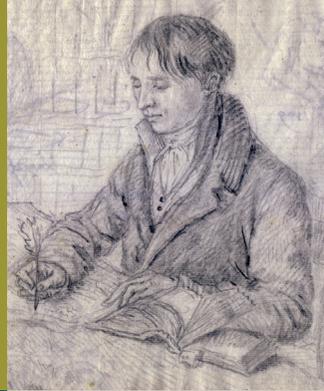


Stephan Meder

# SAVIGNYS WEG IN DIE JURISTISCHE MODERNE

ROMANTIK, GENDER, RELIGION, WISSENSCHAFT



SCHWABE VERLAG

---





**Stephan Meder**

# **Savignys Weg in die juristische Moderne**

**Romantik, Gender, Religion, Wissenschaft**

**Schwabe Verlag**



MIX  
Papier aus verantwortungsvollen Quellen  
FSC® C083411

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek

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

© 2023 Schwabe Verlag Berlin GmbH

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

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

Cover: Kathrin Strohschnieder, Zunder & Stroh, Oldenburg

Layout: icona basel gmbh, Basel

Satz: 3w+p, Rimpär

Druck: CPI books GmbH, Leck

Printed in Germany

ISBN Printausgabe 978-3-7574-0108-5

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

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

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

Zudem sind Inhaltsverzeichnis und Überschriften verlinkt.

[rights@schwabeverlag.de](mailto:rights@schwabeverlag.de)  
[www.schwabeverlag.de](http://www.schwabeverlag.de)

# Inhaltsübersicht

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

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

# Inhalt

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

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

## **Teil 1 Der junge Savigny – zwischen Frühromantik und Rechtswissenschaft**

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

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

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

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

## Teil 2 Judenfeindlichkeit bei Savigny?

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

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

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

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

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

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

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

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

### **Teil 3 «Autonomie» als Kernelement von Savignys Methodenprogramm**

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

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

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

# Vorwort

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

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



# 1. Kapitel Einleitung

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

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

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

---

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

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

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

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

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

---

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

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

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

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

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

---

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

<sup>6</sup> Savigny, System I (Fn. 2), S. 331 f. (§ 52).

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

<sup>8</sup> Savigny, System I (Fn. 2), S. 331 f. (§ 52).

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

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

## II. Die Lektüre von Jhering: Savigny als Kantianer

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

---

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

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

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

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

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

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

---

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

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

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

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

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

---

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

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

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

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

## 1) Begriffsjurisprudenz versus Romantik

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

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

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

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

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

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

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

---

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

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

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

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

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

---

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

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

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

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

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

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

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

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

---

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

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

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

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