensatz zwischen Ramnes und Quiriten als einen solchen zwischen Leib und Geist, der sich rechtlich im Gegensatz zwischen der bloßen Gewalt und ihrem Schutz durch Interdikte und dem Eigentum als rechtlichem Stadium fortsetze.[261] Gemessen hielt Savigny Huschke entgegen, daß damit die Rechtslage zu Zeiten Justinians nicht mehr erklärt werden könne. Zu diesem Zeitpunkt habe niemand mehr an »Ramnes und Tities« gedacht. Der Gesetzgebung müsse daher »aus einem praktischen

257 Puchta, Gewohnheitsrecht I, 1828, S. 138.
258 Puchta, Cursus der Institutionen, 1841, S. 9.
259 Puchta, Cursus der Institutionen, 1841, § 4.
260 Vgl. hierzu auch oben S. 269 ff.
261 Huschke, Über Fest. v. Possessiones und Possessio, zu S. 2, 1835, S. 75 ff., insb. 99 ff.

https://doi.org/10.5771/9783465133278-113 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

Bedürfnis, aus einem Interesse der Gegenwart, erklärt werden«.[262] Dabei solle vom »Überschwänglichen« dieser Ansicht gar nicht die Rede sein. Gegenüber Jacob Grimm wurde Savigny diesbezüglich deutlicher. Der »Schwärmgeist«[263] Huschke, gehöre zu den Leuten, »die die tiefere Bedeutung geschichtlicher Erscheinungen ungleich besser erkennen als der liebe Gott«.[264] Auch Puchta erhielt zu diesem Thema brieflich nähere Ausführungen Savignys, die aber nicht erhalten sind. Puchta Zitaten zufolge stand darin Huschke beispielhaft für die »wissenschaftlichen Verirrungen« seiner Zeit, er betreibe »wissenschaftl.[iche] Zauberey«.[265]

Puchta hielt Savignys Kritik an Huschke für »überaus glücklich«: »Was doch die Philosophie für Verwüstungen in den Gehirnen unserer Zeitgenossen anrichtet.«[266] Puchta[267] verortete Huschke im hegelianischen Lager. 1837 entschloß er sich, »einen philosophischen Angriff auf seine Philosophie zu machen«.[268] Aus der daraus entstehenden Korrespondenz hat sich ein Briefentwurf Puchtas erhalten, der seine Kritik an Huschke auf den Punkt bringt.

Huschke hatte im Frühjahr 1837 seine Methode dahingehend beschrieben, daß er sich »überall bemühe, in den Dingen selbst zu denken, sie aus sich heraus zu entwickeln, und, was damit zusammenhängt, daß ich nicht nur in ihnen selbst eine gewisse *ratio*, sondern auch einen eben solchen rationellen Zusammenhang mit tiefern Beziehungen des Menschenlebens und des ganzen Daseyns überhaupt voraussetze und darzulegen suche«.[269] Puchta entgegnete:

262 Savigny, Besitz, 6. Aufl. 1837, S. 57.
263 Brief Savignys an Grimm vom 20.3.1837, Stoll II, 1929, S. 497.
264 Brief Savignys an Grimm vom 20.3.1837, Stoll II, 1929, S. 497.
265 Brief an Savigny vom 30.6.1838.
266 Brief an Savigny vom 30.6.1838.
267 Den obigen Erwägungen folgend, kann hier dahingestellt bleiben, welchem der zeitgenössischen Philosophen sich Huschke damit anschloß, es genügt, daß Puchta ihn als Hegelianer einschätzte. Nach Schirmer, Ph. E. Huschke, in: AcP 70, 1886, S. 163 ff., 166, ging Huschkes Neuausrichtung auf den durch Heinrich Steffens vermittelten Einfluß von Schelling zurück; ihm folgend Pfaff, in ADB 50, 1905, S. 515 ff. (mit Bibliographie); wie Puchta, sah demgegenüber vor allem Hegelianisches bei Huschke auch Landsberg, GDR 3.2., 1910, S. 489 ff.; Noten S. 218 f.; ebenso auch Wieacker, Griechische Wurzeln des Institutionensystems, 1953, S. 91 ff., 94; demgegenüber sieht Behrends, Vorwort zu der von ihm besorgten Neuausgabe der Übersetzung von Edward Gibbons, Historische Übersicht des Römischen Rechts, 1789/1996, S. 208 Anm. 63 (wie Wieacker mit Blick auf den »Bovigus«) bei Huschke eine Übersteigerung eines »theologisch-schöpfungstheoretischen Ausgangspunkts«, den er auch bei Savigny findet.
268 Brief an Savigny vom 12.8.1838; schnell offenbarten sich unversöhnliche Gegensätze, vgl. Brief Puchtas an Savigny vom 15.10.1838.
269 Huschke, Die Verfassung des Königs Servius Tullius, 1838, S. XII, die Vorrede datiert »im März 1837«.

https://doi.org/10.5771/9783465133278-113 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

»Sie setzen an die Stelle der *logischen* Nothwendigkeit das Hegel.[sche] System einer *Natur*nothwendigkeit. Ich kann nicht verhehlen, daß mir die erste der *Freiheit* und Persönlichkeit, die sie freilich auch aufhebt, doch noch mehr Recht widerfahren läßt, als die letzte. Und dann indem Sie *den Menschen zum Sclaven der Natur* machen, fesseln Sie ihn noch strenger als die Natur, der in ihrer Ordnung zugleich eine Mannigfaltigkeit und *Abweichung von der Ordnung der Vernunft* gegeben ist, die indem sie ein Symbol der Freiheit des Menschen ist, gerade das Leben ausmacht.«[270]

In der Sache klang dies ähnlich wie der ältere Vorwurf gegen Gans, er kenne kein »zufälliges Dasein«.[271] 1826 war die erkenntnistheoretische Dimension dieses Vorwurfs aber kaum deutlich geworden. Wenn Puchta 1825 bemerkt hatte, je »verwickelter diese Zustände sind, desto mehr muß auch ihr innerer Zusammenhang der Anschauung verborgen seyn«,[272] so klang dies nach Zugangsproblemen, nicht nach einem unüberwindlichen Dualismus im Sinne Kants. Erkenntnis durch Anschauung war offenbar schwierig, aber grundsätzlich möglich. 1837 klangen die Probleme weit grundsätzlicher. Puchtas Betonung der Freiheit verwies neben ihrer materialen Ebene, dem Schutz der Rechtsfähigkeit (Persönlichkeit), auf eine deutlich erkenntnistheoretische Dimension: der Natur war eine Abweichung von der Ordnung der Vernunft gegeben.

Puchta vollzog hier keine Rückwendung zum kritischen Kant.[273] Kant war für Puchta in den dreißiger Jahren nicht mehr taugliches Fundament der Jurisprudenz. Dies teilte er 1839 Thibaut unmißverständlich mit:

> »Wenn ein Jurist in seinen philosophischen Vorstudien bei Kant stehen geblieben ist, so wollen wir ihn darum nicht tadeln, aber das scheint billig, dass er wenigstens die Möglichkeit anerkenne, es sei nach Kant in der Philosophie einiges geleistet worden, was sich auch in der Jurisprudenz auf keine Weise durch blosses Ignorieren abfertigen läßt.«

Der hier angesprochene »Fortschritt in der Philosophie, der weit entfernt ist, sich blos in der Jurisprudenz kund zu geben«,[274] verwies erneut auf Schelling.

270 Puchta, Entwurf eines Briefs an Huschke, ohne Datum; der letzte Relativsatz bezieht sich wohl auf die Natur im Puchtaschen Sinne, nicht auf die Vernunft (Hervorhebungen von mir).
271 Vgl. oben S. 234 ff.
272 Puchta, Encyclopädie, 1825, S. 20.
273 Mit Blick auf Kants Kritik der reinen Vernunft interpretiert Puchta solchermaßen Montanari, Arbitrio normativo, 1984, S. 151.
274 Beide Zitate bei Puchta, Rez. Thibaut, Über die historische und nichthistorische Rechtsschule, 1839, S. 190.

https://doi.org/10.5771/9783465133278-113 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

Puchta nahm hier Schellings Münchener Kritik an Hegel auf.[275] Bereits[276] 1827 in der ersten Münchener Weltalterphilosophie und dann durchweg[277] warf Schelling Hegel vor, mit dem bruchlosen Übergang von der Logik zur Realphilosophie der Enzyklopädie – die bekanntlich auch die (kleine) Rechtsphilosophie umfaßte[278] – den Gegenstand verfehlt zu haben. Schelling thematisierte eine Überschätzung der Leistungsfähigkeit der Vernunft mit Blick auf das Positive bei Hegel: »Es läßt sich nimmermehr einsehen, wie es möglich sei, aus dem bloßen Begriff einen Übergang in die Natur wirklich zu finden.«[279] Die von Kant aufgestoßene Lücke zwischen Subjekt und Objekt war für Schelling »rationalistisch« nicht zu schließen: »Die Welt besteht aus Begriffen und zufälligen Dingen; eben das Reale ist die Differenz vom Denken.«[280]

Diese Perspektive bestimmte nun auch Puchtas Auseinandersetzung mit Hegel. Die Huschke gegenüber geäußerte Kritik hielt er in seiner Enzyklopädie von 1841 auch Hegel selbst entgegen. Hegels Rechtsphilosophie »beschäftige sich mit dem wirklichen Recht, aber nur mit dem, was daran vernünftig sey, und dieses Vernünftige sey eben das eigentlich Wirkliche am Recht«. Diese Beschränkung auf das »Seynsollende im Seienden« sei nur eine

275 Darstellung dieser Kritik beispielsweise Brinkmann, Schellings Hegel-Kritik, 1976, S. 117 ff. (mit allerdings überholter Deutung); Frank, Der unendliche Mangel an Sein, 1975, 2. Aufl., 1995; Horstmann, Logifizierte Natur oder naturalisierte Logik?, 1986, S. 290 ff.; in geschichtsphilosophischer Perspektive Smid, Folgen der Kritik des Geschichtskonzepts in der Hegelschen Rechtsphilosophie durch Schelling für die Staatsphilosophie, 1987, S. 338 ff., bes. 352 ff.

276 Inwieweit Schelling die Angriffe gegen Hegel bereits in Erlangen vortrug, ist unklar. In den vom Sohn herausgegebenen Werken I 10, S. 161 ff. ist ein kurzer Anhang aus einem Erlanger Manuskript zu Hegel abgedruckt. Inwiefern Schelling nach der Initia vom WS 1820/21 die von angekündigten Vorlesungen in Erlangen gehalten hat, ist nicht ganz geklärt, vgl. oben S. 323. Bereits im System der Weltalter von 1827/28 findet sich Schellings Hegel-Kritik, vgl. Schelling, System der Weltalter, 1827/28, S. 57 ff.

277 Vgl. Brief an Savigny vom 17.8.1829, bei Bohnert, Vierzehn Briefe, 1979, S. 10, über: »einige treffende Züge zu dem Bild hegel. Philos.« in Schellings Vorlesungen.

278 Vgl. Hegel, Enzyklopädie der philosophischen Wissenschaften III, 1830, Werke I 10, 1986, §§ 488 ff.

279 Vgl. Schelling, Einleitung in die Philosophie, 1830, S. 61 ff., 62. Der Verfasser der Nachschrift ist unbekannt. Laut Ehrhardt, a. a. O., S. IX, überprüfte und korrigierte Schelling das im Besitze Maximilians II. befindliche Heft.; vgl. auch die ansonsten herangezogene Geschichte der neueren Philosophie, 1833/34, Werke I 10, S. 152: »Daher ist ihm die Natur überhaupt nur noch die Agonie des Begriffs«.

280 Schelling, Einleitung in die Philosophie, 1830, S. 62.

https://doi.org/10.5771/9783465133278-113 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

»halbe, eine unvollkommene Jurisprudenz«, da sie die »freie Seite des Rechts von sich ausschlösse« und nur »die nothwendige« beleuchte.[281] Im zentralen § 2[282] statuierte er die Freiheit als »Grundbegriff des Rechts«, was bedeute, daß »sich nicht vom Begriff der Vernunft aus zu dem Recht gelangen läßt«. Speziell auf Hegel gemünzt betonte er, daß es nichts helfe, wenn dessen Philosophie »um ihre Universalität zu retten, alles Wirkliche in den Kreis des Vernünftigen hereinzieht«.[283] Das Natürliche könne »nicht lediglich ein Vernünftiges genannt werden«, es besitze auch eine Seite, »welche dem Auge Gottes zugewendet ist«, also sich einer nur auf das Notwendige gerichteten Erkenntnis entziehe. In seiner Enzyklopädie von 1841 betonte er durchgängig das Huschke entgegengehaltene Problem. Das Recht habe eine »freie« Seite, »eben … die geschichtliche«[284] und diese war für Puchta unabhängig von jeder »Naturnothwendigkeit«. Die Vernunft, die er nicht im kantisch-praktischen,[285] sondern im schellingschen Sinne als Vermögen des Schließens verstand, gelange bestenfalls »durch einen Sprung zum Recht«.[286] Puchtas Eintreten für die strukturelle Vernünftigkeit des Rechts sollte also nicht auf ein Recht, »welches keine Geschichte habe, sondern ewig unveränderlich aus den Gesetzen der unveränderlichen Vernunft hervorgehe«,[287] hinauslaufen. Ein solches System habe dann »in der That nicht das Recht zum Gegenstand, das nur in der Freiheit seinen Ursprung haben kann«.[288]

Entstammte das Recht solchermaßen der Freiheit, so kam eine Herleitung des Rechts aus außerempirischen Grundsätzen nicht in Betracht. Der Rechtswissenschaftler war auf die Betrachtung des Wirklichen verwiesen. Puchtas Volksgeist blieb damit undurchschaute Werkstatt: »Die Entstehung des Rechts aus dem Volksgeist ist eine unsichtbare … Was uns sichtbar ist, das ist nur das Entstandene selbst, das Recht also, nachdem es aus der dunklen Werkstätte, in der es bereitet wurde, hervorgetreten und wirklich geworden

281 Puchta, Cursus der Institutionen I, 1841, S. 97.
282 Puchta, Cursus der Institutionen I, 1841, S. 4 f.
283 Das tat Hegel bekanntlich gerade nicht, doch war dies Puchtas vielkritisierte (vgl. Schönfeld, Puchta und Hegel, 1930, S. 49 f.; Bohnert, Puchta, 1975, S. 173), und durchaus Schelling auch insofern verwandte Perspektive. Die Konflikte mit Gans gingen demgegenüber eher in die entgegengesetzte, richtigere Richtung, indem Gans stärker als Hegel die Tendenz zeigte, die Wirklichkeit der Vernunft unterzuordnen, also die »faulen Existenzen« offenzulegen, vgl. hierzu treffend Braun, Besitzrechtsstreit, 1980, S. 117 ff.
284 So ganz deutlich in Puchta, Rez. Beseler, 1844, S. 19.
285 Brief an Savigny vom 19.10.1839, abgedruckt bei Kiefner, Das Rechtsverhältnis, 1982, S. 161.
286 Puchta, Cursus der Institutionen I, 1841, S. 6.
287 Puchta, Cursus der Institutionen I, 1841, S. 96.
288 Puchta, Cursus der Institutionen I, 1841, S. 96.

https://doi.org/10.5771/9783465133278-113 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

ist.« Der Rechtswissenschaftler erforschte also ausschließlich das positive Recht in »dreyfacher Gestalt«:

> »1) als unmittelbare Ueberzeugung der Glieder des Volks, die in ihren Handlungen sich offenbart; 2) als Gesetz; 3) als Product einer wissenschaftlichen Deduction.«[289]

Gegenstand der Rechtswissenschaft waren frei entstandene Rechtssätze.

2. Die »logische oder vernünftige Seite des Rechts«

Offenbar sollte dies jedoch nicht eine Absage an Recht als System beinhalten. Puchta setzte an die Stelle der »Naturnothwendigkeit« eine »logische Nothwendigkeit«. Das Recht entstamme nicht der Vernunft, sollte aber dennoch vernünftig im Sinne von notwendig, logisch sein:

> »Leugnen wir darum die Vernunft im Recht? Keineswegs. Dem Geist des Menschen ist eine Schranke durch seine Eigenschaft als Naturwesen gezogen. Diese Schranke muß der Mensch einhalten, die Vernunft giebt sie ihm zu erkennen. Der menschliche Geist, welcher sich der Vernunft entschlägt, ist Wahnsinn. Die Freiheit des Menschen, um bestehen zu können, soll eine vernünftige sein, d. h. innerhalb der Schranken der menschlichen Natur sich halten. Das Recht ist ein Vernünftiges, und dieß ist die Seite, von welcher es ein System ist, einen Organismus von Gattungen und Arten bildet.«[290]

Unvermittelt ging Puchta in diesem schwer zu interpretierenden § 2 seiner philosophischen Grundlage von der Freiheit des Menschen zur Form des Rechts über. System folgte aus den Schranken der menschlichen Freiheit. Puchta erläuterte diese Zusammenhänge im weiteren Fortgang seiner Enzyklopädie.

Das Recht entstammte nach Puchta dem menschlichen Geist, nicht der Vernunft. In der menschlichen Wahlmöglichkeit zum Guten und Bösen lag die Freiheit gegenüber Gott, die Trennung des Rechts von der Moral. Gegenüber der »lauteren Freiheit« Gottes schilderte Puchta die Freiheit des Menschen gleichwohl abgestuft. Sie finde ihre, wenn auch »äußere« Grenze in seiner Eigenschaft als Naturwesen.[291] Der Mensch »hat eine durch Nothwendigkeit gebundene, beschränkte, eine endliche Freiheit«.[292]

Die äußere Natur gab aber nur die Regelungsgegenstände, das »Was« der rechtlichen Regelung vor. Das »Wie« unterlag, so hatte er gegenüber Huschke betont, keiner Naturnotwendigkeit. Wenn das Recht gleichwohl »ein vernünftiges« sein sollte, so mußte dies aus dem menschlichen Geist, kollektiv

289 Puchta, Cursus der Institutionen I, 1841, S. 30.
290 Puchta, Cursus der Institutionen I, 1841, S. 6.
291 Puchta, Cursus der Institutionen I, 1841, S. 7.
292 Puchta, Cursus der Institutionen I, 1841, S. 1.

https://doi.org/10.5771/9783465133278-113 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

dem Volksgeist, selbst folgen. Hier stand Puchta nun vor dem Problem, daß der Volksgeist funktional betrachtet »dunkle Werkstätte«[293] bleiben mußte. In § 15 der Enzyklopädie verharrte Puchta zunächst auf der alten unergründlichen Selbsttätigkeit, erneut abgestützt durch den Sprachvergleich. Ohne daß dies genau erklärbar war, entstehe der Rechtsorganismus, »indem die Einheit dieser Quelle sich auf das durch sie hervorgebrachte erstreckt«.[294] Eine automatische Vernünftigkeit des Rechts folgte hieraus aber nicht. Die angeborene »gemeinsame Geistesrichtung« liefere den Gliedern des Volks keinen abgeschlossenen Rechtsorganismus, sondern nur »gewisse Ansichten und Ueberzeugungen, oder wenigstens Empfänglichkeiten dafür und Keime«.[295] Das Recht wurde nicht von selbst zu einem Organismus.[296]

Erstmals brachte er aber ein zweites Argument für die systematische Natur des Rechts. Die Eigenschaft des Rechts, sich zu einem Organismus zusammenzuschließen, sei ihm »auch durch seine Natur, durch die Vernunftmäßigkeit (§ 2 a. E.), gegeben«.[297] Nun machte er deutlicher, was in § 2 nur angedeutet worden war. »Denn die Mannigfaltigkeit der Rechtssätze hat, wie wir oben gesehen haben (§ 8), ihren Grund darin, daß durch das Recht dem Princip der Gleichheit das Ungleiche, ohne es aufzuheben, unterworfen werden soll.«[298] Die Vernunftmäßigkeit des Rechts folgte also aus seinem Prinzip.

Bindeglied zwischen Freiheit und System war somit der bereits benannte[299] »Sinn des Rechts«. Auch diesen hatte der Mensch als Teil seiner »creatürlichen Ausstattung« unentrinnbar mitbekommen. Der Mensch habe, so Puchta, »diese Seele, mit ihren wesentlichen Eigenschaften und Fähigkeiten … nicht durch eigene Wahl, sondern als etwas nothwendiges, von seiner Bestimmung unabhängiges«.[300] Dieser Sinn des Rechts war »die Gleichheit zu schützen bestimmt«.[301]

Material gewendet, führte dies zur Anerkennung einer allgemeinen Rechtsfähigkeit.[302] In der hier primär interessierenden Systemperspektive folgte

293 Vgl. bereits oben S. 183 ff.
294 Puchta, Cursus der Institutionen I, 1841, S. 33.
295 Puchta, Vorlesungen I, 1846, S. 23.
296 Zu viel »Einheit« und damit lediglich Erkenntnis des vorgegebenen, nicht auch bewusste Ausbildung des Systems sieht daher Baldus, Einheit der Rechtsordnung, 1994, S. 76 ff., bei Puchta 1841.
297 Puchta, Cursus der Institutionen I, 1841, S. 35.
298 Puchta, Cursus der Institutionen I, 1841, S. 35.
299 Vgl. oben S. 336, 342 f.
300 Puchta, Cursus der Institutionen I, 1841, S. 1.
301 Puchta, Cursus der Institutionen I, 1841, S. 18.
302 Der Sinn des Rechts sei die Gleichheit zu schützen bestimmt, indem es die »individuellen Ungleichheiten dem Allen gleichmäßig zukommenden: der

https://doi.org/10.5771/9783465133278-113 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

daraus, daß die Gegenstände der äußeren Natur, die »natürliche Ungleichheit der Menschen und Verhältnisse«,[303] durch das Recht unter Gleichheitsaspekten verarbeitet wurden. 1829 hatte er diesen Aspekt noch als »Abstraction des Rechts von der Individualität des Menschen« bezeichnet.[304] Noch 1838 klang dies in seiner anonymen Stellungnahme zu den »juristischen Gegensätzen des Tages« ähnlich:

> »Die juristische Anschauung der Dinge beruht nämlich ihrem Grund nach auf einer Abstraction von allem dem, was ihr individuelles, und damit eigentlich lebendiges Dasein ausmacht. Die Menschen mit aller ihrer Verschiedenheit des Talents, der Neigung, des Gefühls, der Schönheit, der Stärke, mit allem ihrem Wohl und Weh verflüchtigen sich der streng rechtlichen Betrachtung zu Personen, den ganzen Reichthum der äußeren Natur tauscht sie gegen den allgemeinen Begriff der Sachen um. Nicht als ob dieser Anschauungsweise in der Jurisprudenz eine so absolute und unumschränkte Herrschaft zukäme, daß die individuellen Gestalten und Farben der lebendigen Dinge keinen oder nur einen unbedeutenden Einfluß besäßen; vielmehr wird nur der ein wahrer Jurist genannt werden können, der auch dieser Mannigfaltigkeit des wirklichen Lebens ihr Recht zuerkennt.«[305]

Was hier noch ganz traditionell als »Abstraction« daherkam, erschien 1840 als Unterordnung des Ungleichen unter das Gleiche:[306] »Die individuellen Zustände und Bedürfnisse werden durch das Recht nicht unterdrückt, aber einer höheren Einheit und Gleichheit, die eben das Recht ist, untergeord-

Persönlichkeit, der Möglichkeit eines Willens, unterwirft«, Puchta, Cursus der Institutionen I, 1841, S. 18 – mehr also nicht; vgl. auch Wetzell, 2. Nachruf Puchta, 1846, S. XLII: »Da der Mensch durch seine Natur zum Leben mit Andern bestimmt ist, so muß wegen dieser Naturnothwendigkeit der rechtlichen Freiheit, die an sich eine unbeschränkte, ausschließliche sein würde, das Princip der Gleichheit anhaften, welches dem Triebe der Menschen, Alles auf sich zu beziehen, Schranken setzt, und den Einzelnen nöthigt, alle Anderen auch als rechtlich frey anzuerkennen«; dieser Satz stimmt wörtlich, ohne, daß dies als Zitat kenntlich gemacht worden wäre, mit dem am 18. Juli 1846 erschienen anonymen Kommentar zur »Rechtsphilosophie der Gegenwart« in der (Berliner) Literarischen Zeitung, hier Sp. 941, überein. Wetzell käme sehr gut als Autor dieses Texts in Frage. Landau, Puchta und Aristoteles, 1992, S. 10, meint weitergehend, in Puchtas Gleichheitsbegriff materialer eine Orientierung an »den liberalen Grundwerten der allgemeinen Freiheit der Persönlichkeit und der Gleichheit der Eigentums« und das Ziel der »Überwindung der Statusungleichheit der Ständegesellschaft« finden zu können. Dies führt m. E. zu weit. Näher in der Auseinandersetzung unten Teil 3 II 3 c).

303 Puchta, Cursus der Institutionen I, 1841, S. 18.

304 Puchta, Lehrbuch für Institutionen-Vorlesungen, 1829, S. 19.

305 Puchta, Juristische Gegensätze des Tages, 1838, Sp. 786.

306 In den »Verhandlungen zu § 52« wird dieser Abschnitt seiner Enzyklopädie gegenüber Savigny von Puchta nicht erwähnt, vgl. Brief an Savigny vom 19.10.1839.

https://doi.org/10.5771/9783465133278-113 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

net.«[307] Gleichheit folgte aus der Freiheit, beide blieben inhaltlich aufeinander bezogen.

Gleichheit entstammte dem »Reich des Geistes«[308] und damit der Freiheit. Diese Freiheit freilich war eine »durch Nothwendigkeit gebundene«,[309] denn der Mensch war ein »der Naturnothwendigkeit unterworfenes Wesen«.[310] Die Vernunft konzipierte Puchta als Mittlerin zwischen Natur und Geist, als das »Vermögen, das Nothwendige zu erkennen«.[311] Wenn das Recht eine »vernünftige Seite« haben sollte, mußte diese von der Natur, nicht vom Geist ausgehen. Konsequent war es somit auch nicht der »Sinn des Rechts«, den Puchta für die Vernunft im Recht verantwortlich machte, sondern die Natur mit ihrer »natürlichen Ungleichheit der Menschen und Verhältnisse«.[312] Das Recht wurde systematisch, indem die natürliche Ungleichheit den durch die Betonung der Gleichheit verarbeitenden Geist zur Ausbildung systematischer Zusammenhänge brachte.

> »Die Rechte erhalten ihren Inhalt zum Theil durch den menschlichen Willen, dieß ist ihre freie Seite …, zum Theil aber durch den Gegenstand des rechtlichen Willens, dieß ist die nothwendige und logische Seite der Rechte.«[313]

Rechtsbildung war demnach »Reaction des Stoffs auf die Form, des Unterworfenen auf die unterwerfende Macht«.[314]

In diesem Spannungsgefüge entstand, so Puchta, das Recht »als ein Vernünftiges«:

> »Die Bildung des Rechts besteht in einem fortwährenden Widerstand der Verhältnisse, des Ungleichen, und in einem fortwährenden Überwinden desselben; aus diesem Prozeß gehen die Rechtsinstitute: die Rechtssätze über das Eigenthum, die *Obligatio* u. s. f. als verschiedene hervor, und so weiter herab die speciellen Institute und Rechtssätze, aus denen jene bestehen. Als verschiedene gehen sie daraus hervor, weil die Ungleichheit der Verhältnisse auf die Hervorhebung des Princips der rechtlichen Freiheit zurückwirkt, weil das Recht die mit der Ungleichheit behaftete Gleichheit ist.«[315]

Das Recht steigerte dabei beständig seine Komplexität:

> »… indem das Recht den mannigfaltigen Stoff, welchen die Ungleichheit der Menschen nach Geschlecht, Alter, körperlicher Beschaffenheit, natürlicher Unselbständigkeit darbietet, durch Unterwerfung unter das Princip der Gleich-

307 Puchta, Rez. Savigny, System, 1840, S. 677.
308 Puchta, Cursus der Institutionen I, 1841, S. 17.
309 Puchta, Cursus der Institutionen I, 1841, S. 3.
310 Puchta, Cursus der Institutionen I, 1841, S. 4.
311 Puchta, Cursus der Institutionen I, 1841, S. 4.
312 Puchta, Cursus der Institutionen I, 1841, S. 18.
313 Puchta, Pandekten, 3. Aufl. 1845, § 46.
314 Puchta, Vorlesungen I, 1846, § 46, S. 104.
315 Puchta, Cursus der Institutionen I, 1841, S. 37.

https://doi.org/10.5771/9783465133278-113 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

heit bewältigt, kommt durch die Rückwirkung des Stoffs eine Mannigfaltigkeit in die rechtliche Form selbst.«[316]

Dieser Prozeß der Bildung eines immer komplexeren Rechtssystems war Zusammenspiel zwischen Geist und Natur. Wenn der Geist dem Sinn des Rechts folgte, Gleichheit betonte, gab die äußere Natur, die Gegenstände der Unterwerfung unter den Willen der Person, notwendige Strukturen:

»Der Vater der Rechtsinstitute ist das Prinzip des Rechts [sc. also die Herrschaft der Gleichheit], die Mutter der Stoff, die Mannigfaltigkeit der Menschen und Dinge; in diesem letzteren Moment liegt die Seite der Notwendigkeit in den Rechtsbildungen, ihre Vernunft, die Eigenschaft des Rechts als eines Systems.«[317]

Ganz entscheidend war nun die unterschiedliche Bindungskraft dieser beiden Komponenten der Rechtsbildung. Während die äußere Natur den Menschen notwendig band, war der Sinn des Rechts als Teil der Vernunft für den Menschen nicht gleichermaßen bindend. Es sei »unrichtig, die Vernunft für das höchste Gut zu halten«.[318] Um dem Drang im Menschen zu einem »*bellum omnium contra omnes*« zu widerstehen, war dem Menschen mit dem Sinn des Rechts ein »Führer gegeben«, durch den »jener Trieb nicht unterdrückt, aber leitend beherrscht werden soll«[319] – *nota bene*: »soll«! Der Sinn des Rechts lag im menschlichen Geist immer im Widerstreit mit dem »Drang, sich von dem Mitseienden zu unterscheiden«.[320] Auch die systembildende Funktion der Gleichheit war damit keine Naturnotwendigkeit, sondern »Aufgabe, die es zu lösen hat«.[321] In seinen Überlegungen zur Entfaltung des Rechtsbegriffs betonte Puchta, dieser sei »nur allmählich zur Entfaltung gekommen«,[322] er fand ein »stufenweises Abstreifen der ihn deckenden und trübenden Hüllen«[323] und attestiert einen verbleibenden »Beruf der neuen Welt«.[324]

Für die Struktur des Rechts folgte daraus: Das Recht war nicht vernünftig, es sollte vernünftig werden. Die Rechtswissenschaft war berufen, dem Sinn des Rechts durch Arbeit am Rechtssystem zum Durchbruch zu verhelfen. Das Recht sollte »gleicher« werden. Dies entsprach seinem Entwicklungsprozeß, zurück zu Gott.[325]

316 Puchta, Cursus der Institutionen I, 1841, S. 79.
317 Puchta, Cursus der Institutionen I, 1841, S. 102.
318 Puchta, Cursus der Institutionen I, 1841, S. 4.
319 Puchta, Cursus der Institutionen I, 1841, S. 17.
320 Puchta, Cursus der Institutionen I, 1841, S. 17.
321 Puchta, Cursus der Institutionen I, 1841, S. 19.
322 Puchta, Cursus der Institutionen I, 1841, S. 20.
323 Puchta, Cursus der Institutionen I, 1841, S. 22.
324 Puchta, Cursus der Institutionen I, 1841, S. 22.
325 Vgl. oben S. 342 ff.

https://doi.org/10.5771/9783465133278-113 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

VII. Ergebnis

Puchtas in Anlehnung an Schelling entwickelte philosophische Grundlage von 1841 trug in mehrfacher Hinsicht zur Verdeutlichung seiner Prämissen bei.

(1) In Auseinandersetzung mit Stahl mußte Puchta das Verhältnis des Volksgeistes zu Gott klären. Deutlich sprach er sich gegen Stahls These von einem in göttlich geprägten »Ordnungen« geoffenbarten Recht aus. Recht war für Puchta Menschenwerk, die menschliche Freiheit für oder wider Gott sei »Keim des Rechts«. Methodengeschichtlich betrachtet, bestimmte dies vor allem seinen Erkenntnisgegenstand. Die Rechtsentstehung blieb von göttlichen Vorgaben, aber auch von solchen der Vernunft grundsätzlich frei. Der Volksgeist war somit weiterhin »dunkle Werkstätte«, sichtbar war nur »das Entstandene selbst«. Der Blick des Rechtswissenschaftlers war auf Rechtssätze gerichtet, nicht auf die diese hervorbringenden »Triebe«. Rechtssätze waren somit »positiv«, nur *a posteriori* erkennbar. Um sie zu verstehen, bedurfte es wissenschaftlich, im Sinne von Schellings positiver Philosophie, der Erarbeitung ihrer Entstehung und der weiteren Genese. Dies war jedoch nur eine Seite der Rechtswissenschaft, die der »freien oder historischen Seite des Rechts« zugewendet war.

(2) Daneben stand für Puchta die »logische oder vernünftige Seite des Rechts«. Obwohl das Recht der menschlichen Freiheit entstammte, ging es nicht in Willkür auf. Im Gegensatz zu Gottes lauterer Freiheit war die Freiheit des Menschen durch »Naturnothwendigkeit« gebunden. Das Recht bekam systematische Struktur, indem die notwendige Natur auf den freien menschlichen Willen einwirkte. Puchtas Rechtsbegriff wurde damit philosophisch präzisiert. Der auf Unterwerfung gerichtete Wille des Menschen war nun deutlicher durch den ihm eingepflanzten »Sinn des Rechts« geprägt, der den Menschen dazu trieb, die Gegenstände der Natur unter dem Aspekt der Gleichheit zu behandeln, also gleiche Merkmale an ihnen hervorzuheben. Die Gegenstände der Unterwerfung waren nun die äußere, durch Notwendigkeit gebundene Natur. Der sich entwickelnde Rechtsorganismus bekam damit Prinzip und Richtung. Durch das Prinzip der Herrschaft der im menschlichen Willen verankerten Gleichheit über die natürliche Ungleichheit der Gegenstände bekam das Recht eine gleichheitsbetonende hierarchische Struktur. Zugleich gab die Ausrichtung der Gleichheit an Gottes Willen dem Rechtsorganismus im Streit der Potenzen eine Richtung. Das Recht sollte gleicher, systematischer werden und damit die nationellen Besonderheiten abnehmen. Am Schluß stand ein menschengemachtes und doch mit Gottes Willen übereinstimmendes Weltrecht.

https://doi.org/10.5771/9783465133278-113 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

5. *Präzisierungen mit Blick auf Puchtas Pandekten 1838–1846*

Für Puchtas Rechtslehre werfen diese philosophischen Präzisierungen Folgefragen auf.

(1) Was bedeutete die starke Betonung der menschlichen Freiheit als »Keim des Rechts« konkret in rechtswissenschaftlichem Kontext? Verschoben sich damit Puchtas Rechtsquellenlehre und sein Pandektensystem? Wie weit ging zudem die Betonung der Freiheit? Fand der Volksgeist in einem unabdingbaren materialen Kern Halt oder galt jede rechtliche Äußerung des Volksbewußtseins?

(2) Für Puchtas Systemarbeit nahm das bereits 1829 im Zusammenspiel zwischen »Grundverschiedenheiten« und »sonstigen Verschiedenheiten«, zwischen Ableitung und »Anschauung« thematisierte Spannungsfeld zwischen seinem obersten Grundsatz, seinem Rechtsbegriff, und den einzelnen Rechtssätzen, auf den ersten Blick zu. Puchtas Rechtsbegriff wurde philosophisch befestigt. Freiheit der Rechtsentstehung und Notwendigkeit des logischen Zusammenhangs prallten in Puchtas System hart aufeinander. Wie löste Puchta den Gegensatz zwischen »freier« und »logischer« Seite des Rechts in seinen Pandekten konkret?

(3) Zuletzt bleibt das nun in konkreter Umsetzung in den Pandekten gefundene Ergebnis mit Schellings Münchener Vorlesungen nochmals zu vergleichen. Konnte sich Puchta, wie er gegenüber Stahl behauptete, für sein hier verwirklichtes Verständnis eines eben auch logischen Rechtssystems auf Schelling berufen?

I. Die »positive« Grundlage

1. Der schwankende Boden – Kritik an Stahl, Kierulff und Beseler

»Sie hat etwas verführerisches, die Betrachtung der Rechtsverhältnisse, wie es verführerisch ist, sich auf den wechselnden Wellen schaukeln zu lassen, statt den festen harten Grund zu suchen.«[1]

1841 erneuerte Puchta die Kritik, die 1838 – noch unter der Nennung von Stahls Namen – so großes Aufsehen erregt hatte.[2] Stahls Versuch, das System auf »das Factische der Verhältnisse … nicht auf ihre juristische Natur« zu gründen, müsse, so hatte Puchta damals betont, »mit einer Verwirrung und Zerstörung der Rechtsbegriffe sich endigen«.[3] Dies war zunächst ein syste-

1 Puchta, Cursus der Institutionen I, 1841, S. 52.
2 Vgl. hierzu bereits oben S.311 f..
3 Puchta, Lehrbuch der Pandekten, 1838, S. VII.

https://doi.org/10.5771/9783465133278-113 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

matisches Argument. Puchta hielt nur seinen Rechtsbegriff, vor allem durch dessen Bindung an feste Gegenstände der Unterwerfung, für hinreichend trennscharf, um ein »logisches« System zu ermöglichen. Vorliegend interessiert jedoch ein zweiter Aspekt. Stahl hatte die Rechtsverhältnisse nicht nur zur »Einteilungsnorm« seines Systems gemacht, sondern dort auch gesucht, was galt. Stahls Rückgriff auf »Ordnungen« und »Triebe« war Puchta in seinen philosophischen Erörterungen entgegengetreten.[4] Was galt, folgte für ihn aus seiner Rechtsquellenlehre, also aus Rechtssätzen. In seinem System versuchte er sich »des Zusammenhangs der Rechtssätze« zu bemächtigen und hierzu ihre »Abstammung« bis zum »Begriff des Rechts hinauf« nachzuweisen.[5]

Puchta suchte in der Empirie verstärkt Halt. Hatte er in den zwanziger Jahren mit dem Blick in die »Billigkeit« selbst noch einfühlend-irrationale Momente der Rechtsarbeit betont,[6] so polemisierte er 1837 bereits deutlich gegen die Ansätze, dem Richter die Überprüfung des Gewohnheitsrechts anhand der »Vernunft im allgemeinen«[7] zu gestatten. Der »unbestimmte und vieldeutige Ausdruck Vernunft« sei nicht tauglich, »einen sicheren Anhalt zu gewähren«: »die Vernunft ist gleich einem weißen Blatt, das jedem mitgegeben ist, und von jedem mit den verschiedensten Sätzen beschrieben wird«. Die hier vermutete »reine Willkühr«[8] fand Puchta gleichermaßen 1844 in Beselers Berufung auf den »unbefangenen, verständigen Sinn, den ungetrübten natürlichen Blick, den Eifer für das Wirkliche und Wahre«.[9] Beselers Erkenntnisweg predige die »vollkommene Unbestimmtheit und Unsicherheit«.[10] Seine »rechte Mitte zwischen Zweifel und Glauben«[11] sei »sicherlich unter allen eine der unentdecktesten«.[12]

Die Kritik an der unsicheren Erkenntnisgrundlage traf nicht nur Beseler, dessen »Volksrechtsgrille«[13] von Puchta mit verletztender Polemik überschüttet wurde.[14] Auch die Puchta, wie viele Zeitgenossen, durch ihre

4 Vgl. oben 311 ff.
5 Puchta, Cursus der Institutionen I, 1841, S. 101.
6 Vgl. oben S. 218 ff.
7 Puchta, Gewohnheitsrecht II, 1837, S. 53.
8 Puchta, Gewohnheitsrecht II, 1837, S. 51.
9 Beseler, Volksrecht und Juristenrecht, 1843, S. 120 f.
10 Puchta Rez. Beseler, 1844, S. 26; zu diesem Disput noch unten Kap. V I 1.
11 Beseler, Volksrecht und Juristenrecht, 1843, S. 122.
12 Puchta Rez. Beseler, 1844, S. 26.
13 Puchta, Rez. Beseler, 1844, S. 31.
14 Hierzu J. Schröder, Savignys Spezialistendogma, 1976, S. 28 ff. Kern, Beseler, 1982, S. 370 ff., zu Puchtas Rezension S. 393 ff. Kern schreibt weitgehend die Polemik Beselers gegen Puchta fort. Daher entgeht ihm der unterschiedliche Volksbegriff beider (zu den durchlaufenden begrifflichen Ungenauigkeiten bei Kern Rückert, Rez. Kern, S. 401 ff., so daß er Puchta vorhält, dieser habe »das Gewicht unter Verzicht auf die Volksgeistlehre auf das Spezialistendog-

https://doi.org/10.5771/9783465133278-113 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

intellektuelle Brillanz beeindruckende Theorie des Gemeinen Civilrechts von Johann Friedrich Martin Kierulff fand in dieser Perspektive Kritik.[15] 1844 sprach Puchta von einem »wunderlichen Aushängeschild« des Werks, mit dem Kierulff »den ruhigen Theil des Publicums zu necken liebt«.[16] Dies war eine Anspielung auf den Titel des Werks. Kierulff setzte auf das »wirkliche« Recht, womit er das Recht meinte, welches sich in der Wirklichkeit »zum geltenden Recht« mache.[17] Mit Kierulffs »Aushängeschild« hatte eine solche Grundlage für Puchta nichts zu tun. Dies war für Puchta keine Theorie des Gemeinen Civilrechts, sondern zielte »vergnüglich in das Blaue«.[18]

> Wenn »das ganze Material, dessen Bearbeitung die Aufgabe der Juristen ist, mit der Aeusserung auf die Seite geschoben wird: das gemeine Civilrecht sey nicht das was in den römischen Rechtsbüchern, in den Reichsgesetzen, in der deutschen Praxis zu finden sey, sondern das, was – nun eben von dem Darstellenden als solches gegeben werde, so war dies eine Unumwundenheit und ein Freimuth, der nicht bloss gegenüber den Umschweifen Anderer eine Art Anerkennung verdient, sondern auch als Warnungszeichen die Gefahr dieser Methode minderte … Wie Mancher möchte sich gern überreden lassen, zur Herrschaft über den Stoff gelange man am besten, indem man diesen aufgebe, der beste Bildhauer sey der, welcher statt in den widerspenstigen Stein, in die nachgiebige Luft haue.«[19]

ma« verlagert und damit den »Bruch in der historischen Schule« vollendet (S. 394), zum ganz ähnlichen Mißverständnis zwischen Puchta und Maurenbrecher vgl. bereits oben Kap. 2 II 3. J. Schröder, auf den er sich hierzu beruft, vertritt das an der genannten Stelle (Savignys Spezialistendogma, S. 31 Anm. 40) für Puchta gerade nicht, vgl. hierzu auch dessen Bemerkung in der Rezension zu Kern, in: Quaderni Fiorentini 15, 1986, S. 436 ff., 438. Der Streit zwischen Beseler und Puchta dreht sich um den Anteil des Volksrechts im Verhältnis zum Juristengewohnheitsrecht. Dies muß hier nicht vertieft werden. Das hier interessierende Recht der Wissenschaft (Beseler trennte zunächst nicht deutlich, vgl. ders., Volksrecht und Juristenrecht, 1843, S. 87, 89; klar dann ders., Volksrecht und Juristenrecht. Erster Nachtrag: G. F. Puchta, 1844, S. 17 f.) wurde von Beseler, wie gezeigt, gar nicht als Rechtsquelle, sondern als abgeleitete Rechtsanwendung betrachtet, vgl. unten S.429 ff.

15 In seinen Pandekten bescheinigte Puchta Kierulff, nach Savignys System als einzigem ein für sein wissenschaftliches Verständnis »bedeutendes Werk« vorgelegt zu haben, Puchta, Pandekten, 2. Aufl. 1844, S. 14.

16 Puchta, Pandekten, 2. Aufl. 1844, S. 14.

17 Kierulff, Theorie des Gemeinen Civilrechts, 1839, S. 188 **); hierzu Landsberg, GDR 3.2., 1910, S. 592 ff.; Ogorek, Richterkönig oder Subsumtionsautomat, 1986, S. 232 ff.

18 Puchta, Rez. Savigny, System, 1840, S. 673. Puchta spielte hier auf Kierulffs Vorgabe an, genau dies nicht zu tun, vgl. Kierulff, Theorie des Gemeinen Civilrechts, 1839, S. XXXI.

19 Puchta, Rez. Savigny, System, 1840, S. 674. Die von Puchta zunächst angekündigte Rezension des Werks Kierulffs (Brief an Savigny vom 5.4.1839) unternahm Puchta wohl nicht. Hierauf deutet seine Stellungnahme gegenüber Savigny am 5.2.1840, hin: »Kierulff habe ich jetzt schon lange auf dem

https://doi.org/10.5771/9783465133278-113 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

Puchtas wissenschaftliche Arbeit setzte also beim »widerspenstigen Stein« an. Damit wurde deutlich, daß seine in der Systembegründung stärker werdende Betonung der »Freiheit als Keim des Rechts«, die »freie Seite« des Rechts, erneut um methodische Fragestellungen kreiste. Sollte man Juristen den Durchgriff auf die Rechtssubstanz im Volksgeist zugestehen? Mit Blick auf spekulative Tendenzen bei seinen Zeitgenossen fürchtete Puchta nun hinter pseudophilosophischen Absicherungen bloße Willkür. Der Rechtssatz, das »Positive«, geriet deutlicher in den Blick.

2. Abweichungen von Savigny in der Interpretationslehre

Auch Savignys Verfahren blieb nun nicht ohne Kritik. Dies wurde freilich nur versteckt deutlich. Gegenüber Kierulff lobte Puchta Savignys System ohne Vorbehalt. Dieses Buch habe »schon durch seine ganze Anlage einen unberechenbaren Werth«, da bei ihm »die Weise der Behandlung gegenüber der Masse des Materials in ihre Rechte wieder eingesetzt wird«.[20] Während »lebhaftere Naturen« wie Kierulff schon begonnen hätten, in ihrer Stoffbehandlung die »Fahne einer falschen Freiheit« aufzustecken, habe nun Savigny für die »wahre Befreiung von der Herrschaft des Stoffs« gewirkt.[21]

Gleichwohl begann Puchta Ende der dreißiger Jahre gerade in der Quellenbearbeitung andere Wege als Savigny zu gehen. Dies wurde in seinen Überlegungen zur Interpretationslehre deutlich.

Nachdem 1840 Savignys Auslegungslehre[22] erschienen war, gab Puchta seine dargelegte[23] Zurückhaltung gegenüber diesen Fragen auf.[24] Obgleich er

> Gewissen, habe ich mir ja einen Passus eines früheren Briefs zu diesem Behuf von Ihnen zurückschicken lassen. Wäre ich einmal soweit wie Sie, ihn durchgegangen zu haben, so wäre die Sache bald gemacht. Nun aber hat er Sie »krank gemacht«, und ich soll mich nicht krank machen lassen, um nachher »ein gutes Wort« über ihn zu sagen, d. h. wohl versuchen, den Mohren weiss zu waschen? Das wäre wohl recht, wenn er einem einen natürlichen Wahrheitssinn kundgäbe, den man von dem Wust der Verkehrtheit frey machen zu können hoffen dürfte. Davon aber habe ich in seiner Vorrede keinen Satz gefunden, und auch Sie nicht, wie es scheint, in seinem ganzen Buche.«

20 Puchta, Rez. Savigny, System, 1840, S. 673.

21 Puchta, Rez. Savigny, System, 1840, S. 673.

22 Savigny, System I, 1840, Kapitel 4; hierzu neben den sogleich Genannten: Ogorek, Richterkönig oder Subsumtionsautomat? 1986, S. 149 f.; Jakobs, Wissenschaft und Gesetzgebung im bürgerlichen Recht, 1983, S. 115 f.; Mohnhaupt, Richter und Rechtsprechung im Werk Savignys, 1972, S. 243 ff.

23 Vgl. oben S. 240 ff.

24 Nun Puchta, Cursus der Institutionen I, 1841, S. 40–44; nicht über die Vorauflage hinausgehend noch ders., Pandekten, 2. Aufl. 1844, § 15 mit Anm. r); dann aber ders., Pandekten, 3. Aufl. 1845, § 15, S. 24 f.; breiter dann ders., Vorlesungen, 1846, § 15, S. 38 ff. Noch 1846 hieß es freilich, man habe

https://doi.org/10.5771/9783465133278-113 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

Savignys Interpretationslehre bescheinigte, alle bisherigen Theorien »weit hinter sich« gelassen zu haben,[25] wurden Differenzen nun offenbar. Auf den ersten Blick stimmten Puchtas Überlegungen zur Auslegung weitgehend mit dem überein, was Savigny für den »gesunden Zustand« der Gesetze an hermeneutischen Hilfsmitteln anbot. So übernahm Puchta Savignys Kritik am hierarchischen Verständnis des traditionellen Grammatik-Logik-Schemas.[26] Im Einklang mit der nach 1800 historisierten allgemeinen Hermeneutik[27] sahen beide[28] in Wortlaut, Zweck sowie historischem Hintergrund nur »eine Einteilung der Hülfsmittel«, die »nicht getrennt«, sondern »mit einander gebraucht« werden müssen.[29]

Ein Auslegungskanon Savignys für den »gesunden Zustand der Gesetze« wurde bei Puchta jedoch nicht erwähnt, das »systematische Element«.[30] Mit Blick auf Savignys Erwägungen für den »mangelhaften Zustand der Gesetze«[31] bekommt dieser Mangel Konturen: Für Puchta war der Wille des Gesetzgebers dem inneren Zusammenhang des Rechtsorganismus nicht unterworfen.

Für Savigny war der »innere Zusammenhang, welcher alle Rechtsinstitute und Rechtsregeln zu einer großen Einheit verknüpft«,[32] schon bei »gesund-

aus »den Regeln für Kritik und Interpretation … wohl eine eigene Disciplin gemacht, die juristische Hermeneutik, gewöhnlich eine sehr äußerlich gehaltene, unfruchtbare, nicht in das Wesen der Sache eingehende, hölzerne Darstellung. Abgesehen von dem gesunden Menschenverstand muß die ganze Jurisprudenz die Hermeneutik sein«, Puchta, Vorlesungen I, 1846, S. 39. Dies richtete sich vor allem gegen starre Vorrangregeln, wie den Grundsatz, »abändernde Gesetze seien strict zu interpretieren«: »Man muß jedem Gesetz sein Recht widerfahren lassen, mag es correctorisch sein oder nicht. Nicht zu weit zu gehen, davor muß der gesunde Tact und Verstand bewahren, solche äußerlichen Regeln würden nur den Schwachköpfen dienen, um sie des eigenen Denkens zu überheben, diese sollen aber besser gar nicht interpretieren«, Puchta, Vorlesungen I, 1846, S. 41.

25 Puchta, Pandekten, 3. Aufl. 1845, S. 25 Anm. r).

26 Puchta, Cursus der Institutionen I, 1841, S. 42; ebenso Savigny, System I, 1840, S. 319 ff. (gegen Thibaut).

27 Mit Blick auf das Zusammenspiel mit der Jurisprudenz nach 1800 vgl. die Beiträge in J. Schröder (Hg.), Theorie der Interpretation vom Humanismus bis zur Romantik, 2001; gedrängter Überblick bereits von dems., Analogie in der juristischen Methodenlehre, 1997, S. 39 ff.; ders., Recht als Wissenschaft, 2001, S. 210 ff.

28 Zu Savigny bereits Rückert, Savigny, 1984, S. 355, der eher Parallelen, als direkte Übernahmen sieht.

29 Puchta, Vorlesungen I, 1846, S. 39.

30 Savigny, System I, 1840, S. 214.

31 Savigny, System I, 1840, §§ 35–37.

32 Savigny, System I, S. 214 unter Verweis auf § 5.

https://doi.org/10.5771/9783465133278-113 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

em« Zustand der Gesetze als systematisches Element stets zu beachten.[33] Bei »mangelhaftem«, unklaren Zustand der Gesetze war für den unrichtigen Ausdruck einzelner Gesetze[34] wie bei Widersprüchen[35] und Lücken[36] innerhalb der »Rechtsquellen als Ganzes« stets der innere Zusammenhang, im letzteren Fall als Analogie, heranzuziehen. Für Savigny war jedes Gesetz »dazu bestimmt, die Natur eines Rechtsverhältnisses festzustellen«.[37] Die Gesetzgebung hatte also »einen Gedanken« auszusprechen, und Auslegung bedeutete »Reconstruction des dem Gesetze innewohnenden Gedankens«.[38] Savignys Blick war bei der Auslegung also auf die hinter dem Gesetzeswortlaut liegenden Rechtsverhältnisse gerichtet. 1824 formulierte er in seinen Pandektenvorlesungen: »Alles positive Recht entsteht aus einer inn'ren historischen Nothwendigkeit … Die Einwirkung der Gesetzgebg weder als *factum* noch als Recht wird hiebei geläugnet. Aber ein positives Recht war vorhanden vor der Handlg der gesetzgebenden Gewalt, sie entwickelt, schützt, hilft nach.«[39] Die Rechtsverhältnisse standen wie die rechtlich sie regierenden Rechtsinstitute in einem organischen Zusammenhang[40] und damit wurden auch die Gesetze durch diese Struktur bestimmt. Savignys Gesetzesauslegung beruhte also »auf der Voraussetzung der organischen Einheit der Römischen Gesetzgebung, welche wiederum in der allgemeinen Natur des positiven Rechts überhaupt … ihre tiefere Begründung findet«.[41] Savignys Auslegungslehre unterschied folglich nicht nach Textarten.[42] Seine Auslegungsregeln waren »im wesentlichen gleich … bey Gesetzen, Schriften von Juristen (Pandekten), Rechtsgeschäften«,[43] umfaßten also das gesamte geschriebene Recht.

33 Hierzu Rückert, Der Methodenklassiker Savigny, 1996, S. 47 ff. und passim; ders., Savigny, 1984, S. 348 ff.
34 Savigny, System I, 1840, S. 222 ff., 223.
35 Savigny, System I, 1840, § 3 42–45.
36 Savigny, System I, 1840, § 46; hierzu näher unten 4.
37 Savigny, System I, 1840, S. 212.
38 Savigny, System I, 1840, S. 212 f.
39 Savigny, Pandektenvorlesung 1824/25, Einleitung, S. 3.
40 Savigny, System I, 1840, S. 7 (Rechtsverhältnisse), S. 9 (Rechtsinstitute); zur vieldiskutierten Abgrenzung vgl. Rückert, Savigny, 1984, S. 342 ff.; Kiefner, Lex Frater a Fratre, 1979, S. 129 ff., 136 ff.
41 Savigny, System I, 1840, S. 286 mit Verweis auf § 5; hierzu Rückert, Savigny, 1984, S. 348 f.
42 In seinen Pandektenvorlesungen wandte er sich deutlich gegen die »gewöhnliche, oberflächliche Theorie der Interpretation, von bloßen Gesetzen abgezogen«, Savigny, Methodologie, Vorlesungen, 1821/24, S. 199.
43 Savigny, Methodologie, 1821–24, S. 199; hierzu Rückert, Der Methodenklassiker Savigny, 1997, S. 33 f.

https://doi.org/10.5771/9783465133278-113 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

Savignys einheitsstiftendes Verfahren[44] ließ somit den Willen des historischen Normgebers weitgehend unbeachtet und griff statt dessen auf das zugrundeliegende Rechtsverhältnis und auf eine organische Einheit im römischen Recht zurück.[45] Puchtas frühere Überlegungen zur Auslegungsfrage hatten mit diesem Verfahren Einigkeit angedeutet.[46] In den vierziger Jahren zeigten sich nun Differenzen. Puchta mochte nun den Willen des Gesetzgebers nicht mehr als unbedeutend ansehen. Gesetzesinterpretation habe eine »rein receptive Richtung, sie geht rein auf Gewinnung des Rechtssatzes, welchen der

44 Überzeugend m.E. also die Beweisführung Rückerts, demzufolge Savignys Rechtsverständnis auf der Prämisse einer inwohnenden Einheit *im* Recht beruht. Damit grenzte Savigny sich gleichermaßen von den älteren Modellen einer unkritisch objektivistischen Spiegelung des Rechts in der Vernunft wie von a priorischen Vernunftskonstruktionen ab und zielte erkenntnistheoretisch auf Einheit; vgl. RÜCKERT, Savigny, 1984, passim, zum streitigen Terminus »objektiver Idealismus«, S. 292 ff.; zusammenfassend vor allem DERS., Savignys Konzeption von Jurisprudenz und Recht, ihre Folgen und ihre Bedeutung bis heute, 1993, S. 65 ff.; DERS., Fälle und Fallen in der neueren Methodik seit Savigny, 1997, S. 32 ff.; übereinstimmend in der Sache bereits J. SCHRÖDER, Wissenschaftstheorie und Lehre der »praktischen Jurisprudenz«, 1979, S. 161 ff., 164 f.; übereinstimmend auch SANDSTRÖM, Die Herrschaft der Rechtswissenschaft, 1989, S. 108 ff.; DIES., Das dogmatische Verfahren als Muster der rechtswissenschaftlichen Argumentation, 1998, S. 191 ff.; MAZZACANE in: Savigny, Methodologie, S. 35 ff.; zweifelnd gegenüber seinen eigenen früheren Ansätzen, aber doch teilweise Rückert differenzierend KIEFNER, Deus in nobis, 1993, S. 428 ff., 445 ff.; deutlicher gegen Rückerts »Objektiven Idealismus« D. NÖRR, Savignys philosophische Lehrjahre, 1994, S. 196 f. Anm. 13 (mit dem einleuchtenden Hinweis auf das »Elend der Klassifikation«); vgl. auch ebda., S. 269 ff.; überhaupt gegen eine philosophische Deutung Savignys nach 1802: JAKOBS, Der Ursprung der geschichtlichen Rechtswissenschaft in der Abwendung Savignys von der idealistischen Philosophie, 1989, S. 241 ff.; kritisch auch DERS., Die Begründung der geschichtlichen Rechtswissenschaft, 1992, S. 68 Anm. 147; auch BEHRENDS hält die gesamte Verortung Savignys in der idealistischen Philosophie für verfehlt und plädiert für eine Savigny-Deutung mit Blick auf den »rechtsphilosophischen Gehalt des römischen Rechts«; vgl. DERS., Geschichte, Politik und Jurisprudenz, 1985, sowie DERS. Würdigung Gustav Hugos in der von ihm neu herausgegebenen Historische Übersicht des Römischen Rechts, von Edward Gibbon, (hg. 1789 von Gustav Hugo), 1996, S. 209 ff., insb. S. 212 Anm. 69 (gegen Rückert); S. 214 Anm. 70 (gegen Nörr); S. 215 Anm. 71 (gegen Jakobs).

45 Die 1840 der Auslegung mangelhafter Gesetze zugewiesenen Auslegungsregeln tauchen in Savignys früheren Methodenlehren nicht auf. J. SCHRÖDER, Recht als Wissenschaft, 2001, S. 221, sieht darin in der Sache einen Rückfall in die älteren Auslegungslehren der vorexegetischen, gegenwartsbezogenen Phase; eher für eine Kontinuität dagegen RÜCKERT, Der Methodenklassiker Savigny, 1996, S. 34 mit Anm. 21. Dies kann hier dahinstehen.

46 Vgl. oben S. 240 ff.

https://doi.org/10.5771/9783465133278-113 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

Gesetzgeber in dem Gesetz hat niederlegen wollen«.[47] Dies bedeutete kein Kleben am Wortlaut, dieser war »nur declaratorisch«,[48] doch spielte der Wortlaut eine wichtige Rolle: »Der Sinn muß immer in den Worten liegen (wenn auch nicht in ihrer gemeinen Bedeutung)«.[49] Um den Willen des Gesetzgebers zu rekonstruieren, konnten neben dem Wortlaut auch »Motiv, Zweck, Nützlichkeit« sowie die Entstehungsgeschichte[50] herangezogen werden. Damit erschöpfte sich jedoch die »receptive Thätigkeit« der Rechtswissenschaft, die Interpretation.

Arbeit mit »inneren Gründen« war demgegenüber Recht der Wissenschaft und damit »Production«.[51] Für Puchta wurde der Jurist in diesen Fällen als Rechtsquelle tätig und schuf neue Rechtssätze, während für Savigny der Bereich der »Fortbildung«[52] des Rechts hier noch nicht erreicht, wenn auch zu befürchten war.[53]

Die dargestellte Differenz zu Savigny erhielt große Bedeutung durch die Neuverortung, die Puchta dem römischen Recht in seiner Rechtsquellenlehre zuteil werden ließ. Während Savigny die römischen Rechtssätze nicht als Gesetze im modernen Sinne verstand,[54] sondern wie die anderen Rechts-

47 Puchta, Pandekten, 3. Aufl. 1845, S. 25.
48 Puchta, Vorlesungen I, 1846, S. 39.
49 Puchta, Vorlesungen I, 1846, S. 39.
50 Puchta, Vorlesungen I, 1846, S. 42.
51 Puchta, Vorlesungen I, 1846, S. 42.
52 Nach Vogenauer, Die Auslegung von Gesetzen I, 2001, S. 606, taucht »Rechtsfortbildung« terminologisch vor Savigny nicht auf. Wenn er nachfolgend betont, bis zu Windscheid 1906 habe man die extensive und restriktive Interpretation als Auslegung nicht von der Fortbildung abgegrenzt, so geht das etwa an Puchtas Abgrenzung zwischen rezeptiver Interpretation und produktiver Modifikation des Gesetzes vorbei. Puchta wird von Vogenauer nicht näher untersucht. Gleichwohl muß er als Stütze für die »geometrische Methode« dienen, die Vogenauer bei Puchta bezeichnet als »Idee eines ›inneren Systems‹, das auch zu Erkenntniszwecken, nämlich einer deduktiven Beweisführung aus Axiomen dienen sollte« (650). Auf S. 478 wird Puchta damit traditionell die »Führung« der Begriffsjurisprudenz zugesprochen. Diese altbekannte Gesamtlinie, die Vogenauer etwa S. 624 ff. in auffallender Parallele zur englischen Entwicklung zieht, wird leider nicht mit den vielfachen Zweifeln hieran, etwa in der Arbeit Ogoreks oder in Arbeiten Rückerts, konfrontiert, obwohl Vogenauer an anderen Stellen diese Arbeiten heranzieht; überzeugend m. E. diesbezüglich die Kritik von J. Schröder, Recht als Wissenschaft, 2001, S. 242 Anm. 311.
53 Vgl. Savignys Warnungen im System I, 1840, S. 232, 233, 248.
54 Vgl. Savigny, Methodologie 1812, S. 184: »das dies alles durch Justinian Gesetz geworden ist, ändert nichts – ohne seine Sanction, z. B. bey Privatarbeit dieser Art, könnte die Sache gerade eben so stehen wie sie steht«; vgl. hierzu Rückert, Der Methodenklassiker Savigny, 1996, S. 33 f.

https://doi.org/10.5771/9783465133278-113 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

quellen auf den dahinterstehenden Volksgeist als Bildungsfaktor der Rechtsverhältnisse zurückführte, als Ausfluß des dahinterstehenden Rechts interpretierte, behandelte Puchta auch die römischen Rechtssätze seit Ende der dreißiger Jahre als Gesetze im modernen Sinne. 1828, im ersten Band des Gewohnheitsrechts, hatte Puchta die Rezeption als Übernahme des römischen Rechts durch die Wissenschaft, als Verwissenschaftlichung gedeutet,[55] das rezipierte Recht war somit Juristenrecht. Auch 1845 galt: »Nicht durch eine äußere Gewalt, sondern durch die Macht der wissenschaftlichen Überzeugung ist es geschehen, daß das römische Recht … bey uns Eingang und neues Leben fand.«[56] Die Glossatoren seien dabei »nur die Organe einer allgemeinen Ansicht aller Gebildeten der damaligen Zeit« gewesen.[57] Gleichwohl genügte Puchta für die rezipierten Rechtssätze des Corpus Juris[58] nun nicht mehr eine »bloß innere, wissenschaftliche Autorität«, sondern er betonte eine »auch äußere Autorität«.[59] 1832 war die Zuordnung des antiken Rechts im Rechtsquellensystem noch vage geblieben, die Sätze galten als »recipiertes Recht« unmittelbar.[60] In den vierziger Jahren wurde die Abkehr von der Einordnung des antiken Rechts als Juristenrecht durch Rezeption deutlich. Schon im alten Reich seien die römischen Gesetze »nicht als fremde, sondern als Gesetze desselben Staats, in dem man gegenwärtig noch lebte«[61] behandelt worden. Nach 1806 ergebe sich die Geltung der römischen Rechtssätze zwar »nicht durch die Autorität eines Gesetzgebers«, aber doch »durch die Gesetzeskraft,

55 Vgl. oben S. 159 ff.

56 Puchta, Pandekten, 3. Aufl. 1845, S. 1.

57 Puchta, Vorlesungen I, 1846, S. 5.

58 Die zunächst zu beachtende antike Grundlage war »das in den justinianischen Institutionen, Digesten, Codex (Constitutionum) und Novellen enthaltene Recht, so weit es von den Glossatoren als gültig betrachtet behandelt worden ist«, Puchta, Pandekten, 1838, S. 4. Nicht erfaßt waren somit das außerhalb der Digesten überlieferte vorjustinianische Recht, nachjustinianische Recht und die nicht glossierten Abschnitte des Corpus Juris. Wenn auch Detailfragen strittig blieben (etwa die Geltung der unglossierten Teile des Corpus Juris, vgl. Savigny, System, Bd, 1, 1840, S. 70; oder, welche Handschrift rezipiert worden war, vgl. Göschen, Vorlesungen über das gemeine Civilrecht, 1838, S. 22 ff.), stimmte diese Stoffbestimmung Puchtas mit der nahezu einhelligen Ansicht seiner Zeitgenossen überein, vgl. etwa Schweppe, Römisches Privatrecht, 2. Aufl. 1819, S. 22; Thibaut, Pandekten, 8. Aufl. 1834, S. 12; Mühlenbruch, Pandekten I, 1838, S. 74; Göschen, Vorlesungen I, 1838, S. 23; Savigny, System I, 1840; S. 1 f.

59 Puchta, System des gemeinen Civilrechts, 1832, S. 1 Anm. zu § 4.

60 Puchta, System des gemeinen Civilrechts, 1832, S. 1 Anm. zu § 4; ebenso noch Puchta, Pandekten, 3. Aufl. 1845, S. 2.

61 Puchta, Vorlesungen I, 1846, S. 5.

https://doi.org/10.5771/9783465133278-113 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

die es in Deutschland erhalten hat«.[62] Die übernommenen Sätze des Corpus Juris hatten »unmittelbare Gesetzeskraft«[63] und wurden in der Rechtsquellenlehre auch als Gesetze behandelt.

Puchtas Überlegungen zur Gesetzesinterpretation gewannen damit unmittelbare Bedeutung »für die Interpretation des Corpus Juris«.[64] Hier wurde Puchtas strenge Hinwendung zu den Quellen nun deutlich. Für eine Interpretation von Reskripten sei die »Ermittlung der Beschaffenheit des Falles …, den sie [sc. die Kaiser] zunächst im Auge haben«,[65] erforderlich. Der besonders bei den Digesten wichtige Rückgriff auf den Entstehungskontext wurde von Puchta stark eingeengt. Bei Rechtssätzen, »die in ihrem ursprünglichen Zusammenhang einen anderen Sinn hatten, als sie ihn als Bestandtheile des Corpus Juris haben sollten«,[66] verbiete der Ausschluß des *jus civile antejustinianum* die früheren Zusammenhänge zur Interpretation heranzuziehen. Der »ursprüngliche Sinn hat nur historisches Interesse«. Die historischen Zusammenhänge waren bisweilen »unentbehrliches Hilfsmittel«, um das Alte vom Neuen abzugrenzen.[67] Der Wortlaut wurde für die Digestenfragmente damit zentraler Orientierungspunkt. »Wahre Interpretation« könne »keinen anderen Sinn aufstellen, als der in den Worten liegt, es kann nur eine declaratorische Interpretation geben«.[68] Deutlich sei hiervon die *interpretatio* der Römer zu unterscheiden, die viel weitergehend »das Verhältnis der Wissenschaft zu dem gegebenen Recht überhaupt«, also auch »Ergänzung, Erweiterung, Modifizierung« umfasse. Demgegenüber habe die Gesetzesinterpretation »eine rein receptive Richtung, sie geht rein auf Gewinnung des Rechtssatzes, welchen der Gesetzgeber in dem Gesetz hat niederlegen wollen«.[69] Es galt: »Das oberste Princip der Interpretation ist: das Gesetz ist der ausgesprochene Wille des Gesetzgebers.«[70]

Wetzells Feststellung traf somit ins Schwarze: Puchtas Rechtsquellenlehre, so meinte dieser 1846, »unterscheidet sich von der älteren Auffassung

62 Puchta, Vorlesungen I, 1846, S. 7; Jakobs, Die Begründung der geschichtlichen Rechtswissenschaft, 1991, S. 58 mit Anm. 114, verweist darauf, daß mit der Rückstufung der Wissenschaft als Rechtsquelle ab 1837 »das römische Recht in Deutschland, da es ja nur durch die Wissenschaft rezipiert ist, gar nicht gälte!« Genau aus diesem Grund war es für Puchta auch unverzichtbar, eine andere Begründung zu suchen und diese fand er in der »Gesetzeskraft«.
63 Puchta, Pandekten, 3. Aufl. 1845, S. 2.
64 Puchta, Vorlesungen I, 1846, S. 39.44
65 Puchta, Vorlesungen I, 1846, S. 40.
66 Puchta, Vorlesungen I, 1846, S. 41.
67 Puchta, Vorlesungen I, 1846, S. 41.
68 Puchta, Vorlesungen I, 1846, S. 39.
69 Puchta, Pandekten, 3. Aufl. 1845, S. 24 Anm. p).
70 Puchta, Vorlesungen I, 1846, S. 39.

https://doi.org/10.5771/9783465133278-113 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

Savigny's besonders dadurch, daß sie der Gesetzgebung eine größere historische Bedeutung einräumt«.[71]

3. Studie: Stellvertretungslehre bei Savigny und Puchta

Die Differenzen zwischen Puchta und Savigny wurden in der konkreten Dogmatik deutlich. Ein Beispiel bietet die Stellvertretungslehre. 1840 veröffentlichte Savigny erstmals seine Stellvertretungslehre, die er in seinen Vorlesungen bereits früher vorgetragen hatte.[72] Seit 1809/10 hatte ihn die Frage der freien Stellvertretung bei der Eingehung von Obligationen beschäftigt.[73] In Abkehr von der naturrechtlichen Annahme freier Stellvertretung herrschte bei den Romanisten im ersten Drittel des 19. Jahrhunderts weitgehend Einigkeit darüber, daß dem römischen Recht ein solches Rechtsinstitut fremd sei.[74] Die verbreitetste Lösung hatte 1817 Mühlenbruch vorgelegt, der eine Zession zwischen dem Beauftragten und dem Aufraggeber annahm, womit freilich das Problem des Durchgangserwerbs des Beauftragten ungelöst blieb.[75]

1837 hatte Savigny erstmals unauffällig seine abweichende Ansicht durchblicken lassen, daß bereits das klassische römische Recht eine freie Stellvertretung angenommen hatte. In der sechsten Auflage des »Besitzes«, der bis dahin nur den Besitzerwerb durch Stellvertreter thematisiert hatte,[76] hieß es nun, es sei zwar Regel, daß außer einigen aufgezählten Ausnahmen »kein Recht durch fremde Handlung erworben werden kann, aber diese Regel gilt (wenigstens schon zur Zeit der classischen Juristen) *nur von civilen Erwer-*

71 Wetzell, 2. Nachruf Puchta, 1846, S. XLI.

72 Vgl. etwa Savigny, Pandektenvorlesungen 1824/25, S. 232 f.

73 Hierzu die Nachweise bei Hölzl, Savignys Lehre von der unmittelbaren rechtsgeschäftlichen Stellvertretung, 1999, S. 222 f.; vertiefend ders., Stellvertretung, 2002.

74 Hierzu noch immer der Überblick bei Everding, Stellvertretung, 1951, S. 25 (Vorläufer), 38 ff. (Mühlenbruch und die Nachfolger). Auf Everding dürften auch die heute üblichen Bezeichnungen der einzelnen Theorielager zurückgehen; Hölzl, Stellvertretung, 2002, S. 240 ff., daneben aber überwiegend für die frühere Entwicklung Müller, Die Entwicklung der direkten Stellvertretung, 1969, S. 154 ff.; knapp Schmoeckel, Zur Entwicklung des Vetretungsrechts, 2000, S. 81 f.; nun HKK/Schmoeckel, §§ 164–181, 2003, Rn. 2 f.; guter zeitgenössischer Überblick bei Scheurl, Stellvertretung, 1853, S. 315 ff.

75 Mühlenbruch, Die Lehre von der Cession der Forderungsrechte, 1817, hierzu Luig, Zur Geschichte der Zessionslehre, Köln 1966, S. 47 ff.

76 Hierzu Mohnhaupt, Savignys Lehre von der Stellvertretung, 1979, S. 64, der jedoch den Wandel in der sechsten Aufl. übersieht; anders Hölzl, Savignys Lehre von der unmittelbaren rechtsgeschäftlichen Stellvertretung, 1999, S. 213 Anm. 17.

https://doi.org/10.5771/9783465133278-113 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

bungen, nicht von natürlichen, unter welche der Besitz gehört.«[77] Savigny spielte hier auf die »einzige Stelle unserer Rechtsquellen«[78] an, der er seine Lehre entnommen hatte, auf D 41, 1, 53, ein Fragment, welches damals[79] Modestin zugeschrieben wurde:

> »*Ea, quae civiliter adquiruntur, per eos, qui in potestate nostra sunt, adquirimus, veluti stipulationem: quod naturaliter adquiritur, sicuti est possessio, per quemlibet, violentibus nobis possidere, adquirimus.*«

Die hier genannte Möglichkeit, »*naturaliter*« auch durch Dritte zu erwerben, wurde durchweg eng auf den hier ja beispielhaft (»*sicuti*«) erwähnten Besitzerwerb bezogen. Hierfür sprachen einige andere Stellen, denen zufolge der Besitzerwerb der einzige zulässige Fall freier Vertretung sei.[80] Savigny verkannte dies nicht.[81] Seine 1840 im dritten Band des Systems öffentlich gemachte Annahme, schon zu Zeiten Justinians sei für nichtzivile Rechtsgeschäfte eine freie Stellvertretung zulässig gewesen, band diese Stellen in eine entwicklungsgeschichtliche Interpretation ein. Ein »so beschränkter Grundsatz« habe sich im römischen Recht nicht halten können, »sobald der Verkehr lebendiger und vielseitiger wurde«.[82] Der Besitzerwerb durch Stellvertreter sei nur eine erste Form der Anerkennung einer freien Stellvertretung gewesen. Die im justinianischen Recht erreichte freie Stellvertretung habe ihren Ausdruck in D 41, 1, 53 gefunden, während alle anderen Quellen nur den früheren Rechtszustand repräsentierten:

> »Alle diese Stellen können nun im Zusammenhang des Justinianischen Rechts nur so angesehen werden, daß sie die Entwicklungsgeschichte der Regel darstellen, die in ihrer unzweifelhaften neuesten und allein gültigen Gestalt, durch die im Text abgedruckte L. 53 de a. r. d. ausgesprochen wird.«[83]

Indem die in diesem Fragment als Ausnahme genannten Erwerbsarten des *ius civile*, insbesondere die *stipulatio*, weggefallen seien, ergebe sich für das gemeine römische Recht »die unbeschränkte Zulassung der freyen Vertretung«.[84]

77 Savigny, Recht des Besitzes, 6. Aufl. 1837, S. 360; in der ersten Auflage hatte es hier geheißen, »aber diese Regel erleidet eben hier eine Ausnahme«, Recht des Besitzes, 1803, S. 249. Hervorhebung von mir.
78 Savigny, Obligationenrecht II, 1851, S. 54.
79 Nach Lenel, Palingenesia iuris civilis II, 1889, Sp. 69 Anm. 5, stammt es von Sextus Pomponius.
80 Vgl. die Nennungen bei Vangerow, Pandekten III, 6. Aufl. 1852, S. 294.
81 Savigny, System III, 1840, S. 97 Anm. (p).
82 Savigny, System III, 1840, S. 94.
83 Savigny, System III, 1840, S. 97 Anm. (p).
84 Savigny, System III, 1840, S. 98.

https://doi.org/10.5771/9783465133278-113 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

Savignys Interpretation von D 41, 1, 53 verfuhr, wie 1840 und stärker noch 1853 im Obligationenrecht deutlich[85] wurde, einfühlend spekulativ. Quellenbelege für den von ihm angenommenen Übergang zur freien Stellvertretung im antiken Recht gab Savigny nicht. 1840 war ihm die hier in die Quellen hineininterpretierte historische Entwicklung eben »sehr natürlich«.[86]

Ob Puchta diese Argumentation Savignys bereits in den dreißiger Jahren kannte, ist zweifelhaft.[87] Seit 1832[88] belegte immerhin D 41, 1, 53 als einzige Quelle Puchtas allgemeine Erörterungen zum »Erwerb durch Andere«. 1838[89] fand sich unter dieser Rubrik die bemerkenswerte Aussage, es sei »auch ein Erwerb durch Handlungen Anderer möglich geworden, welche in einem Repräsentationsverhältnis zu dem Erwerber stehen. Diese Möglichkeit des Erwerbs durch Repräsentanten ist nach heutigem Recht die Regel, welche indessen bedeutende Ausnahmen hat.« Bei der Frage des Besitzerwerbs wurde freilich die Weite dieser Ausnahmen deutlich. Zwar könne der Besitz durch Repräsentanten erworben werden, in »dem Willen findet aber regelmäßig keine Vertretung statt«,[90] so daß der unmittelbare Forderungserwerb durch freie Stellvertretung ausgeschlossen war: »Ein Anderer kann durch jenen nicht in seiner Person eingetretenen Obligationsgrund nur mittelbar berechtigt und verpflichtet werden.«[91] Puchta folgte Mühlenbruchs Zessionstheorie.[92]

85 Savigny, Obligationenrecht II, 1853, S. 20 ff.; hierzu die Darstellung bei Mohnhaupt, Savignys Lehre von der Stellvertretung, 1979, S. 66 ff.; Hölzl, Savignys Lehre von der unmittelbaren rechtsgeschäftlichen Stellvertretung, 1999, S. 225 ff.

86 Savigny, System III, 1840, S. 94; Mohnhaupt, Savignys Lehre von der Stellvertretung, 1979, S. 69, spricht einleuchtend von einer »Kunstform«; zu Savignys Auslegungslehre oben 2.

87 Kenntnis vermutet Hölzl, Stellvertretung, 2002, S. 237 Anm. 123. Puchta kannte weite Teile der seit 1840 im »System« erscheinenden dogmatischen Lehren jedenfalls offenbar nicht. Dies ergibt der Briefwechsel, in dem Puchta angesichts der ihm übersandten Bögen wiederholt Überraschung über die Ansichten Savignys äußert, vgl. die Briefe des Jahres 1840, MS 838/70–81; auf die Stellvertretung geht Puchta nach Zusendung der Bögen nicht ein, Brief vom 16.10.1840.

88 Puchta, System des Gemeinen Civilrechts, 1832, S. 18; keine Nennung der Quelle bei der Frage des Forderungserwerbs oder der Verpflichtung durch Stellvertreter, S. 154–158.

89 Puchta, Lehrbuch der Pandekten, 1838, S. 37 f.

90 Puchta, Lehrbuch der Pandekten, 1838, S. 103.

91 Puchta, Lehrbuch der Pandekten, 1838, S. 285, der Mandant stehe »gleich einem Cessionar«, S. 287.

92 Hinweis freilich nur in Puchta, System des Gemeinen Civilrechts, 1832, S. 155, vgl. hierzu auch Hölzl, Stellvertretung, 2002, S. 236 ff. (auch zu den hier nicht interessierenden rechtspolitischen Aspekten des Disputs).

https://doi.org/10.5771/9783465133278-113 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

Auch nach Erscheinen des dritten Bandes von Savignys System 1840 behielt Puchta diese Ansicht bei. In seinen Institutionen widersprach er Savigny noch gemäßigt. Er halte dessen Auslegung von D 41, 1, 53 für »unwahrscheinlich«, da damit widersprechende »ausführliche und bestimmte Stellen … für Antiquitäten erklärt« würden.[93] In seinen Vorlesungen wurde er deutlicher. Savignys Lehre beruhe »auf einer unstatthaften Generalisierung jener Regel von naturalem und civilem Erwerb, und auf einem Mißverständnis« von D 41, 1, 53.[94] Wenn Modestin eine derartige Ausweitung gewollt habe, hätte er statt *possessio* als Gegensatz zur *stipulatio* auch einen Kontrakt genannt. Zudem gebe es andere Stellen, in denen »die Ausnahme entschieden auf den Besitz beschränkt« werde.[95] Savignys Auslegung ging Puchta zu weit. Seine Auslegung stellte stärker den Wortlaut und die sonstigen Quellenzeugnisse in den Vordergrund.

4. Vom Juristenrecht zum Recht der Wissenschaft

Mit Puchtas Hinwendung zu einer strengeren Anbindung der Interpretation an den Wortlaut des *Corpus Iuris* ging auf der Rechtsquellenebene eine Rückstufung des wissenschaftlichen Einflusses einher.

1837 nahm Puchta von seinem Juristenrecht, dem inzwischen, wie er 1844 meinte, »das Bürgerrecht verliehen« worden war,[96] Abschied. Wie noch immer häufig übersehen,[97] unterschied Puchta nun ein Recht der Wissenschaft und Juristengewohnheitsrecht.

93 Puchta, Cursus der Institutionen II, 1842, S. 336 f., Anm. n).

94 Puchta, Vorlesungen I, 1846, S. 123.

95 Puchta, Vorlesungen I, 1846, S. 124.

96 Puchta, Rez. Beseler, 1844, S. 11.

97 Puchtas Übergang vom Juristenrecht zum Recht der Wissenschaft sorgt seit langem für Verwirrung. Mit vielen übersah etwa Bergbohm, Jurisprudenz und Rechtsphilosophie I, 1892, S. 521 ff., diesen Übergang ganz. Landsberg, GDR 3.2, 1910, S. 442 ff., wies dagegen deutlich auf Puchtas Neuausrichtung hin; Zwilgmeyer, Die Rechtslehre Savignys, 1929, S. 26, sah dagegen im zweiten Band des Gewohnheitsrechts (irrtümlich) ausnahmsweise keine Anerkennung der Wissenschaft als Rechtsquelle; an Landsberg angelehnt betonte den Übergang zutreffend die einflußreiche Schrift von Esser, Richterrecht, Gerichtsgebrauch und Gewohnheitsrecht, 1967, S. 102 f. Neuere Arbeiten lesen dagegen, ohne den von Puchta selbst behaupteten Wandel zu thematiseren, erneut Puchtas Juristenrecht und sein Recht der Wissenschaft als Einheit, so Bohnert, Puchta, 1975, S. 112 f., der durchweg »zwei Arten des Juristenrechts« unterscheidet; gar keine Differenzierung dagegen bei Ogorek, Richterkönig oder Subsumtionsautomat?, 1986, S. 198 ff., 202 Anm. 16; 207 Anm. 35; Nicht ganz klar Landau, Die Rechtsquellenlehre in der Deutschen Rechtswissenschaft, 1993, S. 71 Anm. 92 f., 72 f.; ders., Puchta, 2001, S. 757 ff. Für Wilhelm, Zur juristischen Methodenlehre im 19. Jahrhundert, 1958, S. 76, ist das im ersten Band behandelte Juristenrecht gleich dem Juristengewohnheitsrecht des zweiten Bandes »nur eine Form des Gewohnheitsrechts« (was

https://doi.org/10.5771/9783465133278-113 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

Am 21.3.1836 berichtete Puchta Savigny, daß er diesen Winter mit der Ausarbeitung des zweiten Teils seines Gewohnheitsrechts begonnen habe und sich seine Meinung »in einigen Puncten geändert oder geläutert« habe:[98]

> »Besser glaube ich namentlich nunmehr das Juristenrecht aufzufassen, wobey ich zwey Arten unterscheide 1) das unmittelbare durch die Wissenschaft hervorgebrachte, also lediglich auf inneren Gründen beruhende Recht, das nur um seiner Wahrheit willen gilt, und für welches äußere Erkenntnismittel nur unsicher vorhanden sind, als ein Richter im Zweifel, und wenn er seiner Sache nicht vollkommen gewiß ist, die unter den angesehensten Rechtsgelehrten herrschende, und von den angesehensten Gerichten befolgte Meinung als die wahre gelten lassen wird, 2) das Recht, welches durch die gemeinsame Ueberzeugung der Juristen, als denen, auf welche im Lauf der Zeit das rechtliche Bewußtseyn des Volks übergegangen ist, entsteht, welches also nur eine Art des eigentlichen Gewohnheitsrechts ist. Dahin gehört es, wenn wir uns auf ein Princip berufen, wo von inneren Gründen nicht die Rede seyn kann, wie bei der Form der Testamente.«[99]

Ab 1837, dem Erscheinen des zweiten Bands des Gewohnheitsrechts,[100] kannte Puchta auch öffentlich statt des übergreifenden Juristenrechts nun einerseits das Juristengewohnheitsrecht und andererseits sein Recht der Wissenschaft. Er betonte nun, daß das Verhältnis des Gewohnheitsrechts zu dem, »welches ich Juristenrecht genannt habe« im ersten Band »unvollkommen dargestellt« sei.[101] Damit gab Puchta für einen kleinen Teil des Juristenrechts den Vorwürfen der Rezensenten des ersten Bandes Recht, die einhellig Puchtas Abgrenzung zwischen Gewohnheits- und Juristenrecht kritisiert hatten.[102]

1839 erläuterte Puchta den Schritt, den er hier vollzogen hatte:[103]

nicht stimmt, vgl. S. 168 ff., wissenschaftliches Recht »im strengen Sinne« (77) ist für Wilhelm nicht neu, sondern nur in Band 1 nicht thematisiert, also keine Trennung; vertiefte Auseinandersetzung dieser Frage bei Jakobs, Die Begründung der geschichtlichen Rechtswissenschaft, 1992, S. 31 ff.

98 Brief an Savigny vom 21.3.1836.

99 Brief an Savigny vom 21.3.1836.

100 Puchta, Gewohnheitsrecht II, 1837, S. 16.

101 Puchta, Gewohnheitsrecht II, 1837, S. 14.

102 Durchweg ablehnend: Hugo, Rez. Gewohnheitsrecht I, 1828, S. 1733, wollte »Gewohnheitsrecht und Juristenrecht, wie es hier heißt, bey weitem nicht so scharf von einander trennen, wie es hier S. 161 u. folg. Geschehen ist«; kritisch auch Unterholzner, Rez. Gewohnheitsrecht I, 1829, S. 375; anonymus (Mühlenbruch?), Rez. Gewohnheitsrecht I, Sp. 199: »wohl zu scharf von der Gewohnheit abgesondert«. Unterholtzner meinte, Juristenrecht sei »ein bloß abgeleitetes Recht, welches auf der Uebereinstimmung mit der ratio juris beruht … Aber es verdient darauf aufmerksam gemacht zu werden, daß oft erst das Geltendwerden einer Meinung entscheidet, und daß alsdann das Juristenrecht ganz in das Gewohnheitsrecht übergeht«, Unterholzner, Rez. Gewohnheitsrecht I, 1829, S. 375.

103 Puchta, Rez. Maurenbrecher, De auctoritate prudentum prolusio academica, 1839, S. 729 (Hervorhebung von mir).

https://doi.org/10.5771/9783465133278-113 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

»In dem zweiten Theil des G. R. (1837) endlich ist der Einfluß der Juristen auf das Recht näher als ein doppelter bezeichnet. Sie haben einen solchen vor allem durch ihre wissenschaftliche Thätigkeit als solche, durch die Entwickelung des Rechts aus inneren Gründen … Aber es sind auch Rechtssätze, die sich nicht auf innere Gründe zurückführen lassen, die vielmehr nur auf einer äußeren Autorität beruhen können, durch die Juristen entstanden. Diese sind in der That Gewohnheitsrecht, sie sind auf die unmittelbare Volksüberzeugung zurückzuführen, deren Träger die Juristen, als die des Rechts vorzüglich kundigen Glieder ihres Volkes, sind … Von dieser zweiten Funktion der Juristen spricht Savigny in dem ›Beruf‹ (S. 12), wenn er zeigt, wie das Recht allmählich ›dem Bewußtseyn der Juristen anheimfällt, von welchen das Volk nunmehr in dieser Function repräsentiert wird‹, was natürlich von der wissenschaftlichen Thätigkeit als solcher und ihrer Wirkung nicht gesagt werden kann.«

Deutlich trat er in diesem Punkt auch Savignys Rechtsquellenlehre im ersten Band des Systems entgegen. Savignys Übernahme von Puchtas Bezeichnung »Recht der Wissenschaft« behandele, so Puchta, die beiden scharf zu trennenden Bereiche der Wirksamkeit von Juristen als Rechtsquelle irrtümlich als »eine und dieselbe Klasse der Rechtsbildung«.[104] Die Abschichtung eines »Rechts der Wissenschaft« war für Puchta also von »äußerster Wichtigkeit«, ja eigentlicher »Schlußstein der von der historischen Schule begonnenen Theorie der Rechtsquellen«.[105]

Für die vorliegende Perspektive ist nun ein Vergleich von Puchtas früherem Juristenrecht mit seinem Recht der Wissenschaft von Interesse. Dabei zeigen sich signifikante Veränderungen. Der Jurist, nach wie vor gleichermaßen der Richter wie der Gelehrte, agierte ab 1837 nicht mehr als Repräsentant des Volkes, wenn er ein Recht der Wissenschaft schuf. Damit stellte sich verschärft die Legitimation für solches Tun. Diesbezüglich hatte sogar Adolf v. Scheurl seinem »innigst verehrten Lehrer«[106] widersprochen. Die Rechtssätze, welche die Rechtswissenschaft finde, würden Rechtssätze »erst durch die Anerkennung, welche sie im nationalen Bewußtsein oder durch die Gesetzgebung finden«. Die Erzeugung von Rechtssätzen durch die Wissenschaft könne »nie so unmittelbar« erfolgen, wie bei Gesetzes- und Gewohnheitsrecht.[107]

Nur die Repräsentationsfiktion hatte Puchtas Juristenrecht in den zwanziger Jahren ja den Charakter einer Rechtsquelle ermöglicht, denn, so hatte er 1828 betont, die »wissenschaftliche Thätigkeit … ist nicht eine nationale … also ist hier nicht der Volksgeist das unmittelbar produktive«.[108] Die Juristen mußten daher noch 1828 »als Repräsentant des Volks verfahren, wenn sie

104 Puchta, Rez. Beseler, 1844, S. 18.
105 Puchta, Rez. Beseler, 1844, S. 19.
106 Scheurl, Institutionen, 1850, Vorwort vom 13. März 1850.
107 Scheurl, Wissenschaftliches Recht, 1853, S. 121 ff., 121.
108 Puchta, Gewohnheitsrecht I, 1828, S. 165; hierzu bereits S. 188 ff.

https://doi.org/10.5771/9783465133278-113 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

jenen Einfluß auf das Recht üben wollen«.[109] Dieser Aspekt, der auch in Puchtas Methode des Juristenrechts als Blick auf die »praktischen Bedürfnisse« seine Spuren hinterlassen hatte,[110] fiel nun weg. Die Geltung eines so gefundenen Satzes beruhe, so 1837, einzig auf der »Haltbarkeit seiner inneren Gründe«.[111]

Daß auch dies die Einstufung der Wissenschaft als Rechtsquelle rechtfertigte, wurde kurz darauf durch Puchtas Neubestimmung der »logischen oder vernünftigen Seite des Rechts« deutlich.[112] »Was mit innerer Nothwendigkeit aus den bestehenden Rechtssätzen folgt, muß eben wegen der Vernünftigkeit des Rechts ebenfalls als Recht, als Wille der Nation gelten.«[113] Recht der Wissenschaft galt also, weil die freie Rechtsproduktion des Volksgeistes durch die Rückwirkung der Natur, den Gegenständen, auf den gleichheitsorientierten Willen eine »gewisse Schranke in der vernünftigen Natur des Rechts« fand.[114] Die genaue Bestimmung dieser vernünftigen Seite des Rechts wird die Reichweite dieser Legitimation bringen.[115]

Zunächst lohnt es sich, sich dem Recht der Wissenschaft mit Blick auf die Konkurrenzsituation zu den anderen Rechtsquellen zu nähern. Puchta begründete den Rechtsquellencharakter seines Rechts der Wissenschaft ab 1837 signifikant anders, als noch in den zwanziger Jahren. 1825 hatte er für sein Juristenrecht davon gesprochen, daß sich infolge der wissenschaftlichen Auffassung des Rechts Seiten finden müßten, »wo einem vorhandenen Bedürfnis durch *Aenderungen* abzuhelfen ist«.[116] Die Studien zu Puchtas Juristenrecht zeigten, daß dies ernst gemeint war. Puchta maß das gemeine römische Recht durchweg an den Voraussetzungen seines Juristenrechts. Dies war insofern unproblematisch, als Puchta diesen Rechtskorpus selbst als Juristenrecht begriff und somit der wissenschaftlichen Überarbeitung unterwarf.

In den vierziger Jahren behandelte er das gemeine römische Recht demgegenüber als Gesetzesrecht. In seiner Rechtsquellenlehre wurde nun deutlich, daß er sein Recht der Wissenschaft zwar einleitend den anderen Rechtsquellen, Gesetz und Gewohnheitsrecht, scheinbar gleichberechtigt an die Seite gestellt hatte,[117] konkret aber gleichwohl eine qualitative Abstufung vornahm. Die Aufhebung eines Gewohnheits- oder Gesetzesrechts durch ein

109 Puchta, Gewohnheitsrecht I, 1828, S. 166.
110 Vgl. oben S. 218 ff.
111 Puchta, Gewohnheitsrecht II, 1837, S. 15.
112 Vgl. oben S. 352 ff.
113 Puchta, Vorlesungen I, 1846, S. 25.
114 Puchta, Vorlesungen I, 1846, S. 25.
115 Vgl. sogleich S. 377 ff.
116 Puchta, Encyclopädie, 1825, S. 22.
117 Vgl. Gewohnheitsrecht II, 1837, S. 14 ff.

https://doi.org/10.5771/9783465133278-113 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

Recht der Wissenschaft könne »der Natur der Sache nach nicht vorkommen«.[118] Damit war gerade das gemeine römische Recht nicht mehr durchweg den Anforderungen des Juristenrechts unterworfen. Das Recht der Wissenschaft hatte einen gegenüber dem Juristenrecht deutlich beschränkten Anwendungsbereich, es diente lediglich der Lückenfüllung. Damit sollte es die alte Funktion des Naturrechts als subsidiäre Entscheidungsgrundlage übernehmen.[119] 1837 wurde dies erstmals deutlich:

> »Daß diese Quelle für den Richter nothwendig wird, läßt sich nicht bezweifeln, da auch das vollständigste Gesetzbuch nicht für alle zu entscheidenden Fälle ausgesprochene Normen enthalten kann, und eben so wenig die unmittelbare rechtliche Ueberzeugung des Volks eine überall ausreichende Hülfe gewähren wird. Die früher gewöhnliche Ansicht von der subsidiären Anwendbarkeit des s. g. Naturrechts ist als eine Anerkennung dieses Bedürfnisses auch durch die exaltierten Verehrer des gesetzlichen Rechts bemerkenswerth, nur daß man sich in dem Mittel vergriffen, und von der bloßen Philosophie erwartet hatte, was nur die Jurisprudenz selbst zu leisten imstande ist.«[120]

Das Recht der Wissenschaft war damit, im Gegensatz zum früheren Juristenrecht, subsidiär. Es setzte voraus, »daß der Richter auch bei der größten Ausdehnung jener Rechte einer Ergänzung bedarf, ohne die er in sehr vielen Fällen keine Norm der Entscheidung haben würde«.[121] Recht der Wissenschaft galt nur, wenn »der Richter sich von der actuellen Volksüberzeugung und Gesetzgebung verlassen« fand. Wissenschaft war »ergänzende Rechtsquelle« und setzte insofern eine »Lücke« voraus.[122] Wie Puchtas Rechtsquellenlehre verdeutlichte, verstand er hierunter nicht nur das gänzliche Fehlen einer Norm. Das Recht der Wissenschaft schuf auch »Modification« einzelner Rechtssätze, die »ohne schlechterdings einander auszuschließen, doch nicht in ihrer vollen Bedeutung neben einander bestehen können«, und die damit extensiv oder restriktiv anzuwenden seien, wenn sich »aus inneren Gründen … eine Nothwendigkeit der Modification eines Gewohn-

118 Puchta, Vorlesungen I, 1846, S. 48.

119 Inzwischen dürfte die weitgehend lediglich subsidiäre Bedeutung des Naturrechts in der Rechtslehre und -praxis des 18. Jahrhunderts geklärt sein, vgl. Klippel, Politische Freiheit und Freiheitsrechte im deutschen Naturrecht des 18. Jahrhunderts, 1976, S. 189 ff.; Luig, Der Einfluß des Naturrechts auf das positive Recht im 18. Jahrhundert, 1979, S. 151 ff.; J. Schröder, »Naturrecht bricht positives Recht« in der Rechtstheorie des 18. Jahrhunderts?, 1989, S. 419 ff.; zusammenfassend nun ders., Recht als Wissenschaft, 2001, §§ 3 I, 24 I.

120 Puchta, Gewohnheitsrecht II, 1837, S. 15.

121 Puchta, Rez. Beseler, 1844, S. 17.

122 Puchta, Pandekten, 3. Aufl. 1845, § 16.

https://doi.org/10.5771/9783465133278-113 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

heitsrechts oder Gesetzes ergab«.[123] Die freilich nicht ganz trennscharfe Grenze lag darin, daß bei der erweiternden oder beschränkenden Auslegung »der Rechtssatz unverändert gelassen, und nur ein falscher Schein eines engeren oder weiteren Sinnes durch richtige Interpretation entfernt wird«, während bei der Modifikation eine »Erweiterung oder Beschränkung des Rechtssatzes selbst« vorgenommen werde.[124] Recht der Wissenschaft war zudem die Beseitigung unauflösbarer Widersprüche[125] durch Lückenfüllung.[126] Die Wissenschaft war somit berufen zur »Ergänzung, Erweiterung, Modifizierung«,[127] im übrigen jedoch den anderen Rechtsquellen, Gesetzes- und Gewohnheitsrecht unterworfen.

Puchtas Recht der Wissenschaft war somit Instrument des unter Entscheidungszwang stehenden Richters und zugleich wissenschaftlicher Versuch, diesen an die Grundwertungen des bestehenden Rechts zu binden. Entgegen

123 Puchta, Vorlesungen I, 1846, S. 48 f.; vgl. auch Pandekten, 2. Aufl. 1844, S. 28: »Zwey Rechtsvorschriften können in dem Verhältnis zueinander stehen, daß eine die Wirksamkeit der anderen zwar nicht aufhebt, aber sie doch verändert. Dieß ist auf doppeltem Wege möglich 1) durch Einschränkung, indem die eine der anderen gewisse Fälle entzieht, die außerdem unter sie fallen würden, entweder sie als Regel vollkommen stehen lassend, aber Ausnahmen hinzufügend oder sonst ihren Umfang vermindernd; 2) durch Erweiterungen, indem der Umfang der einen Vorschrift durch die andere vergrößert wird«. Für eine Modifikation bedürfe es des Nachweises, daß ohne eine solche »der Rechtssatz kein vernünftiges Resultat geben würde, bei der Erweiterung, daß die Ausschließung der herbeizuziehenden Fälle seine Anwendung auf die im Gesetz ausgedrückten plan- und gedankenlos machen, bei der Beschränkung, daß durch die Anwendung auf die auszuschließenden Fälle der Rechtssatz seine Bedeutung und Begründung verlieren würde«, Puchta, Vorlesungen I, 1846, S. 49.

124 Puchta, Vorlesungen I, 1846, S. 49.

125 Ein Antinomie lag für Puchta vor, wenn sich bei einem Widerspruch zwischen zwei Rechtssätzen »nicht bestimmen läßt, welchem von beiden Rechtssätzen die aufhebende oder modificierende Kraft zukommt«, Puchta, Vorlesungen I, 1846, S. 49. Unlösbare Widersprüche führten zur Aufhebung beider Regelungsinhalte und damit zu einer »Rechtsquelle, deren eigenster Beruf die Ergänzung des geschriebenen Rechts ist … dem Recht der Wissenschaft« (S. 52). Freilich galt: »Die meisten angeblichen Widersprüche im Corpus Juris sind nur scheinbare« (S. 51) und in Wahrheit Kollissionsfälle, also etwa über die Posteriorität des Inkrafttretens lösbar oder unterfielen einer »Vermittlung durch Interpretation« (S. 51).

126 Puchta, Vorlesungen I, 1846, S. 49–52; vgl. hierzu näher unten III. Ogoreks Feststellung (Richterkönig oder Subsumtionsautomat?, 1986, S. 203), »auch im Falle der Lückenhaftigkeit« scheint mir also unrichtig: »nur« im Falle der Lückenhaftigkeit (inkl. den genannten Modifikationen) war Recht der Wissenschaft gestattet.

127 Puchta, Pandekten, 3. Aufl. 1845, S. 25 Anm. p).

https://doi.org/10.5771/9783465133278-113 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

dem Juristenrecht konnte das Recht der Wissenschaft das bestehende Recht nicht mehr abändern, es legitimierte sich durch ein Regelungsvakuum. Es stand nicht in Konkurrenz zum bestehenden Recht, sondern zu anderen Lückenfüllungsmechanismen, vor allem einerseits dem Naturrecht und andererseits der freien richterlichen Entscheidung. Beidem war Puchta seit Beginn seiner wissenschaftlichen Tätigkeit entgegengetreten.[128] Auch Puchtas Recht der Wissenschaft unterwarf sich damit dem »Positiven«.

5. Verbleibende Schranken der Freiheit

Das grundsätzliche frei entstehende Recht war jedoch nicht ganz ohne Bindungen. Puchta thematisierte diese Frage insbesondere 1837 im zweiten Band seines Gewohnheitsrechts. Das Gewohnheitsrecht, welches keiner politischen Rücksichtnahme auf die Legislativgewalt bedürfte, bot durch die Schwierigkeit, aus einer Übung auf die Übereinstimmungen mit dem Volksgeist zu schließen, die Möglichkeit, allgemeine inhaltliche Anforderungen des Volksgeists zu formulieren. In den römischen Quellen bot sich vor allem die Irrtumsproblematik als Anhaltspunkt für diese Frage an.[129] Mit Blick insbesondere auf D. 1, 3, 39[130] war seit dem Mittelalter versucht worden, Gewohnheiten einer Inhaltskontrolle zu unterwerfen.[131] Bereits 1828 war Puchta Versuchen entgegengetreten, *ratio* hier als Vernunft zu deuten,[132] da dies »viel zu unbestimmt« sei.[133] 1837 verdeutlichte er: »Die Anwendung des Gewohnheitsrechts wäre in der That in die reine Willkühr des Richters gestellt, wenn ihm verstattet würde, eine Gewohnheit auf den Grund hin, daß ihm dieselbe unvernünftig scheine, zu verwerfen.«[134] Eine solche Gewohnheitsrechtslehre würde »aller Consequenz und Festigkeit entbehren«.[135]

Puchta begrenzte die »Möglichkeit« eines Gewohnheitsrechtssatzes statt dessen dreifach: »Unverträglichkeit des geübten Satzes 1) mit göttlichen

128 Vgl. oben S. 231 ff.
129 Hierzu noch immer Zitelmann, Gewohnheitsrecht und Irrtum, 1883, S. 323 ff., 339 ff. mit Auswertung der gesamten älteren Literatur.
130 *Quod non ratione introductum, sed errore primum deinde consuetudine optendum est, in aliis similibus non optinet.«*
131 Vgl. die genaue Auswertung der älteren Ansichten bei Klötzer, Revision der Theorie vom Gewohnheitsrecht, 1813, S. 128 ff.
132 So etwa Glück, Pandekten I, 1797, S. 459 unter III; weitere Nennungen bei Klötzer, Revision der Theorie vom Gewohnheitsrecht, 1813, S. 132 ff. (insb. Berger und Leyser).
133 Puchta, Gewohnheitsrecht I, 1828, S. 100.
134 Puchta, Gewohnheitsrecht II, 1837, S. 51.
135 Puchta, Gewohnheitsrecht II, 1837, S. 53.

https://doi.org/10.5771/9783465133278-113 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

Vorschriften, 2) mit den guten Sitten, 3) mit höheren Rechtsprincipien, in Folge welcher derselbe als Rechtssatz unmöglich wird«.[136]

a) Göttliche Gebote und Gute Sitten

Trotz aller Trennung zwischen Recht und Moral blieb damit ein religiöses Minimum: »Ein christlicher Richter kann hiernach keinen Satz als Rechtssatz anerkennen, durch welchen ein göttliches Gesetz aufgehoben werden würde.«[137]

Auch die guten Sitten waren zwingend als Teil des Volksbewußtseins anzusehen, es sei »unmöglich, daß dasselbe Volk, dem und so lange ihm dieses Gefühl innewohnt, eine dem widerstrebende rechtliche Überzeugung hege«. Auch hier mahnte Puchta jedoch, der Richter dürfe »als Maßstab nicht sein subjektives Gefühl gebrauchen«, da er nicht »mit der Gewalt eines Gesetzgebers bekleidet« sei.[138]

Hatte Puchta für das Gewohnheitsrecht somit feste Bereiche genannt, die »ihre wahrhafte Bestimmung nicht durch das Volksbewußtseyn erhalten«,[139] so war die Aufstellung ähnlicher Bindungen für den Gesetzgeber politisch naturgemäß heikler. 1838 meinte er ziemlich deutlich, es könne »kein menschliches Recht die Kraft haben, göttliche Gebote aufzuheben, also auch kein Recht als solches *anerkannt werden*, welches mit ihnen in eine entschiedene und nothwendige Collission träte«.[140] 1844 wurde dies zwar auf die Sittlichkeit erweitert, gleichwohl klang es vorsichtiger. Das Recht könne nie, »ohne seine eigene Natur zu zerstören, eine feindliche Richtung gegen die Gebote der Sittlichkeit, und für uns insonderheit des Christenthums geben, es *kann* nichts vorschreiben, was diesen Geboten zuwider wäre«.[141] Ähnlich hieß es 1845, das Recht »*darf* sich nicht zum Beförderer der Unsittlichkeit herabwürdigen lassen« und es *könne* nicht »unsittliches oder irreligiöses gebieten«.[142]

Mit diesem Kompromiß wollte er »zwei Abwege« vermeiden: »Ein Recht, welches unsittliche Handlungen schlechthin wie rechtswidrige behandelt, würde seinen eigenen Charakter, seine Selbständigkeit aufgeben, es würde als ein besonderes Princip nicht mehr bestehen, und auf der anderen Seite nicht einmal der Sittlichkeit und Religion nützen, indem es durch seinen äußeren Zwang die Freiheit der Gesinnung untergrübe.« Erneut ging es also

136 Puchta, Gewohnheitsrecht II, 1837, S. IX, 49 ff., 61; auch später beibehalten, vgl. Puchta, Vorlesungen I, 1846, § 13.
137 Puchta, Gewohnheitsrecht II, 1837, S. 54.
138 Puchta, Gewohnheitsrecht II, 1837, S. 55.
139 Puchta, Gewohnheitsrecht II, 1837, S. 65.
140 Puchta, Lehrbuch der Pandekten, 1838, S. 23, Hervorhebung von mir.
141 Puchta, Pandekten, 2. Aufl. 1844, S. 29, Hervorhebung von mir.
142 Puchta, Pandekten, 3. Aufl. 1845, S. 29.

https://doi.org/10.5771/9783465133278-113 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

um die Gewährung eines Freiheitsraums zum sittlichen, gottgefälligen Handeln.[143] »Dagegen würde ein Recht, das sich gegen die Gebote der Sittlichkeit und Religion vollkommen gleichgültig verhielte, und sich isolierte, ein todtes, für das wirkliche Leben unbrauchbares, unvernünftiges Abstractum werden.«[144]

Politisch riskant war insbesondere die Frage des – in der Anerkennung solcher Einschränkungen der gesetzgeberischen Freiheit versteckt liegenden – richterlichen Prüfungsrechts. Offen trat Puchta für ein materielles Prüfungsrecht nicht ein. Neben der Inhaltsermittlung beschränke sich die richterliche Tätigkeit auf die Feststellung der »Existenz« des Gesetzes,[145] womit das verfassungsmäßige Zustandekommen gemeint war. Schon dies war freilich ein Zugeständnis, das viele nicht machen wollten.[146] Puchta beharrte jedoch auf diesem formellen Prüfungsrecht, da man ansonsten »den Verfassungen eine bedeutende, ja die sicherste Garantie entzieht«, was »politisch gefährlich« sei.[147]

Ansonsten war der Richter jedoch an das gegebene Gesetz gebunden. Puchtas Anforderungen an die richtige Gestaltung des Rechts richteten sich an den Gesetzgeber. Dieser hatte die göttlichen und sittlichen Vorschriften zu

143 Vgl. oben S. 337 ff.

144 Puchta, Vorlesungen I, 1846, S. 52 f.

145 Puchta, Vorlesungen I, 1846, S. 36.

146 In Monarchien mit landständischer Verfassung sind die Gerichte nicht befugt, die Gültigkeit der von den Monarchen ohne Mitwirkung der Landstände erlassenen Gesetze (Verordnungen) einer Prüfung und Entscheidung zu unterwerfen, vgl. Linde, 1833, S. 305 ff., der S. 309–311 den Streitstand zu dieser Frage darlegt; gegen Linde Puchta, Pandekten, 3. Aufl. 1845, S. 24 Anm. (o).

147 Puchta, Vorlesungen I, 1846, S. 37. Diese Ansicht brachte ihn bemerkenswerter Weise in Konflikt mit Wilhelm Eduard Albrecht, der kurz zuvor in Göttingen die fehlende Bindungskraft der Hannoverschen Verfassung zu spüren bekommen hatte. Am 14.2.1839 schrieb er an Hugo: »Mit Albrecht habe ich seit längerem einen Disput über das Zurückdrängen des rechtlichen Weges durch die modernen Constitutionen. So vertheidige ich gegen ihn die Meinung, die Gerichte haben auch die Verfassungsmäßigkeit der Gesetze zu beurtheilen, nach denen sie sprechen sollen. Ich behaupte, daß der Richter die Existenz des Gesetzes zu beurtheilen habe, und daß es inconsequent nicht bloß, sondern nicht einmal durchführbar sey, daß bloß für gewisse Erfordernisse zuzugeben, für andere zu leugnen, wie er es thun möchte, aber freilich an der genauen Bestimmung dieses Unterschieds hängen bleibt. Da soll denn alles von der Entscheidung der Stände abhängen, die doch nur die eine Parthey sind.« Albrecht setzte in seiner Protestation freilich nicht auf die Stände, sondern das Volk, vertreten durch die sieben Professoren; vgl. hierzu Borsdorff, Albrecht, 1993, S. 337 ff., die S. 434 im Vergleich mit der »historischen Schule« deren metaphysischen Volksgeist aber mit dem empirischen Volk vermengt, vgl. hierzu bereits oben S. 174 ff.

https://doi.org/10.5771/9783465133278-113 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

beachten und die Herrschaft der Gleichheit über die Ungleichheit als Prinzip des Rechts umzusetzen, was Puchta ab 1844 als »Wohlfahrt« zur Aufgabe des Rechts machte.[148]

b) »Prinzipien des bestehenden Rechts«

Weiterhin sei die Normfähigkeit einer Übung begrenzt durch »Principien des bestehenden Rechts, welche gewisse Sätze, als mit ihnen schlechterdings nicht verträglich, ausschließen«.[149] Was war hiermit gemeint?

In seinen Institutionen und den Pandekten verwies Puchta diesbezüglich beispielhaft lediglich auf einen Konflikt zwischen gemeinem und partikularem Recht, bei dem Letzteres die Geltung des Ersteren zwar partikular beschränken, den Rechtssatz aber nicht aufheben könne.[150] Neben dem formellen Kollisionsrecht[151] hatte Puchta 1837 aber auch inhaltlich unverzichtbare Rechtsprinzipien genannt.

Zunächst nannte er diesbezüglich die »Aufrechterhaltung der Ordnung im bürgerlichen Gemeinwesen«.[152] Eine Ausweitung der Selbsthilfe stand folglich nicht zur Disposition.

Als ein weiteres bindendes Prinzip nannte Puchta den Grundgedanken der *in integrum restitutio*, derzufolge das rechtliche Ergebnis zu korrigieren sei, wenn »eine Berücksichtigung der Billigkeit so dringend ist, daß man annehmen muß, dieser Fall würde ausgenommen seyn, sofern die Rechtssätze nicht allgemein wären, sondern für die einzelnen Fälle gegeben würden«.[153] Eine Gewohnheit, die fundamental gegen die Billigkeit verstieß, konnte also nicht als Recht gewertet werden.

Puchtas drittes Beispiel deutete auf eine Bindung an strukturelle Vorgaben des Rechts. Er verneinte die Möglichkeit, durch Gewohnheit einen possesorischen Rechtsschutz bei Rechten, »die keine dauernde Ausübung haben, namentlich bei Obligationen« einzuführen. Der possessorische Schutz einer

148 Puchta, Pandekten, 2. Aufl. 1844, § 21. In der ersten Auflage hatte er an dieser Stelle noch eine Berücksichtigung des »individuellen Wohls« gefordert, Pandekten, 1838, S. 23. Landau, Puchta und Aristoteles, 1992, S. 11 Anm. 43, sieht darin einen Übergang vom »Wohl des Individuums« zum »Wohl der Gattung« als Aufgabe des Rechts und vermutet eine Berührung Puchtas mit den »sozialpolitischen Diskussionen um 1848 (Robert von Mohl, Lorenz von Stein)«. Das scheint mir zu weitgehend, vgl. näher unten S. 458 ff.).

149 Puchta, Gewohnheitsrecht II, 1837, S. 56.

150 Puchta, Cursus der Institutionen I, 1841, S. 39 Anm. b) mit Verweis auf § 20; ders., Pandekten, 3. Aufl. 1845, S. 20 Anm. o) mit Verweis auf § 17.

151 Puchta, Gewohnheitsrecht II, 1837, S. 59 ff.

152 Puchta, Gewohnheitsrecht II, 1837, S. 59.

153 Puchta, Gewohnheitsrecht II, 1837, S. 57.

https://doi.org/10.5771/9783465133278-113 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

obligatio ließ sich nicht denken, da er »eine Besitzklage da einführte, wo von einem Besitz überall nicht … die Rede seyn kann«.[154] Ein anderes Beispiel fand sich nicht. Auch das Gewohnheitsrecht war also wohl in gewissen Grenzen an den rationalen Zusammenhang der Dogmatik gebunden. Dabei ging es offenbar um die Vermeidung extremer Brüche im Funktionszusammenhang. Ein Gewohnheitsrecht war nämlich ansonsten durchaus in der Lage, auch Rechtssätze »*contra rationem*« als *ius singulare* einzuführen.[155] Dies folge bereits aus »der Unvollkommenheit menschlicher Dinge überhaupt, welche die vollständige Erreichung jener Idee des reinen Rechts, also die innere Vollendung des Rechts ausschließt«.[156] Als Beispiel nannte Puchta das gewohnheitsrechtliche römische Verbot der Schenkungen unter Ehegatten. Während es »unsere[n] rechtliche[n] Anschauungen« entspreche, das Problem durch »eine freie Gemeinschaft unter Ehegatten« im Rahmen des »reinen Rechts« zu lösen, sei dies dem »Rechtssinn des römischen Volks« fremd geblieben. Die Frau sei entweder dem Mann güterrechtlich unterworfen oder völlige Gütertrennung vereinbart worden. Um für den letzteren Fall einen Verstoß gegen die »wahrhaft eheliche Gesinnung, wonach die Gatten alles was sie haben als gemein betrachten sollen« zu vermeiden, sei es notwendig geworden, das »reine Recht durch eine singuläre Ausnahme«, das Verbot der Schenkungen zu durchbrechen.[157]

Die Möglichkeit einer Gewohnheit, Ausdruck eines Rechtssatzes zu sein, der den Prinzipien des bestehenden Rechts widersprach, implizierte die Möglichkeit, Gesetze durch Gewohnheitsrecht aufzuheben. Hierfür trat Puchta vehement ein.[158]

Ein ordnungsgemäß zustandegekommenes Gesetz unterstand den Prinzipien des bestehenden Rechts nicht. Hier galt der Grundsatz: »Was … durch ein Gesetz auf dem verfassungsmäßigen Wege festgesetzt ist, das gilt als Recht, als gemeiner Wille, nicht um seines Inhalts, sondern um dieser Form des Ausspruchs willen.«[159] Gleichwohl versuchte Puchtas Enzyklopädie von 1841 mit der Gleichheit als »Princip des Rechts« und der geschichtsteleologischen »Entfaltung des Rechtsbegriffs in der Geschichte« dem Gesetzgeber philosophisch abgesicherte Richtungsvorgaben anzubieten. War die Geltung

154 Puchta, Gewohnheitsrecht II, 1837, S. 59.
155 Puchta, Cursus der Institutionen I, 1841, S. 93.
156 Puchta, Cursus der Institutionen I, 1841, S. 94.
157 Puchta, Cursus der Institutionen I, 1841, S. 94 f.
158 Puchta, Pandekten, 3. Aufl. 1845, § 13; hierzu vertiefend ders., Vorlesungen I, 1846, S. 33 f.; 464 ff. (Beilage I). Puchta bemühte sich hier um den seit dem Mittelalter strittigen Nachweis, daß dies »den Aussprüchen des römischen Rechts vollkommen adäquat« sei (S. 464).
159 Puchta, Cursus der Institutionen I, 1841, S. 33.

https://doi.org/10.5771/9783465133278-113 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

eines Rechtssatzes auch nicht an diesen Vorgaben zu messen, so versuchte Puchta doch, den Gesetzgeber an die Konsequenzen aus seinen eigenen Entscheidungen weitgehend zu binden. Die gesetzgeberische Tätigkeit sei »eine freie«, sie unterliege »im Einzelnen keiner eine bestimmte Linie vorschreibenden Nothwendigkeit«. Gleichwohl bestehe auch für den Gesetzgeber

> »eine gewisse Schranke in der vernünftigen Natur des Rechts; das Recht ist etwas Vernünftiges, in seiner Entwicklung einer logischen Nothwendigkeit Unterliegendes. Wenn z. B. der Gesetzgeber das Eigenthum als unmittelbare Herrschaft über eine Sache anerkennt, so anerkennt er damit nothwendig auch die vernünftigen Consequenzen aus dieser seiner Natur, wonach es z. B. in seiner Wirkung eine ganz andere Beschaffenheit hat, als die Obligatio, wiewohl freilich unter Umständen das Bedürfnis zu einer Abweichung von diesen Consequenzen führen kann.«[160]

Als Repräsentant des Volksgeists immer auch an das »Bedürfnis« gebunden,[161] war der Gesetzgeber zugleich an die Konsequenzen aus seinen eigenen Vorentscheidungen relativ gebunden. Hierüber konnte das Recht sich nicht hinwegsetzen, »ohne ein unvernünftiges zu werden«.[162] Änderungen mußten also an den Prinzipien ansetzen, also etwa das Eigentum abschaffen, was Puchta implizit jedenfalls für möglich hielt. Auch »unvernünftige« Gesetze galten jedoch. Hier blieb Puchta nur die Möglichkeit, »Mangel an rechter Einsicht und Beherrschung des Stoffs von Seiten des Gesetzgebers« zu beklagen.[163]

Geltungshindernisse mit nennenswerter Bedeutung waren die Prinzipien des bestehenden Rechts lediglich in Puchtas Recht der Wissenschaft. Die Autorität dieser Rechtsquelle beruhte auf der Annahme, daß das bestehende Recht »den Keim seiner Ergänzung in sich [trage], durch die Principien, auf denen es beruht, und durch seine vernünftige Natur, die von einem Satz einen Schluß auf den anderen, daraus mit innerer Nothwendigkeit folgenden zuläßt«.[164] Die »Principien des bestehenden Rechts« [165] waren insoweit also bindend. Die durch die Wissenschaft eingeführte Beschränkung des Streitgegenstands der Eigentumsherausgabeklage auf eine Erwerbsart blieb somit, wie Puchta 1828 bereits dargelegt hatte, auch 1846 »civilrechtlich unmöglich«:[166] Die Eigentumsklage betraf das Recht, nicht die Erwerbsart.

160 Puchta, Vorlesungen I, 1846, S. 25.
161 Vgl. Puchtas frühere Konzeption des Juristenrechts oben S. 205 ff., 218 f.
162 Puchta, Vorlesungen I, 1846, S. 104.
163 Puchta, Cursus der Institutionen I, 1841, S. 93.
164 Puchta, Vorlesungen I, 1846, S. 42.
165 Puchta, Vorlesungen I, 1846, S. 42.
166 Puchta, Vorlesungen I, 1846, S. 235, vertiefend nochmals ebda., Beilage VIII, S. 487 ff.

https://doi.org/10.5771/9783465133278-113 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

6. Zwischenergebnis

> »Die Entstehung des Rechts durch den unmittelbaren Willen der Nation und den Gesetzgeber ist eine freie; was sie hervorbringen, unterliegt im Einzelnen keiner eine bestimmte Linie vorschreibenden Nothwendigkeit.«[167]

Deutlicher als viele seiner Zeitgenossen setzte Puchta also auf eine sichere positive Grundlage seiner Jurisprudenz. Philosophisch gewendet, bedeutete dies einen klaren »Vorrang des Seins«, juristischer: Schutz vor richterlicher Willkür im Gewande irrationaler und damit für Puchta unwissenschaftlicher Rückgriffe auf »Leben«, »Triebe«, »wirkliche Praxis«. Auf das gemeine römische Recht gewendet bedeutete dies eine Rückstufung des wissenschaftlichen Einflusses auf der Ebene der Rechtserkenntnis. Gemeines römisches Recht war ihm nun Gesetzesrecht, ausschlaggebend der im historischen Kontext zu ermittelnde Wille Justinians. Savignys einheitsstiftender Quellenarbeit, der er sich in den zwanziger Jahren noch angenähert hatte, trat er nun entgegen. Die Wissenschaft konnte Widersprüche beseitigen und Lücken füllen, nicht jedoch den positiven Stoff, wie dies noch sein Juristenrecht versucht hatte, durchweg nach den Anforderungen eines organischen Rechtssystems umbilden. Auf der Rechtsquellenebene bekam die Wissenschaft damit eine untergeordnete, abgeleitete Stellung. Das »Positive« wurde unhintergehbar, Freiheit zum »Keim des Rechts«. Seine Darstellung bekam damit zugleich eine auf das antike Recht weisende Tendenz. Die späteren Weiterbildungen hatten als Recht der Wissenschaft keine derogierende Kraft oder unterlagen als Gewohnheitsrecht der relativ strengen Prüfung auf Irrtum und Rationalität. Politisch war dies nicht schlicht konservativ, sondern Bekenntnis zu den Rechtswerten, die man im antiken Recht (suchte und) fand.

II. Wissenschaft als Suche nach dem Vernünftigen im Wirklichen

Puchtas deutliche Hinwendung zum »Positiven«, seine Betonung der freien Rechtsentstehung trat in ein Spannungsverhältnis zur gleichzeitig behaupteten logisch-systematischen Natur des Rechts.

1. Annäherung – Kritik am »organischen« System Vangerows

1839 überzog Puchta Karl Adolph v. Vangerow, den Heidelberger Thibaut-Schüler, mit einer Serie von Besprechungen. Voller Ironie rezensierte er eine Abhandlung Vangerows zur gesetzlichen Deliberationsfrist.[168] In einer aka-

167 Puchta, Vorlesungen I, 1846, S. 25.

168 Puchta, Rez. Vangerow: Revision der neueren Theorien über gesetzliche Deliberationsfrist, 1840, S. 7 ff.; vgl. etwa S. 8: »Der Gegenstand der Abhandlung giebt ein wenn nicht seltenes, doch durch besondere Umstände ergötzliches Beispiel von dem lebhaften Interesse, das sich in unserer Literatur

https://doi.org/10.5771/9783465133278-113 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

demischen Programmschrift ging er scharf gegen Vangerows Versuch vor, in der Frage der *possessio civilis* Burchardi gegen Savigny zu unterstützen.[169] Wie so oft bei Puchta, handelte es sich hier um eine von persönlichen, karrieristischen Motiven überlagerte Auseinandersetzung. Als Savigny 1838 Interesse an Vangerow zeigte,[170] wurde der Puchta vor allem im Lehrerfolg überlegene[171] Nebenbuhler zur Gefahr. In mehreren Briefen zeigt sich das Bemühen Puchtas, Savigny von der Unwürdigkeit Vangerows für Höheres zu überzeugen.[172] Fachlich trat Vangerow vor allem durch sein ab 1839 er-

hie und da für gewisse Fragen zeigt, deren Wichtigkeit wenigstens nicht anschaulich und unwidersprechlich genannt werden kann.«

169 Puchta, De civili possessione disputatio, 1839, S. 398 ff. Streitpunkt war, ob *possessio civilis* neben dem Ersitzungsbesitz auch den Interdiktenbesitz umfasse; der Streitstand erschließt sich nur unvollständig aus Puchtas Abhandlung, besser die streitigen Passagen bei Vangerow, Pandekten I, 6. Aufl. 1851, § 199, S. 397 f. Auf seine Parteinahme für Savigny und gegen Vangerow wies Puchta Savigny auch brieflich nochmals ausdrücklich hin, Brief vom 12.8.1838 sowie Brief vom 3. Juli 1839: »so will ich über die *civilis possessio* des Vangerow schreiben, welchen Versuch (nach seinen eigenen Worten) nicht die Hauptsache ›das sorgfältige Zusammendenken mit allem Uebrigen zu einem vollständigen Ganzen fehlen soll‹«. Ich habe unglücklicherweise das Gegentheil gefunden, und bey dem Studium dieses Excurses meine günstige Gesinnung gegen den Verf., zu der ihr beifälliges Urtheil über ihn nicht wenig beigetragen hat, großentheils wieder eingebüßt. Nach diesem Versuch scheint er mir ein Mann, der mit größtmöglichem Selbstvertrauen eine sehr geringe Einsicht in Beziehung auf alles das, was über die gemeine Hauptstraße eines Pandektenvortrags hinaus liegt, verbindet.«

170 Vgl. Brief vom 12.8.1838: »… Prof. v. Vangerow, für den Sie sich so sehr interessieren …«

171 Puchta klagte vor allem in den Anfangsjahren immer wieder über mangelnde Resonanz bei den Studenten. In Erlangen habe er auch im Vergleich zu den anderen Lehrern »fast immer weniger Zuhörer« gehabt (Brief an Savigny vom 18.6.1824). Besseres berichtete er aus München: »100–120« Hörer in den Pandekten (Brief an Savigny vom 5.11.1835). In Leipzig traten erneut Schwierigkeiten auf, am 15.6.1838 klagte er gegenüber Savigny über led. 15 Hörer in den Institutionen. Am 16.3.1842 teilte Puchta Rudorff brieflich folgende Hörerzahlen mit: Institutionen: 1838:16; 1839: 22; 1840: 36; 1841: 41; Pandekten: 1837: 31; 1838: 26; 1839: 37; 1840: 46; 1841: 56. Zu Puchtas Auftreten als Lehrer auch Bekker, Puchta und Waechter, 1909, Sp. 944 f.

172 Seine Befürchtungen bewahrheiteten sich, als nach Savignys Ausscheiden im März 1842 Vangerow neben Puchta als Nachfolger gehandelt wurde. Die nach Lenz, Geschichte der Universität Berlin II 2, 1918, S. 128 Anm. 1, maßgebenden Gründe, die letztlich gegen Vangerow sprachen, hatte Puchta gegenüber Savigny, der seine Nachfolge nach Lenz, a. a. O. mit Eichhorn weitgehend alleine regelte, bereits 1839 brieflich geltend gemacht: seine auf eine traditionelle Kontroversendarstellung fixierte Lehrmethode und der zu vertraute Umgang Vangerows mit seinen Studenten; vgl. Brief vom 27.6.1837, die interessierende Passage ist abgedruckt bei Bohnert, Beiträge, 1979, S. 238 Anm. 77.

https://doi.org/10.5771/9783465133278-113 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

scheinendes Pandektenlehrbuch in direkte Konkurrenz zu Puchta. Schon vor dessen Erscheinen hatte sich Puchta die ersten dreißig Bögen des Werks verschafft und übte Savigny gegenüber erste Kritik.[173] Als das Buch erschien, veröffentlichte Puchta sofort anonym[174] eine Rezension. Neben der starken Kontroversenorientierung, die er für den Lehrbetrieb unbrauchbar fand, kritisierte Puchta vor allem Vangerows System. Dessen in der Vorrede ausgesprochener Plan, das »Ganze des Systems in seinem organischen Zusammenhang zur Anschauung zu bringen«,[175] lud zu einer derartigen Auseinandersetzung ein. Gegenüber Savigny bemängelte Puchta:

> »Ich möchte nur in aller Welt wissen, was er [sc. Vangerow] sich unter einem ›Zusammendenken mit allem übrigen zu einem vollständigen Ganzen‹ als er das bey Ihnen las, vorstellte, so wie unter dem ›organischen Ganzen‹, was in seiner Vorrede eine so große Rolle spielt. Das mögen saubere Ganze seyn.«[176]

Für Puchta war es »unmöglich«, den von Vangerow betonten »organischen Zusammenhang« zu vermitteln, wenn dieser im ersten Band einerseits das Familienrecht und andererseits die dinglichen Rechte nebeneinanderstellte, also »das Wort Recht … in ganz verschiedenen Bedeutungen genommen« werde.[177] Das Verhältnis des Familienrechts zu den dinglichen Rechten blieb damit unbefriedigend, »denn wie die dinglichen Rechte irgend damit verwachsen sind, wird für unser Civilrecht schwerlich nachgewiesen werden können«.[178] Besondere Kritik erntete der vorangestellte Allgemeine Teil Vangerows, die »Trödelbude«, wie er eingangs bereits betont hatte.[179] Hier, so seine Kritik, würden Materien teilweise bis »in das Detail« verfolgt, so gelange Vangerow von der Lehre der Früchte sofort bis in Einzelheiten der

173 Brief an Savigny vom 12.8.1838: Der Leitfaden Vangerows »hat ohngefähr die Einrichtung meines Grundrisses, die speciellen Ausführungen aber die bey einzelnen §§ eingestreut sind, betreffen durchgängig Controversen … Es versteht sich von selbst, daß die Meinung, der der Verf. entgegen ist, nicht überall in ihrer besten Gestalt erscheint (wenn es auch nicht so arg ist, wie bey Thibaut, der ganz eigentlich die Windmühlen erst apportiert, mit denen er ficht). Das möchte alles ein ganz brauchbares Repertorium der Controversen für Sachkenner seyn; für Studenten aber ist es die beste Art, sie zur oberflächlichen Absprache [?] anzuleiten.«

174 Nach Ankündigungen gegenüber Savigny am 12.8.1838 bekannte sich Puchta als Autor gegenüber Hugo mit Brief vom 9. Mai 1839.

175 Vangerow, Vorrede zur ersten Aufl., hier nach Lehrbuch der Pandekten, 6. Aufl. 1851, S. IV.

176 Brief an Savigny vom 3.7.1839.

177 Puchta, Rez. Vangerow Pandekten, 1839, S. 223 f.

178 Puchta, Rez. Vangerow Pandekten, 1839, S. 224.

179 Puchta, Rez. Vangerow Pandekten, 1839, S. 222.

https://doi.org/10.5771/9783465133278-113 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

Lehre von den Zinsen, während etwa zu »Begriff und die juristisch wichtigen Qualitäten der Sachen« nur das Allgemeine betrachtet werde.[180]

> »Das organische Wachstum dieses Systems scheint uns immer mehr ein wildes Gestrüpp zu werden. Welcher leitende Faden es ist, der durch diesen allgemeinen Theil des Leitfadens hindurchgeht, vermögen wir nicht zu sagen, und es ist fast zu glauben, dass es dem Verf. eben so schwer sein würde, das Amt der Ariadne zu verwalten.«[181]

Trotz der verstärkten Hinwendung zur Freiheit in der Rechtsbildung, hielt Puchta also an seinen 1829 formulierten Anforderungen fest, und verlangte ein durchlaufendes Prinzip. Einen »leitenden Faden« für ein juristisches System. Auch seine Forderungen nach eindeutigen und abgrenzungssicheren Begriffen blieb unverändert erhalten. Freiheit und System schienen ihm vereinbar.

2. Wissenschaftliche Aufgabe von Puchtas Pandektenlehrbuch

Puchta bestimmte die Aufgabe der Rechtswissenschaft 1841 folgendermaßen:

> »Das Recht als ein lebendiger Organismus hat 1) eine simultane Mannigfaltigkeit, indem sein Inhalt in organische Theile also in Glieder, die sich gegenseitig bedingen und voraussetzen, auseinandergeht; 2) eine successive, indem es im Ganzen und seinen Gliedern sich verändert. So hat die Wissenschaft des Rechts zwey Seiten, eine systematische und eine historische, in deren gleichmäßiger Auffassung die wahre Rechtswissenschaft besteht.«[182]

Puchtas doppelter wissenschaftlicher Blick auf den Rechtsstoff erinnerte auch 1841 noch an Savignys »historisch-systematisches« Methodenprogramm.[183] Zugleich zeigte er jedoch Einigkeit mit Schellings Zusammenspiel zwischen positiver (historischer) und negativer (systematischer) Philosophie.[184]

Puchtas Enzyklopädie stellte die historische und die systematische Blickrichtung gleichberechtigt nebeneinander. Es sei gleichwohl nicht ausgeschlossen, daß die Wissenschaft sich vorzugsweise auf eine der beiden Betrachtungsweisen des Rechts konzentriere: »Nicht die Hervorhebung einer Seite des Ganzen ist ein einseitiges Verfahren, nur der ist einseitig zu nennen, welcher eine Seite als das ganze behandelt.«[185]

180 Puchta, Rez. Vangerow Pandekten, 1839, S. 224.
181 Puchta, Rez. Vangerow Pandekten, 1839, S. 225.
182 Puchta, Cursus der Institutionen I, 1841, S. 100.
183 Vgl. etwa die Darstellung von Mazzacane in: Savigny, Methodologie, 1993, S. 30 ff., 35 ff.
184 Vgl. oben S. 332 f.
185 Puchta, Cursus der Institutionen I, 1841, S. 100.

https://doi.org/10.5771/9783465133278-113 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

Blickt man auf Puchtas Werk, so werden Schwerpunktsetzungen deutlich. Seit seiner Hinwendung zum »heutigen römischen Recht« und der »Praxis« im Jahr 1828[186] machte Puchta keinen Hehl daraus, daß er die systematische Betrachtung des Rechts stärker gewichtete. 1829 hatte er betont:

> »Ein System des Rechts soll auch die historischen Verschiedenheiten in sich aufnehmen, nur hat es wohl keinen Zweifel, daß die systematische nicht fehlen darf, und daß ihr, wenn überhaupt eine Stelle, die erste zukommt.«[187]

Mit seinem Institutionen-Lehrbuch von 1829, dem Pandektenlehrbuch von 1832, 1838, 1844 und 1845, und dem Institutionensystem von 1842[188] legte Puchta sechs Lehrbücher mit Privatrechtssystemen vor. Hinzu kam die intensive theoretische Auseinandersetzung mit der Systemfrage 1829[189] und in der Enzyklopädie von 1841.[190] Dem standen auf rechtshistorischer Seite lediglich die alte römische und deutsche Rechtsgeschichte von 1825,[191] eine römische Geschichte im zweiten Buch seiner Institutionen von 1841 und wenige kleinere Arbeiten gegenüber.[192] Diese Schwerpunktssetzung war nicht nur Neigung, sondern auch rechts- und wissenschaftspolitisches Kalkül, ja ein »Hinausgehen über den Standpunct der reinen historischen Schule«.
Er rechtfertigte dies 1844 damit, »daß diese Schule vorzugsweise der freien Seite des Rechts, denn dies eben ist die geschichtliche, sich zukehrt, seine logische oder vernünftige zwar nicht negiert, aber doch in den Hintergrund gestellt, und ihr weniger Einfluß, als ihr gebührt, zuerkannt hat«.[193]
1842 war er diesbezüglich deutlicher geworden.

> »Das Ziel ist die vollkommene Herrschaft über den Stoff, die systematische Durchdringung, das praktische Durchleben des Rechts; die Fähigkeit, die allgemeinsten Sätze in ihren Wirkungen bis in die kleinsten Verzweigungen zu verfolgen, und umgekehrt von dem concreten Fall durch alle Mittelglieder zu den obersten Principien als der Quelle aufzusteigen, und dieß nicht als in einem toten Mechanismus, sondern als in einem lebendig pulsierenden, neben logischer Gebundenheit einer freien Mannigfaltigkeit sich erfreuenden Körper.«[194]

186 Vgl. oben S. 113 ff.
187 Puchta, Lehrbuch für Institutionen-Vorlesungen, 1829, S. VII.
188 Puchta, Cursus der Institutionen II, 1842, Viertes Buch, S. 263 ff.
189 Vgl. oben S. 257 ff.
190 Vgl. oben S. 347 ff.
191 Puchta, Encyclopädie, 1825, S. 32 ff.
192 Puchta, Cursus der Institutionen I, 1841, S. 109 ff.; einen größeren historischen Abriß stellt zudem die 1843 gehaltene Vorlesung über die »Quellen des römischen Rechts« dar, kzSch, S. 611 ff.
193 Puchta, Rez. Beseler, 1844, S. 19; vgl. bereits oben S. 133 ff.
194 Puchta, Cursus der Institutionen I, 1841, S. 465.

https://doi.org/10.5771/9783465133278-113 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

Für die Erreichung dieses Zieles fand Puchta in der Geschichte zwei Wege. Der eine war der Weg der römischen Juristen, der bei einem nicht bruchlos national gewachsenen Gegenstand wie dem gemeinen Recht nicht mehr gangbar war:

> »Das Recht stand ihnen viel näher, als es uns steht … Den Römern erschloß sich ihr Recht auf eine weit unmittelbarere Weise. Es hatte allerdings schon vor vielen Jahrhunderten sich zu bilden angefangen, es war in dieser langen Zeit im Ganzen und Einzelnen durch manche Veränderungen hindurch geführt worden. Aber diese Entwicklung war so gemessen, so einfach und ohne Störende exoterische Einflüsse geschehen, daß die Spuren der ältesten Zustände noch in dem gegenwärtig geltenden Recht vor Augen lagen. Man konnte seine Geschichte, soweit sie die richtige Erkenntnis des praktischen Rechts und seine Fortbildung bedingte, gewissermaßen in den gegenwärtigen Zuständen unmittelbar anschauen.«[195]

Dieses goldene Zeitalter war verloren. Der Weg bloßer Intuition war verschlossen. Für das gemeine Recht bedurfte es für Puchta einer wissenschaftlichen Methode, um einen ähnlichen Zustand in der Zukunft erreichen zu können. »In der Wissenschaft des Altertums überhaupt nahm eine Naturkraft die Stelle ein, die jetzt der seiner selbst und seiner Hülfsmittel und Wege kritisch bewußte Gedanke hat.«[196] Die Erkenntnis des Rechts fordere nun »einen beträchtlichen gelehrten Apparat, wir bedürfen einer zusammenhängenden geschichtlichen Forschung, um unseres Rechts nach allen Seiten mächtig zu werden, und außerdem den todten Niederschlag der Gegenwart in uns zu einem lebendig geborenen Organismus zu machen«.[197]

Schon Mitte der zwanziger Jahre hatte Puchta mit Savigny das intuitive Verfahren der Römer vom wissenschaftlichen der Gegenwart abgegrenzt.[198] 1829 hatte er gleichbleibend unter Bezug auf die Systemarbeit von Gaius bemerkt, »die glückliche Natur hat bey ihm die Kunst ersetzt … Uns hingegen haben die Götter die Mühe vor das Ziel gesetzt.«[199] In den vierziger Jahren wurde deutlich, daß sich Puchta immer stärker von den intuititiven Komponenten, die seine Methode in den den zwanziger Jahren noch geprägt hatten, entfernt hatte. Hatte er noch 1829 gegenüber Blume den Wert der »Anschauung« betont, so trat nun der »kritisch-bewußte Gedanke« und die »Logik« deutlicher in seinen Blick. Deutlich wurde damit der aktive Zug der wissenschaftlichen Tätigkeit. Systemarbeit war für Puchta Systembau.

195 Puchta, Cursus der Institutionen I, 1841, S. 465 f.
196 Puchta, Cursus der Institutionen I, 1841, S. 466.
197 Puchta, Cursus der Institutionen I, 1841, S. 465.
198 Vgl. oben S. 121 ff.
199 Puchta, Betrachtungen, 1829, S. 238.

https://doi.org/10.5771/9783465133278-113 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

3. Studie: Puchtas Servitutenlehre im zeitgenössischen Vergleich

Auch hier soll ein Blick in Puchtas konkrete Dogmatik das bisherige Bild überprüfen. Als Gegenstand wurde erneut Puchtas Servitutenlehre gewählt, die auch weiterhin in seinem dogmatischen Forschungsinteresse stand.[200] Mit diesem ersten Blick in Puchtas Pandektendogmatik rückt zugleich dieses Buch in der sich von Zeitgenossen unterscheidenden Struktur in den Blick. Zunächst wird somit Puchtas besondere Vorstellung über ein »Compendium« näher beleuchtet.

a) Puchtas »compendiarische Darstellung« als Zugangsproblem

Nach Savignys Kritik am »erzählenden Ton«[201] seines Institutionen-Lehrbuchs von 1829,[202] kehrte Puchta 1832[203] zunächst wieder zur seit Heise beliebten und auch von ihm 1822[204] bevorzugten Darstellungsform des Grundrisses zurück. 1838 legte er in seiner Neubearbeitung des Pandektensystems von 1832 eine neue Form der Darstellung vor, ein »möglichst concentrirendes« Kompendium,[205] mit dem er einen Mittelweg zwischen den unkommentiert außerhalb der Vorlesung wenig nützlichen Grundrissen und den umfangreicheren Handbüchern suchte. Mit knapp 640 Seiten lag sein Pandektenkompendium deutlich unter dem führenden Handbuch Mühlenbruchs (3 Bände, in der 3. Aufl. 1840 1546 Seiten) und auch unter dem handlicheren Werk Thibauts (2 Bände, in der 8. Aufl. 950 Seiten). Diese Kürze war weniger der bloßen Handlichkeit geschuldet, als Ausfluß von Puchtas Beschäftigung mit der Systemfrage. Schon 1832 im Vorläuferwerk hatte Puchta die Durchführung seines 1829 entwickelten Systems der Rechte als das eigentliche Verdienst des Werks bezeichnet.[206]

1840 machte er gegenüber Savigny deutlich, worin der Nutzen eines Kompendiums für ihn lag. Savigny bevorzugte im »System« bekanntlich die Darstellung der »inneren Verwandtschaft« der Rechtsinstitute in einem »ausführliche[n] Werk«. Seinem »Vortheil lebendiger Anschaulichkeit«[207] hielt Puchta brieflich die Vorteile des Kompendiums entgegen:

200 Vgl. bereits oben S. 247 ff.
201 Brief an Savigny vom 31.7.1830; Puchta kam auf diesen Punkt nochmals zurück im Brief an Savigny vom 22.10.1830.
202 Puchta, Lehrbuch für Institutionen-Vorlesungen, 1829.
203 Puchta, System des Gemeinen Civilrechts, 1832.
204 Puchta, Encyclopädie, 1822.
205 Vgl. die Begründung in Puchta, Lehrbuch der Pandekten, 1838, S. III ff.; ähnlich bereits ders., Lehrbuch für Institutionen-Vorlesungen, 1829, S. XIII ff.
206 Puchta, System des Gemeinen Civilrechts, 1832, S. III.
207 Zitate nach Savigny, System I, 1840, S. XXXVI f.

https://doi.org/10.5771/9783465133278-113 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

»Es giebt Forschungen, die sich in Compendien nicht mittheilen lassen, nichts ist gewisser. Auf der andern Seite giebt es aber neue Ansichten, für deren Darstellung kein Ort geschickter ist, als ein compendiarisches System; es sind die, welche durch den systematischen Zusammenhang in welchen sie gebracht werden, ihre volle Begründung und Entwicklung finden, es sind ferner die durch eine Reihe von Forschungen vorbereitet, nur den Moment bezeichnen, in welchem die Hülle springt, die man nur auszusprechen braucht, um sie einleuchten zu lassen, bey denen man einer mehr oder weniger allgemeinen Ahnung nur das Wort leiht.«[208]

Puchtas Pandekten betonten bewußt einseitig den »simultanen«,[209] den systematischen Zusammenhang der Rechte.

Indem Puchta oftmals auf die Darstellung der zugrundeliegenden »Forschungen« verzichtete, und zugleich die systematische Einbindung der Ergebnisse betonte, ergab sich jedoch früh die Gefahr des Mißverständnisses, daß ein Satz Ergebnis systematischer Ableitung sei, während er in Wirklichkeit zugleich auf vertieften Quellenstudien basierte. Schon Rudorff machte dies 1871 für Jherings dargelegte[210] Angriffe auf Puchtas »Begriffsjurisprudenz« mitverantwortlich. Rudorff gestand zu, daß in den Pandekten die »realen Faktoren hinter dem logischen Element« zurückträten. Dabei lasse Jhering jedoch »ganz außer Acht, daß Puchta die realen Faktoren der Rechtsbildung, die historischen, politischen, öconomischen, ethischen Elemente, mit einem Worte die ganze lebenskräftige rechtsbildende Vergangenheit des römischen Rechts noch in einem zweiten Hauptwerke ausführlich und befriedigend dargestellt hat. Dieses Werk ist der ›Cursus der Institutionen‹«.[211] Im zweiten Band seiner Institutionen von 1842 bot Puchta eine ausführliche Darstellung von »System und Geschichte des römischen Privatrechts«, in welcher die in den Pandekten kaum begründeten Sätze breit erörtert wurden. Zusätzlich vertiefte Puchta seine Pandekten in den Berliner Vorlesungen, die ebenfalls Rudorff posthum veröffentlichte. Erst im Zusammenspiel dieser Werke erschließt sich der Forschungshintergrund, den Puchta bewußt systematisch zugespitzt in seinen Pandekten verarbeitete.

b) Puchtas Kompendium als Ausdruck einer »neuen Richtung«

Auch Zeitgenossen fiel die stark systematische Ausrichtung der Pandekten Puchtas auf. Bei Puchtas Rezensent Schröter erweckte Puchtas apodiktische Ableitung der obersten Begriffe aus seinem Rechtsbegriff den Eindruck, daß

208 Brief an Savigny vom 3.2.1840.
209 Puchta, Cursus der Institutionen I, 1841, S. 100.
210 Vgl. oben S. 47.
211 Rudorff, Vorrede zur 11. Aufl. von Puchtas Pandekten 1871, hier nach Abdruck vor der 12. Aufl. 1877, S. VIII.

https://doi.org/10.5771/9783465133278-113 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

Puchta hier »eine eigene Vermischung philosophischer Abstractionen und geschichtlicher Rechtserkenntnisse« betreibe.[212] Der von Puchta hochgeachtete Schröter verkannte Puchtas Intention jedoch nicht: »Allein diese anscheinende philosophische Construction ist nichts, als die lebendige Darstellung des Positiven in seinem innersten Gedanken.« Puchta habe es besonders verstanden, »den Geist der einzelnen Rechtsinstitute zu erfassen und wiederzugeben«.[213]

> Dies sei eine »Frucht der eben so ausgezeichneten philosophischen als geschichtlichen Bildung des Verfassers. Eine solche Geistesbildung gestattet nicht, die geschichtlichen Stoffe blos als thatsächliches Material zusammenzufassen, sondern führt zugleich zu der Erkenntnis des demselben innewohnenden Gedankens. Auf diese Weise wird die geschichtliche Auffassung zugleich eine philosophische, in der richtigen Bedeutung, in welcher sie nicht darnach strebt, dem Geschichtlichgegebenen fremde Gedanken unterzulegen, z. B. das römische Recht nach einem modernen philosophischen Systeme zu construieren, sondern den in dasselbe niedergelegten Geist lebendig wiederzugeben.«[214]

Für Schröter hatte Puchta mit seinen Pandekten einer neuen Richtung »Bahn gebrochen«.[215]

> »Er meinte, Puchta sei, »in dem echt wissenschaftlichen Geiste, den man in so manchen früheren Lehrbüchern vermißt, recht eigentlich darauf ausgegangen, das Grundwesen der einzelnen Rechtsinstitute an die Spitze zu stellen, und von diesem Mittelpunkte aus, den Ausbau derselben zu entwickeln. So gestalten sich dieselben unter der Hand des Verf. zu anschaulichen organischen Ganzen, in welchen nichts willkührliches und Zufälliges neben her läuft, sondern jedes Glied an seiner Stelle in das Ganze eingreift.«[216]

Auch die rezensierenden Danz und von der Pfordten sahen in Puchtas Konzept des Kompendiums und der ihm zugrundeliegenden Methode der rationalen Durchdringung des Stoffs eine »neue Richtung«.[217] Danz erkannte die Neuheit darin, daß Puchtas Kompendium »das lose Umherliegende zu einem neuen Grunde« zusammenfüge, »nicht durch mechanisches, wenn auch geordnetes, Aneinanderreihen, sondern durch organische Verbindung der neu gefundenen Stoffe«.[218] Von der Pfordten hob hervor, daß in Puchtas Werk ein »Fortschritt der Wissenschaft unverkennbar« sei.

> Er hob hervor, an die »Stelle einer äußerlich mechanischen ist eine innerlich organische Anschauung getreten, und statt des todten Formalismus eine lebendige Gestaltung gewonnen … Wo wir früher einem gedanken- und principlosen

212 Schröter, Rez. Pandekten, 1840, S. 297 f.
213 Schröter, Rez. Pandekten, 1840, S. 299.
214 Schröter, Rez. Pandekten, 1840, S. 300.
215 Schröter, Rez. Puchta, 1840, S. 300.
216 Schröter, Rez. Puchta, 1840, S. 298 f.
217 Danz, Rez. Puchta, 1838, S. 1392.
218 Danz, Rez. Puchta, 1838, S. 1392.

https://doi.org/10.5771/9783465133278-113 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

> empirischen Materialismus begegneten, der sich als sog. praktische Richtung breit machte, oder durch eine Masse von Citaten zur sog. Gelehrsamkeit aufputzte, oder wo wir ein willkührliches philosophisches System die Wahrheit des geltenden Rechts verunstalten sahen, da finden wir jetzt eine reine Würdigung der einzelnen Elemente unseres jetzigen Rechtszustandes nach ihrer Nationalität und ihrem geschichtlichen Ineinandergreifen, womit denn zugleich eine philosophische Anschauung in dem Maße, in welchem sie der Behandlung eines positiven Rechts zuträglich und nothwendig ist, von selbst geboten ist.«[219]

Puchtas Verfahren stand also für »organische Verbindung« und »lebendige Darstellung des Positiven in seinem innersten Gedanken«. Gegenbild war entweder ein »willkührliches philosophisches System« oder ein »mechanisches Aneinanderreihen«, »todter Formalismus«, »principloser, empirischer Materialismus«. Was Puchtas Rezensenten dabei im Blick hatten, wird am nachfolgend beleuchteten Beispiel der Servitutenlehre deutlich.

c) Vergleichende Einblicke in die Architektur der Darstellung

Die Servitutenlehre, die Puchta seit seiner Dissertation wiederholt monographisch beschäftigt hatte,[220] stellte er 1838 auf 25,[221] 1844, in der zweiten Auflage seines Lehrbuchs, in veränderter Form auf 27 Seiten[222] dar. Umfänglich lag seine Darstellung im Rahmen der hier vergleichsweise herangezogenen Lehrbücher[223] auf einer Linie mit Thibauts hier auffallend knapper Darstellung[224] und mit dem Lehrbuch Mackeldeys.[225] Umfangreichere Darstel-

219 Von der Pfordten, Rez. Puchta, 1840, S. 162.
220 Vgl. oben S. 247 ff.
221 Puchta, Lehrbuch der Pandekten, 1838, S. 149–174.
222 Puchta, Pandekten, 2. Aufl. 1844, S. 247–274.
223 Herangezogen wurden folgende Darstellungen des gemeinen römischen Rechts: Hugo, Lehrbuch des heutigen Römischen Rechts, 5. Aufl. 1816; Schweppe, Das Römische Privatrecht, 2. Aufl. 1819; Mackeldey, Lehrbuch des heutigen Römischen Rechts II, 4. Aufl. 1822; Seuffert, Lehrbuch des praktischen Pandektenrechts, 1825; Wening-Ingenheim, Lehrbuch des Gemeinen Civilrechts I, 3. Aufl. 1827; Thibaut, Pandekten II, 8. Aufl. 1834; Mühlenbruch, Pandekten II, 3. Aufl. 1840; hilfsweise berücksichtigt wurden folgende Grundrisse: wie Heise, System des Civilrechts, 1807 ff.; Gans, System des Gemeinen Civilrechts, 1827; Blume, Grundris des Pandektenrechts, 1829; Haubold, Doctrinae Pandectarum, Leipzig 1820; dies gilt auch für den konzeptionell als Grundriß mit Kontroversendarstellung von Puchta abweichenden Leitfaden für Pandektenvorlesungen Vangerows, 1839; vergleichend herangezogen, obwohl eigentlich Vorlesung, nicht Lehrbuch, wurde dagegen Göschen, Vorlesungen über das gemeine Civilrecht II 1, 1839.
224 Thibaut, Pandekten II, 1834, S. 267–292.
225 Mackeldey, Lehrbuch II, 1822, S. 355–382.

https://doi.org/10.5771/9783465133278-113 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

lungen legten dagegen Wening-Ingenheim (35 S.), Seuffert (39 S.) oder Mühlenbruch (42 S.) vor.

Puchta stellte seiner Darstellung einen Abschnitt mit sog. Grundprinzipien voran:[226]

> »Servituten sind Rechte an fremden Sachen auf Benutzung derselben für ein individuell bestimmtes Subjekt: ein persönliches, Servituten für Personen, *servitutes personarum*, oder ein Sachindividuum, Servituten für Grundstücke, *servitutes rerum s. praediorum*. Die Grundprincipien derselben fließen theils aus ihrer Eigenschaft als *jura in re*, theils aus dem eigenthümlichen Charakter der Servituten selbst. Jene sind drey: 1) *nulli res sua servit*; 2) *servitus servitutis esse non potest*; 3) *servitus in faciendo consistere nequit*, keine Servitut kann ein Thun des Eigenthümers der dienenden Sache (abgesehen von dem Gewähren derselben) als Inhalt in sich aufnehmen, sondern nur entweder ein Dulden (*servitutes quae in patiendo consistunt*, positive Servituten), oder ein Nichtthun (*serv. in non faciendo*, negative Servituten).
> Der eigenthümliche Charakter der Servituten besteht in der Gewährung des *usus*, d. h. der Benutzung für ein bestimmtes Individuum, welchem unmittelbar durch die nutzbaren Eigenschaften der dienenden Sache ein Vortheil gewährt werden soll. Daraus folgt 1) die Unübertragbarkeit des Rechts auf ein anderes Subjekt, bei Personalservituten auf eine andere Person, bei Realservituten auf ein anderes Grundstück; 2) Die Unübertragberkeit sogar der Ausübung; 3) die Untheilbarkeit der Servituten, vermöge deren sie auch theilweise erworben oder verloren werden können.«

In der für Puchtas Pandekten typischen Weise lieferte Puchta hier auf engstem Raum eine Fülle von Informationen. An der Spitze stand seine Begriffsbestimmung, in der alle Bausteine der anschließenden Erwägungen verankert waren. Die maßgebliche Einteilung der Dienstbarkeiten in *servitutes personarum* und *rerum* machte er bereits an diesem Begriff fest, indem er sie als Unterteilung der Subjekte dem Begriff anfügte. Zwei weitere Bausteine des Begriffs führten zur Ableitung von insgesamt sechs Prinzipien. Drei folgten aus der Eigenschaft als *iura in re*, drei weitere aus dem »eigenthümlichen Charakter der Servituten«, ihrer Gewährung eines *usus*. Begriff, Einteilung und Prinzipien griffen damit ineinander.

Mit diesen dem besonderen Teil vorgeschalteten allgemeinen Perspektiven auf die Servitutenlehre unterschied sich Puchta auf den ersten Blick kaum von seinen Zeitgenossen. Mühlenbruch[227] etwa begann mit »Begriff und Arten

226 Puchta, Lehrbuch der Pandekten, 1838, § 152; ich zitiere hier nach der deutlicheren zweiten Aufl. 1844, § 178.

227 Mühlenbruch, Pandekten II, 1839, §§ 274, 275; ähnlich Mackeldey, Lehrbuch II, 1822 (§ 330: Begriff; § 331: Allgemeine Grundsätze; § 332: Arten); Wening-Ingenheim, Lehrbuch I, 1827 (§ 142: Begriff und Eintheilungen; § 143: Rechtliche Wirkungen); Göschen, Vorlesungen II 1, 1839 (§ 287: Begriff und allgemeine Grundsätze; § 288: Einteilungen).

https://doi.org/10.5771/9783465133278-113 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

des Servitutenrechts« und zählte dann »Allgemeine Regeln über Servitutenrechte« auf, bei Thibaut[228] folgten auf seinen Begriff, »Regeln von allen« und dann »Eintheilungen«.

aa) Grundprincipien aus der Eigenschaft der Servituten als iura in re

Auch Puchtas zunächst genannte drei Grundprinzipien: 1) Es gibt keine Servitut an der eigenen Sache, 2) keine Servitut der Servitut und 3) keine Verpflichtung auf ein Tun, sondern nur auf ein Dulden oder Unterlassen, finden sich fast einhellig.[229] Puchta hatte jedes dieser Prinzipien durch Quellen belegt. Auch über die sichere Quellenbasis dieser Regeln herrschte Konsens.[230]

Unterschiede zu Puchtas Konkurrenten zeigten sich auf anderer Ebene. Dies verdeutlicht ein vergleichender Blick in die von Puchta gering geschätzte[231] Darstellung von Seuffert:

> »Unter Servituten versteht man das dingliche Recht auf eine fremde Sache, vermöge dessen der Eigenthümer der letztern eine Einwirkung des Berechtigten auf dieselbe leiden, oder doch zu dessen Vortheil gewisse Verfügungen über seine Sache unterlassen muß. – Hiernach kann man 1) auf seine eigene Sache eine Servitut weder erwerben, noch haben (*res propria nemini servit*). 2) Das Recht, der Servitut enthält ein direktes Rechtsverhältnis zur dienenden Sache, vermöge dessen der Berechtigte auf dieselbe, wer auch ihr Eigenthümer sey, durch positive Handlungen oder durch Beschränkungen der Ausübung des Eigenthums, geradezu einzuwirken befugt ist. Hieraus folgt, 3) daß der Eigen-

228 Thibaut, Pandekten II, 1834, §§ 749, 750; Hugo, Lehrbuch, 1816, §§ 39, 97 diskutierte Begriff und Grundsätze zusammen unter »Begriff der Servitut«.

229 Mühlenbruch, Pandekten II, 1839, S. 138; Thibaut, Pandekten II, 1834, S. 267 f.; Mackeldey, Pandekten II, 1822, S. 357; Wening-Ingenheim, Lehrbuch I, 1827, S. 258 f.; Schweppe, Das römische Privatrecht, 2. Aufl. 1819, S. 171; Hugo, Lehrbuch, 1816, S. 32, 74 (bei beiden fehlt das Grundprinzip 2).

230 *Nulli res sua servit*: D. 8, 2, 26; 7, 6, 5 pr.; 8, 3, 33, 1; hierzu Kaser I, 1971, S. 443. *Servitus servitutis esse non potest*: D. 33, 2, 1, gilt als interpoliert, vgl. Kaser II, 1975, S. 300 Anm. 25, S. 299, Anm. 17 m. w. N. *Servitus in faciendo consistere non potest* nach D. 8, 1, 15, 1; 33, 1, 12; hierzu Kaser I, S. 443 mit Anm. 37. Vgl. Nachweise bei Kaser II, 1975, S. 299 f. mit Anm. 25.

231 Puchtas Handexemplar des Lehrbuchs von Seuffert (Ankaufsliste unter Nr. 15927) befindet sich in der Staatsbibliothek Berlin. Dort findet sich von Puchtas Hand eines der bereits mehrfach genannten Epigramme Puchtas zu Seuffert unter dem Titel: »Der Wichtige«: »Seine Meinung sagt er vom Lehramtsfach, er sagt sie, Nochmals sagt er sie laut, hat sie gesagt, und geht ab.« Persönlich stand Puchta Seuffert schon wegen dessen Engagement als zweiter Präsident des bayrischen Landtags ablehnend gegenüber. Anonym bezeichnete Puchta Seuffert als einen »in Charakter und Kenntnissen nicht sicher und feststehende[n] Mann«, Ueber den bayrischen Landtag von 1831, 1832, S. 97.

https://doi.org/10.5771/9783465133278-113 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

> thümer der dienenden Sache aus der Servitut immer nur zu einem Leiden oder Nichtthun, niemals aber zu positiver Thätigkeit für den Berechtigten verbunden werden kann … Nach einer besonderen Vorschrift kann 5) eine bestehende Servitut nicht zum Gegenstand einer andern gemacht werden.«[232]

Seuffert stellte wie Puchta seinen Begriff der Servitut an den Anfang der Darstellung. Die eigentlich logisch vorausgehenden positiv gesetzten Grundregeln erschienen als Folgerung (»Hiernach kann man …«) aus dem Begriff.

Auch bei Puchta stand ein Begriff am Anfang der Darstellung. Die »Grundprincipien« 1–3 waren jedoch nicht Folge des Begriffs, sondern folgten aus der Eigenschaft der Servituten als *iura in re*. Puchta lenkte den Blick damit auf die Stellung der Servituten im Gesamtsystem. Der Hinweis auf die *iura in re* führte zu seinem übergreifenden Abschnitt »Allgemeines« im fünften Buch: »Die Rechte an Sachen« (§§ 140–143 der zweiten Aufl.). Hier nahm Puchta seine dargelegten[233] Bemerkungen zu du Rois und Thibauts Annahme sog. *iura in rem* wieder auf. Er betonte auch hier, daß diesem Begriff »alle systematische Brauchbarkeit« abgehe und er als »unnütz und verwirrend« zu verwerfen sei.[234] Mit seiner Zusammenfassung der *iura in re* als Rechte, »deren Inhalt die rechtliche Unterwerfung einer Sache ist«, hatte er Ende der zwanziger Jahre »eine eigene Classe von Rechten [geschaffen], die unter einem gemeinsamen Namen zusammenzufassen, ein systematisches Bedürfnis« sei.[235] Eigenthum, Emphyteuse, *Superficies*, Pfandrecht und Servituten unterlagen damit gemeinsamen Eigenschaften. Da allen gemeinsam die Macht über eine Sache war, konnten sie »ihre Richtung nicht gegen eine bestimmte Person haben«.[236] Als »nothwendige Consequenz«[237] ergab sich daraus der Grundsatz, daß nur ein Dulden oder Unterlassen, nicht jedoch ein aktives Tun gefordert werden konnte (Grundprinzip 3) – dies wäre eine Unterwerfung einer Handlung gewesen und damit *obligatio*. Eine *servitus servitutis* wäre eine Unterwerfung eines Rechts, nicht einer Sache gewesen.[238] Auch Grundprinzip 2 schied danach logisch aus. Vom Eigentum unterschieden sich die anderen *iura in re* dadurch, daß sie an einer fremden Sache bestanden, damit entfiel die Möglichkeit einer Servitut an der eigenen Sache (Grundprinzip 1).

Die Servitut war somit *ius in re*, auf Unterwerfung einer fremden Sache gerichtet. Zugleich war damit der Kontakt zu Puchtas Rechtsbegriff hergestellt. Gegenstand der Unterwerfung war eine Sache, nicht eine Handlung

232 Seuffert, Lehrbuch I, 1825, S. 210 f.
233 Vgl. oben S. 259 ff.
234 Puchta, Pandekten, 2. Aufl. 1844, § 140.
235 Puchta, Pandekten, 2. Aufl. 1844, § 140.
236 Puchta, Pandekten, 2. Aufl. 1844, § 141.
237 Puchta, Vorlesungen I, 1846, S. 391.
238 Vgl. Puchta, Vorlesungen I, 1846, S. 390.

https://doi.org/10.5771/9783465133278-113 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

oder Person. Die drei von Puchta zunächst genannten Prinzipien waren also bis zu Puchtas oberstem Grundsatz zurückführbar.

Seuffert brachte demgegenüber kein Kapitel zur allgemeinen Natur der dinglichen Rechte. In seinem Vorwort hatte er die Systemfrage nur am Rande berührt. Er sei in der »Anordnung des Ganzen« weitgehend Schweppes Lehrbuch, im Einzelnen häufig dem Grundriß Heises gefolgt. Als Grund gab er an, daß sich dies als »zweckmäßig« bewährt habe.[239] Zwischen Puchta und Seuffert wurden stark abweichende Ansichten über die Bedeutung des Systems für die Darstellung der Pandekten deutlich. Seufferts Begriff zog einzelne in den Quellen ausgesprochene Grundsätze zusammen. Puchtas Begriff orientierte sich nicht nur an den Quellen, sondern vollzog den systematischen Gesamtzusammenhang seines Systems der Rechte nach. Keiner der vergleichsweise herangezogenen Autoren zeigt in seiner Darstellung einen annähernden Systemwillen. Auch Autoren, die deutlicher Sachenrechte als eigene Gruppierung begründeten, beließen es in ihrer Darstellung der Servitutenlehre bei einem Zusammenspiel zwischen Begriff und Grundsätzen. Mühlenbruch, dem es durchaus um eine »wohldurchdachte und angemessene« Anordnung des Stoffs[240] zu tun war, anerkannte selbstverständlich den Unterschied zwischen Personenrechten, Sachenrechten und Forderungsrechten.[241] Die »Allgemeine[n] Regel[n]« der Servituten wurden jedoch nicht hierdurch, sondern durch Quellen begründet. Regel 1 und 2 wurden insofern durch Quellenbelege schlicht festgestellt, für die Regel 3 kam ein Merksatz hinzu: »Dienstbar ist die Sache, nicht deren Besitzer.«[242] Mackeldey und Göschen erläuterten ihre »allgemeine[n] Grundsätze« wie Seuffert durch den (auf sie wiederum abgestimmten) vorangestellten Begriff.[243] Ähnlich hieß es bei Thibaut, da jede Dienstbarkeit »ihrem Begriff zufolge, ein Recht an einer fremden körperlichen Sache ist«, könne man weder an einer eigenen Sache, noch an einer anderen Dienstbarkeit eine ebensolche erwerben.[244]

239 Seuffert, Lehrbuch I, 1825, S. VII.

240 Mühlenbruch, Pandekten I, 1839, S. X.

241 Mühlenbruch, Pandekten I, 1839, S. 162. In der Frage der Einteilung war für ihn eine »völlige Übereinstimmung der Rechtslehrer … freilich wohl nicht zu erwarten«, a. a. O., S. 163 Anm. 1 unter Nennung Puchtas. Thibauts Lehre vom *ius in rem* war ihm nicht als »erschöpfende Eintheilung aller Privatrechte« tauglich, a. a. O., S. 165.

242 Mühlenbruch, Pandekten II, 1839, § 275.

243 Mackeldey, Lehrbuch II, 1822, § 331; zu seiner Einteilung des Sachenrechts vgl. §§ 295, 297; Göschen, Vorlesungen II 1, 1839, S. 200 f.; eine stärkere Betonung der gemeinsamen Merkmale der *iura in re* stellte dagegen Schweppe, Das Römische Privatrecht, 1819, S. 170 f., der Servitutenlehre voran.

244 Thibaut, Pandekten II, 1834, S. 267; Thibaut hielt auch weiterhin nach seiner Lehre von den *jura in rem* fest; vgl. Pandekten I, 1834, S. 52 f.; er wollte die

https://doi.org/10.5771/9783465133278-113 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

Puchtas Pandekten zeichneten sich gegenüber seinen Konkurrenten somit dadurch aus, daß er sehr viel stärker versuchte, Begriff und Grundsätze einer einzelnen Materie aus dem Gesamtzusammenhang seines Systems der Rechte zu begründen. 1841 stellte er diese Betrachtungsweise gerade am Beispiel einer Servitut als eigentlichen Kern seiner Forderung einer »systematischen Kenntnis« des Rechts heraus:

> »Der nun besitzt diese systematische Kenntnis, welcher des Zusammenhangs der Rechtssätze sich bemächtigt, ihre Verwandtschaft unter einander erforscht hat, so daß er die Abstammung eines jeden Begriffs durch alle Mittelglieder, die an seiner Bildung Antheil haben, auf und abwärts zu verfolgen vermag. Wenn wir z. B. das einzelne Recht über ein Grundstück zu gehen, welches der Eigenthümer dieses Grundstücks dem Eigenthümer eines benachbarten bestellt hat, betrachten, so muß dem Juristen theils seine Stellung im System der Rechtsverhältnisse, theils der Rechte, also seine Herkunft bis zum Begriff des Rechts hinauf zum Bewußtsein kommen, und er muß ebenso von diesem herab zu jenem einzelnen Rechte gelangen können, dessen Natur erst dadurch vollkommen bestimmt wird. Es ist ein Recht, also eine Macht über einen Gegenstand; ein Recht an einer Sache, also der besonderen Natur dieser Rechte teilhaftig; ein Recht an einer fremden Sache, also eine parthielle Unterwerfung derselben; die Seite, von welcher die Sache unterworfen ist, ist die der Benutzung, es gehört zu dem Geschlecht der Rechte an Sachen auf Benutzung; die Benutzung ist für ein gewisses Subjekt bestimmt, über das sie hinausgeht, also ist das Recht eine Servitut; für ein Grundstück, also Prädialservitut; für dieses Bedürfnis eines Grundstücks, Wegservitut.«[245]

Diese vielzitierte »Genealogie der Begriffe« verweist also auf ein Spezifikum der Methode Puchtas, welches sich in der Pandektendarstellung Puchtas auch konkret nachweisen läßt.

bb) Grundprincipien aus der »eigenthümlichen Natur der Servituten«

Neben den drei von Puchta aus der Eigenschaft der Servituten als *iura in re* abgeleiteten Grundprinzipien, nannte Puchta wie gezeigt drei weitere Grundprinzipien, die er aus dem »eigenthümlichen Charakter der Servituten« folgerte. Als diesen benannte Puchta den »*usus*«. Dieser umfaßte die Gewährung der »Benutzung für ein bestimmtes Individuum, welchem unmittelbar durch die nutzbaren Eigenschaften der dienenden Sache ein Vortheil gewährt werden soll«.[246] Drei Grundprinzipien waren die Folge: 1) die Unübertragbarkeit des Rechts auf ein anderes Subjekt, 2) die Unübertragbarkeit der Ausübung, 3) die Untheilbarkeit der Servituten.

Abweichungen jedoch, »um das natürlich verbundene nicht zu zerreissen«, nur beiläufig anführen, Pandekten II, 1834, S. 231; hierzu auch oben S. 292 ff.

245 Puchta, Cursus der Institutionen I, 1841, S. 101.

246 Puchta, Pandekten, 2. Aufl. 1844, S. 252.

https://doi.org/10.5771/9783465133278-113 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

Während die drei von Puchta aus der Eigenschaft der Servituten als *iura in re* gefolgerten Grundprinzipien in den vergleichend herangezogenen Pandektendarstellungen durchweg bei den allgemeinen Grundsätzen auftauchen, finden sich die von ihm aus dem »*usus*« abgeleiteten Grundprinzipien nur vereinzelt den besonderen Servituten vorangestellt. Bei Göschen[247] und Mühlenbruch findet sich lediglich die »allgemeine Regel« der Unteilbarkeit, jedoch »abgesehen von dem Nießbrauche«.[248] Auch Thibaut thematisierte nur diesen Aspekt in seinen »Regeln von allen«. Zudem fand er hier keine Vorrangregel, sondern nur eine Einteilung der Servituten in unteilbare und teilbare.[249] Bei Wening-Ingenheim,[250] Schweppe,[251] Mackeldey,[252] Seuffert[253] und Hugo[254] tauchen die von Puchta genannten Grundprinzipien gar nicht in den allgemeinen Erwägungen zu den Servituten auf. Dies bedeutet freilich nicht, daß Puchta hier neues Recht schuf. Was für Puchta Grundprinzipien aller Servituten waren, wurde von seinen Kollegen im Rahmen der einzelnen Servituten diskutiert. Einigkeit bestand angesichts der Quellen darin, daß Realservituten und die Personalservitut des *usus* unteilbar[255] waren, und weder das Recht noch die bloße Ausübung[256] auf ein anderes

247 Göschen, Vorlesungen II 1, 1839, S. 206 ff.
248 Mühlenbruch, Pandekten II, 1840, S. 138.
249 Thibaut, Pandekten II, 1834, S. 269.
250 Wening-Ingenheim, Lehrbuch I, 1827, S. 258 ff.
251 Schweppe, Das Römische Privatrecht, 1819, S. 171.
252 Mackeldey, Lehrbuch, 1822, S. 357 f.
253 Seuffert, Lehrbuch I, 1825, S. 210 f.
254 Hugo, Lehrbuch, 1816, S. 77 f.
255 Unteilbarkeit des Usus: D. 7, 8, 19; die Auslegung war zeitgenössisch unstreitig, vgl. Glück, Pandekten IX, 1808, S. 446 ff.; zu den Späteren Loebell, Quaedam de usu et fructu, 1834, S. 17 ff.; vgl. auch Kaser I, 1975, S. 454 mit Anm. 79; Unteilbarkeit der Realservituten: Quellennachweise bei Kaser I, S. 443; der Grundsatz war zeitgenössisch unstreitig, vgl. die Literatur bei Vangerow, Pandekten, 3. Aufl. 1845, S. 644 Anm. 2. 1). Auswertung mit Blick auf die Vergleichsgegenstände: Übergreifend Unteilbarkeit für beide Servitutenarten vertraten die soeben Genannten Göschen, Mühlenbruch und Thibaut. Getrennt nach Realservituten: Schweppe, Das Römische Privatrecht, 1819, S. 174; Seuffert, Lehrbuch I, 1825, S. 214; Wening-Ingenheim, Lehrbuch I, 1827, S. 272 und Usus: Schweppe, S. 184.
256 Realservituten: D. 19, 2, 44; unstreitig, vgl. Vangerow, Pandekten I, 3. Aufl. 1845, S. 648; zu den Neueren Kaser I, 1971, S. 443 (der Grundsatz wurde später gelockert: vgl. Kaser II, 1975, S. 300); *usus*: Grundsatz der Unveräußerlichkeit zeitgenössisch unstreitig, vgl. Glück, Pandekten IX, 1808, S. 454. Blick in die Vergleichsgegenstände: Für Unveräußerlichkeit bei Realservituten: Schweppe, S. 174; Seuffert, S. 212; Wening-Ingenheim, S. 271; Göschen, S. 238; beim *usus*: Schweppe, S. 184; Seuffert, S. 231; Wening-Ingenheim, S. 269; Göschen, S. 214; Thibaut, S. 280; Mackeldey, S. 367.

https://doi.org/10.5771/9783465133278-113 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

»Subjekt«, bei Realservituten also ein anderes Grundstück, beim *usus* eine andere Person, übertragbar war. Anderes galt lediglich beim *ususfructus*. Hier gestattete die Fruchtziehungsbefugnis auch die Teilbarkeit und die Übertragung der Ausübung an einen Dritten, so daß lediglich das Recht selbst nicht übertragbar war.[257]

Auch Puchta behandelte den *ususfructus* nicht gemäß seiner Grundprinzipien. Auch für ihn war er unzweifelhaft teilbar[258] und die Ausübung an einen Dritten übertragbar.[259] Bezüglich der zugrundeliegenden Rechtssätze und ihrer Auslegung bestand zwischen allen hier untersuchten Pandektendarstellungen somit Einigkeit. Puchta unterschied sich von seinen Kollegen in anderer Hinsicht: Er arbeitete mit einem Regel-Ausnahme-Verhältnis. *Usus* war bei ihm nicht lediglich eine Sonderform einer Personalservitut, sondern Kennzeichen des »reinen Servitutenbegriffs«. Die abweichenden Eigenschaften des *ususfructus* und der für Puchta antiquierten *habitatio* und *operae servorum et animalium* waren demgegenüber »Anomalie«.[260] Eine ähnliche Struktur findet sich in den vergleichend herangezogenen Pandektendarstellungen, zudem nur auf die Personalservituten beschränkt, lediglich bei Göschen. Bei diesem wird deutlich, daß Puchta dieses Regel-Ausnahme-Verhältnis gegenüber den bisherigen Ansichten grundlegend neu bestimmte. Für Göschen war für Personalservituten die Regel, daß die Ausübung des Rechts einem Dritten überlassen werden konnte[261] – für Puchta war der Gegensatz für alle Servituten die Regel. Göschen sah im *usus* lediglich die unregelmäßige, im *ususfructus* demgegenüber die regelmäßige Personalservitut. Umgekehrt faßte Puchta den *usus* als die regelmäßige, den *ususfructus* als die unregelmäßige Personalservitut. In systematischer Perspektive schuf Puchta damit eine gemeinsame Klammer zwischen Personal- und Realservituten. Folgte man Göschens Deutung, so bestanden derartige Gemeinsamkeiten zwischen Personal- und Realservituten nicht, da gerade die regelmäßige Personalservitut, der *ususfructus*, in der Teilbarkeit und der Übertragbarkeit der Ausübung

257 Überlassung der Ausübung: D. 7, 1, 12, 2 u. a., vgl. die Nachweise bei Kaser I, 1971, S. 451 Anm. 29; zeitgenössisch unstreitig, vgl. Vangerow, Pandekten I, 3, Aufl. 1845, S. 675; so auch die Vergleichsgegenstände: Thibaut, S. 277; Schweppe, S. 181; Göschen, S. 214; Mackeldey, S. 362; Wening-Ingenheim, S. 265; Mühlenbruch, S. 152; Teilbarkeit: D. 7, 1, 13, 3; 45, 3, 32, u. a., vgl. Kaser I 1971, S. 450; ebenso: Schweppe, S. 181; Göschen, S. 208; Mühlenbruch, S. 138; Thibaut, S. 269.

258 Puchta, Pandekten, 2. Aufl. 1844, S. 249 Anm. m); deutlicher in ders., Vorlesungen I, 1846, S. 393; ders., Institutionen II, 1842, S. 747.

259 Puchta, Pandekten, 2. Aufl. 1844, S. 253 f.

260 Puchta, Vorlesungen I, 1846, S. 394.

261 Göschen, Vorlesungen II 1, 1839, S. 214.

https://doi.org/10.5771/9783465133278-113 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

abweichenden Grundsätzen folgte. Erkannte man umgekehrt im *usus* die regelmäßige Personalservitut, so betonte man Gemeinsamkeiten: Alle Servituten waren unteilbar, die Ausübung und das Recht waren unübertragbar – Ausnahme: Nießbrauch. Die Servituten hatten neue gemeinsame Grundprinzipien, die systematische Verdichtung stieg.

Wie begründete Puchta diese Umkehrung des Regel-Ausnahme-Verhältnisses zwischen *usus* und *ususfructus*?

Für die Annahme des *ususfructus* als Regelfall der Personalservitut und des *usus* als Abweichung sprach für Puchtas Zeitgenossen zunächst, daß der *ususfructus* in älteren Quellen als der *usus* auftauchte und auch in späteren dem *usus* zumeist vorangestellt wurde.[262] Puchta versuchte gerade dies zu seinen Gunsten zu verwenden. Der Grund für die häufigere Nennung des *ususfructus* liege darin, »daß so wie einmal dieses umfassendere Recht zugelassen worden war, es auch das häufigere vorkommende wurde, und sodann, daß es gerade um seines von der Consequenz abweichenden und nicht unbedenklichen Inhalts willen einer genauen Bestimmung im Einzelnen bedurfte«.[263]

Gegen Puchtas Voranstellung des *usus* sprachen zudem die erheblichen Unsicherheiten über den Inhalt dieser Rechtsposition. Es war bereits eine Stellungnahme in den daraus resultierenden Streitigkeiten, wenn Göschen seine Ansicht, daß der »usus ein dem *ususfructus* analoges Recht« sei, damit begründete, daß »in dem *usus* weniger enthalten ist, als in dem *ususfructus*«.[264] Bis zum Ende des 18. Jahrhunderts war die Meinung herrschend gewesen, daß der *usus* ein lediglich auf die »Nothdurft« des Berechtigten beschränktes Gebrauchsrecht sei.[265] 1798 wies Thibaut in einer Abhandlung

262 Vgl. die zeitgenössischen Nachweise bei Elvers, Die römische Servitutenlehre, 1856, S. 18 f.; 448 f. Anm. a), 605 f.; auch die spätere Forschung sieht daher im *usus* lediglich eine Abstaltung vom *ususfructus*, vgl. Kaser I, 1971, S. 454.

263 Puchta, Pandekten, 2. Aufl. 1844, S. 250 Anm. c). Dies bedeute nicht, daß die Erweiterung des *usus* nicht durchaus zweckmäßig gewesen wäre. Puchta, Vorlesungen I, 1846, S. 394: Die Erweiterung sei zweckmäßig im Interesse des Eigentümers selbst gewesen. »Es wurde jemandem (z. B. dem Testator) die Möglichkeit eröffnet, einem Anderen die reelen Vortheile des Eigentums auf Lebenszeit zu verschaffen und zwar mit der Garantie, welche die Servitut gewährt, ohne das Eigenthum zu geben, ohne dieses also seinen Erben zu entziehen«.

264 Göschen, Vorlesungen II 1, 1839, S. 232.

265 Einflußreich vor allem Noodt, De usufructu, 2. Aufl. 1724, S. 388 ff.; vgl. im übrigen die Nennungen bei Scheurl, Bemerkungen zur Lehre von den Servituten, in: Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft 15, 1850, S. 21 f.

https://doi.org/10.5771/9783465133278-113 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

die Unhaltbarkeit dieser Quellenauslegung nach.[266] Seinem schnell an Boden gewinnendem[267] Vorschlag zufolge, verstand die h. M. nun in Anlehnung an D. 7, 8, 2, pr.[268] den *usus* als Nutzungsrecht ohne Fruchtbezug, den *ususfructus* als Nutzungsrecht mit Fruchtbezug. Inhaltlich war der *usus* danach im Sinne Göschens ein Weniger als der *ususfructus*. Puchta, der bis zur ersten Auflage der Pandekten Thibaut noch gefolgt war,[269] legte 1842 eine inhaltliche Neubestimmung des *usus* vor: »*Usus* heißt die Benutzung einer Sache für ein bestimmtes Subjekt, dessen Bedürfnis und zwar unmittelbar durch die Sache selbst befriedigt werden soll; es liegt darin zweierlei: Beschränkung auf das Bedürfnis dieses Subjekts und Gewährung durch die Sache und ihre Kräfte selbst, ohne Umsatz dieser in ein anderes Objekt.«[270] Der *ususfructus* blieb damit im Sinne Göschens ein Mehr, *usus* mit Fruchtbezug.[271] Puchta konnte dem jedoch die Übereinstimmung des *usus* in seiner Formulierung mit konstitutiven Merkmalen der Realservituten entgegenhalten, so daß die inhaltlichen Abweichungen des *ususfructus* hervortraten.

Aus der schwierigen Überlieferungslage folgte für Puchtas Nutzung des *usus* in seiner Darstellung des gemeinen römischen Rechts schließlich ein drittes Problem. Hugo[272] hatte 1790 darauf hingewiesen, daß es sich beim *usus* um einen eigentümlichen römischen Sprachgebrauch handele, der nicht mehr sinnvoll anwendbar war. Kein geringerer als Savigny hatte 1814 gefolgert, »da wir kein Wort von entsprechender Bestimmtheit haben … den *usus* ganz zu ignorieren«.[273] Puchta hielt es demgegenüber für »kein Hinderniß«, daß »kein entsprechendes deutsches Wort dafür« existiere, da ein

266 Thibaut, Versuch einer neuen Theorie über die eigentliche Beschaffenheit der Dienstbarkeit des Usus nach Römischem Recht, in: Versuche über einzelne Theile der Theorie des Rechts I, Jena 1798, S. 35 ff.

267 Thibauts Abgrenzung folgten Hugo, Lehrbuch der Geschichte des Römischen Rechts, 3. Aufl. 1806, S. 219 Anm. 3; Glück, Pandekten IX, 1808, S. 431 f.; Savigny, Beruf, 1814, S. 101 sowie die hier vergleichsweise herangezogenen Pandektendarstellungen: Wening-Ingenheim, S. 268; Mackeldey, S. 367; Seuffert, S. 231; Mühlenbruch, S. 158; Göschen, S. 215; Thibaut blieb seiner Ansicht treu: Pandekten II, 1834, S. 280 f.

268 *Cui usus relictus est, uti potest, frui non potest* (Ulpian).

269 Puchta, Lehrbuch der Pandekten, 1838, S. 152 f.; ebenso früher: ders., Lehrbuch für Institutionen-Vorlesungen, 1829, S. 50. Folgerichtig resultierten 1829 a. a. O. für Puchta alle »gemeinschaftlichen Grundsätze« der Servituten noch aus deren Eigenschaft als *iura in re*.

270 Puchta, Cursus der Institutionen II, 1842, S. 745.

271 Vgl. Puchta, Pandekten, 2. Aufl. 1844, S. 257.

272 Nach einer Bemerkung in Hugo, Civilistisches Magazin I, 1790, S. 339 (nur in der ersten Auflage abgedruckt); dann ders., Lehrbuch des heutigen Römischen Rechts, 2. Aufl. 1799, § 61 Anm. 1.

273 Savigny, Beruf, 1814, S. 101.

https://doi.org/10.5771/9783465133278-113 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

späterer Bedeutungswandel dadurch nicht ausgeschlossen sei, so beispielsweise, wenn »jemand den Gebrauch eines Hauses, aber nur zur persönlichen Benutzung, ohne das Recht der Vermietung« verspreche. »So wird ›Wohnung‹ zu verstehen sein.«[274]

Ein zweites Argument macht freilich deutlich, daß erneut die systematische Perspektive seinen Blick bestimmte: »Es ist auch nicht wohl denkbar, daß gerade die regelmäßigste Personalservitut unanwendbar sein sollte. Wir müssen ja immer eher eine Personalservitut im Zweifel nach der Consequenz des Servitutenbegriffs beurtheilen.«[275] Vor allem systematisch betrachtet lagen die Vorteile der Neubestimmung auf der Hand: Nicht nur war eine neue Gemeinsamkeit, drei »Grundprincipien« von Personal- und Realservituten gefunden. Die wichtigste Neuerung in Puchtas *usus*-Begriff war die erneute Beschränkung desselben auf »das Bedürfnis dieses Subjekts« (Person oder Grundstück). Damit war, worauf bereits Löhr[276] hingewiesen hatte, vor allem ein praktikables Abgrenzungskriterium zu zwei anderen *iura in re*, Emphyteuse und *Superficies* gefunden und damit zugleich ein Abgrenzungsproblem, das noch Thibaut definitorisch nicht für lösbar hielt,[277] im »Charakter der Servituten« verankert. Seine Bestimmung des *usus* entsprach somit seinen systematischen Forderungen, sie war »abgrenzungssicher« und damit von »systematischer Brauchbarkeit« ohne »widerrechtlichen Resulthaten« Vorschub zu leisten. Letzteres setzte voraus, daß Puchtas *usus*-Begriff in den Quellen ohne Gewalt verankert werden konnte. Puchta verwies diesbezüglich darauf, daß Thibauts *usus*-Begriff mit einigen Quellen im Widerspruch stehe, »auf der einen Seite bezieht sich der *usus* auch auf die Früchte, auf der anderen der *fructus* auf den übrigen Gebrauch«.[278] Auch Puchtas Definition konnte nicht alle Quellenaussagen vereinigen,[279] so daß er Ausnahmen

274 Puchta, Vorlesungen I, 1846, S. 395.

275 Puchta, Vorlesungen I, 1846, S. 395. In der von mir sonst genutzten 6. Aufl. heißt es hier irrtümlich sinnentlehrt »anwendbar«, richtig dagegen die 4. Aufl. S. 383.

276 Löhr, in: Magazin für Recht und Gesetzgebung 3, S. 498 ff.

277 Thibaut, Pandekten II, 1834, S. 267 Anm. (m). In seinen Vorlesungen gab er zu: »Die Definition der Dienstbarkeiten oder Servituten, welches das Comp. hier giebt, paßt im Grunde auch auf *Emphyteusis*, *superficies* und Pfandrecht«, Thibaut, Erörterungen, 1834, S. 174.

278 Puchta, Cursus der Institutionen II, 1842, S. 743 unter Verweis auf D. 22, 1, 36 (*praediorum urbanorum pensiones pro fructibus accipiuntur*«); 30, 39, 1; 5, 3, 29.

279 Betonung der abweichenden Stellen daher von Rudorff, in: Puchta, Vorlesungen I, 1846, S. 395 Anm. 1); Scheurl, Bemerkungen zur Lehre von den Servituten, 1850, S. 25; Elvers, Die römische Servitutenlehre, 1856, S. 603.

https://doi.org/10.5771/9783465133278-113 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

anzuerkennen gezwungen war.[280] Kaum möglich war es auch, den Begriff in einzelnen Quellenstellen nachzuweisen. Puchtas diesbezügliche Versuche überzeugten seinen Schüler Scheurl nicht. In dessen Kritik findet sich der interessante Hinweis darauf, daß Puchta die aus einzelnen Stellen herzunehmenden Beweisgründe »nicht so hoch angeschlagen zu haben scheine«.[281] Scheurl spielte hier auf eine Bemerkung Puchtas an, demzufolge als Beweis für seinen Begriff der ganze Titel *de usu et habitatione* (D. 8, 8) zu vergleichen sei.[282] Damit schließt sich der Kreis zu der eingangs dieser Studie zitierten[283] Ansicht Schröters über das Besondere der Methode Puchtas. Schröter hatte wie gezeigt betont, Puchta sei recht eigentlich darauf ausgegangen, das Grundwesen der einzelnen Rechtsinstitute an die Spitze zu stellen, und von diesem Mittelpunkte aus, den Ausbau derselben zu entwickeln. Er hatte von einer lebendigen Darstellung des Positiven in seinem innersten Gedanken und davon gesprochen, Puchta habe es besonders verstanden, den Geist der einzelnen Rechtsinstitute zu erfassen und wiederzugeben.

Puchtas Intention als Systematiker war damit gut getroffen. 1840 bemühte er mit Blick auf Savignys »System« dessen alten Hinweis[284] auf das Zusammenspiel zwischen »Geist« und »Buchstabe«. Savignys Werk bezeichne deshalb eine »neue Periode in der Darstellung des Civilrechts«, weil mit ihm »die Weise der Behandlung gegenüber der Masse des Materials in ihre Rechte wieder eingesetzt worden« sei. Habe zuvor das »Material ein tyrannisches Regiment über den Geist« geführt, so habe nun Savignys System zu einer »Befreiung von der Herrschaft des Stoffs«,[285] von dem »Buchstaben des römischen Rechts«,[286] geführt. 1841 wurde ihm dies zum Programm: »Wir sollen von dem Buchstaben frey werden, von dem Geist uns durchdringen lassen.«[287] Puchtas Interpretationslehre machte deutlich, daß die einzelnen Rechtssätze streng zu beachten waren. Die wissenschaftliche Verarbeitung dieser Rechtssätze zum System unterlag demgegenüber nicht ähnlichen Bindungen. Im noch näher beleuchteten[288] Disput um den Pfandrechtsbegriff betonte Puchta, die Tatsache, daß in den Quellen der Ausdruck »obligatio rei«

280 Puchta, Vorlesungen I, 1846, S. 397 f.
281 Scheurl, Bemerkungen zur Lehre von den Servituten, 1850, S. 25.
282 Puchta, Cursus der Institutionen II, 1842, S. 745 Anm. i).
283 Vgl. oben S. 390 f.
284 Vgl. Savigny, Beruf, 1814, S. 118; erstmals Methodologie, 1802/03, S. 109 mit Originalzitat Goethes in der Anm.; hierzu D. Nörr, Geist und Buchstabe, 1983, S. 20 ff.
285 Puchta, Rez. Savigny System, 1840, S. 673.
286 Puchta, Rez. Savigny System, 1840, S. 674.
287 Puchta, Institutionen I, 1841, S. 107 f.
288 Vgl. sogleich unten S. 408 ff.

https://doi.org/10.5771/9783465133278-113 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

auftauche, dürfe »ohnedieß kein Unbefangener zu hoch anschlagen«:[289] »Diese Argumentation aus dem Wort, ohne zu fragen, ob das Wort nicht eben eine allgemeinere Bedeutung hat …, ist nur der untersten Stufe der wissenschaftlichen Behandlung würdig.«[290] Der »eigenthümliche Charakter der Servituten« wurde von Puchta dem »Geist« des Instituts entnommen. Als Absicherung in den Quellen konnte hierzu pauschal auch ein ganzer Titel der Digesten dienen.

Bringt man dies mit den bisherigen Ergebnissen zu Puchtas Systemdenken in Kontakt, so zeigt Puchtas Servitutenlehre im Vergleich zu der seiner Zeitgenossen eine doppelte Besonderheit. Die von Puchta aus der Eigenschaft der Servituten als *iura in re* gefolgerten Grundprinzipien zeigten das Bedürfnis, möglichst weitgehend bis zum Rechtsbegriff hin die einzelnen Rechtssätze zu vernetzen. 1829 hatte Puchta diesen Bereich als »Grundverschiedenheiten« erfaßt.[291]

Den »eigenthümlichen Charakter« der Servituten leitete er nicht vom Rechtsbegriff ab. Hier war in der Terminologie von 1829 der Bereich der »sonstigen Verschiedenheiten« berührt. Gegenüber Blume hatte Puchta hier als Erkenntnisweg auf die »Anschauung« verwiesen, nun sprach er eher vom »Geist« im Gegensatz zum »Buchstaben« des Rechtsinstituts. Puchta zeigte hier das Bemühen, durch die Betonung von Gemeinsamkeiten allgemeine Merkmale herauszubilden. Abweichende Rechtssätze und Rechtsinstitute wurden als Anomalien in ihrer Geltung nicht in Frage gestellt, systematisch aber untergeordnet. Gesetzliche Definitionen banden nicht immer, entscheidend war die Abgrenzungssicherheit, kurz die systematische Brauchbarkeit.

In beiden Bereichen zeigt sich deutlich, was Puchta in seiner Enzyklopädie von 1841[292] als »Herrschaft der Gleichheit über die Ungleichheit« thematisiert hatte. In seiner Servitutenlehre betonte Puchta stärker als seine Zeitgenossen die gleichen Merkmale aller Servituten: Sie waren *iura in re* und schützten den *usus*. Abweichendes wurde deutlich als Anomalie gekennzeichnet. Die hierdurch erreichte systematische Dichte ging über die vergleichbaren Darstellungen der Servitutenlehren klar hinaus.

4. Zur systematischen Struktur der Pandekten

In Erweiterung des Blicks auf Puchtas Pandektenlehrbuch insgesamt zeigt sich eine abgestufte logische Struktur: Gesamtsystem (a), Systemteile, die aus dem Rechtsbegriff begründet wurden (b), Systemteile die ihrer eigenen Natur

289 Puchta, Pandekten, 2. Aufl. 1844, § 193 Anm. d).
290 Puchta, Vorlesungen I, 1873 (1846), S. 427.
291 Vgl. oben S. 290 f.
292 Vgl. oben S. 352 ff

https://doi.org/10.5771/9783465133278-113 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

folgen (c), systemwidriges Recht (d). Im Ausgleich zur dadurch erreichten straffen systematischen Struktur zeigte Puchta eine deutliche Betonung flexibler Überdruckventile, einerseits *ius singulare* (e) und andererseits richterliche Einzelfallkorrektive (f).

a) System der Rechte und der Rechtsverhältnisse
– Gesamtsystem

Die »systematische Erkenntnis« definierte Puchta nun als die »Erkenntnis des inneren Zusammenhangs, welcher die Theile des Rechts verbindet«.[293] Puchta nannte zwei Gründe für das Bedürfnis nach einer systematischen Behandlung des Rechts. Zunächst verschaffe systematische Kenntnis eine »äußerliche« Vollständigkeit, »indem allein sie die Sicherheit gewährt, alle Theile des Rechts zu umfassen«. »Aber auch innerlich ist jene Kenntnis allein die vollständige, weil das Recht selbst ein System ist, so daß nur wer es als solches erkennt, seine Natur vollkommen erfaßt.«[294]

System folgte also aus der Natur des Rechts. Damit verwies Puchta auf seine philosophische Grundlage der Enzyklopädie. Puchta hatte hier, wie gezeigt,[295] den Prozeß der systematischen Ausbildung des Rechts als »Wirkung der Natur auf das Gebiet der Freiheit«[296] beschrieben. Systemausbildend war die »natürliche Ungleichheit der Menschen und Verhältnisse«, indem sie den menschlichen »Sinn des Rechts« dazu nötigte, durch Betonung gleicher Merkmale die Mannigfaltigkeit zu beherrschen und dadurch hierarchische Strukturen auszubilden. System, war »die Reaction des Stoffs auf die Form, des Unterworfenen auf die unterwerfende Macht«.[297]

Den Ausgangspunkt seines Systems von 1829 behielt Puchta bei. Zentrale Aufgabe des Rechts sei, daß »die Persönlichkeit, die den Menschen gleichmäßig zukommende Eigenschaft, als das Grundprincip des Rechts erkannt« werde.[298] Im inzwischen herausgearbeiteten Zusammenspiel zwischen Stoff und Form, Natur und Sinn des Rechts, wirkte die empirische Ungleichheit der Menschen auf die rechtliche Gleichheit der Personen systembildend ein. Der Sinn des Rechts war die Gleichheit zu schützen, indem er »die individuelle Ungleichheit dem Allen gleichmäßig Zukommenden: der Persönlichkeit, der Möglichkeit eines Willens, unterwirft«. Das Recht hebe »an dem Menschen

293 Puchta, Cursus der Institutionen I, 1841, S. 100.
294 Puchta, Cursus der Institutionen I, 1841, S. 100 f.
295 Vgl. oben S. 352 ff.
296 Puchta, Cursus der Institutionen I, 1841, S. 85.
297 Puchta, Vorlesungen I, 1846, S. 104.
298 Puchta, Cursus der Institutionen I, 1841, S. 19; vertiefend S. 79 f.; vgl. 1829: »Bey dem Schutz eines jeden Rechts wird auch der Wille, die Persönlichkeit geschützt«, Puchta, Zu welcher Classe von Rechten gehört der Besitz, 1829, S. 256.

https://doi.org/10.5771/9783465133278-113 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

die Persönlichkeit hervor, aber es anerkennt eine Verschiedenheit der Persönlichkeit. Die Verschiedenheiten der Menschen überwindet es, nicht indem es sie negiert, sondern indem es sie zu Verschiedenheiten der Personen macht, und so beherrscht.«[299]

Damit war ein neuer übergreifender Gesichtspunkt gefunden, den Puchta 1841 benötigte, weil er nun nicht mehr nur ein System, sondern zwei Systeme in seinen Lehrbüchern nutzte. Die »Verschiedenheit der Personen« wurde nun doppelt als Einteilungsgrundlage herangezogen: Verschiedenheit der Personen nach ihrer »Thätigkeit«: System der Rechte, und Verschiedenheit der Personen nach ihrer »Stellung«: System der Rechtsverhältnisse.

Mit Blick auf die »Tätigkeit der Personen« als Einteilungsmerkmal gelangte Puchta zu seinem alten System der Rechte von 1829. Ausgangspunkt seines Systems blieb sein seit Erlangen beibehaltener Rechtsbegriff.[300] »Das Recht ist«, so hieß es 1841, »die Anerkennung der rechtlichen Freiheit, die sich in den Personen und ihrem Willen, ihrer Einwirkung auf die Gegenstände äußert«.[301] Die Gegenstände, als äußere Natur, gaben dem die Gleichheit betonenden Geist die notwendige Struktur vor. Diese Vorstellung war nicht neu. Bereits 1829 hatte Puchta, wie gezeigt,[302] herausgestellt, »daß die Verschiedenheit der Gegenstände eine Verschiedenheit der Rechte«[303] hervorbringe. 1838 hieß es unverändert: »In den Gegenständen haben wir also den eigentlichen juristischen Grund der Verschiedenheit der Rechte; dieser ist es, welcher die Möglichkeit einer systematischen Einheit jener Mannigfaltigkeit von dem juristischen Standpunkt, also die Möglichkeit eines wirklichen Rechtssystems darbietet.«[304] Bei veränderter Terminologie blieb dies auch 1841 unverändert: »Die Rechte erhalten ihren Inhalt zum Theil durch den menschlichen Willen, dieß ist ihre freie Seite …, zum Theil aber durch die Gegenstände des menschlichen Willens, dieß ist die nothwendige und logische Seite der Rechte«[305] – »Diese Wirkung der Natur auf das Gebiet der Freiheit ist es, welche dem Recht den Charakter des Vernünftigen, einen nothwendigen Zusammenhang giebt, es zu einem System macht.«[306]

299 Puchta, Cursus der Institutionen I, 1841, S. 18.
300 1825 hatte Puchta das Recht bestimmt als »Bewußtseyn, welches das Volk hat über die abstracte Freiheit d. h. über die Stufe des Willens, wo sich derselbe zurückzieht von dem besonderen Dasein des Menschen«, Puchta, Encyclopädie, 1825, S. 12; vgl. auch oben S. 257 f.
301 Puchta, Cursus der Institutionen I, 1841, S. 11.
302 Vgl. oben S. 266 ff.
303 Puchta, Zu welcher Classe von Rechten gehört der Besitz?, 1829, S. 248.
304 Puchta, Lehrbuch der Pandekten, 1838, S. 32.
305 Puchta, Pandekten, 2. Aufl. 1844, S. 64.
306 Puchta, Cursus der Institutionen I, 1841, S. 83.

https://doi.org/10.5771/9783465133278-113 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

1841 stellte Puchta seinem System der Rechte ein solches der Rechtsinstitute an die Seite.[307] Dies teilte die Personen nach ihrer Stellung ein, als »Einzelner, als Familienglied, als Volksglied, als Glied der Kirche«.[308] Puchta nannte dieses System in offensichtlicher Hommage an das 1840 erschienene System Savignys ein »System der Rechtsverhältnisse«. Schon seit 1832 hatte er freilich diese Perspektive im Abschnitt von dem »Subjekt der Rechte« thematisiert: »Vom Menschen als Glied der Familie«, »Vom Menschen als Glied politischer Verbindungen«, »Vom Menschen als Glied religiöser Verbindungen«.[309]

Für das Privatrecht änderte dies zudem nur wenig. Das System der Rechte beginne »innerhalb des Systems der Rechtsverhältnisse« und sei im Privatrecht »am vollständigsten ausgebildet«.[310] Keinesfalls, so betonte er mit Blick auf Stahl, dürfe man die »factischen Umstände« hinzuziehen, sonst stehe kein »Rechtsverhältnis derselben Art … dem anderen völlig gleich«, die Unterschiede der Rechtsverhältnisse gingen »in's Unendliche«.[311] Ein wirkliches System der Rechtsverhältnisse sei daher auch »nie ausgeführt worden«, auch nicht von Savigny, dessen System nur als ein solches »erscheinen könnte«.[312] Statt dessen sei man »sofort wieder auf die Rechte zurückgekommen«: »Rechte bilden den Kern der Rechtsverhältnisse, die Rechtsverhältnisse sind Complexe von Rechten.«[313]

Wie überhaupt Puchtas System seit 1829 weitgehend konstant blieb,[314] so führte auch die Hinzunahme eines Systems der Rechtsverhältnisse in der zweiten Auflage 1844 kaum zu Veränderungen:

307 Puchta, Cursus der Institutionen I, 1841, S. 54 ff.; ders., Pandekten, 2. Aufl., 1844, S. 41 ff.

308 Puchta, Cursus der Institutionen I, 1841, S. 54.

309 Puchta, System des Gemeinen Civilrechts, 1832, S. 15; ders., Lehrbuch der Pandekten, 1838, S. 29 ff.

310 Cursus der Institutionen I, 1841, S. 91.

311 Cursus der Institutionen I, 1841, S. 52; Puchtas System der Rechtsverhältnisse nach der Stellung der Personen war für Stahl daher auch eine »Umkehrung der Dinge«, Stahl Rechtsphilosophie II 1, 1854, S. 300 in der Anm.

312 Cursus der Institutionen I, 1841, S. 52 Anm. a), dies verkennt Björne, Deutsche Rechtssysteme, 1984, S. 21.

313 Puchta, Pandekten, 3. Aufl. 1845, S. 42. Neuere Untersuchungen heben ähnlich bei Savigny ein juristisch-technisches Verständnis von »Rechtsverhältnis« hervor, vgl. Kiefner, Lex frater a fratre, 1979, S. 129 ff.; zustimmend Behrends, Geschichte, Politik und Jurisprudenz, 1985, S. 306, 307 ff.; Rückert, Savigny, 1984, S. 344 Anm. 200.

314 Der Allgemeine Teil von 1829 (Lehrbuch für Institutionen-Vorlesungen, 1829, S. LV) hieß ab 1832 »Einleitung« (System des Gemeinen Civilrechts, 1832, S. VII); die Benennungen des Erbrechts schwankten, vgl. Puchta, System des Gemeinen Civilrechts, 1829: »Rechte an in uns übergegangenen Personen (an Vermögen)«, unterschieden »Erbrecht« und »Andere Rechte an Vermögen«;

https://doi.org/10.5771/9783465133278-113 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

Puchta, Lehrbuch der Pandekten, 1838	Puchta, Pandekten, 2. Aufl. 1844
Einleitung	Einleitung
I. Buch. Von dem Rechte	I. Buch. Von den Rechtsvorschriften
1. Kapitel. Von der Entstehung des Rechts	1. Kapitel. Die Rechtsquellen
2. Kapitel. Von der Anwendung des Rechts	2. Kapitel. Verhältnis der Rechtsvorschriften zueinander
Vgl. § 18: Von der Berücksichtigung nichtjuristischer Principien	3. Kapitel. Verhältnis der Rechtsvorschriften zu den nichtjuristischen Principien
II. Buch. Von den Rechten	II. Buch. Von den Rechtsverhältnissen
1. Kapitel. Von dem Subjekt der Rechte	1. Kapitel. Die Personen
2. Kapitel. Von dem Wesen der Rechte	2. Kapitel. Der Inhalt der Rechte
3. Kapitel. Von der Entstehung und Endigung der Rechte	3. Kapitel. Die Entstehung und Endigung der Rechte
4. Kapitel. Von der Ausübung und dem Schutz der Rechte	4. Kapitel. Der Schutz der Rechte
	III. Buch. Von der Anwendung der Rechtsvorschriften auf die Rechtsverhältnisse
III. Buch. Rechte an der eigenen Person	IV. Buch. Die Rechte an der eigenen Person
IV. Buch. Rechte an Sachen	V. Buch. Die Rechte an Sachen
V. Buch. Rechte an Handlungen	VI. Buch. Die Rechte an Handlungen
VI. Buch. Rechte an Personen	VII. Buch. Die Rechte an Personen
VII. Buch. Rechte an einem Vermögen	VIII. Buch. Das Erbrecht

b) Systemteile, die aus Puchtas Rechtsbegriff mit »logischer Nothwendigkeit« folgten

Puchtas Pandekten blieben damit auch nach 1838 in ihrem Aufbau am System der Rechte ausgerichtet. In doppelter Hinsicht bestimmte Puchtas Rechtsbegriff folglich auch in den dreißiger und vierziger Jahren die Systemstruktur. Puchta setzte weiterhin fest, daß »1) über die Gegenstände hinaus keine Rechte möglich, und 2) die Rechte nach den Gegenständen der rechtlichen

später in DERS., System des Gemeinen Civilrechts, 1832, ebenso Pandekten, 1838: »Rechte an einem Vermögen«. Ab der 2. Aufl. 1844, S. 590 und dann durchweg »Erbrecht«; ebenso Cursus der Institutionen III, posthum 1847, S. 215 ff.; die Benennung des Erbrechts als »Recht an Personen, welche ausser uns existiert haben, aber in uns übergegangen sind«, erntete in der heiklen Frage der subjektlosen Rechte vor allem bei Jhering bissigen Spott, vgl. oben Teil 1, Kap. 2 I 3 b). Das Ehe- und Vormundschaftsrecht hieß 1829 »Rechte an Personen ausser uns« (Lehrbuch für Institutionen-Vorlesungen, S. LVI), ab 1832 kürzer: »Rechte an Personen« (System des Gemeinen Civilrechts).

https://doi.org/10.5771/9783465133278-113 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

Unterwerfung verschieden sind, die Unterwerfung verschiedener Gegenstände verschiedene Befugnisse gewähren muß«.[315]

Konkret folgten daraus folgende Klassifikationen:

(1) Das Recht an der eigenen Person, eingeteilt in Recht der Persönlichkeit und Recht des Besitzes.[316]

(2) Rechte an Sachen, eingeteilt in totale Unterwerfung (Eigentum) und partielle Unterwerfung (*iura in re*). Letztere wiederum eingeteilt in die partielle Unterwerfung von Seiten der Benutzung (Servituten, Emphyteusis, Superficies) und von Seiten des Verkaufswertes (Pfandrecht).[317]

(3) Rechte an Handlungen, »vermöge deren einer Person (dem Gläubiger) eine Handlung einer anderen (des Schuldners) unterworfen ist«, jedoch nur insoweit, als diese Handlungen »einen Vermögenwerth« haben.[318]

(4) Rechte an Personen außer dem Berechtigten. Aus der gleichen Eigenschaft aller Menschen als Person folgte, daß diese Unterwerfung einer Person nicht total, sondern immer nur partial denkbar war.[319]

(5) Rechte an Personen, die in den Berechtigten übergegangen sind und von ihm repräsentiert werden: Erbrecht und andere Rechte an Vermögen.[320]

Durch diese »logische Einheit, auf die wir die große Mannigfaltigkeit der Rechte zurückzuführen haben«, erhielt Puchta die »obersten Rechtsbegriffe, von denen aus der ganze Rechtskörper zu fassen, zu handhaben und zu regieren ist. Jedes Recht erhält seinen Begriff durch seinen Gegenstand; die erste Frage bei jedem Recht muß auf den Gegenstand gerichtet sein, seine Feststellung giebt die ersten Principien, nach denen das einzelne Recht zu beurtheilen ist.«[321]

Der dargestellte Kernbereich seines Systems der Rechte war von Puchta absolut gesetzt. 1841 hatte er die menschliche Freiheit mit dem Sündenfall durch – im Sinne Schellings – positive Philosophie letztbegründet.[322] Auch für

315 Puchta, Lehrbuch der Pandekten, 1838, S. 32.

316 Puchta, Lehrbuch der Pandekten, 1838, S. 33; Pandekten, 2. Aufl. 1844, S. 64; Vorlesungen I, 1846, S. 105; Cursus der Institutionen II, 1842, S. 368 f.

317 Puchta, Lehrbuch der Pandekten, 1838, S. 32 f., 108 f.; Pandekten, 2. Aufl. 1844, S. 64; Vorlesungen I, 1846, S. 105; Cursus der Institutionen I, 1841, S. 86 ff.; II, 1842, S. 369 f.

318 Puchta, Lehrbuch der Pandekten, 1838, S. 32; Pandekten, 2. Aufl. 1844, S. 64; Vorlesungen I, 1846, S. 105; Cursus der Institutionen I, 1841, S. 90; II, 1842, S. 370 f.

319 Puchta, Lehrbuch der Pandekten, 1838, S. 33; Pandekten, 2. Aufl. 1844, S. 64; Vorlesungen I, 1846, S. 105; Cursus der Institutionen I, 1841, S. 86 ff.; II, 1842, S. 371 f.

320 Puchta, Pandekten, 2. Aufl. 1844, S. 64; Lehrbuch der Pandekten, 1838, S. 33; Vorlesungen I, 1846, S. 105; Cursus der Institutionen II, 1842, S. 372.

321 Puchta, Vorlesungen I, 1846, S. 104.

322 Vgl. oben S. 304 ff.

https://doi.org/10.5771/9783465133278-113 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

die Unterwerfung der Gegenstände hatte Puchta 1841 eine Letztbegründung behauptet: Der Mensch sei zur Beherrschung der »körperlichen Dinge außer dem Menschen … durch den ältesten Rechtsausspruch berufen … (Gen. 1, 26)«.[323] Puchtas Rechtsbegriff war damit der Philosophie entnommen, also wissenschaftlich abgesichert.

War damit das positive Recht den Vorgaben des Rechtsbegriffs unterworfen? Galt nur das als Recht, was sich aus dem Rechtsbegriff ableiten ließ?

1842 formulierte Puchta seinen Rechtsbegriff untypisch, aber deutlicher: »der Berechtigte bezieht einen Gegenstand auf sich, und diese Beziehung ist den Rechtsvorschriften gemäß«.[324] Die Betonung der dem Volksgeist entspringenden Rechtssätze hatte durch Puchtas Ablehnung der »faktischen Verhältnisse« als Rechtsentstehungsgrund noch an Intensität gewonnen. Auch die Privatautonomie wollte er nun nicht als Entstehungsursache der Rechte anerkennen. Als Savigny einen Vertrag als Beispiel eines Rechtsverhältnisses anführte,[325] entgegnete Puchta, »daß ein Vertrag wohl nicht als ein Beispiel eines Verhältnisses gelten kann; ich würde daher statt Kaufvertrag: Eigenthum setzen«.[326] In seinen Vorlesungen präzisierte er: »Ein Vertrag hat keine schöpferische Kraft, er kann nur das Vorhandene bestimmen und modificieren. Sie [sc. die Rechtssätze] entstehen durch einen Willen, aber durch den nationellen.«[327] 1846 hieß es unmißverständlich: »Zur Existenz eines Rechtes gehört: 1) dessen Begründung durch eine Rechtsvorschrift.«[328] Unzweifelhaft waren die (subjektiven) Rechte also den Rechtssätzen unterworfen. Der Volksgeist wurde nicht durch Puchtas Rechtsbegriff gebändigt, Freiheit blieb Keim des Rechts.

Dies zeigen auch die bisherigen Studien zu Puchtas Ableitungen aus dem Rechtsbegriff. Puchtas dargelegte[329] Auseinandersetzung mit Savignys Stellvertretungslehre hatte ein doppeltes Erfordernis offenbart. Einerseits argumentierte Puchta mit seinem im Rechtsbegriff verankerten Begriff der *obligatio* als der an die Beteiligten gebundenen Unterwerfung einer Handlung. Zugleich hatte er Savigny jedoch in seiner spekulativen Quellenarbeit kritisiert und strenger am Wortlaut der Quellen festgehalten. Strenge Quellenbindung

323 Puchta, Cursus der Institutionen I, 1841, S. 85; vgl. bereits Lehrbuch der Pandekten, 1838, S. VI gegen Stahl.
324 Puchta, Cursus der Institutionen II, 1842, S. 367; Hervorhebung von mir.
325 Savigny, »Zweyte Redaction« des § 52; hierzu Kiefner, Das Rechtsverhältnis, 1982, S. 158 ff.
326 Puchta an Savigny vom 19.10.1839; dieser Teil des Briefs nicht abgedruckt bei Kiefner, a. a. O.
327 Puchta, Vorlesungen, 1846, S. 23.
328 Puchta, Vorlesungen I, 1846, S. 107.
329 Vgl. oben S. 368 ff.

https://doi.org/10.5771/9783465133278-113 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

und Ableitung aus dem Rechtsbegriff hatten sich gegenseitig somit nicht beeinträchtigt, sondern ergänzt. Gleiches ergab die Studie zu Puchtas Servitutenlehre. Auch hier wies Puchta die aus der Eigenschaft der Servituten als *iura in re* gefolgerten Grundprinzipien in den Quellen nach. Seit 1836 machten auch Puchtas Stellungnahmen zu den seit Beginn der dreißiger Jahre entflammten Debatten um den Pfandrechtsbegriff diese kumulativen Anforderungen deutlich.

»Wenn nur jemand bey dem mühlenbruchschen Begriff des Pfandrechts (eine *obligatio*, wobey ›die Sache als das verpflichtete Subjekt erscheint‹) … eine … Gevatterstelle übernehmen wollte« [330] – 1836 echauffierte sich Puchta brieflich über Mühlenbruchs Versuch,[331] das Pfandrecht sozusagen als dingliches Recht mit persönlichem Charakter zu klassifizieren. Mit dieser Modifikation der traditionellen Bestimmung des Pfandrechts als *ius in re*, hatte Mühlenbruch auf Einwände Konrad Büchels[332] reagiert, die 1833 eine breite Diskussion auslösten.[333] Büchel hatte einige knappe Bemerkungen von du Roi[334] und Zimmern[335] aufgegriffen und die römische Bezeichnung der Verpfändung als *obligatio rei* zur Natur des Pfandrechts erhoben.[336] Für Puchta ergab dies das »absurde Resultat, daß jede verpfändete Sache als Schuldnerin, also als Sache zu betrachten sei«.[337] Dies war erneut aus Puchtas Begriff der *obligatio* gefolgert, der ein Subjekt voraussetzte, dessen Fehlen dann die These von Mühlenbruch »unglaublich schwach«[338] erscheinen ließ. Puchtas Gegenar-

330 Puchta an Savigny vom 26.7.1836, das ausgelassene Wort war unleserlich.

331 In der dritten Aufl. seiner Cessionslehre von 1836, S. 12 ff. Anm. 19 war Mühlenbruch den Hinweisen von du Roi und Zimmern (hierzu sogleich in den Anmerkungen) noch entgegengetreten und hatte an der Rechtsnatur des Pfandrechts als ius in re festgehalten, im Vorwort, S. XIII, jedoch bereits auf die »sehr consequent und scharfsinnig« durchgeführte Ansicht Büchels verwiesen. In seinen Pandekten II, 1840, § 299, fand sich dann gleichwohl die von Puchta benannte Begriffsbestimmung als *obligatio rei*.

332 Büchel, Über die Natur des Pfandrechts, 1833, zusammenfassend S. 120 ff.

333 Hierzu Wiegand, Zur Entwicklung der Pfandrechtstheorien im 19. Jahrhundert, 1981, S. 1 ff.; die Debatte fehlt im eher kursorischen Überblick von Hromadka, Die Entwicklung des Faustpfandprinzips im 18. und 19. Jahrhundert, 1971, S. 43 ff.; sehr präziser zeitgenössischer Überblick über den Gang der Debatte bei Lang, Über den materiellen Gehalt und wissenschaftlichen Begriff des Pfandrechts an einer körperlichen Sache, 1846, S. 352 ff.; viele Nennungen bei Windscheid, Pandekten I, 9. Aufl. 1906, § 224 Anm. 8.

334 Du Roi, Noch einige Bemerkungen über actio in rem und actio in personam, jus in re und obligatio, 1823, S. 396 f.

335 Zimmern, Können Servituten durch Vertrag bestellt werden?, 1824, S. 316 ff.; hierzu auch oben S. 197 f.

336 Hierzu Wiegand, a. a. O., S. 3; Lang, a. a. O., S. 361 ff.

337 Puchta, Pandekten, 2. Aufl. 1844, § 193 Anm. d).

338 Puchta, Cursus der Institutionen I, 1841, § 250 Anm. c).

https://doi.org/10.5771/9783465133278-113 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

gumente hatten die »systematische Brauchbarkeit« des Pfandrechtsbegriffs und die »Warnung vor widerrechtlichsten Resulthaten« im Blick.[339] Gehe man mit Mühlenbruch von einem »Eigenthum an Schuldforderungen« aus, so liege es »allzunahe« auch die »Grundsätze des Eigenthums« auf Forderungen anzuwenden.[340] Mit Blick auf Büchels Pfandrechtsbegriff ging es ebenfalls um die Erwägung, Grundsätze des Obligationenrechts auf das Pfandrecht zu übertragen. Büchel etwa ließ mit diesem Argument bei Verjährung der *actio hypothecaria* auch das Pfandrecht selbst erlöschen. Für Vangerow bedurfte ein Erlaß beim Pfandrecht aufgrund dessen obligatorischer Natur der Annahme durch den Begünstigten, was bei dinglichen Rechten, also etwa Servituten, nicht notwendig sei.[341] Auch wenn die kritisierte Ansicht für Puchta noch kaum »merkliche Consequenzen« gehabt habe, so gelte doch: »jeder Irrthum ist ein gefährlicher Gast; man sieht ihm oft nicht an, wohin er führen, wie weit er sich ausdehnen, und die rechtmäßigen Bewohner des Hauses verdrängen mag«.[342] Angesichts der systematischen Brauchbarkeit des Begriffs der dinglichen Rechte und da es »keinen einzigen entschieden gültigen Rechtssatz [gebe], der unverträglich wäre mit der Eigenschaft des Pfandrechts als *ius in re*«, war es für Puchta »Leichtsinn andere Auffassungen zu suchen«.[343]

1829 hatte Puchta deutlich gemacht, daß diese Einheit zwischen Quellentreue und Ableitung aus einem obersten Rechtsbegriff nur für sog. Grundverschiedenheiten Bestand haben könne.[344] Viele Teile des Systems konnten hiermit nicht erfaßt werden.

1844 hieß es in der Sache gleichbleibend:

> »Die Rechte erhalten ihren Inhalt zum Theil durch den menschlichen Willen, dieß ist ihre freie Seite, nur daß auch diese freie Bestimmung nicht von dem Einfluß, den die Stellung der Personen und das Bedürfnis auf sie ausübt, entbunden ist, zum Theil aber durch den Gegenstand des rechtlichen Willens, dies ist die nothwendige und logische Seite der Rechte.«[345]

In der Anmerkung fügte Puchta klärend hinzu: es sei beispielweise »etwas logisches, daß die Rechte an Sachen eine andere Natur haben als Rechte an Handlungen, und unter jenen wieder Servituten eine andere als das Pfand-

339 Zu diesen Kategorien vgl. oben S. 298 f.
340 Puchta, Vorlesungen I, 1873 (1846), S. 324.
341 Vangerow, Pandekten, hier nach 6. Aufl. 1851, § 127 Anm.; bis zur siebten Aufl. folgte Vangerow, a. a. O., § 363 Anm. 2.
342 Puchta, Vorlesungen I, 1873 (1846), S. 426 (Zusätze zu § 193 der Pandekten).
343 Puchta, Vorlesungen I, 1873 (1846), S. 427 f.
344 Vgl. oben S. 290 f.
345 Puchta, Pandekten, 2. Aufl. 1844, S. 64.

https://doi.org/10.5771/9783465133278-113 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

recht. Keine logische Notwendigkeit liegt dagegen in der Verschiedenheit der Servituten unter einander, ebenso in der Verschiedenheit der einzelnen Obligationen.«[346]

Puchtas Servitutenlehre zeigte den weitergehenden Versuch, das geltende Recht auch in Bereichen, die nicht streng aus dem Rechtsbegriff gefolgert werden können, in seiner »Verwandtschaft« darzustellen.[347] Auch jenseits eigentlicher Grundverschiedenheiten betonte Puchta nun Verwandtschaften:

> »Der Einfluß, den die Verschiedenheit der Sachen auf das Recht hat, kann theils die Entstehung und Erhaltung der Rechte an diesen Sachen betreffen, theils das Wesen der Rechte selbst, nicht bloß indem gewisse Rechte nur bey gewissen Arten von Sachen angenommen werden, sondern auch indem vielleicht gewisse Sachen allein als unbedingte Gegenstände voller Beherrschung mit allen Folgen gelten.«[348]

Diese Einflüsse der Natur auf den Geist waren jedoch bei jedem Recht verschieden. Dies galt etwa für den Erwerb dinglicher Rechte, für den Puchta eine allgemeine Theorie ablehnte.[349] Insofern galt: »Nicht alle Gegenstände und alle Rechte sind solchen Modificationen und die bey denen sie stattfinden, sind ihnen nicht auf gleiche Weise ausgesetzt. Das davon geltende Recht wird bey den einzelnen Rechten, die diesem Einfluß unterliegen, darzustellen sein.«[350] Auch wenn die Gegenstände der Unterwerfung also einen Einfluß behielten, betrat Puchta nun den Bereich solcher Rechtsprinzipien, die nicht aus dem Rechtsbegriff folgten, sondern aus der Natur des betreffenden Rechts selbst.

c) »Freie Rechtssätze« als Bestandteil des Systems

Puchtas Servitutenlehre zeigte Grundprinzipien, die aus der »Natur« dieses Rechtsinstituts entsprangen und nicht aus dem Rechtsbegriff gefolgert werden konnten, also keine »logische Nothwendigkeit« besaßen. Diese Rechtssätze gehörten zur »freien Seite des Rechts«. Als Betonung gleicher Merkmale in der Ungleichheit und Beachtung des »Geistes« des betreffenden Rechtsinstituts beschrieb Puchta in den vierziger Jahren das, was er 1829 gegenüber Blume als Erkenntnisprozeß der Anschauung bezeichnet hatte.[351] Kennzeichnend für

346 Puchta, Pandekten, 2. Aufl. 1844, S. 64 Anm. a).
347 Vgl. oben S. 287 ff.
348 Puchta, Cursus der Institutionen I, 1841, S. 85.
349 »Für den Erwerb der dinglichen Rechte giebt es keine gemeinsame Theorie«, Puchta, Vorlesungen I, 1846, S. 322.
350 Puchta, Cursus der Institutionen II, 1842, S. 372; davon waren, wie nachfolgend das Testamentsrecht zeigte, also keineswegs nur »untergeordnete Fragen« betroffen, wie Bohnert, Puchta, 1975, S. 114, meint.
351 Vgl. oben S. 287 ff.

https://doi.org/10.5771/9783465133278-113 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

diese Prinzipien der fraglichen Rechtsbegriffe selbst war einerseits die Tatsache freier Setzung – auch wenn darauf die Natur, die Gegenstände, nicht ohne Einfluß blieb – und andererseits die Tatsache, daß aus der Setzung wiederum Konsequenzen folgten:

Ein solcher Rechtsatz konnte daher »nie Recht der Wissenschaft sein, er ist entweder gesetzliches oder Gewohnheitsrecht«.[352] Hier war vor allem auch der Einsatzbereich für Puchtas 1837 ausgegliederte »zweite Art des Juristenrechts, welche ein anderes Fundament, als jene erste hat«.[353] Puchta sprach von einem »freien Rechtssatz«, der »der freien und willkührlichen Bestimmung« anheimfalle[354] und von Sätzen, die »ihrer Natur nach etwas willkürliches haben«.[355] Ob dies der Fall war, wurde nach Puchta zu Lasten der vernünftigen Seite des Rechts oftmals verkannt. Für den Nachweis dieser Irrtümer machte Puchta die historische Forschung nutzbar, die im Gegensatz zur »antiquarischen Forschung«, die ihren Gegenstand fehlerhaft als »einen ruhenden« betrachte, »eben so sehr mit gegenwärtigen [sc. Zuständen] zu thun [habe], nur daß sie sie in ihrem Werden auffaßt«.[356] Die Entwicklungsgeschichte konnte zeigen, ob die Recht setzende Instanz irrtümlich vom Fehlen »einer wissenschaftlichen Gründung« ausgegangen war, oder umgekehrt zu Unrecht geglaubt hatte, an Prinzipien des gemeinen Rechts gebunden zu sein. Letzteres hielt Puchta beispielsweise der Lehre vom *Titulus* und *Modus* entgegen, die man irrtümlich für einen »gemeinrechtlichen Grundsatz für die Erwerbung aller Rechte« gehalten[357] habe, während ein übergreifender Grundsatz für die Erwerbung der Rechte nicht abgeleitet werden könne. Ähnlich war die Vorstellung eines geteilten Eigentums 1846 nach dem Ende

352 Puchta, Vorlesungen I, 1846, S. 44.

353 Puchta, Gewohnheitsrecht II, 1837, S. 16 f.

354 Puchta, Vorlesungen, 1846, S. 44.

355 Puchta, Gewohnheitsrecht II, 1837, S. 17, a. a. O., S. 73: »wem wird es einfallen, der Nothwendigkeit der Zeugenunterschrift und Siegelung eine innere Wahrheit zuzuschreiben, sie aus Principien abzuleiten.« Wie Puchta im Brief an Savigny vom 30.6.1838, verstand er die zugehörige Anm. 85, die Polemik gegen die Versuche »in das Innere des Äußerlichen einzudringen, und mit der Taucherglocke den Grund einer Rinne zu untersuchen, gleich als ob alle wirklichen Tiefen schon durchforscht, und die Werkzeuge der Forschung nur noch als Spielzeug zu gebrauchen wären«, als Angriff auf Huschke und die Hegelianer, also erneut gegen »Naturnothwendigkeit«, vgl. oben Kap. 4 VI 1.

356 Puchta, Cursus der Institutionen I, 1841, S. 103.

357 Puchta, Vorlesungen I, 1846, S. 18. Da die Übernahme dieser Theorie auch durch den preußische Gesetzgeber »nur in der Voraussetzung ihrer Wahrheit und ihrer Harmonie mit dem gemeinen Recht« erfolgt sei, mußte die Bestimmung »einer richtigeren Erkenntnis des gemeinen Rechts weichen«, denn: »Einen Irrthum … kann kein Gesetzgeber legalisieren«, a. a. O. S. 323.

https://doi.org/10.5771/9783465133278-113 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

der Feudalverfassung des Reiches[358] eine »unnütze Classification«,[359] mit Blick auf das römische Recht zudem »reine Erdichtung«.[360]

Schufen Juristen solche Sätze, die nicht aus Prinzipien abgeleitet werden konnten, war dies »in den Juristen sich manifestierendes Recht«, Gewohnheitsrecht,[361] bei dem die Juristen »als die rechtskundigen Glieder der Nation die natürlichen Repräsentanten und Depositarien des nationellen Rechtsbewußtseins«[362] waren. Derartige Rechtssätze manifestierten sich »in der literarischen Thätigkeit, als gemeine Meinung, *communis opinio doctorum*, und in der praktischen, *usus fori*, Praxis.«[363] Ihre Autorität war die »*consuetudo*«.[364] Im Gegensatz zum wissenschaftlichen Recht machte auch ein »Irrtum« »jenes Gewohnheitsrecht nicht ungültig«.[365] Eine systematische Kritik entfiel also.

War ein solcher Rechtssatz frei gesetzt, wurde er erneut zur Quelle von Konsequenzen. Dieser Aspekt tauchte erstmals 1837 bei Puchta auf. Puchta sprach hier von der »Unmöglichkeit, die Existenz eines solchen Instituts, wie die Quasipupillarsubstitution, aus inneren Gründen abzuleiten, ich sage: die Existenz, denn diese einmal vorausgesetzt, tritt allerdings eine Ableitung der

358 Mehrfach von Puchta thematisiert: Cursus der Institutionen I, 1841, S. 63; Pandekten, 3. Aufl. 1845, S. 207; Vorlesungen I, 1846, S. 331; auf Reichs- und damit gemeinrechtlicher Ebene fielen die lehensrechtlichen Bindungen bekanntlich 1806.

359 Puchta, Vorlesungen I, 1846, S. 324.

360 Puchta, Vorlesungen I, 1846, S. 330; hierzu auch ders., Pandekten, 3. Aufl. 1845, S. 207.

361 Puchta, Gewohnheitsrecht II, 1837, S. 16 ff., 19.

362 Puchta, Vorlesungen II, 1846, S. 43.

363 Puchta, Vorlesungen II, 1846, S. 43.

364 Gleichwohl war damit die Repräsentantenstellung der entscheidenden Juristen nicht formalisiert, so daß der Vorwurf von der Pfordtens, in Puchtas Juristengewohnheitsrecht habe der von Puchta in Band 1 noch vehement bekämpfte Gerichtsgebrauch Einzug gehalten (von der Pfordten, Rez. Puchta, Gewohnheitsrecht, 1838, Sp. 19), ins Leere lief. Zwar galt grundsätzlich, Juristengewohnheitsrecht manifestiere sich »in der literarischen Thätigkeit, als gemeine Meinung, *communis opinio doctorum*, und in der praktischen, *usus fori*, praxis« und aus der Autorität dieser Manifestationen solle »auf eine den Juristen sich darstellende gemeinsame Überzeugung geschlossen werden« (Puchta, Vorlesungen I, 1846, S. 43). Völlig sicher war dies jedoch nicht: Die Entscheidenden handelten nur dann im Rahmen eines Repräsentationsverhältnisses gegenüber dem Volksgeist, wenn »sie sich nicht durch willkührliche Theorien oder Hirngespinste und Neuerungsjagden, oder auf den anderen Seite durch beschränktes Festhalten an antiquierten Vorstellungen, denen die Nation schon entwachsen ist, dieser Eigenschaft berauben«, a. a. O. S. 43.

365 Puchta, Vorlesungen, 1846, S. 33.

https://doi.org/10.5771/9783465133278-113 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

einzelnen Rechtssätze, die das Verhältnis bestimmen, aus den Principien derselben ein«.[366] 1844 hieß es ebenso:

> »Keine logische Nothwendigkeit liegt … dagegen in der Verschiedenheit der Servituten unter einander, ebenso in der Verschiedenheit der einzelnen Obligationen, nur daß diese Verschiedenheit, wenn sie einmal gesetzt ist, die Mutter von logischen Nothwendigkeiten werden kann.«[367]

d) Überdruckventile

Mit der Zunahme der »Consequenz« in Puchtas Rechtssystem seit den dreißiger Jahren bekamen auch die Ausnahmen von dieser Konsequenz eine stärkere Beachtung.

aa) Rechtssätze in Ausnahme zur ratio iuris – ius singulare

Dies wurde 1841 in der gestiegenen Bedeutung des *ius singulare* (D. 1, 3, 14–16) deutlich. 1838 im ersten Band der Pandekten hatte es in seinen allgemeinen Erwägungen keine Rolle gespielt.[368] In der Sache waren die späteren Aspekte seines Verständnisses des *ius singulare* aber bereits vorhanden.

(1) Die materiale Seite der Frage thematisierte Puchta 1838 als »Berücksichtigung des individuellen Wohls«. Dieses fordere zuweilen »eine Modification der Forderungen des strengen Rechts durch die Billigkeit …, wobey indessen der Richter keineswegs den Eingebungen seines subjektiven Gefühls, sondern nur allgemein geltenden Ansichten folgen darf«.[369]

(2) Daneben stand die formelle, systematische Bedeutung des *ius singulare* als Ausnahmerecht, welches es ermöglichte, nicht prinzipiengerechte Rechtssätze als Ausnahmen zugunsten der engeren Verknüpfbarkeit des regelhaften Rechts, auszusondern. Bereits 1826 war dieser Aspekt erstmals bei Puchta als »Anomalie«[370] aufgetaucht, als er Johann Adam Fritz entgegenhielt, es sei nichts damit gewonnen, »daß man, statt eine wirkliche (d. h. nicht auf andere Sätze des Systems zurückzuführende) Anomalie gleich wo sie sich zeigt, einfach als solche abzufertigen, sie weiter ins System hineinschiebt«.[371]

366 Puchta, Gewohnheitsrecht II, 1837, S. 71.
367 Puchta, Pandekten, 2. Aufl. 1844, S. 64 Anm. a).
368 1832 tauchte es in Abgrenzung zu den Privilegien und im Zusammenhang mit dem Rechtsbegriff auf, Puchta, System des Gemeinen Civilrechts, 1832, S. 16.
369 Puchta, Lehrbuch der Pandekten, 1838, S. 23.
370 Savigny bezeichnete dies 1840 als auf ihn (Savigny) zurückgehenden Ausdruck, System I, S. 61.
371 Puchta, Rez. Fritz, Über das Erlöschen dinglicher Rechte an fremden Sachen durch Aufhören des Rechts des Ertheilers, in: Rez. AcP VIII, 1826, S. 40 ff., 41.

https://doi.org/10.5771/9783465133278-113 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

1841 verknüpfte er beide Aspekte, möglicherweise unter dem Einfluß der Darstellung Savignys im ersten Band des Systems.[372] Dabei wurden wichtige Facetten seiner Entwicklungstheorie des Rechts offenbar. Die sich ausdifferenzierende Natur wirke auf das gleichmachende Prinzip des Rechts komplexitätssteigernd. Auch die individuellen Belange, die Billigkeit, werde damit durch immer besser zugeschnittene Rechtssätze im Rechtssystem aufgefangen: »Je mehr ein Recht sich ausbildet, desto vollständiger wird es sich den Ansprüchen der verschiedenen Natur der Menschen und der Dinge öffnen, desto weniger schroff und hart, desto elastischer werden die Formen werden, in die es sie einschließt.« Daß gleichwohl immer wieder Rechtssätze entstanden seien, die »über die Principien des Rechts hinweggesetzt wurden«, habe seinen Grund nicht selten »in einem Mangel an rechter Einsicht von Seiten des Gesetzgebers«, aber auch »in den Rechtsansichten des Volkes selbst« gehabt, und es folge letztlich »der Unvollkommenheit menschlicher Dinge überhaupt, welche die vollständige Erreichung jener Idee des reinen Rechts, also die innere Vollendung des Rechts ausschließt«.[373]

Ius singulare übernahm somit in der benannten doppelten Hinsicht eine unverzichtbare Überdruckfunktion.

Material ermöglichte *ius singulare* die Berücksichtigung systemfremder Schutzzwecke *contra iuris rationem*. Vor allem bedeutete dies die Abfederung der rechtlichen Gleichheitsperspektive, zur Verhinderung eines

> »*summum ius summa iniuria*. Die abstract gleiche Behandlung z. B. des Armen und Reichen etc. kann eben dadurch zu einer Ungleichheit werden, daß es jenem nach seiner Individualität schwieriger seyn kann, als diesem, die Vor-

372 Savigny, System I, 1840, S. 61 ff.; bereits in seinen Methodenvorlesungen hatte er seit 1802 betont, daß es die Voraussetzung für eine Analogie sei, »daß das Gesetz nicht ganz specieller Natur ist, also nicht bestimmt, eine höhere Regel auszusprechen«, Savigny, Methodologie 1802, S. 105; 1809, S. 151. Die Bedeutung des ius singulare als Recht *contra iuris rationem* war als quellengemäß unstreitig anerkannt, vgl. die Nachweise bei J. Schröder, Recht als Wissenschaft, 2001, S. 159 f., 240 f. Oft stand die Frage des Privilegs unklar daneben, vgl. etwa Schweppe, Das Römische Privatrecht, 2. Aufl. 1819, S. 14 ff.; zu diesem neben Savigny, a. a. O., S. 65 f.; Wächter, Handbuch II, 1842, S. 15 f. Insgesamt hing die Bedeutung dieser Rechtsform für den jeweiligen Bearbeiter auch von dessen systemtheoretischen Vorstellungen ab, es ist insofern wohl kein Zufall, daß ius singulare etwa bei Hugo, Lehrbuch des Heutigen Römischen Rechts, 5. Aufl. 1816, keine Rolle spielt. Argumentiert man jenseits einer »inneren Einheit« im Recht, stellt sich schnell die Frage: *Ius singulare quid sit?,* vgl. Wubbe, Ius singulare quid sit, 1993, S. 451 ff., der insofern von einer »Fata morgana« spricht. Dies kann hier nicht vertieft werden.

373 Puchta, Cursus der Institutionen I, 1841, S. 93 f.

https://doi.org/10.5771/9783465133278-113 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

schriften des Rechts (z. B. für das Ansuchen um gerichtlichen Schutz) zu erfüllen«.[374]

Formal entstanden Rechtssätze, die lediglich »auf äußerer Autorität« beruhten.[375] Sie entstammten »nicht … dem Recht der Wissenschaft«, konnten durch diese also nicht eingeführt und auch nicht durch »Anwendung innerer Gründe ausgedehnt werden auf andere Fälle«.[376] Ein Zusammenspiel von Regel und Ausnahme ermöglichte die engere systematische Verknüpfung des regelhaften Kerns.

bb) Richterliche Billigkeitskorrektur – in integrum restitutio

Da das »formelle Recht … ein materielles Unrecht«[377] werden könne, betonte Puchta zudem die Bedeutung der *in integrum restitutio*. Schon 1837 hatte Puchta die unverzichtbare Bedeutung dieses Rechtsinstituts herausgestellt.[378] 1846 wurde er deutlicher. Handelte es sich um in Rechtssatzform typisierte Restitutionsgründe, so lag typischerweise ein *ius singulare* vor.[379] Daneben stand jedoch die »Eigentliche Restitution, d. h. die, bei welcher die Rechtmäßigkeit der Hülfe auf das Urteil des Richters gestellt ist«.[380] Die Begründung folgte hier aus »einer Anforderung der höheren Gerechtigkeit gegenüber dem Gang des gewöhnlichen Rechts«. Dabei warnte Puchta vor Übertreibungen. Richterliche Hilfe werde kein Bedürfnis, »so weit jedermann die Möglichkeit offen steht, durch Aufmerksamkeit und Sorgfalt solchen Nachtheilen vorzubeugen. Wir würden ohne Grund die große Wohlthat der Rechtssicherheit aufopfern, wenn wir auch den Unaufmerksamen und Leichtsinningen eine Hülfe gegen Nachtheile gewähren wollten, in die sie durch eigene Schuld gerathen sind.«[381] Dies eingedenk, trat er jedoch für einen weiten Anwendungsbereich der *in integrum restitutio* ein. Die Wiedereinsetzung hinge ab »von dem richterlichen Ermessen und der Erwägung individueller Umstände. Darin nun eben, einmal der Geltendmachung der *Aequitas* gegen das gewöhnliche Recht, sodann dem Einfluß des Richters darauf, liegt das charakteristische Merkmal der wahren *in integrum restitutio*.«[382] Auch hierbei dürfe die richterliche Billigkeit aber kein »dunkles subjektives Gefühl, sondern ein seiner Gründe sich bewußtes, dem Geist des

374 Puchta, Pandekten, 3. Aufl. 1845, S. 30 Anm. c).
375 Puchta, Pandekten, 3. Aufl. 1845, S. 32.
376 Puchta, Vorlesungen I, 1846, S. 56.
377 Puchta, Vorlesungen I, 1846, S. 235.
378 Vgl. oben S. 380.
379 Puchta, Vorlesungen I, 1846, S. 55, 236.
380 Puchta, Vorlesungen I, 1846, S. 237.
381 Puchta, Vorlesungen I, 1846, S. 235 f.
382 Puchta, Vorlesungen I, 1846, S. 237.

https://doi.org/10.5771/9783465133278-113 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

fraglichen Rechtsinstituts entsprechende Ermessen der individuellen Umstände«[383] sein.

Puchta anerkannte somit eine *clausula generalis*, also eine richterliche Einzelfallkorrektur über die anerkannten Fälle der *in integrum restitutio* hinaus. Im Kontext wird deutlich, daß Puchta damit zeitgenössisch weitgehend alleine stand. 1831 hatte Burchardi die lange maßgebende Monographie zur *in integrum restitutio* vorgelegt. Er hatte sich deutlich gegen die Annahme einer *restitutio ex clausula generali* ausgesprochen, da dies »zu weit gehe«[384] und den Quellen auch nicht entspreche. Auch Autoren, die an einer *clausula generalis* festhielten, wollten diese auf Fälle einer »nothgedrungene[n] Versäumnis in der Wahrnehmung von Rechten« beschränken.[385] Sie sahen in ihr damit nur eine analoge Erweiterung des Restitutionsgrundes der Abwesenheit, in dessen Kontext die *clausula generalis* in den Quellen auftauchte.[386] Auch Savigny war dieser Ansicht.[387] Er betonte die »Gefahr von Mißbrauch und Willkühr« und stellte bei »unbefangener Betrachtung« fest, daß »dieses Institut des Römischen Rechts weniger als die meisten anderen, einen inneren Grund des Fortbestehens und der Einwirkung auf den heutigen Rechtszustand mit sich führt«.[388]

Puchta verwies ebenfalls auf die Gefahr eines »argen Mißbrauchs« und er anerkannte die neueren Untersuchungen, denen zufolge »das römische Recht die clausula generalis nur bei Versäumnissen anwendet«. Gleichwohl ließen sich für ihn Fälle denken, »wo eine Ausdehnung Bedürfnis wird«, die darin auch für ihn liegende Rechtsfortbildung entnahm er schlicht der »Praxis«,[389] also dem Juristengewohnheitsrecht.

5. Umrisse des Rationalitätskonzepts Puchtas im Lichte von Schellings Münchener Vorlesungen

a) Setzung und Konsequenz als rationales Grundmuster in Puchtas Pandekten

Puchtas Pandekten erwiesen sich also als Umsetzung eines philosophisch abgesicherten, methodisch durchdachten und politisch ausgerichteten Pro-

383 Puchta, Pandekten, 3. Aufl. 1845, S. 31.
384 Burchardi, Die Lehre von der Wiedereinsetzung, 1831, S. 53, im einzelnen dann S. 191 ff.
385 Francke, Beiträge, 1828; S. 73 ff.; ihm folgend Göschen, Vorlesungen I, 1838, S. 568; ähnlich Wächter, Handbuch II, 1842, S. 845 f.
386 Vgl. D. 4.6.26. 1 u. 9 sowie 4.6.33. 1.
387 Savigny, System VII, 1848, S. 167; Hinweis auf diese wichtige Divergenz zwischen Savigny und Puchta bereits bei Landau, Puchta und Aristoteles, 1992, S. 10 Anm. 42.
388 Savigny, System VII, 1848, S. 113.
389 Puchta, Vorlesungen I, 1846, S. 241.

https://doi.org/10.5771/9783465133278-113 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

gramms. In der »Begriffsjurisprudenz«-Perspektive zeigt sich ein Doppeltes: Puchtas Pandekten waren einerseits »positiver«, quellentreuer, und andererseits »logischer«, strenger systematisch als die Pandektendarstellungen seiner Zeitgenossen. Auch zu Savigny, an dem sich Puchta in den zwanziger Jahren überdeutlich orientiert hatte, zeigten sich in den dreißiger Jahren Unterschiede. Puchta trennte deutlicher zwischen Auslegung und wissenschaftlicher Bearbeitung sowie Rechtsfortbildung. Die Einheit im Recht, die er wie Savigny zu finden hoffte, wollte er nicht hinter den Quellen suchen. Während Savignys Quellenarbeit die organischen Zusammenhänge in die Quellen hineinlas, band sich Puchta stärker an die auch irrtümlichen Entscheidungen des Rechtssetzenden. Freiheit als »Keim des Rechts« nahm auch kontingente Rechtsteile als gleichberechtigt in den Blick.

Erst auf diesem »positiven« Boden setzte Puchtas wissenschaftliche Bearbeitung ein. Dies bedeutete nicht, daß sich die Aufgabe der Wissenschaft nur auf ein Ordnen beschränkte: »Das Gewohnheitsrecht und das gesetzliche, in den Rechtssätzen nämlich, die einer inneren Begründung fähig sind, müssen diese durch die Wissenschaft erhalten; wir werden durch diese Behandlung erst, wodurch wir uns der inneren Gründe bewußt werden, des richtigen Verständnisses des unmittelbaren Volksrechts und der Gesetze sicher.«[390] Die Herrschaft des »Geistes« über den »Buchstaben« war also kein schlicht induktives Verfahren, sondern »Kunst«. Entgegen Savignys auch diesbezüglich intuitiverem Zugang, war dies für Puchta deutlicher eine Tätigkeit des »sich seiner Mittel und Wege bewußte[n] Gedanken[s]«.[391] Nach einem festen Schema rationalisierte Puchta in seinen Pandekten somit das Gegebene. Er hielt weiterhin an seiner Forderung fest, daß ein System der Ableitung aus einem obersten Grundsatz bedürfe. In deduktiver Perspektive versuchte er folglich, das gegebene Recht möglichst weitgehend aus seinem Rechtsbegriff abzuleiten. Komplementär betonte sein Prinzip des Rechts, nun in induktiver Perspektive, gleiche Merkmale im ansonsten ungleichen Stoff der Rechtssätze. Die hier erfolgende Begriffsbildung nahm vor allem den Gesamtzusammenhang, die »systematische Brauchbarkeit«, in ihre Überlegungen auf. Während das aus seinem Rechtsbegriff folgende oberste Prinzip seines Systems durch positive Philosophie historisch-theologisch abgesichert wurde, mußten alle anderen Prinzipien aus dem Stoff herausgelesen werden.

Die sich hieraus ergebende spannungsreiche Gemengelage zwischen oberstem Prinzip, Prinzipien und Rechtssätzen wurde von Puchta als Zusammenspiel zwischen Setzung, Prinzip, Konsequenz und Ausnahme aufgefangen.

390 Puchta, Cursus der Institutionen I, 1841, S. 43.
391 Puchta, Cursus der Institutionen I, 1841, S. 466.

https://doi.org/10.5771/9783465133278-113 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

Insgesamt waren »logische« Zusammenhänge nicht zu übersehen. Puchta begründete dies, wie gezeigt, mit der »logischen oder vernünftigen Seite des Rechts«.

Am deutlichsten beschrieb Puchta dieses Grundschema 1846 in seinen Vorlesungen:

> »Die Entstehung des Rechts durch den unmittelbaren Willen der Nation und den Gesetzgeber ist eine freie; was sie hervorbringen, unterliegt im Einzelnen keiner eine bestimmte Linie vorschreibenden Nothwendigkeit (z. B. Formen bei der Eigenthumserwerbung, Fristen für die Ausübung von Rechten, Voraussetzungen der Verbindlichkeit der Verträge, Berechtigung zur Erbfolge u. s. w.). Im Ganzen besteht auch für sie eine gewisse Schranke in der vernünftigen Natur des Rechts; das Recht ist etwas Vernünftiges, in seiner Entwicklung einer logischen Nothwendigkeit Unterliegendes. Wenn z. B. der Gesetzgeber das Eigenthum als unmittelbare Herrschaft über eine Sache anerkennt, so anerkennt er damit nothwendig auch die vernünftigen Consequenzen aus dieser seiner Natur, wonach es z. B. in seiner Wirkung eine ganz andere Beschaffenheit hat, als die *Obligatio*, wiewohl freilich unter Umständen das Bedürfnis zu einer Abweichung von diesen Consequenzen führen kann.«[392]

Jede Setzung ergab Prinzipien und wurde so im systematischen Gesamtzusammenhang verortet. Die Setzung eines Rechtssatzes oder auch eines Rechtsinstituts führte zu Konsequenzen, die sich als ebenfalls anerkannt rechtfertigten. Die sich ergebenden Kausalreihen konnten doppelt unterbrochen werden. Einerseits konnte ein auch unvernüftiger, »freier« Rechtssatz, den Kausalverlauf unterbrechen, dann trat ein neuer Kausalverlauf in Geltung. Oder es konnten »Bedürfnisse« zu Abweichungen führen. Abweichungen vom strengem Recht konnten Juristen in Rechtssatzform nur als Juristengewohnheitsrecht setzen, die Wissenschaft war an die innere Notwendigkeit gebunden. Der Richter konnte zudem im konkreten Fall eine Billigkeitskorrektur vornehmen.

Abschließend soll das sich in den Pandekten offenbarende Konzept eines rationalen Umgangs mit einer durch freie Setzung entstandenen Materie nochmals mit Schelling in ein Gespräch gebracht werden. Dies rechtfertigt sich aus Puchtas dargestellter[393] Behauptung gegenüber Stahl, auch mit seinem logischen Systemverständnis ganz im Sinne Schellings Wissenschaft zu betreiben.

b) Vergleich mit Schellings Münchener Modell einer »dupliken Rationalität«

Philosophisch betrachtet, stand Puchta mit der Betonung einerseits der freigeschichtlichen und andererseits der logisch-vernünftigen Seite des Rechts vor

392 Puchta, Vorlesungen I, 1846, S. 25.
393 Vgl. oben S. 314 f.

https://doi.org/10.5771/9783465133278-113 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

einem Problem, welches Schelling in der – zu Unrecht zumeist auf ihre moralphilosophische Dimension reduzierten[394] – Freiheitsschrift von 1809 beschäftigt hatte. Dort hatte er bereits eingangs gefragt, ob »der Begriff der Freiheit mit dem System überhaupt unverträglich«[395] sei. Puchtas Schwierigkeit, ein konkret unerklärbar dem Volksgeist entspringendes Recht als System zu begreifen, mußte an dieser Frage Interesse finden.

1809 hatte Schelling letztlich nicht beantwortet, ob eine »auf Einheit und Ganzheit Anspruch machende Philosophie auf Leugnung der Freiheit hinauslaufen« müsse.[396] Erst in seinen späteren Werken gelangte er hier zu Antworten. Die Freiheitsschrift und die 1811 einsetzende Auseinandersetzung mit Jacobi hatten Schelling die Virulenz des Spannungsverhältnisses zwischen System und Freiheit immer deutlicher vor Augen geführt.[397] In seiner Weltaltervorlesung von 1827/28 und dann in den Münchner Vorlesungen durchweg verkündete Schelling ein neues Modell einer »dupliken Rationalität«,[398] indem er versuchte, die Geschichtlichkeit des Seins als Freiheit, der Notwendigkeit der subjektiven Vernunft korrigierend an die Seite zu stellen.

Die Ausgangsfrage, wie eine solche Erkenntnis systematische Form haben könnte, hatte sich damit noch zugespitzt. Im Gegensatz zu Stahl lief Schellings Lösung nicht auf ein Hineinfühlen in einen irrationalen Erkenntnisgegenstand hinaus. Er polemisierte gegen die »bloß einseitige Seeligkeit« eines unmittelbaren Schauens, wie etwa die Mystik Jacob Böhmes.[399] Erfahrung war auch mehr als die bloß sinnliche Wahrnehmung bestimmter Sachverhalte im Sinne des Empirismus.[400] Schelling betonte, wenn man behaupte, daß philosophische Kenntnisse »nicht auf rationellen, sondern nur auf dem Wege der Offenbarung zustande kämen«, so bliebe nichts als »bloßes historisches

394 Die lange verengte Deutung der Freiheitsschrift auf die moralphilosophische Perspektive wird richtigerweise zunehmend kritisiert, vgl. Ehrhardt, Zum Stand der Schelling-Forschung, 1998, S. 44; Sandkühler, F. W. J. Schelling, Ein Werk im Werden, 1998, S. 26; eine Deutung der Freiheitsschrift als Aufriß genuin methodischer Problemstellungen bringt Peetz, Die Freiheit im Wissen, 1995, S. 10, 130 ff.

395 Schelling, Über das Wesen der menschlichen Freiheit, 1809, Werke I 7, S. 336.

396 Schelling, Über das Wesen der menschlichen Freiheit, 1809, Werke I 7, S. 336.

397 Auf die Bedeutung Jacobis für Schellings methodisches Denken auch nach 1811 (Streit um die göttlichen Dinge) hinaus hat jüngst hingewiesen Peetz, Die Freiheit im Wissen, 1995, S. 283 ff.

398 So im Ergebnis Peetz, Die Freiheit im Wissen, 1995, S. 280 ff., 299 ff.

399 Vgl. Schellings häufig übersehene Abgrenzung zu Böhme in seinem System der Weltalter, 1827/28, S. 65 ff.

400 Vgl. Schelling, System der Weltalter, 1827/28, S. 73 ff.

https://doi.org/10.5771/9783465133278-113 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

Wissen«.[401] Seine Philosophie könne demgegenüber keineswegs »des Rationalismus entbehren«.[402] Ziel müsse es gerade auch für die Mythologie, die sich als natürlicher Prozeß des Bewußtseins dem verstandesmäßigen Zugang entzog, sein, »in dem sinnlos Scheinenden Sinn zu suchen« und zu erreichen, »daß in der Mythologie die Form nothwendig und somit vernünftig ist«.[403]

Nicht nur bei Stahl sorgte für Verwirrung, daß Schelling seine positive Philosophie gerade mit einer Kritik an den rationalistischen Systemen begründet hatte.[404] Stahl und andere folgerten daraus eine Absage an einen rationalen Umgang mit diesem Gegenstand.[405] Schelling hielt diesbezüglich Stahl entgegen, »wenn man Glauben will, braucht man nicht zu philosophieren; und es ist widersinnig in die Philosophie den Glauben einzumischen; gerade darum philosophiert man weil man mit dem bloßen Glauben sich nicht begnügen will«.[406] Es war nach seiner Ansicht also widersinnig, die Mythologie lediglich als »ein zufälliges« darzustellen. Dann könne »sich die Philosophie nicht mit demselben befassen«.[407] Erst wo die »zufälligen Verhältnisse aufhören, da fängt Wissenschaft an«.[408] Schellings Münchener »positive Philosophie« wollte also die Wissenschaftlichkeit und damit ein rationales Verfahren nicht aufgeben. In der Bezeichnung »negative Philosophie« lag somit »kein Tadel«.[409] Die auch von Stahl gehörte Vorlesung von 1827/28 hieß bewußt *System* der Weltalter. Hier hatte Schelling auch klargestellt: »Den logischen Systemen mangelt nur das Positive, sie sind daher keineswegs durchaus falsch, sondern eben nur mangelhaft … Jene logischen Systeme werden erst falsch wenn sie das Positive ausschließen und sich selbst dafür ausgeben.« Es solle also »nicht ein anderes, sondern ein Mehr« aufgestellt werden.[410]

401 Schelling, Einleitung in die Philosophie, 1830, S. 9.
402 Schelling, Einleitung in die Philosophie, 1830, S. 10.
403 Schelling, Philosophie der Mythologie, 1837, S. 108.
404 Ehrhardt meint zu Recht: »Je mehr die Fundierung in der Mythologie außer acht gelassen wurde, desto mehr konnte behauptet werden, daß entweder das Überwinden bloß logischer Systeme oder die Übermacht christlicher Vorstellungen den Weg in die positive Philosophie bereitet hätten, wobei das Unisono der Klage über deren Dunkel- und Unabgeschlossenheit jede Entscheidung verwehrte«, Philosophie der Mythologie 1841, Einleitung S. 21.
405 Vgl. oben S. 281 ff., 324 ff.
406 Schelling, Mythologie 1841, S. 209 f.
407 Schelling, Philosophie der Mythologie, 1837, S. 107.
408 Schelling, Philosophie der Mythologie 1841, S. 153; hierzu auch Ehrhardt, in: ebda., S. 15, 17.
409 Schelling, Philosophie der Mythologie 1841, S. 207.
410 Schelling, System der Weltalter, 1827/28, S. 12.

https://doi.org/10.5771/9783465133278-113 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

Dieses Mehr lag in der Absicherung des Systems durch Geschichte. Schellings Deutung der Mythologie als Explikation der Freiheit machte eine Beschäftigung mit den Mythologien in ihren konkreten geschichtlichen Ausprägungen unabdingbar. Der Blick war somit »a posteriori« auf positive Erscheinungen gerichtet. Ziel war es jedoch nicht, diese Erscheinungen bloß festzustellen. Vielmehr mußte das oberste Prinzip »positiv« abgesichert werden. Es bedürfte einer »Theorie der Mythologie« und damit einer Aufdeckung des »Wesens«, des »Prinzip[s] der treibenden Bewegung« in der Entwicklung der Mythologie.[411] Hierzu legte Schelling alle mythologischen Überlieferungen zugrunde und ging in einer »historisch-kritischen«[412] Untersuchung der Mythologie daran, »stufenweise fortschreitend … die Ansichten und Erklärungen, die nichts erklärten«, zu verwerfen. Dadurch sah er sich »auf den Punkt einer Ausschließung jeder andern Ansicht gekommen«. Der in diesem Zusammenhang entwickelte Begriff des »theogonischen Prozesses«, sei »von keiner vorgefaßten Meinung, keiner Philosophie«[413] aus, sondern durch »kombinierte Schlüsse« gefunden worden. Hierzu fragte Schelling nach den »eigenen Prämissen« dieses Prozesses: »Welches sind die Elemente dieses theogonischen Processes, warum ist überhaupt ein solcher Proceß?« Um dies zu beantworten, müsse man »diese letzte Voraussetzung wieder in ihren Voraussetzungen … verfolgen, bis wir zu dem Punkt gelangt sind, von dem aus herabsteigend wir die Mythologie von ihren höchsten Prinzipien aus betrachten«.[414] Immer ging es also darum alle »bloß zufälligen Voraussetzungen stufenweise« zu beseitigen.[415] Um die damit »faktisch begründete Ansicht« zu widerlegen, müsse man »eine Unrichtigkeit in den Schlüssen finden«.[416] Das Verfahren der positiven Philosophie rationalisierte die geschichtlichen Erscheinungen. Rational war dabei die Erklärung, die aus unwidersprechlichen Schlüssen abgeleitet war. Die positive oder auch historische Philosophie konnte daher keineswegs »des Rationalismus entbehren …, der überhaupt bei Begründung eines jeden Systems notwendig ist. Denn was kann es höheres geben, als Überzeugung?«[417]

Schellings Umgang mit der Mythologie machte deutlich, daß es nicht um ein Aufheben der rationalistischen Philosophie, sondern um eine Ergänzung derselben ging. Die Interpretation des Seins als Explikation der Freiheit konstitu-

411 Schelling, Philosophie der Mythologie, 1837, S. 108.
412 Schelling, Philosophie der Mythologie, 1837, S. 108.
413 Schelling, Philosophie der Mythologie, 1837, S. 104.
414 Schelling, Philosophie der Mythologie, 1837, S. 110.
415 Schelling, Philosophie der Mythologie, 1841, S. 172.
416 Schelling, Philosophie der Mythologie, 1837, S. 104.
417 Schelling, Einleitung in die Philosophie, 1830, S. 10.

https://doi.org/10.5771/9783465133278-113 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

ierte einen unüberwindlichen Vorrang des Seins vor dem Denken.[418] Das Sein blieb damit an die »Zufälligkeit« einer Entscheidung gebunden und der a priorischen Erkenntnis durch Erfahrung unterworfen. Zugleich blieb die negative, logische Philosophie einziges Zugangsmittel für die theoretische Vernunft. Die negative Philosophie, die Schelling in Berlin dann stärker in den Blick nahm,[419] übernahm neben der positiven Philosophie die Aufgabe »rationaler Rechtfertigung«[420] des Gefundenen. Jeder gesetzte und bloß aposteriorisch zu findende *actus* wurde damit als Beginn einer Kausalkette interpretiert, die nur durch das Dazwischentreten eines neuen *actus* unterbrochen wurde.[421] Von der Freiheit Gottes ausgehend war Ziel »eine Genealogie des sonstigen Seins *a priori*«: »Die bloße Einsicht, daß ein freier Urheber, daß ein Gott ist, kann zu nichts dienen; es muß ein reeller, kausaler Zusammenhang der Welt mit Gott, wenigstens vorläufig als möglich nachgewiesen werden.«[422] Die Philosophie war also insofern System, als sie das aposteriorisch gefundene Sein als Kausalzusammenhang interpretierte.

Das oberste Prinzip dieses Zusammenhangs blieb Freiheit und damit für den Verstand unsicher. »Positiv« spürte man den Folgen dieses Prinzips nach, »negativ« schloß man von diesen Folgen auf Ursachen zurück.[423] Dies bedeutete zugleich, daß die Wirklichkeit des Seins zwar als System darstellbar, aber nicht abbildbar war. Die Darstellung bedurfte ständig Rückkopplung in der Erfahrung und damit zugleich beständiger Revision. Für Schelling war in München das Wirkliche also grundsätzlich vernünftig, wenn auch noch nicht in seiner Vernünftigkeit entdeckt. Zugleich fand die Vernunft der Wirklichkeit aber ihre Grenze in einem Freiheitsvorbehalt Gottes.[424]

Philosophie war somit durchweg systematisch, System war »das Wesentliche in der Philosophie«.[425] In seinen Stuttgarter Privatvorlesungen hatte

418 Vgl. Peetz, Die Freiheit im Wissen, 1995, S. 304.
419 Philosophische Einleitung in die Philosophie der Mythologie oder Darstellung der reinrationalen Philosophie, zwischen 1847 und 1852, Werke II 1, S. 254 ff.
420 Peetz, Die Philosophie der Mythologie, 1998, S. 156.
421 Peetz, Die Freiheit im Wissen, 1995, S. 305: »Wenn die Folgen der Entscheidung bzw. des Willens dem Gesetz der Notwendigkeit unterliegen, das sich aus der Natur der Entscheidung ergibt, die Entscheidung selbst aber von diesem Gesetz in dem Sinne frei ist, daß sie dieses festlegt und es an sich bindet: dann wird verständlich, daß ein Wissen, das sich auf die gesetzlich zusammenhängenden Folgen einer Entscheidung bezieht, sich auf einen theoretischen Vernunftgebrauch beschränken kann und innerhalb seines Gegenstandsbereichs völlig legitim ist.«
422 Schelling, Einleitung in die Philosophie, 1830, S. 22.
423 Vgl. das progressive und regressive Verfahren in Schelling, Einleitung in die Philosophie, 1830, S. 24 f.
424 Peetz, Die Freiheit im Wissen, 1995, S. 313.
425 Schelling, Initia, 1820/21, S. 3.

https://doi.org/10.5771/9783465133278-113 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

Schelling 1810 drei Anforderungen an ein wissenschaftliches System formuliert. Ein System müsse :

> 1) »ein Princip haben, das sich selbst trägt, das in sich und durch sich selbst besteht, das sich selbst in jedem Theil des Ganzen reproduziert; 2) darf es nichts ausschließen …; 3) muß es eine Methode der Entwicklung und des Fortschreitens haben, bei der man versichert seyn kann, daß kein wesentliches Mittelglied übersprungen werden kann«.[426]

In den Münchener Vorlesungen betonte er stärker die geschichtliche und damit dynamische Dimension des philosophischen Systems. Den rationalen Systemen warf er in München in diesem Sinne einen »Mangel an Entwicklungsfähigkeit, der als eine Geschloßenheit ausgemachter Wahrheiten betrachtet wird«, vor. Es ging also nicht um ein »Festhalten an einem und demselben Standpunkte«, sondern um eine »harmonische Aufeinanderfolge, wie in der Musik der Rhythmus der Töne«.[427] Seit 1827 wählte Schelling für die Darstellung dieser »Entwicklung bis zum Organismus der Wissenschaft« einen problemorientierten, erzählerisch fortschreitenden Stil. Er handelte »alles im gebundensten Zusammenhange ab, nicht einzelne Sätze, die man beliebig herausnehmen und vor sich hinstellen und mitteilen könnte«.[428]

Auch in dieser Darstellungsform forderte System gleichwohl eine »stetige Aus- und Aufeinanderfolge«[429] seiner Glieder. Auch der oberste Grundsatz blieb für ein wahres System unverzichtbar. Positive Philosophie in ihrer historisch-kritischen Dimension war insofern »im Suchen begriffen« bzw., wie er 1830 meinte, »Vorwissenschaft«.[430] Die entscheidende Frage, ob die Philosophie je den obersten Punkt erreichen werde, beantwortete Schelling angesichts des von ihm angenommenen Freiheitsvorrangs in der Geschichte optimistisch mit: »Jener Versuch wird aber einmal gelingen.«[431] Trotz der neuen Darstellungsform und der nun betonten Entwicklungsperspektive, blieb Schelling damit den kantischen Systemanforderungen treu. Die wissenschaftlichen Voraussetzungen für eine Philosophie des Seins forderten ein alles umfassendes oberstes Prinzip und eine methodisch kontrollierte Entfaltung seiner Glieder.[432] Jede Darstellung der Philosophie oder einer Teilwissenschaft konnte auch *a priori* erfolgen, solange sie sich ihrer Erkenntnisgrenzen bewußt war. Apriorische Ableitungen waren, bevor das oberste Prinzip

426 Schelling, Stuttgarter Privatvorlesungen, 1810, Werke I 7, S. 421.
427 Schelling, System der Weltalter, 1827/28, S. 20.
428 Schelling, System der Weltalter, 1827/28, S. 20.
429 Schelling, System der Weltalter, 1827/28, S. 20.
430 Schelling, Einleitung in die Philosophie, 1830, S. 34 f.
431 Schelling, Einleitung in die Philosophie, 1830, S. 36.
432 Vgl. Kant, Kritik der reinen Vernunft, Werke IV, 673 u. 688; zum Festhalten Schellings hieran Peetz, Die Freiheit im Wissen, 1995, S. 85.

https://doi.org/10.5771/9783465133278-113 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

aposteriorisch abgesichert war, negative Philosophie und als solche nur dann verwerflich, »wenn sie sich eine Objektivität anmaßen, nicht aber, wenn sie nichts weiter als die Entwicklung der Denknotwendigkeit sein wollen«.[433] Negative Philosophie war bloße Darstellung und bedurfte steter Rückkopplung im »Gegebenen«.[434] Gerade mit Blick auf die Teilwissenschaften verblieb für den Systematiker unter diesen Voraussetzungen freilich Flexibilität. Denkbar war, ein »von der allgemeinen Philosophie unabhängiges Princip der Religion« aufzustellen,[435] man könne aber auch »von den höchsten Principien der Philosophie aus« hierzu gelangen.[436]

Puchtas in den Pandekten umgesetztes Programm erweist sich damit eng an Schellings Vorgaben orientiert. Folgende Stichworte können nach dem Vorgehenden genügen:

(1) Der Gegenstand, das Recht, wird als freie Setzung, als »Tat«, interpretiert.
(2) Eine wissenschaftliche Darstellung ist nur als System denkbar.
(3) Jedes System bedarf eines obersten Grundsatzes.
(4) System als Zusammenspiel von Notwendigkeit und Freiheit, negativer und positiver Philosophie, Logik und Geschichte.
(5) Konkret hieß das: Absicherung von Puchtas Rechtsbegriff durch positive Philosophie (»Entfaltung des Rechtsbegriffs in der Geschichte«); Benennung des Bewegungsprinzips des Organismus: Gleichheit als Rechtsprinzip; Versuch, das »Positive« als vernünftig nachzuweisen: Setzung und Konsequenz; rein rationale Beweisführung; negative Philosophie als Medium der Darstellung.

III. Rechtsfortbildung

1. Geist und Buchstabe

»Wir sollen von dem Buchstaben frei werden, vom Geist uns durchdringen lassen.«[437]

Puchtas berühmte und, wie Jherings Beispiel zeigte,[438] wirkungsmächtige Aufgabenbestimmung des Jahres 1841 steht auf den ersten Blick in einem

433 Schelling, Einleitung in die Philosophie, 1830, S. 8.
434 Schelling, Einleitung in die Philosophie, 1830, S. 35: »Jede Philosophie muß von dem Gegebenen ausgehen.«
435 Schelling, Philosophie der Mythologie, 1837, S. 103.
436 Schelling, Philosophie der Mythologie, 1837, S. 110. Auch könne man die Religion »entweder als bloß objektiv oder auch als subjektiv darstellen. Als objektiv kann sie die allgemeinen Erscheinungen der Religion darstellen, als subjektiv aber auch nachweisen, wie die Religion im Individuum entsteht«, Schelling, Philosophie der Mythologie, 1837, S. 103.
437 Puchta, Cursus der Institutionen I, 1841, S. 108.
438 Vgl. oben S. 33 f.

https://doi.org/10.5771/9783465133278-113 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

gewissen Widerspruch zur bisher festgestellten Hinwendung Puchtas zu den Rechtssätzen des römischen Rechts in den vierziger Jahren. Offensichtlich gewann der »Buchstabe« gerade auch im Verhältnis zu Puchtas früherem Juristenrecht in seiner Rechtslehre an Boden. Andererseits sollte keineswegs das antike Recht ohne Veränderungen fortgelten.

Puchta fomulierte ein differenziertes Zusammenspiel zwischen alt und neu: »Wir dürfen sagen, daß … die Beherrschung des Ungleichen … im römischen Recht gelöst ist; das Recht, ohne Hintansetzung dieses Gewinns, auch von der anderen Seite zu vollenden, kann als der Beruf der neuen Welt bezeichnet werden.«[439] Die andere Seite war das »Individuelle« des Deutschlands der 1840er Jahre: »Die Rechtsinstitute sind so zu gestalten, wie sie den bestehenden individuellen Bedürfnissen entsprechen.«[440]

Wie gezeigt,[441] versagte Puchta ab 1837 der Rechtswissenschaft die Überprüfung der antiken Rechtssätze an den »bestehenden individuellen« Bedürfnissen, indem er ihr den Repräsentantenstatus nahm und sie an die »innere Nothwendigkeit« des Rechtssystems band. Dies bedeutete nicht Absage an das eigene auch inhaltliche Modernisierungsprogramm anhand der »Bedürfnisse«, sondern lediglich Beschränkung der Kompetenz der Rechtswissenschaft hierzu. Warum Puchta diesen Schritt vollzog, machte sein Disput mit Stahl deutlich. Seit 1833 nahm Puchtas Angst vor einem Schaukeln auf den »wechselnden Wellen« zu. Er fürchtete Stahls Rückgriff auf die »Triebe« und »Ordnungen«, Kierulffs Erheben »ins Blaue« des »wirklichen« Rechts und Beselers »ungetrübten natürlichen Blick«, seinen »Eifer für das Wirkliche und Wahre«. Der Rechtswissenschaft diese spekulativen Durchgriffe zuzubilligen, hieß auch der Justiz diese Freiheiten einzuräumen. Puchtas seit 1828 deutlich werdendes Ziel, gerade die Justiz an ein wissenschaftliches Verfahren zu binden, drohte durch Verlust einer wissenschaftlich überprüfbaren Grundlage konterkariert zu werden. Wollte man dies nicht, so blieb nur die Möglichkeit, den Richter und Gelehrten deutlicher an die bestehenden Rechtssätze zu binden und die Rechtsfortbildung stärker der Gesetzgebung zu überweisen. Zutreffend wies Wetzell 1846 darauf hin, Puchtas Rechtsquellenlehre unterscheide sich »von der älteren Auffassung Savigny's besonders dadurch, daß sie der Gesetzgebung eine größere historische Bedeutung einräumt«.[442]

Im gemeinen Recht fehlte es freilich noch an einem solchen Gesetzgeber und die Übernahme der Aufgabe durch partikulare Kodifikationen lag, wie

439 Puchta, Cursus der Institutionen I, 1841, S. 22.
440 Puchta, Cursus der Institutionen I, 1841, S. 19.
441 Vgl. oben S. 371 ff.
442 Wetzell, 2. Nachruf Puchta, 1846, S. XLI.

https://doi.org/10.5771/9783465133278-113 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

Puchtas Stellungnahme zum bayerischen Kodifikationsvorhaben zeigte,[443] kaum in seinem Interesse. In diesem Dillema blieb die Justiz unvermeidlich der eigentliche Gestaltungsfaktor des gemeinen römischen Rechts in der Rechtswirklichkeit. Das Zusammenspiel zwischen dem Recht der Wissenschaft und dem Juristenrecht stellte Puchtas Versuch dar, im Spannungsfeld zwischen der Anpassung an die »individuellen Bedürfnisse« und »ohne Hintansetzung« der in Rom erreichten Einheit des Rechtsorganismus die Rechtsfortbildungskompetenz des Juristen zu bestimmen. Die bei allen Zugeständnissen verbleibende relativ strenge Bindung einerseits an unzweifelhafte Rechtssätze des römischen Rechts und andererseits an seinen »Geist«, offenbarte einen starken Glauben nicht nur an den wissenschaftlichen, sondern eben auch an den Gerechtigkeitswert des römischen Rechts, das eben dazu bestimmt war, in ein »Weltrecht« überzugehen.

2. Möglichkeiten und Grenzen juristischer Rechtsfortbildung

Trat in der Arbeit der Juristen, sei es vor Gericht oder in wissenschaftlichen Abhandlungen, eine Rechtsansicht in Erscheinung, so war für die Geltung des Rechtssatzes nach Puchtas Rechtsquellenlehre zunächst zu differenzieren, ob es sich um Rechtssätze handelte, die einer »inneren Begründung« fähig waren oder um solche, die einer »inneren Begründung« entbehrten.

a) Recht der Wissenschaft

Einer »inneren Begründung« fähig waren alle Rechtssätze, die von Rechtsinstituten, Prinzipien und Begriffen des bestehenden Rechts abgeleitet werden konnten. Puchtas Schema von Setzung und Konsequenz zufolge, konnten diese übergeordneten Faktoren ihrerseits aus dem Rechtsbegriff, also der »logischen oder vernünftigen Seite des Rechts« abgeleitet sein oder auch durch wissenschaftliche Bearbeitung freien Rechts, etwa Juristengewohnheitsrechts entstanden sein. Die Wissenschaft bewegt sich hier auf ihrem ureigenen Betätigungsfeld, dem System. Sie war hier nicht nur an die Prinzipien und Begriffe gebunden, sondern auch an die, diesen zugrundeliegenden, Rechtssätze. Eine Überprüfung des Systems am Volksgeist war ihr verwehrt. Ihr wissenschaftliches Arbeitsfeld waren auf »productiver« Ebene die Lücke mit den Unterfällen: Widerspruch und Modifikation.

Der konkrete Spielraum dabei war keineswegs gering. Außerhalb der eigentlichen Interpretation gestattete die »Modification« eine Veränderung der Rechtssätze, wenn »eine innere Nothwendigkeit« dies erforderte:

> »Näher: Es bedarf der Nachweisung, daß ohne diese Modification der Rechtssatz kein vernünftiges Resulthat geben würde, bei der Erweiterung, daß die

443 Vgl. oben S. 165 ff.

https://doi.org/10.5771/9783465133278-113 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

> Ausschließung der herbeizuziehenden Fälle seine Anwendung auf die im Gesetz ausgedrückten plan- und gedankenlos machen, bei der Beschränkung, daß durch die Anwendung auf die auszuschließenden Fälle der Rechtssatz seine Bedeutung und Begründung verlieren würde.«[444]

Puchtas Verständnis der Rechtsentstehung als freie Tat entsprechend, mußte sich die Argumentation am Willen des Rechtssetzenden interpretieren:

> »Sie [sc. die Modification] muß sich darauf gründen, daß der Wille des Urhebers der vorliegenden Rechtsvorschrift, obgleich er nicht ausgesprochen ist, vernünftigerweise die Beschränkung oder Erweiterung fordere, und das Gegentheil ein dem wahren und wohlverstandenen Gedanken des Rechtssatzes unangemessenes Resulthat gebe.«[445]

Widersprachen sich Rechtssätze bei gleichem Geltungsrang derart, daß »sie sich gegenseitig unwirksam machen«,[446] lag eine Regelungslücke vor. Dies war gleich dem Fall zu behandeln, daß ein den vorliegenden Fall regelnder Rechtssatz gar nicht existierte. Unter der Voraussetzung einer Regelungslücke konnte das Recht der Wissenschaft mit breitem wissenschaftlichem Instrumentarium arbeiten. Seit 1837 betonte Puchta, der Weg zu den »inneren Gründen« erfolge »mit Berücksichtigung der Natur der Sache, durch juristische Consequenz und Analogie«.[447] Dies waren bewußt weite Umschreibungen.

1841 betonte er, »besondere Regeln lassen sich für diese Erkenntnis nicht mit einiger Vollständigkeit geben. Die ganze Rechtswissenschaft muß die Anleitung dazu enthalten. Jeder Jurist, also insofern er dies ist, jeder Richter ist dazu berufen; eine Hülfe gewährt die juristische Literatur.«[448]

1844 bemerkte er übereinstimmend, die »Erkenntnis des wissenschaftlichen Rechts und ihre Methode ist nicht Gegenstand besonderer Regeln, sondern die Aufgabe der gesammten Rechtslehre«. Lediglich im »Allgemeinen« bedürfe es einer »doppelten Operation 1) Erschließung des Rechtssatzes aus den Principien, unter welche der Fall seiner Natur nach gehört (juristische Consequenz), 2) Nachweisung, daß dieselbe Folgerung auch sonst unter gleichen Umständen in dem bestehenden Recht vorkommt (Analogie)«.[449] An keiner Stelle seines Werks wurde Puchta deutlicher. Mit »Princip« und »Consequenz« verwies er auf seinen alten wissenschaftlichen Teil des alten Juristenrechts.[450] Was er hier als Analogie beschrieb, war in der Sache die alte

444 Puchta, Vorlesungen I, 1846, S. 49.
445 Puchta, Pandekten, 3. Aufl. 1845, S. 28.
446 Puchta, Vorlesungen I, 1846, S. 51.
447 Puchta, Gewohnheitsrecht II, 1837, S. 15 f.; ebenso Pandekten, 1838, § 17.
448 Puchta, Cursus der Institutionen I, 1841, S. 44.
449 Puchta, Pandekten, 2. Aufl. 1844, § 16 a. E.
450 Vgl. oben S. 222.

https://doi.org/10.5771/9783465133278-113 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

Anknüpfung des neuen Rechtssatzes an einen Rechtssatz im bestehenden System. Bereits 1828 hatte er in diesem Sinne rechtfertigend hervorgehoben, daß bei seiner *actio publiciana negatoria* nur »Momente«, die sich im bestehenden Recht fänden »in eine neue Form gebracht« seien.[451] Sein Verfahren ähnelte also stark dem bereits in den zwanziger Jahren als systematisch-wissenschaftliche Seite des Juristenrechts geübten. Zusätzlich nannte er lediglich mit »Natur der Sache« eine weitere Denkform, die sonst in seinen Überlegungen keine Rolle gespielt hatte. Dies machte vor allem deutlich, daß er seine Verfahrensbeschreibung wie wohl auch in den zwanziger Jahren nicht als wissenschaftliches Korsett verstehen wollte. Zentral daher sein Verweis auf die »gesamte Rechtswissenschaft« als Anhaltspunkt. Damit bot er dem lückenfüllenden Juristen ein breites Spektrum rechtswissenschaftlicher Arbeitsmittel. Insgesamt blieb Rechtsfortbildung auch als Recht der Wissenschaft ein breit angelegtes, ein künstlerisches Verfahren: »Production.«

Beseler, und mit ihm viele andere,[452] mochte dies nicht glauben. Er hielt Puchta entgegen, die Wissenschaft erzeuge die Rechtssätze so wenig, als der

451 Puchta, Über die Negatorienklage, 1827, S. 163.

452 Der Streit um Puchtas Recht der Wissenschaft drehte sich zumeist um die hochpolitische Frage, ob das konsentierte Verfahren der Wissenschaft Rechtsquelle oder nur abgeleitete Rechtsanwendung sei. Selbst der konstitutionelle Wächter kam Puchta in der Sache sehr nah: »Die Wissenschaft entwickelt den Inhalt der bestehenden Rechtsquellen, legt ihn nach allen Seiten aus, geht auf die Principien des bestehenden Rechts zurück, baut auf ihnen consequent fort, erweitert die Rechtssätze durch analoge Anwendung auf verwandte Fälle und sucht das gegebene Recht mit den Bedürfnissen und Anforderungen der Gegenwart zu vermitteln. Dieß ist aber eigentlich kein Schaffen neuen Rechts, sondern mehr nur ein Aufdecken dessen, was zum Theile unentwickelter Inhalt des bestehenden und gewordenen Rechts ist. Sofern aber die wissenschaftlichen Resultate theils durch die Kraft der Wahrheit an sich, theils durch die Autorität einzelner Träger der Wissenschaft und die Uebung der Juristen in das rechtliche Bewußtseyn und Leben selbst übergehen, kann man die Wissenschaft in so weit mittelbare Quelle des Rechts nennen, und, wenn man so will, das durch die Wissenschaft und ihre Anwendung in das Leben übergegangene und zur Geltung gekommene Recht durch Juristenrecht bezeichnen«, Handbuch II, 1842, S. 47; ähnliche Beschreibung, aber deutlicher gegen Rechtsquellencharakter Stahl, Philosophie des Rechts II 1, 1833, S. 256 f.; er sah wie andere, auch Savigny, in diesem Verfahren als Analogie Rechtsanwendung, vgl. oben a. a. O.; Mühlenbruch zählte die »consequente Schlußfolgerung aus gegebenen Begriffen (worunter er die Natur der Sache und die Analogie im Sinne des alten Ähnlichkeitsschlusses verstand) unabhängig von Puchta zu den Rechtsquellen, Mühlenbruch, Doctrina Pandectarum I, 2. Aufl. 1827, § 42 (*Jus, quod ex communis ratione argumentando efficitur*), in späteren Auflagen beibehalten; überwiegend mit ähnlicher Verfahrensbeschreibung wie Puchta, aber gegen »Produktion« die Späteren, umfangreiche Nennungen bringt Stobbe, Hand-

https://doi.org/10.5771/9783465133278-113 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

Bergmann das Erz, das er aus dem Innern der Erde auf die Oberfläche bringt.[453] Puchta bemerkte, Beseler halte die wissenschaftliche Tätigkeit offenbar »für eine mechanische«,[454] was ihn davon abhalte, das produktive dieses Tuns zu erkennen. Seien auch die Rechtssätze im bestehenden Recht »schon als Keime gegeben«, so hindere dies nicht, »den Act, wodurch sie erst zum Bewußtsein und aus ihrem unentwickelten Zustand zum actuellen Dasein gebracht worden sind, als Erzeugung desselben zu betrachten«.[455] Puchta brachte denn auch einen ganz anderen Vergleich: »Der Künstler wird in dem Maße gelobt, in welchem ihm eine dem darzustellenden Gedanken so angemessene Gestaltung gelingt, daß wir in ihr die ihm gleichsam angeborene und nothwendige Form zu erblicken glauben.«[456] Die hier im »glauben« ange-

buch des Deutschen Privatrechts I, 2. Aufl. 1882, S. 170 Anm. 3; deutlich auf Puchtas Linie vor allem Thöl, Volksrecht. Juristenrecht. Genossenschaften. Stände. Gemeines Recht, 1846, S. 110 ff. (und in seinen späteren Werken); zum Ganzen übereinstimmend J. Schröder, Recht als Wissenschaft, 2001, S. 200; Ogorek, Richterkönig oder Subsumtionsautomat?, 1986, S. 211 ff., betont stärker die politische Perspektive und akzentuiert damit konsequent den Unterschied zwischen Rechtsfortbildung und Rechtsanwendung. Da sie den Unterschied zwischen Juristenrecht und Recht der Wissenschaft bei Puchta übersieht, wird ihre Darlegung zum Repräsentationsproblem bei Puchta teilweise schief, so etwa S. 213.

453 Beseler, Volksrecht und Juristenrecht, 1843, S. 87, gegen den Rechtsquellencharakter zusammenfassend auch S. 361. Beseler verlangte für eine Rechtsproduktion, daß der Jurist »den aufgefundenen Rechtssatz unter seinen Händen zu einer neuen Gestalt umprägte« (S. 87). Puchtas »Production« wollte, politisch unauffälliger, etwas »schon als Keime gegebenes« hervorheben (Rez. Besler, 1844, S. 20). Für die Verfahrenbeschreibung sprach auch Beseler von »Entwicklung aus den Principien des positiven Rechts« (S. 86), von »Deduction und Combination« (S. 87); ähnlich ders., System des gemeinen deutschen Privatrechts I, 1847, § 34, S. 95 Anm. 4. Insgesamt war Beseler in der Juristenrechtsfrage Puchta näher, als die spätere Polemik glauben macht. In seinem Nachtrag von 1844, S. 18 f., verwies Beseler daher auch überzeugend darauf, die Sache scheine ihm »jedenfalls nicht die Wichtigkeit zu verdienen, mit der sie vom Rec. [Puchta] behandelt wird«. Überhaupt wurde Puchta die politische Stoßkraft von Beselers Buch erst nach Savignys Hinweisen deutlich. Beselers Werk sei ihm, so am 25. (nicht 29. wie Bohnert, Beiträge, 1979, S. 237 Anm. 71 schreibt) 9. 1843 gegenüber Savigny, »irgendwo durch die Hände gegangen«. Er habe den Eindruck einer »merklichen Unreife« davon empfangen, ansonsten aber eine »ziemlich unbestimmte Erinnerung«, hierzu bereits Bohnert, a. a. O.

454 Puchta, Rez. Beseler, 1844, S. 21; Beseler hatte das Gegenteil behauptet und betont, daß es sich nicht um eine mechanische, sondern um eine freie und geistige Tätigkeit handele, Beseler, Volksrecht und Juristenrecht, 1843, S. 306.

455 Puchta, Rez. Beseler, 1844, S. 20 f.

456 Puchta, Rez. Beseler, 1844, S. 19 f.

https://doi.org/10.5771/9783465133278-113 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

deutete verbleibende Restunsicherheit gegenüber einem Kunstwerk, prägte auch die Geltungsvoraussetzungen des Rechts der Wissenschaft. Es galt nur infolge seiner »Wahrheit«.[457] Sicher konnte eine solche »Wahrheit« nie sein. Für diese Rechtssätze galt, es »würde jeder Richter, der die feste, wohlgegründete Ueberzeugung von ihrer Unrichtigkeit, ihrem Widerspruch mit den von dem richterlichen Amt und seinen Aufgaben geltenden Principien gewonnen hat, pflichtwidrig handeln, wenn er sie noch ferner anwenden wollte«[458] – und, so fügte er in seinen Vorlesungen hinzu, »hätte man sie Jahrhunderte lang für wahr gehalten, und seit Menschengedenken in den Gerichten befolgt«.[459] Das Zeugnis einer wissenschaftlichen Wahrheit blieb damit »immer ein unvollkommenes«.[460] »Abweichung von diesen Consequenzen« waren nicht ausgeschlossen.[461] Die dadurch gewährte Flexibilität sah Puchta offenbar als so gefährlich weit an, daß er sich vor dem Mißverständnis, hier der richterlichen Freiheit ungebührlichen Raum eingeräumt zu haben, schützen zu müssen meinte. Er betonte, durch sein Recht der Wissenschaft werde die »wünschenswerthe Stabilität unserer Justiz« nicht gefährdet.[462] Halt durch Indizien gäben die Anerkennung durch die »angesehensten« Rechtsgelehrten und Gerichte. Angesichts der Tatsache, daß die »neuen Entdeckungen wirklicher Wahrheiten nicht so häufig seien«, bedeute dies also nicht, den Richter zu einer »Wetterfahne« zu machen, »die sich nach jedem Wind einer neuen Lehre richtet«.[463]

b) Juristengewohnheitsrecht

Neben dem Recht der Wissenschaft stand die freie rechtssetzende Tätigkeit der Juristen und hier insbesondere der Justiz. Bei Rechtssätzen, die keiner

457 Vgl. die Nennungen oben S. 371 ff.; daneben Puchta, Rez. Beseler, 1844, S. 18; ders., Pandekten, 3. Aufl. 1845, S. 26; ders., Vorlesungen I, 1846, S. 44.

458 Puchta, Rez. Beseler, 1844, S. 22.

459 Puchta, Vorlesungen I, 1846, S. 44.

460 Puchta, Vorlesungen I, 1846, S. 44; insofern irreführend die Feststellung Ogoreks, Richterkönig oder Subsumtionsautomat?, 1986, S. 203, die Wissenschaft solle nach Puchta »wissenschaftlich exakte und damit unangreifbare Schlüsse« ziehen (kritikfeste Methode) – die politische Abschirmung durch Wissenschaft trat hier jedenfalls ohne Wahrheitsanspruch auf.

461 Puchta, Vorlesungen I, 1846, S. 25; hierzu bereits Ogorek, Richterkönig oder Subsumtionsautomat?, 1986, S. 208 Anm. 38 mit berechtigter Kritik an Wilhelm, Zur juristischen Methodenlehre im 19. Jahrhundert, 1958, S. 78 Anm. 37. Das von Puchta hier genannte »Bedürfnis« der Abweichung war nicht das herausgefühlte »praktische Bedürfnis«, welches er dem Juristenrecht als Entstehungsvoraussetzung vorgeschrieben hatte, sondern die im ius singulare nun thematisierte Regel-Ausnahme-Problematik, vgl hierzu S. 416 f.

462 Puchta, Rez. Beseler, 1844, S. 22.

463 Puchta, Rez. Beseler, 1844, S. 22.

https://doi.org/10.5771/9783465133278-113 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

»wissenschaftlichen Gründung« fähig waren, unterlag die Rechtsfortbildung durch Juristen den Regeln des Gewohnheitsrechts.

> »Es manifestiert sich in der literarischen Thätigkeit, als gemeine Meinung, communis opinio doctorum, und in der praktischen, usus fori, Praxis. Die Autorität dieser Manifestation ist hier also die der *consuetudo*, es soll daraus auf eine in den Juristen sich darstellende gemeinsame Volksüberzeugung geschlossen werden.«[464]

Inhaltlich umfaßte Juristengewohnheitsrecht zunächst Vorschriften, die ihrer Natur nach etwas willkührliches haben:

> »Ob z. B. die Zeugen bey einem Testament ihre Namen innen und außen schreiben, oder nur eines von beiden, ob ein Testament von den Zeugen versiegelt werden muß oder nicht u. dgl., läßt sich nicht durch innere, systematische Gründe bestimmen.«[465]

1846 wies Puchta erweiternd darauf hin, daß Juristengewohnheitsrecht nicht nur die bis dato thematisierten Form- und Fristfragen behandelte. Nun konnte das Juristengewohnheitsrecht »viele Rechtssätze« umfassen, auch »ganze Rechtsinstitute« wie »Testamente oder Verjährung«, freilich erneut nur »in Beziehung auf die Frage, ob sie existieren«.[466] War ein solches Rechtsinstitut gesetzt, so folgten daraus erneut Konsequenzen, die dem Recht der Wissenschaft unterfielen. Juristengewohnheitsrecht stand als Gewohnheitsrecht gleichberechtigt neben dem Gesetzesrecht,[467] konnte dieses also abändern. Da andererseits alle Rechtssätze, die einer »wissenschaftlichen Gründung fähig sind« dem Recht der Wissenschaft unterfielen, blieb Juristengewohnheitsrecht auf Bereiche beschränkt, die systematisch betrachtet noch nicht vorentschieden waren oder gar nicht vorentschieden werden konnten, wie bei den Form- und Fristfragen.

IV. Zur politischen Dimension des Pandektenlehrbuchs Puchtas

1. Das Privatrecht »sicherstellen« gegen die »Staatskünstler«

Stahl sah 1854 den tieferen Grund für den Disput mit Puchta in der Systemfrage darin, daß diesem der »ganze Inhalt und Zweck auch des Rechts im objektiven Sinne lediglich die Anerkennung der Persönlichkeit und ihres Willens, ihrer Freiheit« sei, während für ihn der Ausgangspunkt »primär

464 Puchta, Vorlesungen I, 1846, S. 43.
465 Puchta, Gewohnheitsrecht II, 1837, S. 17, vgl. auch die bereits genannten Beispiele oben S. 371 f.
466 Puchta, Vorlesungen I, 1846, S. 44. Insofern geht er also doch wohl über Savignys »technische« Seite der Rechtsfortbildung hinaus, dies übersieht

https://doi.org/10.5771/9783465133278-113 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

Ordnung« hieß.[468] 1846 brachte er Beispiele für die hochpolitische Dimension dieser Differenz. So bemängelte er bei Puchta, daß für diesen »das Recht nur der Inbegriff der Rechte, daß der Zweck des Staats nur die ›Erhaltung der Rechtsordnung‹ und ›auch die polizeiliche Thätigkeit als eine nur mittelbare auf dasselbe Ziel gerichtete‹ zu erkennen sey«.[469]

Durchweg hatte Puchta die Aufgabe des objektiven Rechts betont, die auf Unterwerfung von Gegenständen gerichtete Willensfreiheit zu einer rechtlichen zu machen.[470] Diesen zunächst schlicht postulierten Ausgangspunkt seines Systems hatte er 1841 durch »positive« Philosophie im Rückgriff auf die Genesis auch philosophisch abgesichert. Zeitgenossen sprang die politische Bedeutung der Ausrichtung seines System an der Willensfreiheit des Privatrechtssubjekts ins Auge. August Wilhelm v. Schröter meinte 1840 mit Blick auf den Systemdisput zwischen Stahl und Puchta: »Der Gedanke des subjektiven Rechts hat auch gewiß in der Scheidung des Privatrechts von dem öffentlichen Recht viele Nahrung gefunden.«[471]

Puchta war dieser Punkt so wichtig, daß er Schellings Credo von 1802: »Der Zweck des Staats ist der Staat«[472] zu keinem Zeitpunkt folgte, was ihm von Stahl später das süffisante Attest einer »Hinneigung zu den vor-Schelling'schen Ansichten von Recht und Staat« einbrachte.[473] Machte man das subjektive Recht dem objektiven zur Aufgabe und nahm man dementsprechend die Willensfreiheit zum Ausgangspunkt des Privatrechtssystems, so war dies defensiv gegen zuviel Staat und Kirche im Privatrecht gerichtet, wie dies

Jakobs, Die Begründung der geschichtlichen Rechtswissenschaft, 1991, S. 44 f.

467 Vgl. oben S. 373.

468 Stahl, Rechtsphilosophie II 1, 3. Aufl. 1854, S. 298 f.; zu dieser vieldiskutierten Kontroverse beispielsweise Wiegand, Stahl, 1981, S. 221 f.; Björne, Deutsche Rechtssysteme, 1984, S. 206 ff.; Landau, Puchta und Aristoteles, 1992, S. 17 f.; glänzende und mit meinen Ergebnissen übereinstimmende Herausarbeitung der privatrechtsliberalen Stoßrichtung der Rechtslehre Puchtas durch Rückert, Autonomie des Rechts, 1988, S. 79 ff.; ergänzende Abgrenzung zu Savigny, Stahl und anderen ders., Zur Legitimation der Vertragsfreiheit im 19. Jahrhundert, 1997, S. 171.

469 Stahl, Nachruf Puchta, 1846, S. VIII.

470 Puchta, Zu welcher Classe von Rechten gehört der Besitz?, 1829, S. 247; ders., Lehrbuch für Institutionen-Vorlesungen, 1829, S. 19; ders. System des Gemeinen Civilrechts, 1832, S. 15 (Überschrift des zweiten Buchs); ders., Lehrbuch der Pandekten, 1838, S. 27; ders., Pandekten, 3. Aufl. 1845, S. 33.

471 v. Schröter, Rezension Puchta, Pandekten, 1840, S. 294.

472 So die Zusammenfassung von Anonymus, Die Rechtsphilosophie der Gegenwart, 1846, Sp. 905 nach Schelling, Vorlesungen über die Methode des akademischen Studiums, 1802/03, S. 107.

473 Stahl, Nachruf Puchta, 1846, S. VIII. Stahl vermutete als Ursache des Irrtums Puchtas die »civilistische und namentlich römische Gewöhnung seiner Vorstellung«.

https://doi.org/10.5771/9783465133278-113 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

die von Stahl aus Puchtas Institutionen[474] herausgelesenen Beispiele deutlich machten. Daß genau dies Puchtas Zielsetzung entsprach, machte er brieflich gegenüber dem hochkonservativen Ludwig von Gerlach deutlich:

> »Der Staatsmann hat nicht das Bedürfnis, das Recht von den übrigen Elementen und Seiten des geistigen Lebens zu unterscheiden … für ihn wird es das Sicherste sein, sein Netz weitausspannend lieber gleich das Recht mit dem Willen Gottes zu identifizieren. Er braucht dann nicht zu fürchten, daß ihm irgend etwas entgehe, worüber er seine Hand halten will … Der Jurist dagegen hat das Interesse, nur von vorneherein den Begriff des Rechts streng und rein zu fassen und seine Übergänge in andere Gebiete als Modifikationen jenes Begriffs zu behandeln und damit zugleich in ihre erforderlichen Schranken einzuschließen. Dieses Interesse ist ein theoretisches – von ihrem Standpunkt aus ist ein Rechtssystem unmöglich –, und es ist ein praktisches, das Recht sicherzustellen, gegen die Staatskünstler, mögen sie in der Jakobinermütze oder in der Tiara auftreten.«[475]

Nur dann, wenn das Recht mit Puchta den »Willen als reine Potenz« auffasse, so meinte ein anonymer Beobachter der »Rechtsphilosophie der Gegenwart« 1846, »geht die Rechtslehre in der Staatslehre nicht auf, was wie bei Hegel, so auch bei Stahl der Fall ist«.[476] Aus dem Bedürfnis, das Recht »sicherzustellen«, folgte nahtlos Puchtas scharfe Trennung zwischen Recht und Moral, seine Bestimmung der Freiheit als Wahl zwischen Gutem und Bösem. »Rechtlich frey … ist der Mensch, welche Wahl er auch getroffen haben möge, der Sünder ebenso wohl als der Gerechte, eben weil er es schon dadurch ist, daß ihm die Wahl zusteht. Nicht die Entscheidung selbst, sondern die Möglichkeit derselben ist die Basis des Rechts.«[477] Deutlich betonte er damit die Selbstständigkeit des Rechts gegenüber von außen herangetragenen Ansprüchen, seien sie kirchlicher, staatlicher oder revolutionärer Art:

> »Der Vernichtungskrieg gegen das Recht von dem moralischen Standpunkt aus ist eine Versetzung des letzteren auf ein ihm fremdes Gebiet, sey es daß sie aus Beschränktheit der Erkenntnis oder aus jener furchtbaren Heucheley heraus

474 Vgl. Puchta, Cursus der Institutionen I, 1841, S. 73, wo es zur polizeilichen Tätigkeit hieß: »eine allzuweit getriebene Läßigkeit kann unter Umständen schädlich werden, eine übermäßig bevormundende Regierungsgeschäftigkeit ist es fast immer«.

475 Liermann/Schoeps, Materialien zur preußischen Ehescheidungsreform, 1961, S. 501; Verwendung dieses Briefs bereits bei Wieacker, PdN, 2. Aufl. 1967, S. 402; Bohnert, Beiträge, 1979, S. 238; Rückert, Autonomie des Rechts, 1988, S. 80. Bohnerts gleichwohl gemeinsame Verankerung von L. Gerlach und Puchta in der »äußersten Rechten« verwischt m. E. die doch erheblichen Differenzen zwischen beiden.

476 Anonymus, Die Rechtsphilosophie der Gegenwart, 1846, Sp. 941; auch hierzu bereits Rückert, Autonomie, 1988, S. 81.

477 Puchta, Cursus der Institutionen I, 1841, S. 10; vgl. daneben S. 14 ff.

https://doi.org/10.5771/9783465133278-113 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

> geschehe, die in unsern politischen Fragen eine so ausgebreitete Herrschaft führt. Wer seinen Antheil an den Gütern der Erde begehrt, der mag sich darauf berufen, daß auch ihm in der Person des ersten Menschen die Herrschaft über die Erde gegeben ist, aber er muß anerkennen, daß dies ein Rechtssatz, keine moralische Vorschrift ist, er muß die Bahn zu diesem Ziel einschlagen, die ihm das Recht dazu eröffnet.«[478]

Angesichts der Gefahr einer »Auflehnung gegen den Rechtszustand überhaupt«, den »Kampf gegen das Eigenthum« verwies Puchta somit auf eine kanalisierende »Aufgabe des Rechts«.[479] Von dieser Aufgabe durchzogen war auch Puchtas Methodenprogramm. Seine Ende der dreißiger Jahre verstärkt einsetzende Hinwendung zum »Positiven«, zu den römischen Rechtsquellen, spiegelte auch die steigende Skepsis gegenüber den bei Stahl, Kierulff oder auch Beseler sich andeutenden Versuchen wider, unter Berufung auf »Leben« und »Wirklichkeit« die Rechtssätze des gemeinen Rechts aus den Angeln zu heben. Seit den zwanziger Jahren hatte seine Kritik an Hegelianern wie Gans darauf beharrt, daß es ein »zufälliges Dasein« gebe. Sein Volksgeist zeichnete sich daher auch nicht durch einen bestimmten materialen Inhalt aus, sondern durch die dadurch erreichte Dunkelheit der »Werkstätte«, die einen sicheren Blick hinter die Rechtssätze, in die »Triebe« des Wirklichen (Stahl) eben nicht zuließ. Damit galt: »Sichtbar ist nur das Entstandene selbst.« Puchta setzte auf eine feste Grundlage.

Konkret bedeutete dies für Puchtas Privatrecht eine starke Bedeutung des römischen Rechts. Indem Puchta ab Ende der dreißiger Jahre das *Corpus Juris* nicht mehr als Juristenrecht, sondern als Gesetz behandelte, und die Gerichte daran band, suchte er den Kern der Gerechtigkeit der privatrechtlichen Regelungen im römischen Recht. Die Rechtsfortbildung durch Rechtswissenschaft wurde eingeschränkt und im wesentlichen auf die Lückenfüllung reduziert.

Ab Ende der dreißiger Jahre wurde für Puchta gegenüber der zurückgenommenen »productiven« Setzungsfunktion der Wissenschaft, die »Herrschaft über den Stoff« zentrales Steuerungsmedium. Puchtas Pandekten standen einerseits auf dem Boden der Rechtssätze – Wissenschaft konnte bestehendes Recht nicht derogieren – nutzten andererseits jedoch ein breites wissenschaftliches Instrumentarium, um durch die Verdichtung des Systems das Bestehende, bei Anerkennung seines Vorrangs, als vernünftig zu begreifen. Auch in Puchtas Versuch, das freie Recht durch Herrschaft der Gleichheit so notwendig wie möglich darzustellen, ging es darum, »das Recht sicherzustellen«:

478 Puchta, Cursus der Institutionen I, 1841, S. 16.
479 Puchta, Cursus der Institutionen I, 1841, S. 14.

https://doi.org/10.5771/9783465133278-113 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

»Unter dieser kalt anfühlenden Decke regt und bewegt sich das warme Leben in aller seiner Mannigfaltigkeit, nicht gehindert oder unterdrückt, sondern gefördert und geschirmt. Das was dem überschwänglichen Gefühl als ein Raub an dem Reichthum des mannigfaltigen Daseyns erscheint, ist gerade das Element, welches den Untergang der Individualitäten verhindert.«[480]

2. Ansprechpartner: Die Justiz

Blickt man auf die Veränderungen in Puchtas Rechtsquellenlehre nach 1837, so liegt es nahe, bei ihm eine Hinwendung zum Gesetzgeber zu vermuten. Rückert hat im Gegenbild zu Beselers Versuch, seine Reformvorstellungen über eine personelle Umstrukturierung der Justiz zu erreichen, insofern von einem »gesetzgebungspolitischen Weg« Puchtas gesprochen.[481] Es ist nicht zu verkennen, daß Puchta in den vierziger Jahren deutliche rechtspolitische Aktivitäten entwickelte, wie seine Stellungnahmen zur Eherechtsreform[482] und zur Zensurfrage[483] zeigte. Auch folgte er 1845 Savignys Aufruf in die Gesetzkommission.[484] Als *homo politicus* wirkte Puchta engagiert an der Willensbildung des Volksgeistes mit. Wie bereits sein Vorgehen in der wissenschaftspolitischen Auseinandersetzung mit Klenze gezeigt hatte,[485] forderte er in rechts- wie in wissenschaftspolitischen Fragen, entschiedenes Eintreten und Parteinahme. Auch Savigny gehörte in dieser Hinsicht für ihn zu »göthelichen Parthey«, der »jede Entschiedenheit, jedes Verwerfen des Hinkens auf beiden Seiten, als Einseitigkeit und Überspanntheit vorkommt«. Mit jenem »göthischen luftigen Standpunct über den Gegensätzen« sei es »eine gefährliche Sache; man kann es mit dem Gefühl in einem Luftballon vergleichen, wo man, wenn man den Bordmeter vergessen hat, glauben kann, noch immer zu steigen, während man schon im schnellen Fallen begriffen ist«.[486]

480 Puchta, Cursus der Institutionen I, 1841, S. 19.
481 Rückert, Autonomie des Rechts, 1988, S. 83; zustimmend Landau, Puchta und Aristoteles, 1992, S. 6 Anm. 16.
482 Puchta, Die Ehescheidungsfrage, in den zusammen mit Heinrich Leo (!) herausgegebenen »Fliegende Blätter zu Fragen des Tages«, 1843; vgl. diesbezüglich auch seinen Brief an L. Gerlach oben Teil 2 Kap. 5 IV 1. Die Zusammenarbeit mit Leo fußte auf einer Schulfreundschaft beider, zeigte aber auch, daß Puchta in rechtspolitischen Fragen auch Bündnisse mit den Hegelianern einzugehen bereit war, die er ansonsten, etwa in der Person Christiansens, weiterhin scharf bekämpfte.
483 Puchta (anonym), Die Censurfrage, in den eben benannten Fliegenden Blättern, 1843.
484 Vgl. nur Puchta, Biographische Notiz, wohl 1845, in: kzSch., S. XXII.
485 Vgl. oben S. 128 f.
486 Brief an Hugo vom 28.10.1834.

https://doi.org/10.5771/9783465133278-113 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

Dieses gesetzgebungspolitische Engagement beschränkte sich jedoch auf politisch besonders anfällige Teilbereiche des Privatrechts, die noch dazu, wie das Eherecht oder das von Savigny 1848 kodifizierte Wechselrecht, nachrömischen Regelungen unterlagen. Für den Kernbereich des Zivilrechts blieb Puchta durchlaufend ablehnend gegenüber zuviel gesetzgeberischem Tätigwerden. Gerade für seinen Versuch, das Privatrecht gegen die »Staatskünstler« sicherzustellen, blieb ihm die Legislative ein unsicherer Partner. Schon früh hatte Puchtas anonyme Stellungnahme zum »bayrischen Landtag von 1831« profunde Zweifel an der Leistungsfähigkeit der Ständeversammlungen offenbart. Am Beispiel der Debatte um die Pressefreiheit stellte er die »Herrschaft« heraus, »welche die Journalisten über die große Masse der Deputierten ausgeübt haben«.[487] Nicht ohne Warnungen vor den französischen Zuständen, zeichnete er hier das Bild des abhängigen, korrupten Ständevertreters, dessen Loyalität gegenüber Volk und Thron gleichermaßen zweifelhaft war und der an Beschlüssen von nicht selten »verfassungswidrige[r] Gestalt«[488] mitwirkte. Konsequent hatte Puchtas Auseinandersetzung mit dem bayerischen Kodifikationsvorhaben dem Gesetzgeber 1829 lediglich eine Kontroversenentscheidung, nicht aber eine Bindung der frei und gemeinrechtlich arbeitenden Wissenschaft zugestanden.[489] 1841 hatte sich hieran nichts geändert. In seinen Institutionen warnte er davor, den Rechtsquellen »die ihnen gebührende freie Bewegung« zu nehmen, indem man »die Kraft der unmittelbaren Volksüberzeugung und der Wissenschaft zu lähmen, und die gesammte Fortbildung auf den Gesetzgeber zu stellen versucht«.[490] Puchta setzte weiterhin weder auf einen partikularen, noch auf einen reichsweiten Gesetzgeber, sondern auf das gemeine Recht. Die Hinwendung zum Gesetzgeber bedeutete in dieser Perspektive eine rechtsquellentheoretische Absicherung des rezipierten römischen Rechts. In der politischen Situation des Vormärz war jenseits des Zollvereins ein einheitlicher Reichsgesetzgeber im Zivilrecht nicht in Sicht und darauf kam es Puchta wohl auch an. Auch gegenüber ALR, Code Civil und ABGB vertrat Puchta selbstbewußt eine starke Position des römischen Rechts:

> »Jene Gesetzbücher sind in keiner Hinsicht selbstständig gegen das römische Recht, es ist ihre Grundlage, sie sind in dem größten Theil ihres Inhalts Darstellungen des römischen Rechts mit particulären Abweichungen. Wie die Gesetzgeber nur durch ihre römische Rechtskenntniß im Stande waren, diese Gesetzbücher zu machen, so ist auch der Richter nur durch die gleiche Kenntnis in der Lage, sie richtig anzuwenden.«[491]

487 Puchta, Aus einem Schreiben von München, 1832, S. 95.
488 Puchta, Aus einem Schreiben von München, 1832, S. 99.
489 Vgl. oben S. 165 ff.
490 Puchta, Cursus der Institutionen, 1841, S. 46.
491 Puchta, Vorlesungen I, 1846, S. 19.

https://doi.org/10.5771/9783465133278-113 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

Die stoffliche Fixierung auf das gemeine Recht bedeutete methodisch Betonung von Wissenschaft. »Die Wissenschaft kann nie bloße Dienerin sein, sie ist eine geborene Herrscherin.«[492] Keineswegs bedeutete dies jedoch eine Rechtssetzungsmacht von Professoren. Volksgeistadäquates Recht konnte nur durch Gerichtsgebrauch als Juristengewohnheitsrecht gesetzt werden. Die Rechtswissenschaft produzierte nur »unvollständig[e]« Zeugnisse juristischer Wahrheiten. Puchta hatte sich durchweg gerade gegen einen Autoritätenkult gewendet. Die universitär entwickelten Lehrmeinungen banden nur durch ihre Überzeugungskraft. Puchtas Vertrauen in die praktische Leistungsfähigkeit wissenschaftlicher Systeme war freilich groß: »Kein Richter wird in Verlegenheit sein, wo er irgend ein Pandektenlehrbuch als Entscheidungsgrundlage gebraucht, ein solches wird ihn nirgends im Stiche lassen.«[493] Klar wurde in diesem Zitat zugleich, wo Puchta für sein Privatrecht Partner suchte, in der Justiz. Seit seiner Hinwendung zur »Praxis« im Jahr 1828 blieb dieser Aspekt konstant. Seine Pandekten fanden neben seinen studentischen Hörern unter Richtern ihre wichtigste Zielgruppe. Puchta suchte den wissenschaftlich arbeitenden Praktiker, der infolge wissenschaftlicher Durchdringung des Stoffs in der Lage war, rational, im »Geiste« des Bestehenden und damit kontrollierbar das Recht anzuwenden.

> »Das juristische Denken des Gesetzgebers soll dem Richter nicht etwa das Denken ersparen; Richter, die nicht im Stande wären, die Gedanken des Gesetzgebers zu reproducieren, wären dieses Namens nicht werth.«[494]

Puchta blieb hier ganz Schüler Savignys. Dieser schrieb 1834 an Wilhelm von Gerlach, »daß aller Erfolg davon abhängt, den Richterstand in eine Lage zu bringen, in welcher er mit lebendigem Denken und nicht auf mechanische Weise sein Geschäft vollbringe, also ihn zu erziehen«.[495]

Beselers »Volksrechtsgrille« (Puchta) war gerade vor diesem Hintergrund gefährlich, da sie auf Rechtsfortbildung durch nicht wissenschaftlich ausgebildete und arbeitende Richter zu setzen schien. Puchta setzte auf Wissenschaftlichkeit der gerichtlichen Entscheidung, nicht auf ihre äußere Autorität einerseits, und nicht auf die »Lebenserfahrung« der Richter andererseits. Das von ihm darin gesehene »praktische Bedürfnis« machte er gegenüber Beseler deutlich:

> »Ist sie [sc. die gemeine Meinung und Praxis] Gewohnheitsrecht, so ist kein Richter befugt, davon abzuweichen; ganz anders, wenn sie (und so verhält es

492 Puchta, Vorlesungen I, 1846, S. 14.
493 Puchta, Vorlesungen I, 1846, S. 15.
494 Puchta, Vorlesungen I, 1846, S. 19.
495 Savigny an Wilhelm von Gerlach vom 1.3.1934, abgedruckt bei Liermann/Schoeps, Materialien zur preußischen Eherechtsreform, 1961, S. 490.

https://doi.org/10.5771/9783465133278-113 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

> sich wirklich damit) eine Doctrin, ein lediglich auf inneren Gründen beruhendes Recht ist. Hier würde jeder Richter, der die feste, wohlgegründete Ueberzeugung von ihrer Richtigkeit, ihrem Widerspruch mit dem von dem richterlichen Amt und seinen Aufgaben geltenden Principien hat, pflichtwidrig handeln, wenn er sie noch ferner anwenden wollte. Auch die wünschenswerthe Stabilität der Justiz wird so hinlänglich gewahrt; nichts ist entfernter von unserem Prinzip, als den Richter zu einer Wetterfahne zu machen, die sich nach jedem Wind einer neuen Lehre richtet; die neuen Entdeckungen wirklicher Wahrheiten sind nicht so häufig, daß ihre Befolgung in jener Hinsicht irgend bedenklich werden könnte. Nach dem Standpuncte dagegen, den der Verf. sich gewählt hat, verschließen wir entweder den wissenschaftlichen Fortschritten die Thüre zur Praxis … oder wir öffnen einen so weiten Eingang, daß durch ihn mit jenen auch eine Willkühr unaufhaltsam eindringt, die eben so eine Praxis, der ein wahrhaftes Gewohnheitsrecht zu Grund liegt, für nichts achtet.«[496]

Nicht nur die Verwaltung des Zivilrechts sah Puchta in einer funktionierenden Justiz in guten Händen. Auch der Schutz des bürgerlichen Freiheitsraumes gegen absolutistische Tendenzen wurde von ihm der Justiz überwiesen. Nach dem Göttinger Verfassungsbruch von 1837 fand Dahlmann, der Wortführer der Göttinger Sieben, in seinen Augen kein Mitleid:

> »Unter uns gesagt«, so schrieb er 1839 an Hugo, »ich finde eine Art Nemesis darin, daß sich an Dahlmann seine Constitution rächt, bey der er auch von der Abneigung der neueren Politiker gegen die Juristen und die juristische Behandlung der Sache geleitet worden zu seyn scheint. Nun sieht man, was dabey heraus kommt, wenn man alles auf solche in die Luft gebauten Stände baut; … Es ist merkwürdig, daß in dem ersten Band der Politik von Dahlmann, der doch schon die Grundlage der Staatsverfassung enthält, die Gerichte nicht vorkommen.«[497]

Stahl, der, bei aller Meinungsverschiedenheit, seinen Freund Puchta gut kannte, brachte es auf den Punkt: Puchta habe »die öffentliche Freiheit überall lieber auf dem Wege der Rechtspflege als auf dem der ständischen Vertretung geschützt« gesehen, ihm sei die Justiz sogar «Surrogat der Verfassung« gewesen.[498] Puchtas Pandekten waren wissenschaftlicher Beitrag zu diesem Programm.

496 Puchta, Rez. Beseler, 1844, S. 21 f.
497 Brief an Hugo vom 14.2.1839.
498 Stahl, Nachruf Puchta, 1846, S. XI.

https://doi.org/10.5771/9783465133278-113 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

https://doi.org/10.5771/9783465133278-113 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND