

Gerhard Dilcher

Die Germanisten und die Historische Rechtsschule

Bürgerliche Wissenschaft zwischen
Romantik, Realismus und Rationalisierung



Vittorio Klostermann
Frankfurt am Main
2017

Umschlagbild:

C. A. Lill, Verfassungsgebende deutsche National-Versammlung
in der Paulskirche zu Frankfurt a. M. (Farblithographie)
© Historisches Museum Frankfurt, Inv. Nr. C12527

Zeitgenössische Darstellung der Verfassungsgebenden Deutschen
Nationalversammlung in der Frankfurter Paulskirche 1848.
Die Nationalversammlung stellte in gewisser Weise eine Fortsetzung
der Germanistenversammlungen der Jahre 1846 in Frankfurt und 1847
in Lübeck dar und vereinte zahlreiche Teilnehmer dieser Versammlungen
als oft maßgebend an dem Verfassungswerk beteiligte Abgeordnete.
Dies wird von Gierke noch 1919 als unentbehrliche Bewegung
»aus dem Volke selbst« zum nationalen Verfassungsstaat gefeiert.

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

© Vittorio Klostermann GmbH
Frankfurt am Main 2017

Alle Rechte vorbehalten, insbesondere die des Nachdrucks und der
Übersetzung. Ohne Genehmigung des Verlages ist es nicht gestattet,
dieses Werk oder Teile in einem photomechanischen oder sonstigen
Reproduktionsverfahren oder unter Verwendung elektronischer Systeme
zu verarbeiten, zu vervielfältigen und zu verbreiten.

Druck und Bindung: docupoint GmbH, Barleben
Typographie: Elmar Lixenfeld, Frankfurt am Main

Gedruckt auf Alster Werkdruck der Firma Geese, Hamburg.
Alterungsbeständig  ISO 9706 und PEFC-zertifiziert 

Printed in Germany
ISSN 1610-6040
ISBN 978-3-465-04287-7

Vorwort

Der vorliegende Band versammelt Aufsätze zur Geschichte der deutschen Rechtswissenschaft des 18. bis 20. Jahrhunderts und zu damit verbundenen verfassungsgeschichtlichen Themen. Deren Entstehungszeit erstreckt sich über fast 50 Jahre. Äußerer Anlass war oft eine Tagung oder ein Sammelband, bezogen auf eine entsprechende Thematik. Das lässt auf den ersten Blick eine gewisse Zufälligkeit vermuten. Deshalb war es mir nunmehr wichtig, den bestehenden inneren Zusammenhang der thematischen Ansätze und Linien, die sich durch die einzelnen Aufsätze ziehen, in der vorangestellten Einleitung mir selbst und den Lesern klarer vorzustellen. Daraus ist nun ein eigener, ja der längste Aufsatz des Bandes geworden; er wurde überdies gesondert in englischer Sprache veröffentlicht.¹ So hatte ich Anlass, auch über die wissenschaftliche Motivation nachzudenken, die zu einer so intensiven und andauernden Beschäftigung mit der Geschichte des eigenen Faches geführt hat.

Seinerzeit war es für einen angehenden germanistischen Rechtshistoriker selbstverständlich – und es entsprach auch meinen eigenen Interessen – sich mit seiner wissenschaftlichen Arbeit dem Mittelalter zuzuwenden. Dass dafür der germanistische Enthusiasmus der klassischen Germanistik des national denkenden 19. Jahrhunderts, wie auch die entsprechenden Abgrenzungen zur Geschichte des römischen Rechts, nicht mehr verbindlich und tragend sein konnten, war nach den Ereignissen und dem geistigen und materiellen Trümmerfeld nach der ersten Hälfte des 20. Jahrhunderts deutlich. Andererseits erlebte ich bei meinen Arbeiten, wie wertvoll Ansätze und Erkenntnisse jener älteren Wissenschaft, wie sie mir etwa bei Jakob Grimm und Otto von Guericke entgegentraten, herausfordernd und weiterführend geblieben waren. So widerstrebt es mir, die Schatten, die das Hineinziehen alles Germanischen in die rassistische Ideologie des NS geworfen hatte und die sich über der deutschen Nachkriegswissenschaft nur langsam zu heben begannen, in Gestalt dunkler Kontinuitätslinien in die deutsche Geistes- und Wissenschaftsgeschichte zurückzuprovozieren. Wie an mehreren Stellen dieses Buches ausgeführt, scheint mir dies eine bedenkliche Verlagerung von geistiger und politischer Verantwortung in die Vorvergangenheit zu sein.

Das Bedürfnis, die methodischen Ansätze, die Fragestellungen und Gegenstandsbereiche unseres Faches neu zu definieren, führte dann in den Sechzigerjahren eine Gruppe jüngerer Rechtshistoriker der Nachkriegsgeneration, meist

1 Rechtsgeschichte – Legal History 24 (2016), S. 20–72.

im Habilitanden- oder Privatdozentenstatus, unter der Initiative von Karl Kroeschell und Hans Hattenhauer zu einem Diskussionskreis zusammen. Wir trafen uns eine Weile regelmäßig und tauschten Themen und Denkanstöße aus. Von dort kamen mir die Impulse, eine kritische Reflexion der Geschichte des eigenen Faches als stete Ergänzung und Versicherung der »eigentlichen« rechtshistorischen Arbeit zu betreiben. Es ging also darum, nicht nur die klassische Rechtsgeschichte zu historisieren, sondern auch, sich der Geschichtlichkeit auch des eigenen Standortes bewusst zu werden. Das war jedenfalls mein Weg. Andere Mitglieder des Kreises haben ihre eigenen Wege gewählt. Uns allen war aber gemeinsam, dass eine Weiterarbeit auf der Grundlage der klassischen rechtshistorischen Germanistik, wie sie doch seinerzeit der Mittelalterband der Deutschen Rechtsgeschichte von Hermann Conrad (1954/1962) wie auch die Neuauflage des Amira'schen Grundrisses des Germanischen Rechts durch Karl August Eckhardt (1960/1967) auf beachtlichem Niveau versucht hatten, unsere Sache nicht sein konnte. Diese Gemeinsamkeit bedeutete mir, und wohl uns allen, in der damaligen Situation eine wichtige Anregung, Bestärkung und Ermutigung. An all dies erinnere ich mich heute im Zurückdenken in Dankbarkeit.

Später kamen hinzu die Herausforderungen an den Hochschullehrer, einer traditionskritisch, ja revolutionär gestimmten Studentengeneration, erst in Berlin und dann in Frankfurt, einen Zugang und das Interesse am rechtshistorischen Fach innerhalb des Studiums der Rechtswissenschaft zu vermitteln. Auch das verwies auf eine Besinnung auf den eigenen Standort. Für mich bewährte sich hier Max Weber gegen einen emphatischen Marxismus, aber auch die Hinterfragung jedes dogmatisierten Vorverständnisses durch eine geisteswissenschaftliche Hermeneutik.

Schließlich hat mich der dauernde Diskurs mit den Sozial- und Verfassungshistorikern auf diesem Weg weitergeführt. Maßgebend war das freundschaftliche Gespräch mit Otto Gerhard Oexle, das nun zu früh abgerissen ist. Es begann auf einer Reichenau-Tagung mit der Entdeckung, dass wir beide von Otto von Gierke als höchst modernem Sozialhistoriker und -theoretiker fasziniert waren. Durch die Zusammenführung in diesem Bande erst wird die Entwicklung der Linien und Aspekte meiner folgenden langdauernden Beschäftigung mit Gierke sichtbar.

Das Gespräch mit O. G. Oexle weitete sich aus zu den allgemeinen Problemen des Historismus. Bald fand dann mein frühes Interesse für Max Weber als Historiker der Stadt ein Echo und eine Erweiterung durch die langjährige Mitgliedschaft im Arbeitskreis für moderne Sozialgeschichte mit den Diskussionen auf den Tagungen in der Reimers-Stiftung in Bad Homburg. Eine Frucht dessen war die erneute Zuwendung zu Max Weber, die Edition seiner rechtshistorischen Dissertation 2008 und die hier vorgelegten Aufsätze zu seinem Werk.

Somit sind bei diesem kurzen Durchgang schon wichtige Stichworte gefallen, die meine durchgehende Beschäftigung mit der Wissenschaftsgeschichte des Faches begründen und gleichzeitig Stichworte für die Themen dieses Bandes bezeichnen, sie damit entstehungsgeschichtlich wie inhaltlich zusammenbinden. Dieser der Wissenschaftsgeschichte gewidmete Band steht somit in innerer Verbindung zu meinen vorausgehenden Aufsatzsammlungen, die den Sachthemen der mittelalterlichen Stadtkommune (Bürgerrecht und Stadtverfassung 1996) und den mittelalterlichen normativen Ordnungen zwischen Oralität und Schriftkultur (2008) gewidmet waren und an diesen Themen die Verbindung von Fachtradition und methodischem Neuansatz ausgeführt haben.

Der vorliegende Band wäre nicht zustande gekommen ohne das Angebot von Prof. Dr. Thomas Duve, ihn in die Reihe der Studien des Max-Planck-Instituts für europäische Rechtsgeschichte aufzunehmen. Dankbar bin ich auch für sein Angebot, den Grundgedanken, wie er in der Einleitung entwickelt wird, einem größeren Leserkreis durch eine englische Fassung in der Zeitschrift des Instituts zugänglich zu machen. Die sorgfältige und engagierte Betreuung der Redaktionsarbeiten durch Dr. Karl-Heinz Lingens und sein Team im Institut hat mir diese Phase nicht zur Last werden lassen und die Korrektheit der Wiedergabe gesichert. – Die freundschaftlich-ermutigende wie kritische Begleitung der Entstehung der Einleitung mit ihrer weitgespannten Thematik durch Thomas Duve war für mich ebenso wichtig wie die Möglichkeit, meine Gedanken im WS 2014/2015 im Forschungsseminar der Frankfurter Rechtshistoriker im Kreis der Kollegen und junger Wissenschaftler vorzustellen. Eine letzte Abrundung ergab sich schließlich durch Diskussionen mit italienischen Kollegen, vor allem Diego Quaglioni, Luca Nogler und Italo Bircocchi, wie auch Lea Campos Boralevi, anlässlich der Einladung zu einer Vorlesungsreihe zum Thema an der Juristischen Fakultät der Universität Trient im Frühjahr 2016.

Schließlich möchte ich noch dankbar erwähnen die finanzielle Unterstützung, die mir die Gerda Henkel Stiftung im Rahmen mehrerer Projekte nach meiner Emeritierung gewährt hat und die mir eine hilfreiche »Mindestausstattung« zur personellen und sachlichen Unterstützung der Vorarbeiten bot: Durch sie wurde die zügige Entstehung der Aufsätze aus den letzten eineinhalb Jahrzehnten wie auch die Arbeiten für die Erstellung und die Einleitung dieses Bandes wesentlich erleichtert, wenn nicht sogar ermöglicht. Ebenso hilfreich war der Arbeitsplatz für den Emeritus im Gebäude des Fachbereichs Rechtswissenschaft der Goethe Universität Frankfurt im wunderbaren und inspirierenden Umfeld des Campus Westend.

Königstein im Taunus, im September 2016
Gerhard Dilcher

I. Zur Einführung

- 1 Bürgerliche Wissenschaft zwischen Romantik, Realismus und Rationalisierung
Originalbeitrag 1

II. Zwischen Recht und Geschichte, Politik und Verfassung im Vormärz

- 2 Gesetzgebungswissenschaft und Naturrecht
in: JZ 24 (1969), S. 1–7 89
- 3 Vom ständischen Herrschaftsvertrag zum Verfassungsgesetz
in: Der Staat 27 (1988), S. 161–194 107
- 4 Römisches Recht oder deutsches Recht? Zum Verhältnis von Quellengrundlage und methodisch-rechtspolitischer Werthaltung in der Schule der Germanisten
in: ZRG GA 100 (1984), S. 29–46 143
- 5 Jacob Grimm als Jurist
in: Die Brüder Grimm. Dokumente ihres Lebens und Wirkens, hg. v. Dieter Hennig und Bernhard Lauer, Kassel 1985, S. 25–41 159
- 6 Der Protest der Göttinger Sieben. Zur Rolle von Recht und Ethik, Politik und Geschichte im Hannoverschen Verfassungskonflikt (Schriftenreihe der Juristischen Studiengesellschaft Hannover, H. 18), Hannover 1988 189

III. Theoretische Reflexion gesellschaftlichen und politischen Wandels

- 7 Zum Verhältnis von Verfassung und Verfassungstheorie im frühen Konstitutionalismus
in: Beiträge zur Rechtsgeschichte, Gedächtnisschrift für Hermann Conrad, hg. v. Gerd Kleinheyer und Paul Mikat, Paderborn, München, Wien, Zürich 1979, S. 65–84 215

- 8 Der rechtswissenschaftliche Positivismus.
Wissenschaftliche Methode, Sozialphilosophie, Gesellschaftspolitik
in: ARSP LXI (1975), S. 497–528... .. 237
- 9 Von der geschichtlichen Rechtswissenschaft zur Geschichte
des Rechts. Leitende Fragestellungen und Paradigmenwechsel
zwischen 19. und 20. Jahrhundert
in: Norm und Tradition. Welche Geschichtlichkeit für die Rechtsgeschichte? /
Fra norma e tradizione. Quale storicità per la storia giuridica?, hg. v. Pio Caroni
und Gerhard Dilcher, Köln, Weimar, Wien 1998, S. 109–143 267

IV. Gierkes Genossenschaftsbegriff als Bindeglied zwischen historischem Verstehen und sozialpolitischer Gestaltung

- 10 Genossenschaftstheorie und Sozialrecht: ein »Juristensozialismus«
Otto v. Gierkes?
in: Quaderni Fiorentini per la Storia del Pensiero Giuridico Moderno
vol. 3–4 (1974–75): Il socialismo giuridico, t. 1, S. 319–365 301
- 11 Zur Geschichte und Aufgabe des Begriffs Genossenschaft
in: Recht, Gericht, Genossenschaft und Pollice. Studien zu Grundbegriffen
der germanistischen Rechtshistorie. Symposion für Adalbert Erler,
hg. v. Gerhard Dilcher und Bernhard Diestelkamp, Berlin 1986, S. 114–123 ... 339
- 12 Staatsbegriff und Korporationsbildung zwischen privatem und
öffentlichem Recht im Spiegel der Genossenschaftstheorie
Otto von Gierkes
in: Gli inizi del diritto pubblico 3. Verso la costruzione del diritto pubblico tra
Medioevo e Modernità / Die Anfänge des öffentlichen Rechts 3. Auf dem Wege
zur Etablierung des öffentlichen Rechts zwischen Mittelalter und Moderne,
hg. v. Gerhard Dilcher und Diego Quaglioni, Bologna, Berlin 2011, S. 797–824 351
- 13 Zum Ort der Freiheit in Gierkes Rechtstheorie
Originalbeitrag: Erweiterte und um Anmerkungen ergänzte Fassung
des Vortrags »Das Freiheitsproblem in der Privatrechtsgeschichte« auf dem
Symposion zum 70. Geburtstag von Joachim Rückert am 16. August 2015
an der Goethe Universität Frankfurt... .. 377

V. Wirkungsgeschichte ins 20. Jahrhundert

- 14 Von der Rechtsgeschichte zur Soziologie.
Max Webers Auseinandersetzung mit der Historischen Rechtsschule
in: JZ 62 (2007), S. 105–112 393

15	Historische Sozialwissenschaft als Mittel zur Bewältigung der Moderne – Max Weber und Otto von Gierke im Vergleich in: Recht als Kultur. Max Webers vergleichende Kulturosoziologie des Rechts, hg. v. Werner Gephart und Daniel Witte, (Schriftenreihe des Käte Hamburger Kollegs »Recht als Kultur«, Frankfurt am Main 2017 415	415
16	Otto von Gierkes soziales Genossenschaftsdenken und die NS-Rechtsideologie – eine Kontinuität? in: Festschrift für Jan Schröder zum 70. Geburtstag, hg. v. Arndt Kiehle, Bernd Mertens und Gottfried Schiemann, Tübingen 2013, S. 257–287 443	443
17	Franz Wieacker als »Germanist«. Mit einigen Bemerkungen zu seiner Beziehung zu Marx, Nietzsche und Max Weber in: Franz Wieacker. Historiker des modernen Privatrechts, hg. v. Okko Behrends und Eva Schumann, Göttingen 2010, S. 223–252... .. 479	479
18	Bermans »Law and Revolution« – eine rechtshistorische Revolution? in: Rechtsgeschichte – Legal History 21 (2013), S. 164–171 505	505
	Personenregister 519	519
	Autorenregister 523	523

I. Zur Einführung

1	Bürgerliche Wissenschaft zwischen Romantik, Realismus und Rationalisierung 1	1
	<p>I. Einführung (1) – 1. Fragestellungen, Probleme, Ansätze (1) – II. Vom Ende des Alten Reiches bis zur Paulskirche (9) – 2. Die historische Situation und Savignys Schulengründung (9) – 3. Kontinuitätsbruch, Geschichte und Legitimation des Rechts (13) – 4. Das Romantische als Rückgriff auf den Ursprung: Volk, Kultur, Identität (17) – 5. Germanistische Rechtsgeschichte als wissenschaftliches Programm und als verfassungspolitische Verantwortung. Der Weg zur Paulskirche 1848 (22) – III. Von der Paulskirche bis zur Jahrhundertwende (32) – 6. Nach der Jahrhundertmitte: Realismus als Quellenkunde, als juristische Rechtsgeschichte und als nationalpolitische Kraft: Heinrich Brunner und Georg von Below (32) – 7. Positivismus und Begriffsjurisprudenz als rechtsstaatliche Modernisierung in der Pandektenwissenschaft und im Deutschen Privatrecht. Die rechtswissenschaftliche Rationalisierung in der Analyse Max Webers (38) – 8. Volksgeist, Recht und soziale Realität: Otto von Gierkes juristische Gesellschaftstheorie der Genossenschaft und das Soziale im Recht (48) – 9. Die Auseinandersetzung im Öffentlichen Recht: Begriffsjuristischer Positivismus vs. historisch-organische Staatslehre (Laband – Gierke – Jellinek) (55) – 10. Die Historische Rechtsschule im Rückblick (61) – IV. Wirkungen ins 20. Jahrhundert (66) – 11. Rechtswissenschaft und Politik nach dem Ende des Kaiserreichs (66) – 12. Auf dem Weg zu einem neuen Bild des Mittelalters (72) – V. Schluss (83) – 13. Was bleibt? (83)</p>	

II. Zwischen Recht und Geschichte, Politik und Verfassung im Vormärz

2	Gesetzgebungswissenschaft und Naturrecht 89	89
3	Vom ständischen Herrschaftsvertrag zum Verfassungsgesetz 107	107
4	Römisches Recht oder deutsches Recht? Zum Verhältnis von Quellengrundlage und methodisch-rechtspolitischer Werthaltung in der Schule der Germanisten... .. 143	143
5	Jacob Grimm als Jurist... .. 159	159
	<p>I. Das Thema (159) – II. Die Herkunft (160) – III. Das Studium (163) – IV. Der Beitrag zur Rechtswissenschaft (169): a) Die neue Situation (169) b) Die kleineren Monographien (172) c) Die Darstellung des alten Rechts: Die Rechtsalterthümer (177) – V. Die Stellung zur nationalen und zur Verfassungsfrage: Einheit, Recht und Freiheit (180) – VI. Die rechtswissenschaftlich wichtigen Werke von Jacob Grimm (186) – VII. Verfassungspolitisch bedeutsame Schriften von Jacob Grimm (187) – VIII. Die wichtigste Literatur über Jacob Grimm als Jurist (188)</p>	

- 6 Der Protest der Göttinger Sieben. Zur Rolle von Recht und Ethik, Politik und Geschichte im Hannoverschen Verfassungskonflikt 189
- I. Das verfassungsgeschichtliche Umfeld (189) – II. Die Argumentationsgrundlagen von Eduard Albrecht, Friedrich Christoph Dahlmann, Jacob Grimm und König Ernst August (193): a) Der Staatsbegriff bei Eduard Albrecht (193) b) Politik und Geschichte bei F.Ch. Dahlmann (195) c) Gewissen, Recht und Verfassung bei Jacob Grimm (199) d) Wenigstens kurz sollen die verfassungspolitischen Beweggründe König Ernst Augusts zur Sprache kommen (203) – III. Rechtsbegründung und Rechtsbegriff im Feld von Ethik, Politik und Geschichte (205) – Anhang (211)

III. Theoretische Reflexion gesellschaftlichen und politischen Wandels

- 7 Zum Verhältnis von Verfassung und Verfassungstheorie im frühen Konstitutionalismus 215
- 8 Der rechtswissenschaftliche Positivismus. Wissenschaftliche Methode, Sozialphilosophie, Gesellschaftspolitik 237
- I. Ausgangspunkt der Untersuchung (237) – II. Historische Schule und rechtswissenschaftlicher Positivismus (239) – 1. Grundlegungen bei Savigny (239) – 2. Übergang zum rechtswissenschaftlichen Positivismus (247) – III. Andere gleichzeitige wissenschaftliche Denkmuster (249) – 1. Der philosophisch-sozialwissenschaftliche Positivismus (249) – 2. Stellung der Germanisten in der Rechtswissenschaft (251) – IV. Der methodische Ansatz Savignys und die Fortführung im Positivismus als gesellschaftspolitische Entscheidung (253) – 1. Savigny und die Polarisierung von Staat und Gesellschaft (253) – 2. Die Funktion der rechtspositivistischen Grundentscheidung in der zweiten Hälfte des 19. Jahrhunderts (256) – 3. Die methodisch-politischen Alternativpositionen: Jhering, Gierke, Marx (257) – V. Versuch einer historischen Bewertung (260) – Zusammenfassung (264) Résumé (264) Summary (265)
- 9 Von der geschichtlichen Rechtswissenschaft zur Geschichte des Rechts. Leitende Fragestellungen und Paradigmenwechsel zwischen 19. und 20. Jahrhundert 267
- I. Die Konstellation der Schulengründung und der Ansatz der Lehrbuchtradition (267) – II. Romanisten gegen Germanisten – eine methodisch-politische Schulenspaltung (277) – III. Ende und Neuansatz: Die Jahrhundertwende (282) – IV. Max Weber: Ende und Neubeginn einer Tradition (284) – V. Rechtsgeschichte als Geschichte des okzidentalen Rationalisierungsprozesses (287) – VI. Verfassungsgeschichte in der Perspektive von Herrschaft, legitimem Gewaltmonopol und Recht (292) – VII. Die Bildung des westlichen Rechtsbegriffs aus den europäischen Revolutionen (294) – VIII. Ergebnisse (296) – Zusammenfassung (297) – Sintesi (299)

IV. Gierkes Genossenschaftsbegriff als Bindeglied zwischen historischem Verstehen und sozialpolitischer Gestaltung

- 10 Genossenschaftstheorie und Sozialrecht: ein »Juristensozialismus«
Otto v. Gierkes? 301
I. Ausgangspunkt und Fragestellung (301) – II. Analysen des Werkes (307) – 1. Der Geschichtsprozeß im Spannungsfeld von Herrschaft und Genossenschaft (307) – 2. Die soziale Aufgabe des Privatrechts (313) – 3. Staatstheorie und Staatsrecht, Gesellschaft und Staat (317) – 4. Der germanische Staatsgedanke und die deutsche Republik (322) – III. Einordnung und Ergebnisse (324) – 1. Ausgangspunkt (324) – 2. Gesellschaftstheorie und Methodik (325) – 3. Staat und gesellschaftliche Emanzipation (328) – 4. Von der individualistisch zur genossenschaftlich organisierten Gesellschaft (330) – 5. Nationalismus, Realitätsdefizit, Demokratiefeindlichkeit? (333)
- 11 Zur Geschichte und Aufgabe des Begriffs Genossenschaft 339
- 12 Staatsbegriff und Korporationsbildung zwischen privatem und öffentlichem Recht im Spiegel der Genossenschaftstheorie
Otto von Gierkes... .. 351
I. Gierke als Spiegel (351) – II. Anschauung, Abstraktion und Reflexion in Gierkes Geschichte des Verbandsrechts (357) – III. Der deutschrechtliche Körperschaftsbegriff: die Entwicklung der Stadt zum ersten staatlichen Gemeinwesen (359) – IV. Vom römischen Verbandsrecht zur Korporationslehre der mittelalterlichen Legistik und Kanonistik (362) – V. Die Reflexion über Herrschaft und Staat in der mittelalterlichen Publizistik (364) – VI. Göttliches und Naturrecht als vorgegebene Schranken der Rechtsmacht (367) – VII. Vom mittelalterlichen zum neuzeitlichen Naturrecht: Macchiavelli, Bodin, Althusius, Hobbes, Rousseau (368) – VIII. Die Wissenschaft des positiven Staatsrechts in Deutschland: Kontinuitäten und Realitäten im Spannungsverhältnis zum Souveränitätsbegriff (369) – IX. Der Kontinuitätsbruch durch die moderne naturrechtliche Staatslehre und der Neuansatz durch die historische Schule (371) – X. Zusammenfassung (373)
- 13 Zum Ort der Freiheit in Gierkes Rechtstheorie 377

V. Wirkungsgeschichte ins 20. Jahrhundert

- 14 Von der Rechtsgeschichte zur Soziologie.
Max Webers Auseinandersetzung mit der Historischen Rechtsschule 393
I. Probleme und Fragestellung (393) – II. Weber als handelsrechtlicher Schüler Levin Goldschmidts im Handelsrecht (396) – III. Zwischen Romanisten und Germanisten (399) – IV. Webers Stellungnahmen zu den Positionen der Historischen Rechtsschule (404) – V. Webers Position in der gutachtlichen Außenwahrnehmung (406) – VI. Zur juristisch-historischen Prägung von Webers soziologischer Begriffsbildung (410)

15	Historische Sozialwissenschaft als Mittel zur Bewältigung der Moderne – Max Weber und Otto von Gierke im Vergleich 415	415
	I. Fragestellungen und Voraussetzungen (415) – II. Die lebensweltlichen Prägungen (416): a) Familien und Herkunft (416) b) Wissenschaftliches Umfeld und Politik (420) – III. Geschichtsschreibung in sozialwissenschaftlicher Perspektive (422): a) Gierkes Genossenschaftsrecht als Gesellschaftsgeschichte (422) b) Max Webers Herrschaftstypologien und die Rationalisierungsthese (425) – IV. Zwei Antworten auf die historische Analyse der Moderne: Weber versus oder mit Gierke? (429): a) Die Beschwörung der Gefahren (429) b) Die rettenden Kräfte (431) – V. Die beiden Theoriegrundlagen in ihren philosophischen Begründungen (435) – VI. Von der Geschichtstheorie zur Prognose und Bewältigung (438)	
16	Otto von Gierkes soziales Genossenschaftsdenken und die NS-Rechtsideologie – eine Kontinuität? 443	443
	I. Kontinuität zum NS als Fragestellung und Hypothese (443) – II. Texte und Kontexte (449) – III. Wirken, Wirkungen und Wirklichkeiten (453) – IV. Das Genossenschaftsprinzip im Geschichtsbild Gierkes (458) – V. Geschichte als Evolution und Kultur als deren Ziel und Maßstab (460) – VI. Staat, Genossenschaft, Individuum (463) – VII. Gierke im Diskurs um die nationalsozialistische »Rechtserneuerung« (466) – VIII. Das Kontinuitätsparadigma als Zugangssperre zur Analyse der NS-Gierkerenaisance und zum Werk Gierkes (472)	
17	Franz Wieacker als »Germanist«. Mit einigen Bemerkungen zu seiner Beziehung zu Marx, Nietzsche und Max Weber 479	479
	I. Wertvorstellungen und Fachtraditionen in Wieackers Selbstdarstellung (481) – II. Lebensüberlieferung und Ordnungsmächte – der Eintritt der germanischen Völker in die europäische Rechtsgeschichte (484) – III. Lebensverhältnisse und Rechtsbewusstsein versus Verwissenschaftlichung am Vorabend der Rezeption (487) – IV. Rezeption als Verwissenschaftlichung und Rationalisierung: Von der unreflektierten Lebenstradition zum autonomen juristischen Sachproblem (490) – V. Leben und Wirklichkeit, Rationalisierung und Verwissenschaftlichung: Theoretische Hintergründe bei Marx, Nietzsche und Weber (493) – Anhang (503)	
18	Bermans »Law and Revolution« – eine rechtshistorische Revolution? 505	505
	Personenregister 519	519
	Autorenregister 523	523

Bürgerliche Wissenschaft zwischen Romantik, Realismus und Rationalisierung

I. Einführung – 1. Fragestellungen, Probleme, Ansätze – II. Vom Ende des Alten Reiches bis zur Paulskirche – 2. Die historische Situation und Savignys Schulengründung – 3. Kontinuitätsbruch, Geschichte und Legitimation des Rechts – 4. Das Romantische als Rückgriff auf den Ursprung: Volk, Kultur, Identität – 5. Germanistische Rechtsgeschichte als wissenschaftliches Programm und als verfassungspolitische Verantwortung. Der Weg zur Paulskirche 1848 – III. Von der Paulskirche bis zur Jahrhundertwende – 6. Nach der Jahrhundertmitte: Realismus als Quellenkunde, als juristische Rechtsgeschichte und als nationalpolitische Kraft: Heinrich Brunner und Georg von Below – 7. Positivismus und Begriffsjurisprudenz als rechtsstaatliche Modernisierung in der Pandektenwissenschaft und im Deutschen Privatrecht. Die rechtswissenschaftliche Rationalisierung in der Analyse Max Webers – 8. Volksgeist, Recht und soziale Realität: Otto von Gierkes juristische Gesellschaftstheorie der Genossenschaft und das Soziale im Recht – 9. Die Auseinandersetzung im Öffentlichen Recht: Begriffsjuristischer Positivismus vs. historisch-organische Staatslehre (Laband – Gierke – Jellinek) – 10. Die Historische Rechtsschule im Rückblick – IV. Wirkungen ins 20. Jahrhundert – 11. Rechtswissenschaft und Politik nach dem Ende des Kaiserreichs – 12. Auf dem Weg zu einem neuen Bild des Mittelalters – V. Schluss – 13. Was bleibt?

I. Einführung

1. Fragestellungen, Probleme, Ansätze

Dieser einführende Text in die Aufsatzsammlung soll ein Doppeltes darstellen: Einmal eine nachträgliche Selbstvergewisserung des Autors über die Impulse und Interessen, die ihn während dreieinhalb Jahrzehnten zu den hier versammelten unterschiedlichen Themen geführt haben: zu biographischen wie verfassungsgeschichtlichen Gegenständen, die aber durch den Hintergrund der Wissenschaftsgeschichte verbunden sind; geführt auch zu unterschiedlichen historischen Kontexten, die vom späten 18. Jahrhundert bis in die zweite Hälfte des 20. Jahrhunderts reichen, vor allem aber zentriert sind auf das 19. Jahrhundert. Zum anderen aber erschien dem Autor im Rückblick immer deutlicher eine dahinter stehende Fragestellung, vielleicht ein leitendes Erkenntnisinteresse: Kann durch den Blick auf die gedanklichen Ansätze der Begründung der Historischen Rechtsschule erklärt werden, wie und warum die deutsche Rechtswissenschaft, in ihrer Verbindung zur Geschichte und

Verfassungsgeschichte, im 19. Jahrhundert solch eine führende und nach vielen Seiten befruchtende Rolle in der deutschen und internationalen Wissenschaftslandschaft errungen hat?

Seinem Fach gemäß wandte sich das Interesse des Autors mit dieser Fragestellung vor allem der juristischen Germanistik zu, ohne jedoch die romanistische Schwesterwissenschaft aus den Augen zu verlieren. Otto von Gierke hatte – unter dem Titel »Die historische Rechtsschule und die Germanisten«, der für diese Aufsatzsammlung in umgekehrter Reihenfolge gewählt wurde – dieser Schule (oder Bewegung) am Ende ihrer Epoche eine abschließende Würdigung gewidmet.¹ Diese ist für uns heute selbst ein Teil ihrer Geschichte, als ein wichtiges und authentisches Selbstzeugnis. Auf der hier angesprochenen Ebene ist vor allem die Germanistik auch als geistes- und ideengeschichtliche Bewegung wie als verfassungs- und rechtspolitische, an der Nationsbildung beteiligte Kraft zu sehen. Diesen Aspekt der deutschen Wissenschaft als eines »bürgerlichen Laboratoriums«, eines Verfassungsfaktors hat der italienische Politikwissenschaftler Pierangelo Schiera vor einiger Zeit nachdrücklich hervorgehoben.²

Allerdings ist das Bild der juristischen Germanistik in letzter Zeit durch die – begrüßenswerte – Selbstreflexion des Faches in Bezug auf seine Vergangenheit ins Zwielficht geraten. Das Germanische prägte, wie ähnlich bei der philologischen Germanistik, Name und die Identität des Faches und wurde überdies als eine Grundlage der deutschen nationalen Identität, der sich bildenden »verspäteten« Nation gesehen. Dies wie auch das antirömisch und antiindividualistisch verstandene »Soziale« sollte dann in das ideologische Gebräu des Programms der NSDAP integriert werden. Eine m. E. verkürzende und damit verzeichnende Konstruktion von Kontinuitäten rückte die Germanistik nun insgesamt in die Vorläuferschaft der NS-Rechtsideologie und machte aus jenen, die sich selbst als Teil des politischen Liberalismus sahen, Vertreter eines anti-liberalen Kollektivismus.³ Die vorliegenden Studien und diese Zusammenfassung sollen auch zeigen, wie genauere Differenzierung und historische Kontex-

1 OTTO GIERKE, *Die historische Rechtsschule und die Germanisten*, Berlin 1903.

2 PIERANGELO SCHIERA, *Laboratorium der bürgerlichen Welt: deutsche Wissenschaft im 19. Jahrhundert*, Frankfurt am Main 1992. Zuerst italienisch: *Il laboratorio borghese*, Bologna 1987.

3 In diesem Band in Beitrag 16 findet sich eine ausführliche kritische Analyse dieses Bildes. Es bestimmte aber den Tagungsband: JOACHIM RÜCKERT, DIETMAR WILLOWEIT (Hg.), *Die Deutsche Rechtsgeschichte in der NS-Zeit, ihre Vorgeschichte und ihre Nachwirkungen*, Tübingen 1995. Zur verfehlten Bezeichnung Gierkes als Vertreter eines Kollektivismus auch unten III, 8. GIERKE selbst hat in seiner Rückschau (wie Anm. 1) S. 26 die rechtspolitisch aktiven Germanisten zu den Liberalen gezählt, in Abgrenzung von romanistischen wie germanistischen Richtungen, die er der politischen Reaktion zurechnet.

tualisierung die Kontinuitäten wie die Brüche der deutschen Geistes- und politischen Ideengeschichte besser zu treffen wissen und gerade dadurch die Charakteristika des NS zu analysieren und ins Licht zu stellen vermögen.

Schon zuvor hatte E.-W. Böckenförde das Zusammenwirken von Juristen, Historikern und Politikwissenschaftlern im Rahmen einer Verfassungsgeschichte, die mit ihren Fragestellungen und Leitbildern historische Darstellung mit den Zielen der nationalen, liberalen und konstitutionellen Bewegung verband, herausgearbeitet.⁴ Von dieser Sichtweise, die die Entstehung meiner Studien mitgeprägt hat, fühle ich mich auch bei dieser Einführung bestätigt. Von einem ähnlichen Problemverständnis ist die kürzlich erschienene umfassende Studie von Johannes Liebrecht zu dem germanistischen Rechtshistoriker Heinrich Brunner geleitet.⁵ Ihre Einbeziehung in diese Ausarbeitung konnte deshalb zur Ausfüllung einer Lücke in meinen Arbeiten, was das Thema Realismus betrifft, dienen.

Da die hier erneut vorgelegten Aufsätze jeweils einem bestimmten Thema oder bestimmten einzelnen Autoren gewidmet waren, müssen in dieser Einführung die Brücken zwischen diesen Einzelthemen geschlagen werden. Dies ist notwendig, um unsere Hypothese, die im Untertitel zum Ausdruck kommt, entwickeln zu können. Da der Text sich dabei vielfach auf Bekanntes oder in anderen Arbeiten Dargelegtes stützt, genügt es hier vielfach, die großen Linien zu ziehen oder auf die folgenden Aufsätze dieses Bandes Bezug zu nehmen. Die Fragestellung bringt es mit sich, dass unter der Vielzahl der Rechtswissenschaftler jene in den Blick genommen werden, die bedeutende theoretische Neuerungen einleiten.

Die im Rückblick, der Reflexion eigener früherer Arbeiten gefundene Linie der Interpretation und des Verstehens, bezogen auf die mehrfach erneuerte wissenschaftliche Fruchtbarkeit der deutschen Historischen Rechtsschule, ist hier und im Untertitel in drei Schlüsselbegriffe gefasst: *Romantik*, *Realismus*, *Rationalisierung*. Sie sollen hier der genaueren Erfassung der weit vielfältigeren Entwicklungen und Tendenzen dienen. Wenn sie auch nicht im strengen Sinne analytische Kriterien darstellen, so sollen sie doch in einer vielbeschriebenen Wissenschaftslandschaft durch die Führung ihres Weges und ihre Beleuchtungen wichtige Höhenzüge und Profile stärker herausheben, als dies üblicherweise gesehen wird.

4 ERNST-WOLFGANG BÖCKENFÖRDE, Die deutsche verfassungsgeschichtliche Forschung im 19. Jahrhundert: Zeitgebundene Fragestellungen und Leitbilder, 2. Auflage, Berlin 1995, zuerst 1961. Wichtig für den theoretischen Ansatz auch die Vorbem. zur 2. Auflage.

5 JOHANNES LIEBRECHT, Heinrich Brunner (1840–1915) im Spiegel seiner Rechtsgeschichte, Frankfurt am Main 2014.

Als immer wieder erneut, wenn auch teilweise untergründig wirkendes Element wird hier die durch den Theorieansatz Savignys eingestiftete, aus inneren Gründen vor allem von den Germanisten aufgenommene *Romantik* angesehen. Dieser Interpretationsansatz geht also, dies sei um Missverständnissen vorzubeugen angefügt, über die Frage »Savigny als Romantiker« oder »die deutsche Rechtswissenschaft in der Ära der Romantik« hinaus.⁶ Weil Romantik stets vage, vielleicht ihrem Wesen nach undefinierbar bleibt, Recht und Rechtswissenschaft andererseits aufgrund ihrer Rationalität und Realitätsgebundenheit sich in vielen Charakteristika der Romantik in Poesie, Literatur, bildender Kunst oder Musik nicht wiederfinden können, ist weiter unten ein Kriterienkatalog eingefügt, mit dessen Hilfe die Kennzeichnung und das Wiedererkennen romantischer Impulse in der Rechtswissenschaft und insbesondere der Rechtsgeschichte geschehen soll. Er ist nicht aufgrund eines Theorieansatzes entworfen, sondern pragmatisch aus den angeführten Texten, vor allem Savignys »Beruf«, entwickelt.

Dabei ist es für unsere Fragestellung notwendig, von einem weiten Begriff der Romantik auszugehen; anders wäre eine Erstreckung ihrer Impulse bis in die Rechtswissenschaft und über das ganze Jahrhundert nicht zu vertreten. Ein solches weites Verständnis entspricht älteren wie neueren Tendenzen. Rüdiger Safranski entwirft ein Narrativ, in welchem Romantik als »deutsche Affäre« und als Geisteshaltung beschrieben wird, deren Wirkungen sich nicht nur weit über das Jahrhundertende und über den Weltkrieg hinaus ziehen.⁷ Auch im Ausland sah man etwa Goethe als Teil einer deutschen Geistesrichtung, die man ungescheut als Romantik bezeichnete.⁸ Ein Rechtshistoriker, den wir noch betrachten werden, schreibt in einem weltgeschichtlichen Rückblick nach dem Ersten Weltkrieg: »Die gesamten Geisteswissenschaften des 19. Jahrhunderts in Deutschland sind diesem Einfluss der Romantik verfallen geblieben.«⁹

6 Zum ersten Gesichtspunkt eine kurze, aber scharfe Analyse, auf die auch weiter unten Bezug genommen wird, bei JOACHIM RÜCKERT, Heidelberg um 1804, jetzt in: *Ausgewählte Aufsätze I*, Stockstadt 2012, S. 39 ff., hierzu S. 79–72; zum zweiten JAMES Q. WHITMAN, *The Legacy of Roman Law in the German Romantic Era*, Princeton New Jersey 1990. Whitman hat jetzt ein eindrucksvolles Votum für eine kulturhistorische Rechtsgeschichte als Grundlage eines Vergleichs USA – Europa abgegeben: *A letter from America*, in: *ZRG GA 132* (2015) S. 451–462. KLAUS LÜDERSSSEN, *Eichendorf und das Recht*, Frankfurt am Main und Leipzig 2007, gibt eine Beleuchtung des Verhältnisses von Romantik und Rechtsdenken mit dauerndem Bezug zur Historischen Rechtsschule.

7 RÜDIGER SAFRANSKI, *Romantik: Eine deutsche Affäre*, München 2007.

8 Etwa *Encyclopaedia Britannica*, hier 15th ed. 1994, vol. 5, p. 330: Art. »Goethe« »... the greatest figure of the German Romantic period«.

9 EUGEN ROSENSTOCK-HUESSY, *Die europäischen Revolutionen und der Charakter der Nationen*, 3. Ausgabe, Stuttgart 1961, S. 426. Zu Rosenstock-Huessy auch unten im Beitrag Nr. 18.

Als Element in dauerndem Spannungsverhältnis zu dem Romantischen steht hier die ebenfalls in Savignys Begründungsansatz eingestiftete Rationalität des römischen Rechts und des Systemgedankens; aus ihr entwickelte die Rechtswissenschaft eine Bearbeitungsweise des Rechts, die Max Weber in den von ihm analysierten Prozess der okzidentalen *Rationalisierung* einordnet. Sie wird in stärkerem Maße von dem romanistischen Zweig, von der Pandektenwissenschaft getragen, wirkt aber auch in die Germanistik. Der Weg in die sogenannte Begriffsjurisprudenz und den rechtswissenschaftlichen Positivismus ist in einer der hier vorgelegten Studien geschildert;¹⁰ er wird dann unten anhand der Analyse Max Webers in den Zusammenhang der Rationalisierung gestellt.¹¹ Deshalb wurde hier auch dieser Begriff und nicht der weitere und weniger spezifische des Rationalismus oder der Rationalität gewählt.

Realismus schließlich schiebt sich als Zeitströmung seit der Jahrhundertmitte in das wissenschaftliche Denken und die Methodik der Rechtswissenschaft, gefördert nicht nur durch die entsprechende Strömung in der Literatur, sondern auch durch die Fortschritte der Naturwissenschaften wie auch der Sozialwissenschaften.¹² Dieser Realismus ist aber auch begründet in der Fakten- und Gesellschaftsnähe des Rechts und in der durch die Historische Rechtsschule betonten Quellenarbeit, welche ein von der Realität abgehobenes romantisches Denken in der Rechtswissenschaft nicht zugelassen haben. Realismus kann also als durchgehendes, ausgleichendes Charakteristikum angesehen werden, das aber nach der Jahrhundertmitte im Zeitalter der »Realpolitik« besondere Prägekraft gewinnt, weil es von einer geistig-politischen Zeitströmung getragen wird. Dem ist deshalb unten ein eigener Abschnitt III 6 gewidmet.

Bewusst ist mit diesen Begriffen nicht die Ebene philosophischer Rechtsbegründung angesprochen.¹³ Hier müsste man tief in die Beziehungen zur deutschen idealistischen Philosophie eintauchen. Die Prägung weiter Teile der deutschen Rechtswissenschaft durch die zeitgenössische deutsche Philosophie ist

10 In diesem Band Beitrag Nr. 8: Der rechtswissenschaftliche Positivismus.

11 S. unten III 7.

12 LIEBRECHT, Brunner (wie Anm. 6).

13 Grundlegend in dieser Hinsicht für Savigny: JOACHIM RÜCKERT, Idealismus, Jurisprudenz und Politik bei Friedrich Carl von Savigny, Ebelsbach 1984, der Savigny einem weit verstandenen »objektiven Idealismus« zuordnet. Andere Perspektiven betont DIETER NÖRR, Savignys philosophische Lehrjahre, Frankfurt am Main 1994. Für Puchta weit differenzierender: HANS-PETER HAFERKAMP, Georg Friedrich Puchta und die »Begriffsjurisprudenz«, Frankfurt am Main 2004, der neben anderen besonders auf Schelling hinweist. Eine interessante, mit der unseren teilweise übereinstimmende Sicht der Wirkungsgeschichte von Savignys Theorieansatz bietet ALFRED MANIGK, Savigny und der Modernismus im Recht, Berlin 1914. Seine Perspektive stammt aus der Methodendiskussion um 1900, s. dazu auch unten III. 7.

vielfach gezeigt worden; doch bleibt der Einfluss im Einzelnen immer umstritten; genannt werden dabei wechselnd vor allem die Namen von Kant, Fichte, Schelling, Hegel, beim späteren Gierke dann auch Dilthey. Natürlich bestehen hier Verbindungen zu diesen Ebenen, wie auch zum viel diskutierten Problem des Historismus.¹⁴ Wo notwendig, wird darauf kurz Bezug genommen. Im Übrigen meine ich aber, mit den drei Schlüsselbegriffen eine Ebene der Interpretation gefunden zu haben, die grundlegende Fragestellungen der hier wieder vorgelegten Aufsätze verbindet und Antworten auf die in dieser Einführung entwickelte Hypothese auf einer Problemebene erlaubt, die unterhalb der philosophischen liegt, aber direkter als diese sowohl zur Werkanalyse wie zu den Wertvorstellungen der »zeitgebundenen Fragestellung und Leitbilder« führt. Auf dieser Ebene ist es deshalb möglich, die wissenschaftlichen Impulse, die Grenzüberschreitungen und damit die Eigenart und Fruchtbarkeit der betroffenen deutschen Wissenschaftsrichtungen zu erkennen.

Ebenso ist die hier angesprochene Ebene nicht die einer methodengeschichtlichen Betrachtung, so sehr Methodenfragen, etwa das Verhältnis von historischer und juristischer Methode, die Ausführungen begleiten; eine solche wäre vor allem in Verbindung mit der Erörterung rechtsdogmatischer Fragen ertragreich.¹⁵ Es geht auch nicht in erster Linie um den engen Zusammenhang der juristischen Methodenlehre mit dem Rechtsbegriff, den Jan Schröder in das Zentrum seines großen rechtstheoretischen Aufrisses des Rechts als Wissenschaft gestellt hat¹⁶ – so sehr sich die Probleme berühren. Auch die justizpolitische Frage »nach den Möglichkeiten und Formen, mit welchen Normen durch Rechtsstäbe verwaltet wurden«, die jetzt Gegenstand einer vielbeachteten Arbeit ist,¹⁷ spielt in den behandelten rechtspolitischen und rechtstheoretischen Diskursen des 19. Jahrhunderts eine dauernde Rolle, wird aber von der Ausrichtung unserer Überlegungen, die auf die wissenschaftliche Kreativität dieser Rechtswissenschaft gerichtet sind, nur am Rande berührt.

Eine neuere Darstellung der Juristischen Germanistik¹⁸ hat ebenfalls eine grundlegend andere Fragestellung als die unsrige. In ihr wird auch in den Teilen,

14 Nach den Klassikern wie Meinecke und Troeltsch zum Diskussionsstand ANETTE WITTKAU, *Historismus*, 2. Aufl. Göttingen 1994; OTTO GERHARD OEXLE, *Geschichtswissenschaft im Zeichen des Historismus*, Göttingen 1996.

15 Dies zeigt ULRICH FALK, *Ein Gelehrter wie Windscheid. Erkundungen auf den Feldern der sogenannten Begriffsjurisprudenz*, Frankfurt am Main 1989. Dazu auch HAFERKAMP, Puchta (wie Anm. 13) S. 23.

16 JAN SCHRÖDER, *Recht als Wissenschaft. Geschichte der juristischen Methodenlehre in der Neuzeit (1500–1933)*, 2. Aufl., München 2012.

17 REGINA OGOREK, *Richterkönig oder Subsumtionsautomat? Zur Justiztheorie im 19. Jahrhundert*, 2. Aufl., Frankfurt am Main 2008, das Zitat oben aus dem Vorwort von Dieter Simon.

18 FRANK SCHÄFER, *Juristische Germanistik*, Frankfurt am Main 2008, mit dem

die das 19. Jahrhundert behandeln, vor allem eingehend und kenntnisreich die Entwicklung der privatrechtlichen Dogmatik und ihrer wissenschaftlichen Grundlagen behandelt. Auch wenn es immer wieder Abschnitte gibt, die einen Ausblick darüber hinaus versuchen, werden die geistigen Impulse zu grundlegend neuen Wissenschaftskonzeptionen, wie sie etwa Böckenförde und Liebrecht aufzeigen, nicht thematisiert. Auch die strikte Beschränkung auf das Privatrecht verstellt die Sicht auf die Germanistik als umfassenderes Phänomen. Ein Vergleich der Analyse und der Einordnungen Gierkes zwischen der hier vertretenen Perspektive und derjenigen Schäfers macht das sehr deutlich. Die grundlegend andere Sichtweise zeigt auch gemeinsame Probleme in völlig verschiedener Sicht und damit auch verschiedener Gestalt. Eine weitere Auseinandersetzung erscheint hier darum nicht fruchtbar.

Soviel an dieser Stelle über die Perspektive der Betrachtung und die Bedeutung der drei Schlüsselbegriffe im Untertitel für die weiteren Ausführungen in dieser Einleitung. Sie sollen also immer in einer jeweils unterschiedlichen Schichtung und Wechselwirkung gesehen werden, nie als Alleinherrschaft eines Prinzips. Im Übrigen und im Einzelnen ist diese ständige Wechselbeziehung in der folgenden Darstellung deutlich zu machen, braucht nun aber nicht mehr jeweils besonders betont zu werden. Dabei darf der Text stets auf die folgenden Studien dieser Aufsatzsammlung verweisen. Sie bringen sozusagen die Belege im Detail, wenn sie auch seinerzeit noch nicht im Hinblick auf die hier vorgetragene Linie des Verstehens und der Interpretation geschrieben worden sind. Diese Einleitung entwickelt also über die Einzelstudien hinaus eine weitergespannte Hypothese, die ihnen einen im Zusammenhang deutlicheren Sinn zu geben vermag. Auch wenn die älteren der hier vorgelegten Studien sich nicht mehr mit neueren Forschungen zum Thema auseinandersetzen konnten,¹⁹ so zeigen sie doch die ungebrochene Entwicklung des hier zusammengefassten Bildes. Sie erinnern überdies an die Diskurse früherer Jahrzehnte, aus denen sich dieses Bild geformt hat. Dass das große Werk Franz Wieackers, heute teilweise angefochten, aber nirgends ersetzt, dieses Bild maßgebend mitgeprägt hat, soll dabei nicht verborgen bleiben.²⁰

Die hier entwickelte Hypothese besagt also, kurz gesagt, dass die durch Savigny eingestifteten und immer wieder neu verarbeiteten Theorieelemente der Historischen Rechtsschule, in etwas verschiedener Weise für Romanisten

Untertitel: Eine Geschichte der Wissenschaft vom einheimischen Privatrecht, der den Unterschied zu unserer Fragestellung aufzeigt.

- 19 Dies gilt besonders für den Beitrag 8 in diesem Band zum rechtswissenschaftlichen Positivismus.
- 20 Auf FRANZ WIEACKER, *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit*, 2. Aufl., Göttingen 1967, wird darum im Folgenden nur in Einzelfällen Bezug genommen. Zu Wieacker auch Beitrag Nr. 17.

wie für Germanisten, ein tragender Grund für die in der Rechtswissenschaft und über sie hinaus wirkende wissenschaftliche Fruchtbarkeit und Breite des Reflektionsrahmens der deutschen Rechtswissenschaft des 19. Jahrhunderts waren.²¹

Die hier verfolgte Fragestellung ist also vor allem kulturhistorisch-wissenschaftsgeschichtlicher Art. Sie geht damit über die im Zusammenhang mit der Historischen Rechtsschule zumeist verfolgte Fokussierung auf die Privatrechtsgeschichte mit dem internen Gegensatz von Romanisten und Germanisten hinaus, ja teilweise an ihr vorbei. Meist gilt hier die größere Aufmerksamkeit den Romanisten, denn sie bestimmten die Fahrtrichtung auf das Bürgerliche Gesetzbuch zu, inhaltlich wie auch methodisch. Die von ihnen verwaltete Materie war eben an Konsistenz und Durchformung die stärkere. Häufig wird denn auch allein aus romanistischer Sicht die Frage von Zugehörigkeit und Ende der Historischen Rechtsschule bestimmt; so wird deren Ende oft um die Jahrhundertmitte angesetzt, mit dem Ende der Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft, der Vollendung von Savignys System und dessen Tod.

Unsere Perspektive lenkt dagegen den Blick stärker auf die Germanisten. Während, wie weiter unten ausgeführt wird, in der internen privatrechtsdogmatischen Arbeit vor allem der Romanisten, aber auch vieler Germanisten (System des Deutschen Privatrechts!) der Aspekt systematisch-rationaler Durchformung herrscht, wirkt der organisch-historische Ansatz der meisten Germanisten (aber auch mancher Romanisten) weiter. Er führt zu bedeutenden juristischen Leistungen, zu einer fruchtbaren methodischen Kritik und einer Fortführung des kulturhistorischen Ansatzes der Historischen Rechtsschule. Diese Aspekte, die diese Linie fortführen, bündeln sich vor allem im Werk Otto von Gierkes, dem deshalb in dieser Einführung wie in den in diesem Bande gesammelten Aufsätzen besonderer Raum gewidmet wird.

Aus dieser Sicht reicht die Historische Rechtsschule jedenfalls bis zu jener Schwelle, die von der Jahrhundertwende und dem Weltkrieg markiert ist. Das BGB setzt hier zudem von der Seite der Rechtsquellen eine neue Situation für das Privatrecht. Ungeachtet dieses Einschnittes sollen aber am Ende die wissenschaftlichen Impulse, die weiterhin von dem Ansatz der Historischen Rechtsschule ausgingen und einen spezifisch deutschen Beitrag im internationalen Geflecht der Wissenschaften darstellen, verfolgt werden.

21 So nachdrücklich LIEBRECHT, Brunner (wie Anm. 6), S. 269 bei Anm. 236 mit Bezug auf DILCHER, Von der geschichtlichen Rechtswissenschaft (wie unten Beitrag 9). Von seinem rein privatrechtsgeschichtlichen Standpunkt getragen ist die Bemerkung Schäfers (wie Anm. 18, S. 310), dass die Vorstellung Wieackers und anderer, die Germanistik sei mit der historischen Rechtsschule entstanden, nur »einen Funken Wahrheit enthält«.

II. Vom Ende des Alten Reiches bis zur Paulskirche

2. Die historische Situation und Savignys Schulengründung

Werfen wir also zunächst den Blick auf die besondere historische Situation, die im Augenblick des Begründungsaktes der »Schule« um das Jahr 1814 herrschte, »zu einer Zeit, welche jedem, der sie mit vollem Bewusstsein erlebt hat, unvergesslich sein muss« (so Savigny 1828).²² Deutschlands beste Geister waren bewegt von der Französischen Revolution, dem Ereignis selbst wie den universalistischen Idealen. Das Land hatte sodann die Napoleonische Fremdherrschaft und Ausbeutung zu erdulden, es erhob sich als erwachende Nation siegreich, musste dann aber eine Neuordnung durch die alten Mächte hinnehmen. Das Heilige Römische Reich als gemeinsamer Rechtskörper wie als jahrtausendalte Tradition war dahin. Die einzelnen fürstlichen Souveränitäten wurden nur noch locker durch den Deutschen Bund vereint. Die Frage nach einer Deutschen Nation war gestellt, aber die politischen Mächte schritten zu einer Repression der bürgerlichen Nationalbewegung und gründeten ihre Legitimität auf Gottesgnadentum und Heilige Allianz. Die Rechtsordnung bewahrte zwar alte Gemeinsamkeiten, der aber die alte Legitimationsgrundlage abhanden gekommen war. Das Recht wies vor allem eine weitgehende Zersplitterung auf. Für eine vereinigende Gesetzgebung fehlte es an einem politischen Akteur, während gerade die Großstaaten wie Preußen und Österreich in ALR und ABGB, aber auch die Rheinbundstaaten nach französischem Vorbild sich privatrechtliche Kodifikationen geschaffen hatten.

Für Italien, für das sich aufgrund seiner Geschichte die Frage der politischen Einigung und der Nationsbildung noch schwieriger und entschiedener stellte als für Deutschland, hatte zunächst Metternich auf dem Wiener Kongress konstatiert, Italien sei ein bloß geographischer Begriff. Ein halbes Jahrhundert später nach der Gründung des Nationalstaats formulierte Cavour: »Abbiamo fatto l'Italia, dobbiamo fare gli Italiani.« Die Bedeutung und Schwierigkeit der Identitätsfindung für »verspätete Nationen« ist hier mit großer Klarheit ausgedrückt.

Der Rückgriff auf den Volksgeist, auf das Germanische, gleichsam als »lieu de memoire«, hatte für Deutschland eine solche Funktion. In jeweils historisch-spezifischer bestimmter Weise gilt Ähnliches auch für andere europäische Nationen und Volksgruppen.²³

22 So Savigny am Anfang der Vorrede zur zweiten Ausgabe des »Berufs« von 1828, bei J. STERN, Thibaut und Savigny (wie Anm. 24), S. 202.

23 Dazu mit einem breiten Spektrum von Schottland (Ossian) über Deutschland (Nibelungenlied) bis Finnland (Kalevala): MICHAEL STOLLEIS, Helden und Heldengesänge – Nationalepen und Verfassungen im 19. Jahrhundert, FS J. Weitzel,