

2. 2. *Das Profil der historischen Rechtsschule*

Die Rechtsphilologie im 19. Jahrhundert ist seit ihren Anfängen mit dem Ansehen eines Gelehrten verknüpft. Friedrich Carl von Savigny (1779-1861) ist der Mitbegründer der historischen Rechtsschule. Bereits in seinen Vorlesungen zur juristischen Methodologie (1802) hat er das Verhältnis von Philosophie und Jurisprudenz eingehender erläutert. Nach Savigny gibt es zwei - eine juristische und eine philosophische - Behandlungsweisen des Naturrechts, die traditionell zusammengehalten wurden. Erst Fichte hat seiner Ansicht nach den besonderen philosophischen Standpunkt deutlich gemacht, indem er von der wissenschaftlich-historischen Betrachtung der Rechtsverhältnisse seine philosophisch-politische Perspektive geschieden hat.⁵¹⁹ Savigny etabliert in Auseinandersetzung mit der philosophischen Rechtslehre Fichtes eine folgenreiche Differenz zwischen philosophischer und historischer Rechtslehre; erstere ist politisch engagiert, letztere ist eine reine Wissenschaftsdisziplin, die wissenschaftliche Erkenntnis, nicht aber politisches Engagement befördert.

Dieses Bekenntnis zu einem unpolitischen Wissenschaftsbegriff hat die historische Rechtsschule zu keiner Zeit aufgegeben und es hat ihren Standpunkt im Hinblick auf die zeitgemäßen Forderungen nach einem *Allgemeinen deutschen Gesetzbuch* bestimmt. Savigny lehrte seinen Studenten, daß ein philosophisches Studium für Juristen entbehrlich ist, weil ein historisches Verständnis der Rechtsverhältnisse keine philosophischen Vorbegriffe nötig hat. Umgekehrt ist es vielmehr so, daß philosophische Begriffsarbeit ohne Kenntnis der historischen Zusammenhänge wertlos ist. Mit Goethe bemerkt Savigny, er habe

⁵¹⁹ Friedrich Carl von Savigny, Anleitung zu einem eigenen Studium der Jurisprudenz [1802]. In: G. Wesenberg (Hrsg.): F.K.v.Savigny, Juristische Methodenlehre, nach einer Ausarbeitung des Jakob Grimm. Stuttgart 1951, S. 48-9.

bisher "keine schlimmere Anmaßung gefunden, als wenn jemand Ansprüche an Geist macht, so lang ihm der Buchstabe noch nicht deutlich und geläufig ist."⁵²⁰

Die Begründung der historischen Rechtsschule manifestiert sich in zwei Daten: 1814 publizierte Savigny seine programmatische Schrift *Vom Beruf unserer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft* und im folgenden Jahr erschien der erste Band der - von Savigny zusammen mit Karl Friedrich Eichhorn (1781-1854) und Johann Friedrich Ludwig Göschen (1778-1837) herausgegebenen - *Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft*. Zu Savigny's wichtigsten wissenschaftlichen Publikationen gehören neben der sechsbändigen *Geschichte des römischen Rechts im Mittelalter* (1815-31), die historisch-systematischen Arbeiten über *Das Recht des Besitzes* (1803), *Das System des heutigen römischen Rechts* (8 Bde. 1840-9) und *Das Obligationenrecht als Teil des heutigen römischen Rechts* (2 Bde. 1851-3). Um das Profil der historischen Rechtsschule bestimmen zu können, muß neben Savigny sein Kollege und Nachfolger auf den Berliner Lehrstuhl für römisches Recht Georg Friedrich Puchta (1798-1846) genannt werden. Puchta ist im 19. Jahrhundert der bedeutendste Vertreter der romanistischen Fraktion der historischen Rechtsschule⁵²¹ und möglicherweise der Hauptverantwortliche dafür, daß die deutsche Privatrechtsgesetzgebung (*Bürgerliches Gesetzbuch* vom 1. Januar 1900) unter deutlichem Einfluß der römischen Begriffsjurisprudenz stand. Puchtas wissenschaftliches Werk ist umfangreich. Neben den Studien zur juristischen Enzyklopädie und Methodologie sind es vor allem seine Lehrbücher (*Lehrbuch für Institutionenvorlesungen* (1829), *Lehrbuch der Pandekten* (1838) und der 1841-42 erschienene *Cursus der Institutionen I.-II.*) und sein zweibändiges *Das Gewohnheitsrecht* (1828-37), die seinen Ruhm begründet haben. Puchtas Bedeutung für die Entwicklung der Rechtswissenschaft liegt sowohl auf historischem als auch dogmatischem Gebiet. Im

⁵²⁰ Savigny, Anleitung zum eigenen Studium der Jurisprudenz, S. 50; vgl. J.W. v. Goethe, Wilhelm Meisters Lehrjahre Bd. 3. Berlin 1795, S. 81.

⁵²¹ Im Gegensatz (der Forschungsausrichtung) zur germanistischen Fraktion, zu der in der Nachfolge K.F. Eichhorns u.a. J. Grimm, G. Beseler (1809-88) und O.v. Gierke (1841-1921) zählen.

Rahmen dieser Arbeit ist Puchta von zentraler Bedeutung, weil er - mehr noch als Savigny - Rechenschaft über die philosophischen Grundlagen der rechtshistorischen Perspektive abgelegt hat.

2.2.1. Der Ursprung der Historischen Rechtsschule

Die Herkunft der historischen Rechtsschule kann nur im Zusammenhang mit der Göttinger Schule Johann Stephan Pütters bestimmt werden.⁵²² Pütter hat - in Zusammenarbeit mit Gottfried Achenwall - ein Lehrbuch des Naturrechts verfaßt. In erster Linie aber ist er durch rechtshistorische Studien hervorgetreten, deren innere Verknüpfung mit der Naturrechtslehre kaum noch deutlich wird. Sein bedeutendster Schüler, der Rechtshistoriker Gustav Hugo (1764-1844) hat die Verbindung von positivem Recht in historischer Perspektive und Naturrecht radikal aufgelöst und die Rechtshistorie aus dem Zusammenhang des Naturrechtsdenkens emanzipiert. Während die philosophische Rechtslehre Schellings, Fichtes und Hegels das Naturrecht als positives Recht anerkannte, distanzierte Gustav Hugo sich vollständig von der Naturrechtstradition des 17.- 18. Jahrhunderts. Die historische Rechtsschule verdankte ihm diesen radikalen Bruch mit der Wolffschen Naturrechtslehre, der Hugos Lehrer Pütter verhaftet blieb. Savigny hat Hugo anlässlich dessen 50jährigen Doktorjubiläum (1838) als Initiator der historischen Schule geehrt,⁵²³ Puchta sagte über ihn, "er ist der Lehrer des neunzehnten Jahrhunderts zu nennen."⁵²⁴ Gustav Hugo hat seit dem Jahr 1792 bis zu seinem Tod in Göttingen als Lehrer des römischen Rechts gewirkt. Zu seinen Hauptwerken gehören - neben der Verfasser- und Herausgeberstätigkeit für das *Civilistische Magazin* (1791-1837) - Lehrbücher über *Die Institutionen des heutigen römischen Rechts* (1789), ein *Lehrbuch der Geschichte des römischen Rechts* (1790) und ein *Lehrbuch des*

⁵²² Vgl. H. Weber, Gustav Hugo. Vom Naturrecht zur historischen Schule Göttingen 1835, S. 14-7.

⁵²³ Vgl. J. Schröder, Gustav Hugo (1764-1844). In: J. Schröder/ G. Kleinheyer (Hrsg.): *Deutsche Juristen aus fünf Jahrhunderten*. Heidelberg 1989, S. 131.

⁵²⁴ Georg Friedrich Puchta, *Encyclopädie als Einleitung zu Institutionenvorlesungen*. Leipzig & Berlin 1825, S. 65.

Naturrechts als einer Philosophie des positiven Rechts (1798). Gustav Hugo ist kein bedeutender Lehrer des Naturrechts geworden, und sein Lehrbuch hat außer einem historischen Abriss des Naturrechtsdenkens (von Platon bis Fichte) mit den systematischen Naturrechtslehren seiner Zeit nichts gemein. Dieses Lehrbuch enthält vielmehr einige Charakteristika, die für die rechtshistorische Lehrmeinung des 19. Jahrhunderts bedeutsam geworden sind. Hierzu gehören die Beschränkung der Rechtsphilosophie auf eine Betrachtung des positiven Rechts⁵²⁵, die Grundlegung der positiven Rechtslehre in einer juristischen Anthropologie⁵²⁶ und die Bestimmung des Juristischen durch den systematischen und historischen Vorrang des Privatrechts.⁵²⁷ Wenn das Privatrecht - die Verhältnisse von Mein & Dein - unmittelbar die anthropologischen Bedingungen zum Ausdruck bringt, dann liegt die Schlußfolgerung nah, diejenige Rechtstradition exklusiv zu betrachten, in der die Quellen des modernen Privatrechts auffindbar sind. Das römische Recht ist nach Hugo sowohl der historische Ursprung moderner Rechtsverhältnisse als auch ein begriffssystematischer Komplex zeitlos geltender, anthropologisch gesicherter, Rechtsinstitute (Rechtsfreiheit, Geschäftsfähigkeit etc.).⁵²⁸ Die historische Rechtsschule des 19. Jahrhunderts verdankt Gustav Hugo die privilegierte Perspektive auf das römische Recht.⁵²⁹

⁵²⁵ Gustav Hugo, *Lehrbuch des Naturrechts als einer Philosophie des positiven Rechts*, besonders des Privatrechts §§ 1-34. Berlin 1819⁴, S. 1-49.

⁵²⁶ Hugo, *Lehrbuch des Naturrechts* §§ 38-151, S. 52-178. Vgl. H. Weber, Gustav Hugo. Vom Naturrecht zur historischen Schule, S. 32-7.

⁵²⁷ Hugo, *Lehrbuch des Naturrechts* § 1, S. 6; dort heißt es, "die natürlichste Grenze zwischen Politik und unserer Philosophie ist die, daß die Politik sich mehr auf das öffentliche Recht, unsere Wissenschaft aber mehr auf das Privatrecht bezieht; und im § 110, S. 141 spricht Hugo über die natürliche Entstehung des Privatrechts: "Die Verhältnisse, welche unter der Obrigkeit das PrivatRecht ausmachen, sind älter, als die Obrigkeit, und wenn diese sich bildet, hauptsächlich zur gemeinschaftlichen Vertheidigung gegen Auswärtige, so sind weder die Einzelnen geneigt, diese ihre frühern Verhältnisse aufzugeben, noch die Obrigkeit selbst, sich mit Dem zu befassen, was an die Stelle Derselben treten müßte."

⁵²⁸ Vgl. hierzu Gustav Hugos vielfach aufgelegtes *Lehrbuch der Geschichte des Römischen Rechts* bis auf Justinian. Berlin 1826¹⁰ und das *Lehrbuch der Geschichte des Römischen Rechts* seit Justinian oder der juristischen und meist civilistischen Geschichte. Berlin 1830³.

⁵²⁹ Vgl. H.U. Stühler, *Die Diskussion um die Erneuerung der Rechtswissenschaft von 1780-1815*. Berlin 1978, S. 134-47.

Darüber hinaus hat Hugo der rechtshistorischen Forschung die Unterscheidung von innerer und äußerer Rechtsgeschichte, Quellengeschichte und Geschichte der Begriffssysteme mit auf den Weg gegeben.⁵³⁰ Savigny ist diesem Ansatz seines Lehrers gefolgt, hat die Geltung des römischen Rechts durch das Mittelalter bis in die Neuzeit verfolgt⁵³¹ und die Evidenz jedes einzelnen Rechtsinstituts systematisch entwickelt.⁵³² Bei Savigny wird deutlich, was diese gedoppelte Perspektive auf das Recht leisten soll. Die historische und systematische Analyse des Rechts soll jedes Restmoment von Willkür in der Entwicklung des Rechts ausschließen. Dementsprechend heißt es programmatisch im Manifest der historischen Schule: "Die geschichtliche Schule nimmt an, der Stoff des Rechts sey durch die gesamte Vergangenheit der Nation gegeben, doch nicht durch Willkühr, sondern aus dem innersten Wesen der Nation selbst und ihrer Geschichte hervorgegangen."⁵³³ Aufgabe der historischen Schule ist es, das Entstehen der Rechtsinstitute im Kontext des *Volkslebens* nachzuzeichnen und - das ist die rechtspolitische Implikation dieser Doktrin - gegen willkürliche Veränderungen zu schützen. Der politische Gegner ist die allgemeine Tendenz "der Absonderung der Gegenwart von der Vergangenheit"⁵³⁴ und der "gränzenlosen Erwartung von der gegenwärtigen Zeit"⁵³⁵, die sich im späten 18. Jahrhundert durchgesetzt hat. Savigny wendet sich gegen den revolutionären Impetus, der von Frankreich ausgehend Europa in Gestalt von Napoleon und des *code civil* überflutet und im Zeichen einer Vernunft der Geschichte nationale Differenzen einzuebnet versucht. Das französische Zivilgesetzbuch wird in deutschen Landen von den Zeitgenossen Savignys (A.F.J. Thibaut, G.W.F. Hegel u.a.) als

⁵³⁰ Hugo, Lehrbuch der Rechtsgeschichte bis auf unsre Zeiten, Einleitung § 2. Berlin 1790, S. 1-2.

⁵³¹ Savigny, Die Geschichte des römischen Rechts im Mittelalter. Bd. 1-6. Berlin 1815-31.

⁵³² Savigny, Das System des heutigen römischen Rechts. Bd. 1-8. Berlin 1840-9.

⁵³³ Savigny, Über den Zweck dieser Zeitschrift. In: Savigny, Eichhorn, Göschen (Hrsg.): Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft. Bd. 1. [Berlin 1814] Reprint: Frankfurt/M. 1966, S. 6. Vgl. J. Rückert, Idealismus, Jurisprudenz und Politik bei Friedrich Carl von Savigny. Ebelsbach 1984, S. 303-75.

⁵³⁴ Savigny, Über den Zweck dieser Zeitschrift, S. 5.

⁵³⁵ Savigny, Vom Beruf unserer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft [Heidelberg 1840²] Reprint: Hildesheim 1967, S. 4-5.

Vernunftrecht gefeiert und zum Vorbild einer allgemeinen deutschen Rechtskodifikation erhoben. Savigny erkennt hinter den Forderungen nach einer Gesetzgebung die Anmaßung seiner Epoche, sich über ihre Vorzeit durch radikale Absonderung erheben zu wollen, und die Gefahr, "daß die Menschen Fremde werden, sogar Fremde auf Erden."⁵³⁶ In der Terminologie Friedrich Schlegels verhaftet wendet Savigny gegen diesen chemischen Absonderungsprozeß ein organisches Entwicklungsmodell.⁵³⁷ Während Schlegel die Signatur der gegenwärtigen Epoche (nach 1789) als chemisch deklariert und die Herankunft eines organischen Zeitalters antizipiert, überträgt Savigny diese frühromantische Terminologie auf den wissenschaftlichen Kampfplatz. Gegen die Tendenz seiner Zeitgenossen, in radikaler Distanz zu überlieferten Rechtsmustern eine bürgerliche Gesetzgebung aus Vernunftprinzipien zu deduzieren, plädiert Savigny für eine wissenschaftliche Vergewärtigung der Rechtstradition, in der neues Recht nur entwickeltes altes Recht ist.

Die römische Rechtsgeschichte dient Savigny als Musterbild der *organischen* Rechtsentwicklung, in der sich sukzessiv neue Formen des Rechts aus der Überlieferung entwickelt haben.⁵³⁸ Die Tatsache, daß das römische Recht erst in der Verfallszeit des Imperium kodifiziert wurde, ist ein Indiz für die Annahme, daß der politische Sinn der Römer verloren war und das Recht seine Gel-

⁵³⁶ L. Strauss, *Naturrecht und Geschichte*, S. 15.

⁵³⁷ Savigny, *Vom Beruf unserer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft*, S. 8-14; Savigny entwickelt hier ein Modell organischer Rechtsentwicklung von der Jugendzeit der Völker durch allmählichen Kulturanstieg bis zur wissenschaftlichen Periode und resümiert, "daß alles Recht auf diese Weise entsteht (...), daß es erst durch Sitte und Volksglaube, dann durch Jurisprudenz erzeugt wird, überall also durch innere, stillwirkende Kräfte, nicht durch die Willkür eines Gesetzgebers." Diese Entwicklungslinie ist die Begründung dafür, daß eine Absonderung der gegenwärtigen Rechtsauffassung von der vergangenen ein willkürlicher Einschnitt ist. Vgl. für die Bestimmung des Begriffspaars chemisch-organisch als Signatur einer Epochenschwelle Friedrich Schlegels *Athenäumsfragment* 426.

⁵³⁸ Savigny, *Vom Beruf unserer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft*, S. 31-2: "(...) was nämlich Rom groß gemacht hat, war der rege, lebendige, politische Sinn, womit dieses Volk die Formen seiner Verfassung stets auf solche Weise zu verjüngen bereit war, daß das neue bloß zur Entwicklung des alten diente, dieses richtige Ebenmaaß der beharrlichen und der fortbewegenden Kräfte(...) Darum zeigt die Geschichte des Römischen Rechts bis zur classischen Zeit überall allmähliche, völlig organische Entwicklung."

tung eingebüßt hatte. Dem Genius Justinians und seiner Juristen ist es zu verdanken, daß der spätantike Rechtscodex selbst kein Verfallsprodukt ist, sondern an die beste - und d. h. bei Savigny republikanische - Zeit der römischen Rechtsbildung anknüpft. In der gegenwärtigen Zeit sieht Savigny diese günstige Bedingung der Justinianischen Gesetzgebung - eine Epoche hoher Rechtsbildung resümieren zu können - nicht gegeben. Die Gesetzgebungsbestrebungen seiner Zeitgenossen sind vielmehr willkürliche Eingriffe in einen organischen Prozeß der Rechtsentwicklung und "diese Meinung, daß jedes Zeitalter zu allem berufen sey, ist das verderblichste Vorurtheil."⁵³⁹ Die gegenwärtige Epoche sollte sich zur Aufgabe machen, den historischen Sinn zu schärfen und die wissenschaftlichen Instrumentarien der systematischen Rechtsanalyse zu verbessern.

Statt der radikalen Absonderung der Epochen erscheint in historischer Perspektive das Bild einer "unauflöselichen Gemeinschaft"⁵⁴⁰ der Zeiten. Kein historisches *Werden*, das nicht einem *Seyn* verpflichtet ist, das ist der geschichtsphilosophische Grundsatz Savignys. Unter dieser Bedingung ist Entstehung von genuin neuem Recht, das keinen Grund in der Überlieferung hat, undenkbar und "dann muß jedes Zeitalter etwas Gegebenes anerkennen (...), hervorgebracht von der höheren Natur des Volkes als eines stets werdenden, sich entwickelnden Ganzen."⁵⁴¹ Die Anklänge der Geschichtsphilosophie Herders sind hier nicht zu überhören.⁵⁴² Wenn alles Recht sich von einem Ursprung her

⁵³⁹ Savigny, Vom Beruf unserer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft, S. 45. Savigny polemisiert gegen die Überheblichkeit des 18. Jahrhunderts, das sich selbst als vernünftig deklariert hat, dem jedoch historischer und systematischer Sinn fehlte "und vorzüglich ein vielfältiges flaches Bestreben in der Philosophie wirkte sehr ungünstig." (S.48) Vgl. hierbei den Einfluß von Justus Möser, Wann und wie mag eine Nation ihre Kodifikation verändern? In: F. Nicolai (Hrsg.): Justus Möser's Vermischte Schriften Teil I. Berlin-Stettin 1797, S.335-9. Und dessen Patriotische Phantasien Teil I. Berlin 1804. Savigny ist Möser in der Vorstellung vom historischen Werden, das keine radikalen Brüche mit der Tradition erlaubt, gefolgt.

⁵⁴⁰ Savigny, Über den Zweck dieser Zeitschrift, S. 3.

⁵⁴¹ Savigny, Über den Zweck dieser Zeitschrift, S. 3-4.

⁵⁴² Johann Gottfried Herder, Denkmäler der Vorwelt. 1. Stück. In: J.G. v. Herders sämtliche Werke. Zur Philosophie und Geschichte. 1. Teil. Tübingen 1805, S. 14: In Anlehnung an Schlözer (Weltgeschichte, Teil 1.), sagt Herder, "das Menschengeschlecht ist nur eins und zu allen Zeiten. (...) Denn so schwer es wird,

organisch entwickelt, dann muß es nach Savigny auch im 19. Jahrhundert darum gehen, "heutiges römisches Recht" zu bestimmen. Hugos Bevorzugung des römischen Rechts wird von Savigny zugespitzt zu der Behauptung, daß geltendes Recht immer aktualisiertes römisches Recht sein muß. Die genetische Entwicklungslehre der historischen Rechtsschule ist mehr als ein Affekt gegen anbrechende Modernität. Zwar hat der Hegel-Schüler Eduard Gans nicht unberechtigt behauptet, die Historiker erliegen dem "frommen Wahn", daß praktische Probleme der Rechtspolitik durch eingehendes Quellenstudium gelöst werden können, aber das ist nicht alles. Savigny warnt vor kurzfristigen Entscheidungen einer Rechtspolitik, die kein Korrektiv außerhalb des rein positiven Rechts anerkennt. Der höhere Standpunkt im Sinne Savignys hat jedoch mit dem traditionellen Naturrechtsdenken, das positives Recht einer natürlichen Rechtsordnung unterordnet, nichts gemein. Die Perspektive Savignys geht über die historische Entwicklung einzelner Rechtsinstitute respektive -begriffe auf die natürliche Gestalt eines Volkes als "eines stets werdenden, sich entwickelnden Ganzen." Die Paradoxie dieser Lehre läßt sich folgendermaßen ausdrücken: Rechtsgeschichte bezeichnet keinen Modus der Entstehung, sondern der Entfaltung eines Naturprinzips.⁵⁴³ Im Volksganzen

bei Behandlung der Geschichte und ihrer Denkmale dies jeden Augenblick sichtbar zu machen: so ist es doch der Keim des ganzen lebendigen Körpers unsrer Geschichte. Das menschliche Geschlecht ist ein Ganzes, seit seiner Entstehung hat es angefangen, sich zu organisieren, und soll diese Organisation vollenden." Vgl. I. Denneler, Karl Friedrich von Savigny. Preußische Köpfe Nr.17. Berlin 1985, S. 74: "In Anlehnung an Herders Vorstellung, daß das Volk eine Modifikation des allgemeinen Menschengesistes sei, gilt Savigny nicht der Verstand, sondern der gemeinschaftlich wirkende Volksgeist als Quelle des positiven Rechts. Unter dem suggestiven Wort Geschichte werden alle naturrechtlichen Vorstellungen von Autonomie und Freiheit als Willkürfreiheit geächtet."

⁵⁴³ Dazu grundlegend: E.-W. Böckenförde, Die Historische Rechtsschule und das Problem der Geschichtlichkeit des Rechts. In: ders., Recht, Staat, Freiheit. Studien zur Rechtsphilosophie, Staatstheorie und Verfassungsgeschichte. Frankfurt/M. 1991, S. 17: "Das vielberufene geschichtliche Denken Savignys und der Historischen Schule ist in seinem Kern ein ungeschichtliches Denken. Es erwächst nicht aus einem unbefangenen Stehen in der Geschichte, sondern aus einem bewußten Anknüpfen an die Geschichte in der Form einer Geschichtstheorie. Es ist für Savigny das Wesen des geschichtlichen Denkens (...), das menschliche Dasein und seine Äußerungen nicht isoliert und für sich zu begreifen, sondern aus einem überpersönlichen, Freiheit und Notwendigkeit in sich versöhnenden

liegen die Momente der *geschichtlichen* Entfaltung des Rechts beieinander, so daß auf den verschiedenen Entwicklungsstufen des Rechts nur das realisiert werden kann, was ursprünglich gegeben ist. Dieses Ursprungsmoment muß den Keim des Ganzen enthalten und seine Realisierung in der Geschichte muß mit Notwendigkeit geschehen. Hier deutet sich der Einfluß Schellings, der vermutlich aus der Münchner Zeit beider Gelehrter (1799/1800) herrührt, auf Savignys Geschichtsbegriff an.⁵⁴⁴

2.2.2. Puchtas Konzeption der Rechtsgenese

Im Gegensatz zu Savigny hat Georg Friedrich Puchta das geschichtsphilosophische Profil seiner Rechtslehre deutlich herausgearbeitet. Puchta hat eine Rechtsentstehungslehre entwickelt, die in skizzenhaften Umrissen die Entstehung und Rezeption des Rechts von seinen mosaïschen Ursprüngen über die Rezeption des römischen Rechts (kanonisch, langobardisch) bis zur zeitgemäßen Gestalt des (deutschen) nationalen Rechts beinhaltet.⁵⁴⁵ Im Gegensatz zu Savigny, der sich ausschließlich mit der römischen Rechtsgeschichte beschäftigte, skizzierte Puchta das Projekt einer *Universalrechtsgeschichte*.⁵⁴⁶ Eine Universalrechtsgeschichte hat zwei Seiten. Zum einen müssen auf synchroner Ebene rechtsvergleichende Untersuchungen vorgenommen werden. Diesen

Zusammenhang. Als solcher stellt sich die höhere Natur des Volkes als ein stets werdendes sich entwickelndes Ganzes dar, von dem auch das gegenwärtige Zeitalter nur ein Glied bildet. In dieser Auffassung von Geschichtlichkeit offenbart sich ein organisches Entwicklungsdenken. Die Geschichte wird nicht als der eigentliche Modus des Geschehens begriffen, sondern zum Entfaltungsraum einer Natur- Entwicklung reduziert, die sich aus einem immanenten Prinzip organisch vollzieht."

⁵⁴⁴ Schelling, System des transcendentalen Idealismus (1800) iv. 3. Satz β. Zusätze III. In: M. Frank (Hrsg.): F.W.J.v. Schelling, Ausgewählte Schriften Bd.1. Frankfurt/M. 1985, S. 655-6: "Das Entstehen der allgemeinen Rechtsverfassung darf nicht dem bloßen Zufall überlassen seyn, und gleichwohl ist eine solche nur von dem freien Spiel der Kräfte, das wir in der Geschichte wahrnehmen, zu erwarten (...)."

⁵⁴⁵ Zum ersten Mal angelegt in: Puchta, Grundriß zu Vorlesungen über juristische Encyclopädie und Methodologie. Teil.II. Erlangen 1922, S. 18-24.

⁵⁴⁶ Puchta, Encyclopädie als Einleitung zu Institutionenvorlesungen, S. 32.

Weg ist Puchta nicht gegangen, obwohl er in einer vergleichenden Rechtsgeschichte ein Forschungsdesiderat erkannte. Zum anderen muß auf diachroner Ebene eine Rechtsquellenlehre und ein Entwicklungsschema des Rechts konzipiert werden. Hierzu hat Puchta die notwendigen Begriffspräzisierungen und Schemata der Rechtsentwicklung geliefert.

Bei Puchta ist das Volk die Quelle des Rechts. Das Volk ist ein *organisches Ganzes*, das sich durch bestimmte geistige Dispositionen und praktische Tätigkeiten von anderen Völkern unterscheidet. Recht ist das Bewußtsein eines Volkes von seiner Freiheit (in einem abstrakten Sinn), "das Recht entsteht in der Überzeugung des Volks und durch das Bewußtsein des Volks darüber."⁵⁴⁷ Die Überzeugung der Volksglieder ist ursprünglich und natürlich, denn ein Volk hat "von Natur eine gleiche Geistesrichtung" oder auch einen *Volkscharakter*. Diese Behauptung erlaubt Puchta, nicht von natürlichen Rechten im traditionellen Sinn, sondern von solchen Rechten zu sprechen, deren historischer Ursprung in der natürlichen Volkseinheit liegt.⁵⁴⁸ An die Stelle der rationalen Deduktion der Naturrechtsgrundsätze tritt die Suche nach der gemeinsamen Überzeugung aller Volksglieder, nach dem Willen der Nation.⁵⁴⁹ Obwohl es nur eine Rechtsquelle gibt, führt Puchta drei Formen der Rechtentstehung an. Ein Volk bringt das Recht entweder unmittelbar oder vermittelt über zwei verschiedene Instanzen hervor. Im ersten Fall entsteht Gewohnheitsrecht, im zweiten jedoch gesetzliches Recht oder

⁵⁴⁷ Puchta, Encyclopädie als Einleitung zu Institutionenvorlesungen, S. 18.

⁵⁴⁸ Puchta, Vorlesungen über das heutige römische Recht Bd.1. 1. Buch cap.1. § 10, aus dem Nachlaß herausgegeben von A.A.F. Rudorff: Leipzig 1847, S. 20: "Die wahre Lehre von der Entstehung des Rechts ist folgende: Die Rechtssätze beruhen auf einer gemeinsamen Ueberzeugung, vermöge deren die in rechtlicher Gemeinschaft Stehenden eine Vorschrift als rechtliche Norm anerkennen. Diese Ueberzeugung entsteht als eine gemeinsame, ursprüngliche auf natürlichem Weg, d.h. dadurch, daß den Genossen derselben von Natur eine gleiche Geistesrichtung innewohnt. Daher hat das Recht seinen menschlichen und geschichtlichen Ursprung in einer natürlichen Verbindung, welche die Vereinigten geistig afficiert. Dies ist die Volksverbindung."

⁵⁴⁹ Puchta, Pandekten. 1. Buch cap.1. § 10. Leipzig 1850⁵, S. 17: "Das Recht ist eine gemeinsame Überzeugung der in rechtlicher Gemeinschaft Stehenden. Die Entstehung eines Rechtssatzes ist daher die Entstehung einer gemeinsamen Überzeugung, welche die Kraft in sich trägt, das, was sie als Recht erkennt, zur wirklichen Ausführung zu bringen. Diese Kraft hat der Wille der Nation (...)."

wissenschaftliches Juristenrecht.⁵⁵⁰ Diese drei Formen der Rechtsentstehung markieren bei Puchta die Perioden der Rechtsgeschichte von der ursprünglichen Rechteinfachheit (Gewohnheit) über deren Vervielfältigung (Gesetzgebung) bis hin zur Vereinheitlichung des Rechts (Wissenschaft). Anfänglich lebt jedes Volk für sich isoliert in einfachen Zuständen, die keine gesonderte Kenntnis des Rechts und der Sitte vom einzelnen Menschen verlangen. Erst wenn Beziehungen zwischen den Völkern aufgenommen werden, werden die Verhältnisse komplex und unübersichtlich. Gesetzgebung hat hier die Aufgabe, die Rechtsverhältnisse homogen zu halten. In der Bestimmung der dritten Periode der Rechtsentwicklung wird das Selbstverständnis der historischen Schule offenbar. Hier geht es nicht mehr um Volksrecht oder Gesetzesrecht eines politischen Gesetzgebers, sondern um reines Juristenrecht. Nach Puchta tritt ein Volk in die wissenschaftliche Periode ein, sobald es einen Prozeß der Selbstreflexion auslöst und seine geistigen Fähigkeiten - Sprache, Kunst, Recht - ausbildet. Die wissenschaftliche Behandlung des Rechts führt dieses auf "eine vermittelte Einheit" zurück, so daß der "Kreislauf der Bildung" sich vollendet.⁵⁵¹ Den wissenschaftlich orientierten Juristen - im Gegensatz zu den Rechtspolitikern - kommt das Privileg aber auch das Verdienst zu, die Vollendung des Bildungskreislaufes der menschlichen Gattung zu befördern.

Das ist in Umrissen die Konfliktsituation zwischen der rechtspolitischen und historischen Fraktion innerhalb der Jurisprudenz des 19. Jahrhunderts. Savigny und Puchta bringen die Geringschätzung ihrer wissenschaftlichen Gegner unumwunden zum Ausdruck. Die Pointe ihrer Doktrin ist jedoch nicht die katego-

⁵⁵⁰ Puchta, Encyclopädie als Einleitung zu Institutionenvorlesungen, S. 24-8. Ders., Cursus der Institutionen Bd.1. 1. Buch cap. 2. Leipzig 1871¹, S. 26-7. Ders., Das Gewohnheitsrecht 1.Teil 2. Buch cap. 2. Erlangen 1828, S. 143-9. Ders., Pandekten 1.Buch cap. 1. §§ 11-6, S. 17-26. Vgl. Savigny, System des heutigen römischen Rechts Bd. 1. Buch 1. cap. 3. §§ 17-20. Berlin 1840, S. 66-100.

⁵⁵¹ Puchta, Encyclopädie als Einleitung zu Institutionenvorlesungen, S. 31: "Das Volk wendet sich von außen wieder nach innen, zur Ausbildung seiner geistigen Fähigkeiten, Kunst und Wissenschaft gewinnen ein selbständiges Daseyn. Das Recht geht nun über auf einen besonderen Stand, der es wissenschaftlich bildet, und eine vermittelte Einfachheit durch das System zurückführt (...)." Hier wird "der Kreislauf der Bildung vollendet."

rische Ablehnung des Politischen im Recht, sondern die Forderung an zeitgenössische Rechtspolitik, das lebendige und politische Element im Recht auf den historischen Sinn zu gründen. Puchta weist nachdrücklich darauf hin, daß erst die historische Schule eine Vorstellung dieses kreisförmigen Bildungsprozesses erlangt hat. Savigny ist in dieser Perspektive der erste Gelehrte, der die Rechtshistorie über eine Geschichte der Gesetzgebung und Rechtsgelehrsamkeit hinaus auf eine Erkenntnis der Relation von Recht und Volk, von Gegenwart und Vergangenheit erweitert hat.⁵⁵² Puchta übernimmt ohne Zweifel aus der Schelling'schen Philosophie das Muster der drei Menschheitsperioden oder *Weltalter*.⁵⁵³ Dieses Motiv impliziert, daß der Historiker sich den Anfang aller Dinge in der Welt vergegenwärtigt, die geschichtliche Entwicklung vom Ursprung bis in seine Zeit nachzeichnet und dadurch den Kreislauf der natürlichen Bildung abschließt - ungeachtet der theologischen Implikationen dieser Vorstellung bei Schelling.⁵⁵⁴ Das heilsgeschichtliche Motiv der Schelling'schen Weltalterlehre wird zu einem Glauben an diesseitige Erlösung gewendet und in der historischen Rückbesinnung auf die Ursprünge des Rechts wird die Unmittelbarkeit von Volksbewußtsein und Rechtsverständnis offen dargelegt.

Nach Puchta ist Rechtsoffenbarung der natürliche Entstehungsgrund des Rechts und die einheitliche Volksüberzeugung ist ein Abbild des göttlichen Rechtswillens.⁵⁵⁵ Jeder einzelne

⁵⁵² Puchta, *Encyclopädie als Einleitung zu Institutionenvorlesungen*, S. 68: "Der Charakter der savigny'schen Schule besteht in der Erkenntniß des Rechts als eines Theils des Volkslebens, wornach denn das Recht dem Volk angehörig, mit ihm entstanden und bis auf den jetzigen Standpunkt herangebildet erscheint, in einem nothwendigen inneren Zusammenhang der Gegenwart mit der Vergangenheit."

⁵⁵³ Puchta, *Cursus der Institutionen* I. 1. I., S. 19: Das Recht durchläuft nach Puchta in jedem Volk eine Bildungsgeschichte. "Jedes Volk ist ein Glied der großen Kette, die von dem in die Nacht zurückgetretenen Anfang des jetzigen Weltalters bis zu seinem kommenden Ende reicht." Vgl. Schelling, *Die Weltalter* I. Buch. *Die Vergangenheit* (1811). In: M. Frank (Hrsg.): *F.W.J. v. Schellings Ausgewählte Schriften* Bd. 4. Frankfurt/M. 1985, S. 215-21.

⁵⁵⁴ Wie weit eine detaillierte Analyse der Beziehung zwischen Schelling und den Rechtsgelehrten seiner Zeit führen kann, hat A. Hollerbach, *Der Rechtsgedanke bei Schelling. Quellenstudien zu seiner Rechts- und Staatsphilosophie*, dargelegt.

⁵⁵⁵ Puchta, *Cursus der Institutionen* I. 1. I., S. 11: "Das Recht ist sonach die Anerkennung der rechtlichen Freiheit, die sich in den Personen und ihrem Willen,

Mensch ist insoweit *imago Dei* als er ein geistiges Wesen ist, das sich gegenüber den Naturwesen durch Willensfreiheit auszeichnet.⁵⁵⁶ Puchta legt seiner Rechtslehre gleichermaßen ein Bewußtsein vom Dasein des Rechts und vom Anspruch auf Rechtsfreiheit zugrunde. D. h. jede Menschengemeinschaft versteht sich ursprünglich bereits als Rechtsgemeinschaft, in der ein gemeinsamer Wille zum Schutz der individuellen Freiheit zum Ausdruck kommt. Das übereinstimmende Bewußtsein aller Glieder eines Volkes nennt Puchta in Anlehnung an die Herdersche Tradition *Volksgeist*. Die Verbindung der Einzelmenschen in der übergeordneten Instanz eines Volksgeistes kommt nicht nur im gemeinsamen Rechtsbewußtsein, sondern auch in religiösen Motiven und einer gemeinsamen Sprache zum Ausdruck. Die ursprüngliche Verbindung der Menschen realisiert sich Puchta zufolge in einer Rechts-, Religions- und Sprachgemeinschaft.⁵⁵⁷

ihrer Einwirkung auf die Gegenstände äußert. Es ist selbst ein Wille, zunächst Gottes, sodann der Gesamtheit von Menschen, die durch dasselbe verbunden sind, ein Wille, der auf die Anerkennung der Person und ihres Willens gerichtet ist." Vgl. O. Behrends, Geschichte, Politik und Jurisprudenz in F.C. v. Savignys System des heutigen römischen Rechts. In: O. Behrends u.a. (Hrsg.): Römisches Recht in der europäischen Tradition. Ebelsbach 1985, S. 263: "Zahlreiche Äußerungen Savignys, die sich zusammentragen lassen, zeigen, daß es ein theologisches Motiv ist, mit dem Savigny das Recht zu einem im geistigen Sinne lebendigen Gegenstand erhebt. Es ist der Gedanke, daß Recht das Ergebnis einer von Anfang an in den menschlichen Rechtsordnungen wirkenden göttlichen Offenbarung ist. Recht ist nach Savigny (...) dem Grundzug nach ein universeller Bestandteil der *Conditio humana*, der, wie die Sprache, mit jeder menschlichen Ordnung untrennbar verbunden ist."

⁵⁵⁶ Puchta, *Cursus der Institutionen* I. 1. 1, S. 3: Der Mensch ist einerseits ein Naturwesen. "Von der andern Seite ist der Mensch ein geistiges Wesen. Er ist vor allen anderen Geschöpfen dadurch ausgezeichnet, daß ihm zugleich die Möglichkeit gegeben ist, sich selbst zu etwas zu bestimmen, ein Wille, eine Wahl. Diese Möglichkeit ist die Freiheit des Menschen. In dem Geist und der in ihm gegebenen Freiheit liegt die Aehnlichkeit mit Gott, welche schon die älteste unserer heiligen Schriften dem Menschen beilegt."

⁵⁵⁷ Puchta, *Cursus der Institutionen* I. 1. 2, S. 21-2: "Dieses menschliche Recht setzt ein gemeinsames Bewußtsein als seine Quelle voraus. Ein Rechtssatz ist es dadurch, daß er in der gemeinsamen Überzeugung derer, für die er gilt, als solcher anerkannt ist. Das Recht ist der gemeinsame Wille der Rechtsgenossen. Durch dieses gemeinsame Rechtsbewußtsein, wie durch eine gemeinsame Sprache, und durch eine gemeinsame Religion, wenn diese eine natürliche ist, sind die Glieder eines Volkes verbunden zu einer auf leiblicher und geistiger Verwandtschaft beruhenden, über die Innigkeit des Familienbandes hinaus sich erstreckenden, durch eine Scheidung der Menschheit entstandenen Vereinigung (...) mit einem

Der Volksgeist ist in dieser Perspektive die "Quelle des natürlichen Rechts", religiöser Überzeugungen und sprachlicher Regeln. Puchtas Bestimmung des natürlichen Rechts hat mit dem Naturrechtsdenken des 17. und 18. Jahrhunderts nichts gemein. Die Suche nach einem principium juris, das außerhalb der Geschichte des positiven Rechts liegen soll, hat für die Rechtshistoriker Savigny und Puchta nur ein negatives Ergebnis: Ein Recht, das keine Geschichte hat, hat auch keine Realität.⁵⁵⁸ Ein Recht hat nur dann einen natürlichen Status, wenn es in Beziehung zu seiner Quelle, dem Volksgeist, gesetzt wird. Puchtas These, daß es natürliche Rechte - d. h. eine natürliche Rechtsüberzeugung in einer Volksgemeinschaft - gibt, basiert auf dem Herderschen Modell von Sprachursprung und -entwicklung. Herder hat diesbezüglich vier Naturgesetze aufgestellt. 1. Weil der Mensch ein freidenkendes und sich entwickelndes Wesen ist, ist er ein Geschöpf der Sprache. 2. Weil der Mensch ein geselliges Wesen ist, ist ihm die Entwicklung einer Sprache natürlich und notwendig. 3. Weil die Menschheit mehr als eine Gesellschaft umfaßt, haben sich mehrere Sprachen gebildet. 4. Weil die Menschheit wahrscheinlich ein progressives Ganzes ist, das von einem Ursprung zur Vervollkommenung drängt, drückt auch die Sprachentwicklung diese Bewegung aus und ist ein Element in der "Kette der Bildung" (Sitte, Religion, Recht etc.).⁵⁵⁹

Wort der Volksgeist ist die Quelle des menschlichen oder natürlichen Rechts, der rechtlichen Ueberzeugungen, die sich in den einzelnen Gliedern bethätigen."

⁵⁵⁸ Puchta, Cursus der Institutionen I. 1. 5, S. 83-5.

⁵⁵⁹ Herder, Auf welchem Wege der Mensch sich am füglichsten hat Sprache erfinden können und müssen? In: J.G. v. Herders sämtliche Werke Zur Philosophie und Geschichte 2. Teil Tübingen 1806, S. 119, 140, 153 & 166: "Erstes Naturgesetz: Der Mensch ist ein freidenkendes, thätiges Wesen, dessen Kräfte in Progression fortwirken; darum sey er ein Geschöpf der Sprache(...) Zweites Naturgesetz: Der Mensch ist, seiner Bestimmung nach, ein Geschöpf der Herde, der Gesellschaft; die Fortbildung einer Sprache wird ihm also natürlich, wesentlich, nothwendig(...) Drittes Naturgesetz: Da das ganze menschliche Geschlecht unmöglich eine Herde bleiben konnte: so konnte es auch nicht Eine Sprache behalten. Es ward also ein Bildung verschiedener Nationalsprachen notwendig(...) Viertes Naturgesetz: So wie nach aller Wahrscheinlichkeit das menschliche Geschlecht ein progressives Ganzes von Einem Ursprunge in Einer großen Haushaltung ausmacht: so auch alle Sprachen, und mit ihnen die ganze Kette der Bildung."

Sprache und Recht sind gleichermaßen natürliche Bestimmungen des Menschen, d. h. die Menschheit ist nicht ohne Rechtsbewußtsein und Sprachfähigkeit zu denken. Der letzte historische Grund von Sprache und Recht ist die natürliche gemeinsame Überzeugung eines Volkes über die Regeln der Kommunikation und der Handlungsfreiheit. Herders Diktum, daß dem Menschen die "Erfindung der Sprache (...) also so natürlich [ist], als er ein Mensch ist"⁵⁶⁰, gilt bei Puchta analog für das Recht.⁵⁶¹ Der göttliche Ursprung von Sprache und Recht wird in diesem Zusammenhang weder von Herder noch Puchta radikal in Zweifel gezogen. "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."⁵⁶² Aufgabe der Rechtswissenschaft ist es, die Einheit des ursprünglichen Rechtsbewußtseins auf einer höheren Stufe wiederzuerlangen. Angesichts dieser wissenschaftlichen Tendenz ist eine Gesetzgebungspolitik, die sich nicht ihrer traditionellen Bindung und "unauflöslichen Gemeinschaft der Zeiten" (Savigny) bewußt ist, kontraproduktiv. Darüberhinaus ist Gesetzesrecht, das nicht im Einklang mit der Rechtsüberzeugung eines Volkes steht, nicht mit bindender Kraft ausgestattet, weil der Volksgeist eigentlicher Rechtsgrund ist und nicht der partikuläre Wille eines politischen Gesetzgebers. Im Begriff des *Gewohnheitsrechts* hat Puchta seiner These, daß alles Recht im Willen der Nation gegründet, Ausdruck verliehen.⁵⁶³

⁵⁶⁰ Herder, Haben die Menschen, ihren Naturfähigkeiten überlassen, sich selbst Sprache erfinden können? In: J.G. v. Herders sämtliche Werke Zur Philosophie und Geschichte 2. Teil Tübingen 1806, S. 46.

⁵⁶¹ J. Bohnert, Über die Rechtslehre Georg Friedrich Puchtas (1798-1846) Karlsruhe 1975, S. 26-7.

⁵⁶² Puchta, Vorlesungen über das heutige römische Recht I. 1. 1. § 10, S. 21. Vgl. Herder, Haben die Menschen, ihren Naturfähigkeiten überlassen, sich selbst Sprache erfinden können?, S. 55.

⁵⁶³ Puchta, Vorlesungen über das heutige römische Recht I. 1. 1. § 11, S. 23-4: "Gewohnheitsrecht ist das Recht, welches in dem Bewußtsein des Volkes unmittelbar entstanden und erzeugt ist, zu dessen Hervorbringung der Volksgeist sich keines anderen Mittels, als des Gemüthes der Volksglieder selbst bedient hat, und das in der Sitte des Volks, usus, consuetudo, manifestiert.(...) Der Grund des Gewohnheitsrechts ist das nationale Rechtsbewußtsein. In dem Volke als natürlicher Verbindung ist dieses Recht zu suchen.(...) Das Gewohnheitsrecht ist vor dem gesetzlichen. Es hat seine Kraft nicht von der Autorität des Gesetzgebers, sondern von derselben Macht, auf die auch diese Autorität zunächst sich

Gewohnheit ist nicht ein rationales Fundament des Rechts, sondern bezeichnet die eingelebten und bewußten Prinzipien einer Lebensordnung, die dem Charakter eines bestimmten Volkes angemessen ist. Volk - um es noch einmal deutlich zu sagen - meint bei Puchta ein natürliches Verhältnis, das auf "leiblicher und geistiger Verwandtschaft" der Volksglieder basiert. Der Volksgeist transportiert die gemeinsame Überzeugung von Ermöglichung und Begrenzung sowohl moralischer als auch rechtlicher Freiheit. Das Gewohnheitsrecht ist nach Puchta die natürliche Gestalt dieser gemeinsamen Überzeugung und somit das *Naturrecht* der historischen Schule.

Das Problem der Rechtsverbindlichkeit löst Puchta folgendermaßen. Wenn eine Gemeinschaft von Menschen gedacht wird, dann müssen ihr ursprünglich sprachliche, religiöse und rechtliche Bindungen zugerechnet werden. "Das Recht ist dem Menschen gleich von Anfang in die Welt mitgegeben, als eines der Bande, welche die Menschen umschließen, und ihre irdischen Verhältnisse bestimmen."⁵⁶⁴ Zwar zeigt die Natur ein Widerspiel von Individualisierungstendenz und Gattungsbildung, doch die Menschen unterliegen diesen Naturtrieben nur partiell und sind in der Lage, der radikalen Individualisierung geistige Bande entgegenzusetzen. Die Grundfigur psychischer Bindung ist die Liebe, auf ihr beruhen die natürlichen Verbindungen der Menschen, das sind die Familie, das Volk und die universelle Menschengemeinschaft. Das Recht entsteht, sobald der Mensch aus dem ursprünglichen Verhältnis der Liebe zu Gott und seinen Nächsten heraustritt. Seine Funktion ist repressiv, weil es die individuellen Ungleichheiten der Menschen (Persönlichkeit) zugunsten einer Realisierung der Rechtsgleichheit (Person) eibebnet. Die ursprüngliche Liebe zum Nächsten wird ersetzt durch die Achtung vor der Person des Anderen.⁵⁶⁵ Die einzelnen Rechtssätze, die das

zurückführt; es gilt, weil das Recht ein nationeller Wille und das Gewohnheitsrecht die erste Gestalt ist, die er annimmt."

⁵⁶⁴ Puchta, *Cursus der Institutionen* I. 1. 1, S. 15.

⁵⁶⁵ Puchta, *Cursus der Institutionen* I. 1. 1, S. 19: "An die Stelle der Liebe des Individuums [in der Familie], welche der reinen Entwicklung des rechtlichen Bewußtseins sich entgegensetzt, tritt im Volk gegenüber den Volksgenossen die Anerkennung und Achtung der Person, des Willenssubjekts, und die rechtliche Auffassung der Verhältnisse kommt frei und mit Macht empor."

Recht eines Volkes bilden, stehen in einem organischen Zusammenhang, weil der homogene Charakter des Volksgeistes sich auf die von ihm produzierten Rechtssätze erstreckt. Widersprüche im Recht sind dennoch möglich, weil auch der Volksgeist von Krankheiten befallen werden kann. Hier bietet die historische Rechtswissenschaft eine geeignete Therapie, indem sie die Prinzipien des Rechts in ihrem organischen Zusammenhang aufdeckt.⁵⁶⁶

Recht und Rechtsverbindlichkeit sind bei Puchta ein Wesenszug der ursprünglichen Volksgemeinschaft, die - analog zur Liebesbeziehung in der Familie - durch eine Rechtsbindung zusammengehalten wird. Der Staat ist demgegenüber keine sittliche Instanz, noch die Realisierung einer sittlichen Idee, sondern vielmehr die äußere Seite des vereinigten Volkswillens, die Rechtsverletzungen wirksam entgegensteht. Puchtas Staatsbegriff basiert weder auf der Vorstellung eines Gesellschaftsvertrages noch derjenigen eines natürlichen Staatsgebildes. Staat und Recht entstehen als Effekte eines Volksgeistes, der die Einzelwillen vereinigt (Rechtsbewußtsein) und zur Unterwerfung unter eine Obrigkeit nötigt (Staat).⁵⁶⁷ Aufgrund ihrer Konzeption vom Volksgeist als natürlicher Vereinigung der Menschen stellt sich der historischen Rechtsschule das Problem juridischer Obligation nicht. Wer am Geist eines Volkes partizipiert, der ist durch die gemeinsame rechtliche Überzeugung immer schon verpflichtet. Rechtsverletzung ist dann eine Störung des organischen Gemeinschaftsgefüges. Die historische Rechtsschule

⁵⁶⁶ Puchta, Cursus der Institutionen 1. 1. 2, S. 32.

⁵⁶⁷ Puchta, Cursus der Institutionen 1. 1. 2, S. 25-6: "Der Staat ist nicht eine natürliche Verbindung wie das Volk, wengleich auf dieser natürlichen Grundlage errichtet. Die Staaten entstehen, wie das Recht selbst, durch den menschlichen Willen.(...) der Wille des Volks, der Wille, den die Menschen als Glieder dieser Verbindung haben, ist die natürliche Quelle des Staats und seiner Verfassung, der Volksgeist bringt den Staat, wie das Recht hervor, indem er die Glieder des Volks in dem Willen, dieser Obrigkeit, als dem Organ des Rechts, sich zu unterwerfen, vereinigt.(...) Das Recht entsteht nicht erst durch den Staat, dieser setzt vielmehr ein rechtliches Bewußtsein, ein Recht schon voraus, welches zu schützen seine Hauptaufgabe ist.(...) Der Staat setzt das Recht voraus, ist aber hinwiederum dessen nothwendige Ergänzung. Beide haben jene übernatürliche und natürliche Entstehung mit einander gemein: sie beruhen auf Gottes Ordnung, und auf dem Willen, den der Mensch als Glied einer Nation hat."

tritt auf verschiedenen Ebenen gegen die Autonomiebestrebungen ihres Zeitalters an. Weder die Autonomie der Gegenwart gegenüber der Vorzeit, noch die des Willenssubjekts gegenüber der Gemeinschaft des Volkswillens werden von ihr toleriert. Verbindlichkeit des Rechts kann somit nicht rational aus Grundsätzen des Naturrechts deduziert oder in legitimer Weise äußerlich erzwungen werden, sondern sie muß als ursprünglich im Rechtsbewußtsein der Volksgemeinschaft verankert angesehen werden. Ein Rechtsinstitut, dessen Herkunft zweifelsfrei aus seinen historischen Quellen abgeleitet wird, ist insofern für jeden Menschen verbindlich, der am Geist eines bestimmten Volkes partizipiert. Savigny entwickelt den Grundsatz der Rechtsbildung in einem Volk als abgeschlossener Einheit.⁵⁶⁸ Rom ist Savigny das Sinnbild dieser homogenen und exklusiven Entfaltung ursprünglicher Rechtsprinzipien zu einem Rechtssystem. Um den Geltungsanspruch einzelner Grundsätze des römischen Rechts im 19. Jahrhundert beweisen zu können, müssen Savigny und Puchta eine lückenlose Rezeptionsgeschichte (Geschichte des römischen Rechts im Mittelalter) und eine plausible Systematik des heutigen römischen Rechts (Pandekten) entwerfen. Die Rezeption des römischen Rechts durch die germanischen Völker darf unter diesen Prämissen nicht deren Volksgeist zerstört haben, römisches Recht muß vielmehr in den Wesenskern der germanischen Rechtsüberzeugung eingedrungen sein.

Das genetisch-systematische Modell der Rechtsentwicklung fordert eine besondere historische Perspektive. Die Geschichte darf keine Brüche haben und die Vorstellung organischer Entwicklung bedingt, daß die Rezeption des römischen Rechts in Deutschland dessen Gehalt an fremden Elementen vollständig aufgehoben hat. Rezeption meint nach Savigny, das Fremde zum Eigenen zu machen - unter der Bedingung einer universalen Verwandtschaft der Rechtsprinzipien. Das genetische Modell funktioniert unter der Voraussetzung, daß sich im historischen Geschehen nur das entfalten kann, was ursprünglich angelegt ist. Weil das römische Recht der Antike die Trennung von privatem und öffentlichem Recht nicht kennt, hat auch die historische

⁵⁶⁸ Savigny, Vom Beruf unserer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft, S. 32-4.

Schule keinen juristischen Begriff von dieser Differenz der Rechtsgebiete. Gustav Hugos Bevorzugung des römischen Rechts und seine Bestimmung des Privatrechts als anthropologischer Konstante im historischen Prozeß wird von Savigny und Puchta auf diese Weise geschichtsphilosophisch vertieft. Der historische und systematische Rekurs auf die römischen Rechtsverhältnisse der Antike ist demnach nur dann plausibel, wenn zweifelsfrei bewiesen werden kann, daß die Grundbegriffe des modernen Privatrechts - Rechtsfreiheit und -personalität, Geschäftsfähigkeit etc. - bereits in der Zeit römischer Weltherrschaft zum geltenden Recht gehörten. Puchtas These, daß eine ursprüngliche Rechtsgemeinschaft ohne "die Anerkennung und Achtung der Person"⁵⁶⁹ nicht denkbar ist, muß durch eine Analyse der Rechtsquellen bestätigt werden. Der Respekt vor dem Mitmenschen und der Gehorsam gegenüber der Obrigkeit sind nicht die Wirkung einer natürlichen Verpflichtung, die in der Natur des Menschen oder im göttlichen Willen gründet. Dieses Gefühl der Achtung entsteht auch nicht im autonomen Willenssubjekt durch Selbstverpflichtung oder äußeren Zwang, sondern es ist unauslöschlicher Bestandteil eines allgemeinen Rechtsbewußtseins, in dem der Einzelmensch am Volkswillen partizipiert. Die *obligatio naturalis*, vormals ein Grundbegriff der Naturrechtslehren des 17. und 18. Jahrhunderts, erscheint in der Perspektive der historischen Rechtslehre - von seinem theologischen Hintergrund gelöst - als zentraler Begriff der römischen und damit auch zeitgenössischen Privatrechtslehre.

2.2.3. Savigny und das Obligationenrecht

In den Jahren 1851-53 hat Savigny sein letztes großes Werk - *Das Obligationenrecht als Teil des heutigen römischen Rechts* - veröffentlicht. Anhand dieser Schrift läßt sich exemplarisch aufzeigen, wie Savigny die Annäherung an den Sprachgebrauch der Römer vollzieht und die seiner Ansicht nach philologisch unzureichenden Lehrmeinungen widerlegt. Nach Savigny ist die

⁵⁶⁹ Puchta, *Cursus der Institutionen* I. 1. 1, S. 19.

Vorstellung, daß jedem Recht des Einen eine Verpflichtung des Anderen korrespondiert - *jus* und *obligatio* mithin Korrelationsbegriffe sind - falsch, weil sie dem Begriff der Obligation einen Sinn verleiht, der diesem bei den Römern völlig fremd war.⁵⁷⁰ Der römische Sprachgebrauch verwendet laut Savigny den Begriff der Obligation weder für die Bestimmung einseitigen Verpflichtetseins noch für eine Konzeption zivilen Gehorsams. Seiner Ansicht nach steht die wahre Bedeutung dieses Begriffs im Zusammenhang mit einem Bild des Bindens als einer Veranschaulichung des unfreien oder gebundenen Willens. Obligation meint die Herrschaft über einzelne Handlungen einer fremden Person. Ihre Grenze liegt dort, wo die Persönlichkeit des Mitmenschen ihren Sitz hat, d. h. die Innerlichkeit (moralische Freiheit) kann nach Savigny auch im römischen Recht nicht Gegenstand eines Verpflichtungsverhältnisses sein.⁵⁷¹ Die Differenz von ziviler und natürlicher

⁵⁷⁰ Savigny, Das Obligationenrecht als Teil des heutigen römischen Rechts 1. 1. § 3. [Berlin 1851] Reprint: Aalen 1973, S. 13: "Die wahre Bedeutung des Ausdrucks wird hier von der einen Seite zu sehr beschränkt, indem man ihn nur auf den Zustand des Verpflichteten, nicht auch auf den des Berechtigten, also auf das vollständige Verhältniß zwischen beiden Personen, anwenden will; von der anderen Seite zu weit ausgedehnt, indem er nicht blos für die dem Obligationenrecht (in dem oben bestimmten Sinn desselben) angehörenden Institute gelten soll, sondern auch für alle anderen Theile des Privatrechts, wie z.B. das Sachenrecht; ja sogar auch über die Gränzen des Privatrechts hinaus, indem man eben so von einer obligatio der Unterthanen gegen den Staat redet." Bekannt ist Savigny die naturrechtliche Tradition durch die Abhandlung von A.D.Weber (1753-1817), Systematische Entwicklung der Lehre von der natürlichen Verbindlichkeit und deren gerichtliche Wirkung. Schwerin & Wismar 1784, die in folgender Bemerkung kulminiert (§ 30, S. 81): "Ich setze hier (...) als eine Grundwahrheit voraus, daß der Wille Gottes, als des höchsten Oberherrn, der Grund aller natürlichen Pflichten im eigentlichen Verstande sei. Kein anderes allgemeines Principium des Naturrechts wird bei näherer Prüfung die Probe halten. Aus unserer wesentlichen Abhängigkeit von Gott fließt die Schuldigkeit, Ihm gehorsam zu sein.(...) Derjenige Wille Gottes, den wir aus der Natur, und der beständigen Einrichtung der Dinge, durch vernünftige Betrachtung derselben erkennen, macht das Gesetz der Natur aus." Vgl. zum Einfluß Webers auf Savigny: H.Thieme, Die Zeit des späten Naturrechts. Eine privatrechtsgeschichtliche Studie. In: ders.: Ideengeschichte und Rechtsgeschichte 2, S. 668-72.

⁵⁷¹ Savigny, Das Obligationenrecht als Teil des heutigen römischen Rechts 1. 1. § 2, S. 4: "Der Begriff der Obligation (...) besteht in der Herrschaft über eine fremde Person; jedoch nicht über diese Person im Ganzen (wodurch deren Persönlichkeit aufgehoben seyn würde), sondern über einzelne Handlungen derselben, die als aus ihrer Freiheit ausscheidend, und unserm Willen unterworfen, gedacht werden

Obligation hat nicht mit der Trennung von Recht und Moral, äußerer und innerer Freiheit zu tun, sondern ausschließlich mit der römisch-rechtlichen Unterscheidung von *Jus civile* und *Jus gentium*. Natürliche Verpflichtungen beruhen auf der *naturalis ratio* und entstehen, wenn aus freiem Willen ein Vertrag abgeschlossen, fremdes Vermögen geschädigt oder ein Rechtsanspruch verletzt wird.⁵⁷² Savigny erörtert die systematische Behandlung dieser Typologie natürlicher Verpflichtung durch eine Vielzahl von Belegstellen, die seine philologische Akribie und Genauigkeit deutlich machen. Der gemeinsame Nenner aller Modi natürlicher Obligation ist die Klaglosigkeit, d. h. ihre unvollkommene Wirksamkeit, der die Einklagbarkeit einer zivilen Obligation entgegensteht.⁵⁷³

Das genetisch-historische Entwicklungsmodell fordert, die grundlegende Einheit und Widerspruchslosigkeit des juristischen Begriffs der Obligation zu denken. Trotz des philologischen Befundes, daß die Geltung der *obligatio naturalis* im römischen Recht eingeschränkt ist, hat Savigny "die Behauptung aufgestellt, daß bei weitem die meisten und wichtigsten Obligationen im *jus gentium* entsprungen, und zugleich im *jus civile* anerkannt sind."⁵⁷⁴ Das römische Recht fügt sich zu einem praktischen Gan-

müssen." Vgl. ders., System des heutigen römischen Rechts I. 2. I. § 53. Berlin 1840, S. 334-5.

⁵⁷² Savigny, Das Obligationenrecht als Teil des heutigen römischen Rechts I. 1. § 5, S. 26. Vgl. Puchta, Pandekten 6. 1. § 237, S. 347: "Die römischen Juristen führen die Obligationen zum Theil auf das *jus civile* und seine Prinzipien (*civilis aequitas*), zum Theil auf das allgemeinere Element des römischen Rechts (*jus gentium, naturalis aequitas*) zurück, jene heißen *civiles*, diese *naturales obligationes*."

⁵⁷³ Vgl. Weber, Systematische Entwicklung der Lehre von der natürlichen Verbindlichkeit und deren gerichtlicher Wirkung I. Abschnitt § 55, S. 166: Nach dem Verständnis der römischen Rechtslehre ist diese Bestimmung das Hauptmerkmal der *obligatio naturalis*, "welche an sich zwar nach Vorschrift der gesunden Vernunft dem in der bürgerlichen Societät sich befindenden Menschen wirklich obliegt, jedoch den völligen gerichtlichen Effekt, welcher in der Regel mit einer Zwangspflicht verbunden ist, nicht hervorbringt."

⁵⁷⁴ Savigny, Das Obligationenrecht als Teil des heutigen römischen Rechts I. 1. § 7, S. 42: "Man pflegt nämlich, in Verbindung mit jener Eintheilung, stillschweigend vorauszusetzen, die beiden Rechtssysteme, *jus civile* und *gentium*, ständen unabhängig und unvermischt neben einander. In der That aber müssen dieselben in gegenseitigem Einfluß auf einander, und dadurch verbunden zu Einem praktischen Ganzen, gedacht werden."

zen und der juristische Begriff der natürlichen Verpflichtung wird juristisch gerettet: Sie ist klaglos, aber nicht völlig wirkungslos, insofern sie - in den meisten Fällen - durch eine Zivilobligation verstärkt werden kann. Die negative Seite der *obligatio naturalis* (fehlendes Klagerecht) wird nach Savigny durch zwei Momente ausgeglichen. Zum einen durch die Möglichkeit der Selbstverpflichtung eines freien Willens im Schuldvertrag und zum anderen durch die praktische Erfordernis, formlose Verträge (z. B. Darlehensverträge mit Zinsvereinbarung und Pfandgabe) realisieren zu können.⁵⁷⁵ Diese Argumentation macht deutlich, daß Savigny ein modernes nach-Kantisches Verständnis der Rechtssubjektivität (Autonomie des Willens, Willensbindung nur durch Selbstverpflichtung) mit dem römischen Rechtsverständnis verknüpft und den Ursprung der Obligation in den praktischen Erfordernissen der römischen Geldwirtschaft vermutet.⁵⁷⁶ Es ist eine strukturelle Bedingung der genetisch-historischen Methode, daß sie ihre Resultate in den Ursprung verlegen muß. Savignys Polemik gegen die Naturrechtslehre, die ein falsches Begriffsverständnis der *obligatio naturalis* entwickelt hat, gehört in diesen Zusammenhang. Natürliche Verpflichtungen sind seiner Meinung nach seit den Ursprüngen des Rechts ein Ergänzungsmodus zur Zivilobligation und gehören dem positiven Recht im weiteren Sinne (*jus gentium*) an.⁵⁷⁷ Im heutigen Recht (Französisches und

⁵⁷⁵ Savigny, Das Obligationenrecht als Teil des heutigen römischen Rechts I. 1. § 9, S. 54-5.

⁵⁷⁶ Savigny, Das Obligationenrecht als Teil des heutigen römischen Rechts I. 1. § 9, S. 53-4: "Betrachten wir diese Frage [nach dem positiven Dasein der *obligatio naturalis*] aus einem allgemeinen Standpunkt, nach der Natur des *jus gentium* überhaupt, so können wir an dem Daseyn einer solchen Obligation nicht zweifeln. Denn der freie Wille des Schuldners, sich zu verpflichten, ist augenscheinlich vorhanden, und die fehlende Form der Stipulation, an sich willkürlich und auf bloß nationaler Sitte beruhend, ist dem *jus gentium* völlig unbekannt (...)." Vgl. zum uneingestandenem Einfluß Kants auf Savigny, der einen dezidiert anti-kantischen Standpunkt einnahm: H. Kiefner, Der Einfluß Kants auf Theorie und Praxis des Zivilrechts im 19. Jahrhundert. In: J. Blühdorn/ J. Ritter (Hrsg.): Philosophie und Rechtswissenschaft. Frankfurt/M. 1969, S. 3-25, der eine sehr detaillierte Analyse der Beziehung Kant-Savigny liefert.

⁵⁷⁷ Savigny, Das Obligationenrecht als Teil des heutigen römischen Rechts I. 1. § 14, S. 123-4: "Zum Schluß ist der Zustand der *naturalis obligatio* im heutigen Recht zu untersuchen. Wie sehr diese Lehre bei neueren Schriftstellern in Zweifel und Verwirrung gerathen ist, wurde schon oben in vielen einzelnen Fragen dargestellt. Noch schlimmer aber waren die falschen Grundansichten, die hierin

Preußisches Gesetzbuch) sind sie laut Savigny fast bedeutungslos geworden, nur in einer Hinsicht - beim sogenannten formlosen Vertrag - findet die Lehre von den natürlichen Verpflichtungen noch Anwendung. Der Unterschied zwischen römischer und moderner Gesetzgebung besteht in diesem Fall darin, daß die Antike nicht die Klagbarkeit formloser Verträge kennt, während diese in den modernen Gesetzbüchern zumeist als klagbar bestimmt werden.⁵⁷⁸ Sowohl die französische als auch die preußische Legislation deduzieren ihren Obligationenbegriff für das Vertrags- und Schuldrecht aus naturrechtlichen Prämissen. Sie verkennen - wie Savigny hinzufügt - die Tatsache, daß der Begriff der *obligatio* ursprünglich zum römischen Privatrecht gehörte, deshalb auch nicht auf andere Bereiche (öffentliches Recht und Strafrecht) ausgedehnt werden darf und nur in diesem Sinn für eine moderne Gesetzgebung zu rekonstruieren ist. Der Ursprung der klagbaren Obligation im bürgerlichen Vertragsrecht liegt nach Savigny weder im Naturrecht noch im Völkerrecht der Antike, sondern im positiven römischen Recht. Das römische Recht kennt ursprünglich zwei Rechtsgeschäfte, die Obligationen begründen: das *nexum* und die *stipulatio*.⁵⁷⁹ Im Begriff des *nexum* erkennt der Rechtsphilologe die Urform der *obligatio*, im Begriff der *stipulatio* die wirkungsmächtige Gestalt eines Grundbegriffes des Vertrags- und Schuldrechts, dessen Geltung sich seit der Antike im abendländischen Rechtsdenken infolge der Rezeption des römischen Rechts entfaltet.

früher herrschend waren, und erst in neuerer Zeit seltener geworden sind. Dahin gehört vor Allem die Lehre, nach welcher jede aus dem Naturrecht abzuleitende Verbindlichkeit auch im bürgerlichen Recht volle Wirkung äußern müsse, wenn sie nicht in diesem verboten oder in ihrer Wirkung abgeschwächt worden sey. Dabei lag zum Grunde ein völliges Verkennen des Römischen Begriffs vom *jus gentium* (in Verbindung mit der *naturalis ratio*), welches auch als ein positives Recht, nur verschieden vom *jus civile*, gedacht wurde, folglich auf rein geschichtlicher Grundlage ruhte."

⁵⁷⁸ Savigny, Das Obligationenrecht als Teil des heutigen römischen Rechts 2, S. 232-42.

⁵⁷⁹ Savigny, Das Obligationenrecht als Teil des heutigen römischen Rechts 2, S. 205: "Nexum, das symbolische Zuwägen von baarem Geld, als Gelddarlehen gedacht.(...) Das Nexum wurde schon früher, durch die *lex Poetelia* abgeschafft; seitdem blieb nur die Frage und Antwort übrig, welche sich bis in das Justinianische Recht, unter dem Namen der *stipulatio*, als die häufigste und beliebteste Form der Vertragsgeschäfte, bei den Römern erhalten hat."

Für die historische Rechtsschule gewinnt die Frage nach dem geschichtlichen Grund ihrer Rechtsinstitute und der ursprünglichen Fassung ihrer zentralen Begriffe eine eminente Bedeutung. Wenn die Grundbegriffe der Rechtslehre aus dem Zusammenhang der Naturrechtslehre gelöst sind, dann ist die Frage nach ihrem Ursprung offen. Savigny hat versucht, den historischen Grund des Obligationenbegriffs zweifelsfrei anzuzeigen, indem er auf einen altrömischen Rechtsterminus, das *nexum* rekurriert. Dieser Begriff bietet der philologischen Ursprungssuche genug Anreiz, weil er ein geräumiges Feld etymologischer Möglichkeiten abdeckt: *nexum* heißt das Ge- und Verbundene, das Um- und Verschlungene, das Zusammengeknüpfte.⁵⁸⁰

In einer Abhandlung aus dem Jahre 1833 - *Über das altrömische Schuldrecht* - hat Savigny seine These vom Ursprung des Obligationenbegriffs eingehend erläutert. Diese Abhandlung steht im Zusammenhang mit einer philologischen Diskussion über den Charakter des altrömischen Schuldrechts, die mit außerordentlicher Polemik geführt wurde. Es geht im Resultat um eine Bestimmung der Grenzen philologischer Erkenntnis. Die historische Rechtsschule hat sich von der Naturrechtslehre emanzipiert, sie hat den Vorrang des römischen Rechts behauptet und das eigentlich Juristische im römischen und heutigen Privatrecht festgelegt. Eine Analyse (historisch-systematisch) der Grundbegriffe des römischen Rechts ist der Beweisgang dafür, ob sich das organisch-genetische Entwicklungsmodell der historischen Rechtsschule behaupten kann, und ob die römischen Rechtsbegriffe den Modernitätskriterien entsprechen, die Savigny ihnen unterstellt. Die wissenschaftliche Analyse führt zu dem Resultat, daß den Begriffen des römischen Rechts kein Moment des Fremden anhaftet und das altrömische Schuldrecht zweifelsfrei ein Vorläufer des modernen bürgerlichen Schuldrechts ist. Welche Schwierigkeiten den Rechtshistoriker bei seiner Ursprungssuche erwarten, machen die spärlichen Textbefunde deutlich. Die älteste Rechtsquelle für den Zusammenhang des Schuldrechts ist das Zwölftafelrecht (449 v. Chr.): »cum nexum faciet mancipiumque,

⁵⁸⁰ Vgl. P.Huvelin, Art. *nexum*. In: Daremberg / Saglio (Hrsg.): *Dictionnaire des Antiquités Grecques et Romaines* IV. 1. Paris 1907, S. 77-83.

uti lingua nuncupassit, ita jus esto».⁵⁸¹ Wenn Bindung und Handgreifen vorgenommen wird, so wie es die Zunge benennen wird, dann ist es Recht, so könnte eine freie Übersetzung dieses rätselhaften Textes lauten. Die altrömische Gesetzgebung spricht von zwei Rechtsgeschäften, deren Charaktere im Verborgenen bleiben. Sicher ist nur, daß es sich bei dem *mancipium* (*manus capere*) um ein Kaufgeschäft handelt, das an rituelle Praktiken (Hand auflegen, Erz wägen, magische Spruchformeln vortragen) geknüpft ist.⁵⁸² Welche Bedeutung allerdings dem *nexum* in diesem Zusammenhang zukommt, ob es eine Ergänzung, Bekräftigung oder eigenständige Praktik ist, das blieb den Rechtshistorikern des 19. Jahrhunderts ein Rätsel, zu dessen Auflösung sich jeder berufen fühlte.⁵⁸³

Bemerkenswert ist, daß bereits in spätrepublikanischer Zeit Unklarheit über den Bedeutungsgehalt einzelner Rechtsbegriffe vorherrscht. M.C.Varro hat in seinem Traktat *De lingua latina* aus dem ersten vorchristlichen Jahrhundert diesem Zustand der allmählichen Auflösung traditioneller Rechtsbegriffe ein Denkmal gesetzt.⁵⁸⁴ Die von Varro zitierten Juristen Manilius und Mucius stehen vor dem Problem, daß sie es auf der einen Seite mit Rechtsgeschäften (Kauf, Verkauf, Darlehen) zu tun haben, die trotz funktionierender Geldwirtschaft auf dem magisch-sakralen Ritual des Aufwiegens ungemünzten Erzes (*per aes et libram*) basieren, und auf der anderen Seite juristische Begriffe überliefert sind (*nexum* & *mancipium*), die diesen Rechtsgeschäften nicht eindeutig zugeordnet werden können. Der Jurist Manilius faßt *nexum* und *Waageritual* identisch, bestimmt die Fassung des

⁵⁸¹ T. Mommsen, *Fontes juris Romani antiqui*. Freiburg/Brsg. 1886, S. 23: Tafel VI.1.

⁵⁸² Vgl. für den Stand der heutigen Forschung: D. Liebs, *Römisches Recht*. Ein Studienbuch. Göttingen 1987³, S. 229-31.

⁵⁸³ O. Behrends, *Das nexum im Manzipationsrecht oder die Ungeschichtlichkeit des Libraldarlehens*. In: *Revue internationale des droits de l'Antiquité*. 3ième série. tom. xxi. Bruxelles 1974, S. 137-84.

⁵⁸⁴ M.C. Varro, *De lingua latina* VII. 105, zitiert nach Huvelin, *nexum*, S. 77: "Nexum Manilius scribit omne per libram et aes geritur, in quo sint mancipia; Mucius, quae per aes et libram fiant, ut obligentur, praeterquam mancipio detur. Hoc est, quod obligatur per libram necque sum fit, inde nexum dictum. Liber, qui suas operas in servitutem pro pecunia quam debebat, dum solveret, nexus vocatur ut ab aere obaeratus."

Zwölftafelrechts *nexum Mancipiumque* als reine Tautologie und erkennt in ihr die ursprüngliche Geschäftsform des Barkaufs in einer Zeit, die gemünztes Geld noch nicht kannte. Der zweite von Varro zitierte Jurist, Mucius Scaevola, begreift das *nexum* als ein Waageritual, das eine Obligation begründet; in diesem Sinne ist es der historische Grund eines Darlehensvertrages und hat mit dem reinen Kaufgeschäft (*mancipium*) nichts zu tun. Diese beiden juristischen Positionen werden noch ergänzt - und trotzdem für den Rechtshistoriker keinesfalls plausibler - durch die Rede von der Schuldknechtschaft im Rom am Ende der republikanischen Epoche. Cicero und Livius liefern hier das Material (Cicero, *De re publica* II.34. Livius, *Ab urbe condita* VIII.28.8.).

Im Hinblick auf Savignys Konzeption zeigt sich, daß die Rechtshistorie des 19. Jahrhunderts das Erklärungsdefizit der Antike neubelebt und der Begriffsbestimmung des Mucius Scaevola als der *modernen* Erklärungsvariante den Vorzug gibt. Modern mutet sie deshalb an, weil nach Mucius das Gelddarlehen ein ursprüngliches Rechtsgeschäft ist, das sich des magischen Rituals (*aes et libra*) bedient, um ein Kaufgeschäft zu simulieren und dadurch eine Obligation zu bewirken. Die Frage nach dem Charakter dieser ursprünglichen Obligation, von der nur der rätselhafte Begriff des *nexum* Kunde gibt, hat die Gelehrten des 19. Jahrhunderts in eine langanhaltende Debatte verstrickt. Ob nämlich die Obligation bereits ursprünglich im Modus der freien Einwilligung oder Selbstverpflichtung, im äußeren Zwang oder magischen Ritual gründet, die Beantwortung dieser Frage wird für die historische Rechtsschule zum Prüf- und Stolperstein ihres genetischen Entwicklungsmodells. Savigny hat sich mit dem Historiker Niebuhr, der kein Vertreter der modernen Lesart ist, auseinandergesetzt. Niebuhr folgt dem Juristen Manilius und stützt seine These auf Livius' Formulierung *se nexum dare* (*Ab urbe condita* VIII.28.2.) und auf einen Vergleich mit den Rechtsvorstellungen anderer Kulturen: *nexum* bezeichnet ein Kaufgeschäft in dem Verständnis, daß ein freier Mensch sich selbst verpfändet, um seine Schuld abzugleichen.⁵⁸⁵ Dieses Rechtsinstitut widerspricht

⁵⁸⁵ B.G. Niebuhr, Vorträge über römische Geschichte, an der Universität zu Bonn gehalten [1817] Bd.1. M.Isler (Hrsg.): Berlin 1846, S. 230: "Das allgemeine Schuldrecht welches sich im Orient, bei den Griechen, bei den nordischen

nicht der römisch-republikanischen Gesinnung, die Niebuhr in der vorchristlichen Zeit Roms paradigmatisch verwirklicht sieht, weil die Selbstverpfändung durchaus die Strenge des Rechts wie auch die Charaktergröße des Rechtssubjektes unterstreicht. Das *nexum* meint eine willentliche Unterwerfung und befristete *mancipatio* am Körper des Schuldners. Die Formalität des Kaufgeschäfts ermöglicht es, dem Gläubiger durch Entäußerung der Arbeitskraft ein Äquivalent an Arbeitsleistung zu versprechen; "während solcher Arbeitszeit hatte der Herr die ganze Autorität über ihn wie über einen Knecht."⁵⁸⁶ Savigny folgt der Argumentation des Juristen Mucius und argumentiert aus juristischen Gründen gegen Niebuhr, da dieser unzulässigerweise zwischen einer juristischen Form und der tatsächlichen Rechtspraktik unterscheidet. Die Römer kennen - so argumentiert Savigny - nur juristisch eindeutige Bestimmungen. Wenn eine Selbstverpfändung in die Schuldknechtschaft analog zur Übertragung der Vermögensrechte im *Manzipationsakt* konzipiert wird, dann ist sie ebenso endgültig wie dieser. Die Entäußerung persönlicher Rechte verbunden mit einer zeitlichen Begrenzung derselben, widerspricht laut Savigny jeder Evidenz. "Also aus juristischen Gründen muß der Gedanke an die Selbstverpfändung aufgegeben"⁵⁸⁷ und die enge Verbindung von *nexum mancipiumque* im Zwölftafelrecht aufgelöst werden. Für Savigny bezeichnet das *nexum* ein reines Gelddarlehensgeschäft.

Seine Argumentation basiert auf zwei Voraussetzungen: 1. Die Römer trennen von ältester Zeit an zwischen Geld- und anderen Vertrags- oder Deliktsschulden. 2. Sie ermöglichen ebenfalls ursprünglich den Zugriff auf das Vermögen des Schuldners.⁵⁸⁸ Vor

Nationen wie bei den Römern findet, ist daß der Leihende sich und seine Familie für die Schuld verpfänden konnte." Die Vorstellung der Selbstverpfändung findet sich bereits bei C.de Montesquieu, *Pensées et fragments inédits* tome ii. G.de Montesquieu (Hrsg.): Bordeaux 1901, S. 374: "Les Romains admettoient trois manières d'établir la servitude, toutes aussi injustes les unes que les autres. La première, lorsqu'un homme libre vendait lui-même (...)."

⁵⁸⁶ Niebuhr, *Vorträge über römische Geschichte* 1, S. 232.

⁵⁸⁷ Savigny, *Über das altrömische Schuldrecht* [1833] In: ders., *Vermischte Schriften* Bd.2. [1850] Reprint: Aalen 1981, S. 401.

⁵⁸⁸ Savigny, *Das altrömische Schuldrecht*, S. 402 & 451; vgl. ders., *Das Obligationenrecht als Teil des heutigen römischen Rechts* 1, S. 303: "Die Obligation auf Privatstrafe ging im römischen Recht, mit wenigen Ausnahmen der

diesem Hintergrund ist das nexum ein Darlehensgeschäft mit möglicher exekutiver Wirkung, das im Prozeß organischer Rechtsentwicklung die Personalhaftung nur im Ausnahmefall gelten ließ, sie aber aus moralischen Erwägungen letztendlich ausschließt.

Das genetische Entwicklungsmodell der historischen Schule fordert, daß die Geschichte des Obligationenbegriffs nicht in zwei Stufen, anfänglich Personalhaftung, späterhin Vermögenshaftung unterschieden wird. Vielmehr muß es sich so verhalten, daß bereits in den ursprünglichen Rechtsverhältnissen die Möglichkeit gegeben war, den Mitmenschen als Rechtsperson zu achten. Die rechtliche Befugnis, den Schuldner gefangen zu nehmen, zu verkaufen oder hinrichten zu lassen, markiert in dieser Perspektive immer schon die juristische Ausnahme.⁵⁸⁹ Savigny hält unbeirrt an dieser Vorstellung fest, obwohl er zwei philologische Einsichten konsequent ignorieren muß. Das Zwölftafelrecht spricht ausdrücklich von der physischen Personalität des Schuldners und erst die *lex Poetelia* (313 v. Chr.) fordert eine Aufhebung des Verkaufs- und Tötungsrechts.⁵⁹⁰

Savignys Argumentation verläßt an dieser Stelle den Bereich des philologisch Nachweisbaren und füllt die Erkenntnislücke mit einer allgemein-menschlichen Bestimmung. Gegen die Meinung, daß in altrömischen Rechtsverhältnissen Obligationsschulden nur personal, d. h. auf den Körper des Schuldners und seine Familie zugerechnet, sein Vermögen (Land, Geld, Sklaven) aber nicht

allerältesten Zeit, nur allein auf die Geldsumme, die der Verletzer dem Verletzten zahlen mußte, wodurch also jener ärmer dieser aber reicher wurde, als beide vor der Verletzung waren."

⁵⁸⁹ Savigny, Das altrömische Schuldrecht, S. 441-2: "Die zwölf Tafeln gestatten, den Schuldner eines Gelddarlehens zu verhaften, in Fesseln gefangen zu halten, und nach kurzer Zeit hinzurichten oder als Sklaven zu verkaufen. Spezielle Gesetze stellten diesem Fall einige besondere Schuldverhältnisse gleich; alle Schulden aber konnten ihm gleich gestellt werden durch die Form des Nexum. Hinrichtung und Verkauf treten außer Gebrauch; an ihre Stelle kommt fortgesetzte Knechtsarbeit bei dem Gläubiger, ohne Schutz des Schuldners gegen harte Behandlung. Die *lex Poetelia* mildert den Zustand der Schuldgefangenen, und hebt das Nexum auf. Von der Zeit dieser Lex (oder vielleicht auch einer andern spätern) an, kommt die Verhaftung und Schuldknechtschaft nur noch bei Klagen aus Gelddarlehen (...) vor."

⁵⁹⁰ Vgl. für diesen Zusammenhang das immer noch hervorragende Werk des Juristen Rudolph Sohm, *Geschichte und System des Römischen Privatrechts* 2. Teil 1. Buch § 55. Leipzig 1911¹⁴, S. 346-52.

angetastet wurde, richtet er eine Frage an seine Leser: "Will man den Respect der Römer vor dem Eigenthum als Hinderniß ansehen, so ist dieser zwar zuzugeben; aber war denn der Respect vor der Person, vor ihrer Freiheit und ihrem Leben geringer?"⁵⁹¹ An dieser fehlenden Einsicht Savignys in das - nach moralischen Kategorien der Moderne - gänzlich Fremde des altrömischen Rechts, die in methodischer Hinsicht durchaus konsequent ist, entzündet sich im 19. Jahrhundert ein Streit über den Ursprung des modernen Obligationenbegriffs. Das Selbstverständnis der historischen Schule wird dabei selbst einer Revision unterzogen und die vorerst letzte plausible Möglichkeit, den Ursprung der Moralität eindeutig zu bestimmen, wird destruiert.

⁵⁹¹ Savigny, Das altrömische Schuldrecht, S. 449. Der rechtssystematische Gehalt dieser Vorstellung wird im System des heutigen römischen Rechts 2. 2. § 607, S. 1-59, im Zusammenhang mit der Bestimmung natürlicher Rechtsfähigkeit erläutert.