

# Willensfreiheit und rechtliche Ordnung

Herausgegeben von  
Ernst-Joachim Lampe,  
Michael Pauen  
und Gerhard Roth

15-11523/30



V. L. 1900

Suhrkamp

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

suhrkamp taschenbuch wissenschaft 1833

Erste Auflage 2008

© Suhrkamp Verlag Frankfurt am Main 2008

Alle Rechte vorbehalten, insbesondere das der Übersetzung,  
des öffentlichen Vortrags sowie der Übertragung  
durch Rundfunk und Fernsehen, auch einzelner Teile.

Kein Teil des Werkes darf in irgendeiner Form  
(durch Fotografie, Mikrofilm oder andere Verfahren)  
ohne schriftliche Genehmigung des Verlages reproduziert  
oder unter Verwendung elektronischer Systeme  
verarbeitet, vervielfältigt oder verbreitet werden.

Satz: TypoForum GmbH, Seelbach

Druck: Druckhaus Nomos, Sinzheim

Printed in Germany

Umschlag nach Entwürfen

von Willy Fleckhaus und Rolf Staudt

ISBN 978-3-518-29433-8

I 2 3 4 5 6 - 13 12 11 10 09 08

*Hans-Peter Haferkamp*  
Die Bedeutung der Willensfreiheit  
für die Historische Rechtsschule

I. »Formalismus des Willens« – Perspektiven der Freiheitsfrage  
in der Historiographie zur Historischen Rechtsschule

Wer sich mit »Willensfreiheit« im Rechtsdenken der Historischen Rechtsschule und Pandektistik<sup>1</sup> beschäftigt, steht vor einem doppelten Zugangsproblem. Zunächst sind zumindest für die sich 1814 konstituierende Historische Rechtsschule Determinismusperspektiven im biologisch-psychologischen Sinne nicht zu erwarten. Die Auseinandersetzung der Rechtswissenschaft mit den Naturwissenschaften, nicht der älteren Naturphilosophie, findet sich verstärkt erst ab den 1860er Jahren. Nicht zufällig geriet das alte Programm der Historischen Rechtsschule in diesem Kontext in eine Krise. Man muss sich also auf eine uns heute fremde Behandlung des Themas einstellen, was konkret einerseits eine starke theologische Überlagerung der Freiheitsfrage und andererseits den uns heute fremden Gedanken der Rechtsentstehung durch Willensfreiheit umfasst. Zweitens ist das Thema in der Privatrechtsgeschichtsschreibung, der Methodenlehre und der um historische Legitimation bemühten aktuellen Rechtsdogmatik überlagert von Deutungen, die einer Rekonstruktion des damaligen Gesprächs im Wege stehen. Man muss also zunächst eine Rezeptionsgeschichte nachvollziehen, um viel spätere Vorverständnisse abzuschütteln.

Willensfreiheit wird in der Historiographie seit Langem primär als Ausdruck des »Privatrechtsmodells« des 19. Jahrhunderts diskutiert.<sup>2</sup> Während im Strafrecht Willensfreiheit vor allem als Zurechnungs-

1 Die Historische Rechtsschule war eine Gruppe von Rechtswissenschaftlern um F. C. v. Savigny, die im zeitlichen Schwerpunkt zwischen 1814 und 1848 versuchte, das Privatrecht als Gewordenes (Geschichte) und sich selbst organisierendes (System) wissenschaftlich neu zu durchdenken. Nach 1848 bekannte sich auch die Pandektistik, benannt nach ihren »Pandektenlehrbüchern« des »heutigen« römischen Rechts (das bis 1900 in Deutschland vor Gericht galt), weitestgehend zu Savignys Programm. Gleichwohl ging sie in vielen Fragen bereits andere Wege, vgl. unten 6. und 7.

2 Vgl. Darstellung der Debatte mit vielen Nennungen bei Hofer 2001, S. 9 ff.

problem interessiert, fragen Privatrechtler unter diesem Stichwort nach Privatautonomie, also Vertrags-, Eigentums- und Testierfreiheit als Basis des Privatrechts. Franz Wieackers vielzitiertes Bild vom Bürgerlichen Gesetzbuch als »spätgeborene[m] Kind der Pandektenwissenschaft« kennzeichnet die dabei eingeschlagene Denkrichtung. Mit seinem rigorosen Bekenntnis zur Privatautonomie stehe das BGB, so Wieacker 1953, im Widerspruch »sowohl zum alten Usus modernus wie zu den progressiven naturrechtlichen Gesetzbüchern«. <sup>3</sup> Die Privatrechtswissenschaft des 19. Jahrhunderts ging, nach diesem Bild, im Privatrecht also einen radikalen, »liberalistischen« Sonderweg, dessen kaum lebensfähiges Ergebnis das Deutsche Privatrechtsgesetzbuch sei. Diese Blickrichtung ist nicht neu. Willensfreiheit im Privatrecht wird seit Jherings berühmter Kritik von 1865 als »Formalismus des Willens« <sup>4</sup> wahrgenommen, also pejorativ. Die Frage nach der Willensfreiheit ist bestimmt von der Frage nach ihren Grenzen. Seit etwa 1880 dominierte der stete Hinweis auf Konflikte zwischen rechtlicher Gleichheit der Freiheitssubjekte und faktischer Ungleichheit. Privatautonomie wurde als »schränkenlos« wahrgenommen, und die sozialen Bindungen wurden betont. <sup>5</sup> Prägend für dieses in der Historiographie vorherrschende Bild waren Diskussionen in den 1920er und 1930er Jahren. <sup>6</sup> Privatrecht im 19. Jahrhundert wurde hier erstmals in der ideengeschichtlichen Linie Kant – Savigny – Puchta – Windscheid <sup>7</sup> als »Entethisierung« behandelt. Zentraler Vordenker hierfür war Julius Binder, <sup>8</sup> der bereits 1907 mit Blick auf Willensfreiheit bei Savigny herausstellte, Savignys System sei aufgebaut auf »einem Grundbegriffe Kantischer [...] Philosophie«. <sup>9</sup> 1925 hieß es dann erstmals: Während Savigny das Recht noch mit der »sittlichen, jedem einzelnen Menschen innewohnenden Freiheit« begründet habe, sei bei Puchta und nachfolgend bei Windscheid der Wille zu einem »psychologischen Standpunkt« verengt und damit jeder Zusammenhang mit der »Ethik, mit der Freiheit und Vernünftigkeit dieses Willens« gelöst

3 Wieacker 1953, S. 15.

4 Vgl. Jhering 1865, S. 334, 337 mit Fn. 441 und 442.

5 Längsschnitt bei Rückert 2003, S. 759.

6 Vgl. zum Folgenden Haferkamp 2004, S. 94 ff.

7 Vgl. Coing 1955; Kiefner 1969; Fezer 1986, S. 248 ff.; Püls 1995, S. 27 ff.

8 Zum Folgenden Haferkamp 2004, S. 97 ff.

9 Vgl. Binder 1907, 10; hierzu Nass 1964, S. 38 f.

worden.<sup>10</sup> Kants Freiheit wurde also von ethischen Bindungen her gelesen. Karl Larenz nahm in seiner wirkungsreichen Methodenlehre von 1960 diese Linie auf. Er beklagte an der Linie Savigny – Puchta – Windscheid, dass der »ethische Freiheitsbegriff Kants« verblasst sei.<sup>11</sup> Auch er betonte an Kants Freiheitsbegriff, in spezifisch neuhegelianischer Lesart,<sup>12</sup> dessen »Sittlichkeit«, das heißt den Aspekt der ethischen Grenzziehung.<sup>13</sup>

In den letzten Jahren ist diese Deutung aus verschiedenen Gründen in Zweifel gezogen worden. Joachim Rückert hat darauf hingewiesen, dass vor 1880 eine abstrakte Debatte über Privatautonomie gar nicht stattgefunden habe, der Terminus tauchte erst nach 1900 auf und zwar sogleich mit Blick auf seine Schranken.<sup>14</sup> Sibylle Hofer hat gezeigt, wie das Thema Privatautonomie im 19. Jahrhundert in differenzierten Einzeldebatten und vor allem in konkreter Dogmatik diskutiert wurde. Rückert und Hofer haben die verschiedenen Ansichten zu Gruppen verdichtet.<sup>15</sup> Die Position unbeschränkbarer »Willensmacht« findet sich darin nicht.<sup>16</sup> Die Frage war nur, wer welche Grenzen setzt, ob und wie man die eigene Position im semantisch aufgeladenen Privatrechtsbegriff formulieren sollte. Kritik fand auch die philosophische Ableitung der Willensfreiheit von Kant.<sup>17</sup> Neben andere philosophische Gewährsmänner wie Schelling und Hegel<sup>18</sup> traten inzwischen auch theologische Anbindungen, insbesondere mit Bezug auf Savigny und Puchta.<sup>19</sup>

Die neueren Untersuchungen haben deutlich gemacht, dass die Auseinandersetzung mit der Privatrechtswissenschaft des 19. Jahrhunderts bis in die Gegenwart überstark geprägt war von antiliberalen Gegenbildern, die dem Privatrechtsdenken des 20. Jahrhunderts

10 Vgl. Binder 1925, S. 441.

11 Vgl. Larenz 1960, S. 20.

12 Vgl. Frommel 1981, S. 137 ff., 149 ff., 178 ff.; Rückert 1997b, S. 142.

13 Ihm folgend etwa Fezer 1986.

14 Vgl. Rückert 1997b, S. 145 ff.

15 Vgl. Rückert 1997b, S. 150 ff.

16 Vgl. Hofer 2001, passim; zur Situation während der BGB-Entstehung ergänzend Repgen 2001.

17 Vgl. bereits Schröder 1981, S. 401 ff.

18 Bereits Hollerbach 1957; Bohnert 1979; Rückert 1984; Cappellini 1984; Haferkamp 2004.

19 Haferkamp 2008.

entstammen.<sup>20</sup> Die Rückprojektionen gerieten zu Zerrbildern. Eine »ernsthafte, streng historische Auseinandersetzung« mit der positiven Rechtswissenschaft des 19. Jahrhunderts hat demgegenüber, wie Jan Schröder zutreffend bemerkt hat, »bisher kaum stattgefunden«.<sup>21</sup> Blinde Flecken einer Privatrechtsgeschichte als Freiheitsgeschichte bieten insbesondere die Entwicklungen nach 1850.<sup>22</sup> Für die Pandektenwissenschaft nach 1850 beschränkt sich die vorliegende Darlegung daher auf einige »Ausblicke«. Den Schwerpunkt bildet das Freiheitsdenken der Historischen Rechtsschule. Dabei konzentriert sich der Blick auf die wichtigsten Vordenker, namentlich Friedrich Carl v. Savigny (1779-1861), Georg Friedrich Puchta (1798-1846) und Moritz August von Bethmann-Hollweg (1795-1877). Ziel ist es, die durch spätere Wertungen verschütteten Probleme und Lösungswege der Historischen Rechtsschule in der Freiheitsfrage vorzustellen. Es ging um heute fremde Themen, um Rechtsentstehung durch Willensfreiheit (2. und 3.) und Privatautonomie als Freiheit zu Gott (4. und 5.). Die Pandektistik nach 1850 nahm diese Diskussionen kaum noch wahr und debattierte vor dem Hintergrund einer veränderten Problemlage (6. und 7.).

## 2. Willensfreiheit und positives Recht

Das Verhältnis zwischen Willensfreiheit und positivem Recht war seit dem im letzten Drittel des 18. Jahrhunderts einsetzenden sogenannten jüngeren Naturrecht ein für Juristen drängendes Problem.<sup>23</sup> Auch das ältere Naturrecht hatte die Freiheit des Privatrechtssubjekts hervorgehoben, einen Konflikt mit dem geltenden Recht aber vermieden. Das ältere Naturrecht beanspruchte Geltung nur subsidiär und im Lückenfall.<sup>24</sup> Die im jüngeren Naturrecht aufkommende Formel von den »unveräußerlichen« Freiheitsrechten

20 Vgl. Rückert 1998; zum Eigentumsbegriff: Keiser 2005, S. 19 ff., 37 ff. und passim.

21 Schröder 2001, S. 245.

22 Als wichtige Ausnahmen nenne ich die Studien von Falk 1989; Kriechbaum 1984; Hofer 2001; Repgen 2001. Eine moderne Gesamtdarstellung, die über Landsberg 1910 hinausführt, fehlt.

23 Grundlegend Klippel 1976; vertiefend ders., 1991; ders. 1993; zu den praktischen Auswirkungen in der gerichtlichen Praxis Sailer 1999; Oestmann 2006, S. 68 ff.

24 Vgl. Luig 1979, Schröder 1989.

fürte demgegenüber zum offenen Konflikt.<sup>25</sup> Juristen gerieten in politisch gefährliches Fahrwasser, wenn sie die Prärogative des Gesetzgebers durch Vorrangbehauptungen und Widerstandsrechte in Zweifel zogen. Schon aus diesem Grund blieb dieses rigore Kantverständnis<sup>26</sup> nach 1800 vereinzelt.<sup>27</sup>

Alternativ konnte man den erkenntniskritischen Kant betonen und damit das Freiheitsproblem zwischen Sein und Sollen entschärfen. Überpositives Recht war damit ausgeschlossen. Recht war positives Recht und als solches einer offenen und immer subjektiven, »politischen« Diskussion mittels verschiedenster Erfahrungsargumente ausgesetzt, ohne dass sein Geltungsvorrang deshalb gefährdet gewesen wäre. Diesen Weg gingen Gustav Hugo und seine Schüler, etwa Theodor Marezoll.<sup>28</sup>

Eine dritte Möglichkeit war es, an der Annahme eines philosophischen Rechts festzuhalten, ohne den Vorrang des Gesetzgebers in Zweifel zu ziehen. Rechtsphilosophie war dann Gesetzgebungswissenschaft mit fachlicher Beratungsfunktion, wenn auch ohne Durchgriff. Ob und inwieweit Willensfreiheit im Recht beachtet wurde, blieb auch hier dem Gesetzgeber überlassen. Dieser konnte aber, insoweit übereinstimmend mit dem älteren Naturrecht, richtig oder falsch entscheiden. Dies erhöhte den Reformdruck – wenn man Reform wollte. Die entsprechende Position wurde von den verschiedensten philosophischen Schulen vertreten, von kantisch-freiheitlichen wie Gros, Rotteck oder Welcker<sup>29</sup> bis zu Hegelianern wie Lorenz v. Stein<sup>30</sup> oder Eduard Gans.<sup>31</sup>

In diesem Meinungsspektrum positionierte sich seit 1814 die Historische Rechtsschule um Savigny. Das Besondere an dieser Position war, dass Savigny nicht dem Recht überpositiv die Aufgabe zuwies, Willensfreiheit zu schützen, sondern Willensfreiheit zum Entstehungsgrund des Rechts machte. Freiheit war dem Recht nicht aufge-

25 Vgl. Klippel 1976, S. 189 ff.

26 Überblick bei Rückert 1997a, insb. S. 322 ff.; zu den verschiedenen Kant-Verwendungen (freiheitlich, kritisch): Rückert 1991; ders., 2002; noch immer bester Überblick über das juristisch-politische Meinungsspektrum im Vormärz: Rückert 1974.

27 Vgl. Klippel 1976, S. 124 ff.

28 Vgl. Rückert 1990.

29 Vgl. Klippel 1995.

30 Vgl. Koslowski 2005, insb. S. 169 ff.

31 Vgl. Braun 1997.

geben, sondern trieb es voran. Dabei handelte es sich freilich um die Willensfreiheit eines Kollektivs, nicht um die »Willkür« des Einzelnen. Recht entwickelte sich »frei-notwendig« im menschlichen Bewusstsein. Nicht die Willkür eines Gesetzgebers konnte richtiges Recht schaffen, sondern nur das »Volksbewusstsein«, später (mit Puchta) der »Volksgeist«. Jedes Zeitalter müsse »etwas Gegebenes anerkennen, welches jedoch nothwendig und frey zugleich ist; nothwendig, in so fern es nicht von der besonderen Willkühr der Gegenwart abhängig ist: frey, weil es eben so wenig von irgend einer fremden besonderen Willkühr (wie der Befehl des Herrn an seinen Slaven) ausgegangen ist, sondern vielmehr hervorgebracht von der höhern Natur des Volkes als eines stets werdenden, sich entwickelnden Ganzen«. <sup>32</sup> Recht entwickelte sich demnach frei, aber nicht »willkürlich«. Savigny meinte 1815, das Recht komme »aus des Volkes [...] Natur, Schicksal, Bedürfniß«. <sup>33</sup> Ein »oft wiederkehrendes Bedürfniß« mache auch ein »gemeinsames Bewußtseyn des Volkes selbst möglich«. <sup>34</sup> Es ging also nicht einfach um eine Fortgeltung antiken römischen Rechts. <sup>35</sup> Die Rechtsinstitute mussten der Zeit angepasst sein, wie es »das wahre Bedürfniß des Verkehrs erfordert«. <sup>36</sup> Übereinstimmend meinte Puchta: »Die Rechtsinstitute sind so zu gestalten, wie sie den bestehenden individuellen Bedürfnissen entsprechen«. <sup>37</sup> Die »Mutter« der Rechtsinstitute sei »die Mannigfaltigkeit der Menschen und Dinge«. <sup>38</sup> Diese Aufgabe, das »heutige römische Recht« zu modernisieren, oblag der Rechtswissenschaft. Sie hatte das Recht mit durchaus breitem methodischen Instrumentarium »zu durchschauen, zu verjüngen, und frisch zu erhalten«. <sup>39</sup>

Entscheidend ist in diesem Zusammenhang, dass die Freiheit des Volksgeistes als Rechtsentstehungsgrund durch diese Wirklichkeitsbezüge nicht aufgehoben wurde. Puchta betonte, Freiheit sei »Keim des Rechts«. <sup>40</sup> Aus der Freiheit als »Grundbegriff des Rechts« folge,

32 Savigny 1815a, S. 262.

33 Savigny 1815b, S. 141.

34 Savigny 1814, S. 13.

35 Zu diesen späteren Vorwürfen Haferkamp 2004, S. 133 ff.

36 Savigny 1851, S. 8.

37 Puchta 1841, S. 19.

38 Puchta 1841, S. 102.

39 Savigny 1815a, S. 264.

40 Puchta 1841, S. 6.



»daß sich nicht von dem Begriff der Vernunft aus zu dem Recht gelangen läßt«. <sup>41</sup> Diese These richtete sich gleichermaßen gegen Kantianer und Hegelianer. »Freiheit« war für Puchta, in Anlehnung an Schellings in München vorgetragene Geschichtsphilosophie und die darin erstmals verbreitete Hegelkritik, eine »Erklärung der Welt«, die etwas »Positives, Willen, Freiheit, Tat, nicht etwas bloß Negatives, durch bloße Denknöwendigkeit Einzusehendes annimmt«. <sup>42</sup> Nicht nur eine sichere Vorhersage der Rechtsentwicklung war damit ausgeschlossen, sondern überhaupt jede wirklich sichere Aussage über die Geltung eines Rechtssatzes. Der Volksgeist war, so Puchta, »dunkle Werkstätte«. <sup>43</sup> Der Jurist musste mit Geltungsindizes arbeiten, von denen die Durchsetzung und die Geltung eines Rechtssatzes vor Gericht und in der überwiegenden Ansicht der Rechtswissenschaft besonders hervorgehoben wurden. Recht war damit positives Recht, sichtbar »nur das Entstandene selbst«. <sup>44</sup> Diese Sicherheit blieb vage, »so sicher, als sie eben seyn kann«. <sup>45</sup> Der Richter, »der sich von der Unwahrheit einer bisherigen Meinung überzeugt hat«, würde nach Puchta daher »pflichtwidrig handeln, wollte er sie noch ferner anwenden, und hätte man sie Jahrhunderte lang für wahr gehalten, und seit Menschengedenken in den Gerichten befolgt«. <sup>46</sup>

Damit verschob sich das Freiheitsproblem. Die im Recht für die Historische Rechtsschule zunächst interessierende Freiheit war nicht Wille des Individuums, sondern »Wille einer Nation«. <sup>47</sup> Dieser Wille war nicht bewusst artikulierter Volkswille, sondern freier, metaphysischer Selbstbeweger des Rechts. Überpositive Freiheitsrechte waren damit verabschiedet. Die Annahme überpositiven Rechts hätte der Annahme einer freien, jedenfalls undurchschaubaren Rechtsentstehung widersprochen. Ein autonomes Recht musste nicht Autonomie gewähren. Willensfreiheit im Recht war nach dieser Position nur denkbar »als ein positives Recht, nicht als abstractes

41 Puchta 1841, S. 4.

42 Schelling 1830, S. 13; hierzu Haferkamp 2004, S. 337 ff.

43 Puchta 1841, S. 30; ebenso bezeichnete Schelling den Entstehungsgrund der Mythologie, vgl. Schelling 1842, S. 18.

44 Puchta 1841, S. 30.

45 Brief Puchtas an Blume vom 22. 5. 1829, abgedruckt bei Haferkamp 2004, S. 523 ff.

46 Puchta, Vorlesungen I (besser: 1825/1873), S. 44.

47 Puchta 1845, S. 16.

Menschenrecht«. <sup>48</sup> Der Wille des Einzelnen war nur geschützt, »sofern er jenem allgemeinen Willen entspricht«, <sup>49</sup> »also den Rechtsvorschriften gemäß ist«. <sup>50</sup> Will man nach der Willensfreiheit im Recht fragen, so muss man also im »heutigen« römischen Recht, wie es die Historische Rechtsschule interpretierte, nach Antworten suchen.

### 3. Volksgeist und Gottes sittliche Ordnung – Diskussionen um Savignys System des heutigen römischen Rechts

Philosophisch war Savignys Absage an überpositive Freiheitsrechte heikel: Wie konnte sich Recht im Menschen ohne Freiheitsprämisse frei entwickeln? Ohne freien menschlichen Willen kein autonomer »Volksgeist«. Freiheit des Volksgeists als Rechtsentstehungsgrund ohne (überpositive) Willensautonomie war also nicht ganz einfach zu begründen.

Savigny selbst hatte seine Prämisse, das »Bewusstsein des Volkes« als Entstehungsgrund des Rechts, 1814 philosophisch nicht abgesichert: »Wie diese eigenthümlichen Functionen der Völker, wodurch sie selbst erst zu Individuen werden, entstanden sind, diese Frage ist auf geschichtlichem Wege nicht zu beantworten.« <sup>51</sup> Auch Puchta hatte 1825 noch entschuldigend darauf verwiesen, für genauere Erklärungen des Volksgeists bedürfe es »einer tieferen philosophischen Untersuchung über die Bestimmung des Uranfangs der geistigen Dinge überhaupt«. <sup>52</sup> Diese Verweigerung des philosophischen Gesprächs stieß seit 1830 auf zunehmende Kritik. <sup>53</sup> Hintergrund waren im christlich-konservativen Umfeld Savignys drängende theologische Fragen: »Wie [sc. kommen] Christus und das Recht zusammen?« <sup>54</sup> Savignys Vertrauter Bethmann-Hollweg meinte 1832, es sei »der allgemeine und sittliche Gehalt des Rechts, den wir noch ent-

48 Savigny, § 52, Bl. 215, Z. 3.

49 Puchta 1841, S. 12.

50 Puchta 1845, S. 42.

51 Savigny 1814, S. 8.

52 Puchta 1825, S. 18.

53 Hierzu Haferkamp 2008.

54 Brief Puchtas an Savigny vom 4. 8. 1835, zit. nach Bohnert 1979, S. 24ff., 28f.

behren« und zu dem »die historische Rechtsansicht [...] als einer nothwendigen Ergänzung« hintreibe.<sup>55</sup> Friedrich Julius Stahl legte 1833, im zweiten Band seiner Rechtsphilosophie, eine philosophische Begründung der Rechtentstehung vor, die eine breite Diskussion über die Willensfreiheit des Menschen im Recht auslöste.<sup>56</sup> Stahls Rechtsphilosophie machte das Dilemma deutlich, auf das eine Rechtslehre zusteuerte, die den Volksgeist mit einer Ordnung Gottes auf Erden vereinigen wollte. Der metaphysische Selbstbeweger stand in Gefahr, durch eine schlicht konservierende Heiligung der bestehenden Ordnung ausgehebelt zu werden. Recht gelte, so meinte Stahl, »nicht als [...] Volksbewußtseyn, sondern schlechthin als Recht. Der äußern gegenständlichen Ordnung als solcher wohnt das Ansehen Gottes inne [...]. Das Recht bleibt daher in unverkürzter Geltung, auch wenn das rechtliche Bewußtseyn bei Volk und Obrigkeit längst ein anderes geworden ist.«<sup>57</sup> Stahl argumentierte für seinen Vorrang der bestehenden Ordnung mit der »christlichen Hingebung an die Macht der Ordnung und Fügung, die über dem Menschen ist«.<sup>58</sup> Frei war danach Gott, nicht jedoch der Mensch. Hier setzte im Umfeld Savignys nun der Versuch ein, den Volksgeist philosophisch gegen theokratische Einflüsse abzusichern. Willensfreiheit als rechtsphilosophisches Problem wurde hier also in einer uns heute doppelt fremden Perspektive diskutiert: Erstens im Zusammenhang mit der Frage, wie Recht entsteht, zweitens in religiöser Auseinandersetzung mit theokratischen Machtansprüchen.

Die dabei gegen Stahl entwickelten Positionen erschließen sich vor allem aus einem Briefwechsel, den Savigny mit seinen Vertrauten, insbesondere Puchta, Bethmann-Hollweg und Rudorff, 1838/39 führte und der darauf abzielte, seine später so berühmten Überlegungen zu »Wesen und Arten der Rechtsverhältnisse« (§ 52 im ersten Band des Systems von 1840) abzusichern.

Der Verlauf der Debatte zeigte dabei schnell, dass eine gemeinsame schulphilosophische Grundlage der Diskutanten nicht bestand. Bethmann-Hollweg betonte: »Wer sich von der Verkehrtheit der älteren Systeme des s. g. Naturrechts überzeugt hat, und auch

55 Bethmann-Hollweg 1832, S. X.

56 Hierzu Haferkamp 2004, S. 311 ff.

57 Zitat in Stahl 1854, S. 235; vgl. auch in der 1. Aufl. S. 143 ff.; hierzu Wiegand 1981, S. 213.

58 Stahl 1847/1858, S. 17; zu den Hintergründen: Füssl 1988, S. 137 ff.

durch Hegel oder Stahl, wie viel Schönes im Einzelnen sie aufstellen, nicht befriedigt fühlt, ist genöthigt auf eigene Hand eine allgemeine Grundlage für das Recht und das Rechte aufzusuchen.«<sup>59</sup> Puchta orientierte sich in dieser Debatte dagegen an Schellings Münchener Vorlesungen, also an einer Fachphilosophie, während der autonome Denker Savigny wie Bethmann-Hollweg eigene Wege ging.

Die Debattierenden waren sich einig, dass Kant kein tragfähiger philosophischer Gewährsmann mehr war.<sup>60</sup> Als Savigny Vernunft unter ein »Gesetz der Freiheit« stellte und von einer »höheren Natur« im Menschen sprach, entgegnete Puchta: »Liesse es sich nicht denken, daß die Formulierung dieser höchsten Begriffe mit einer Philosophie zusammenhängt, die noch theoretisch in Ihnen nachklingt, während Sie praktisch dieselbe von Anfang Ihres wissenschaftlichen Lebens an hinter sich gelassen haben?«<sup>61</sup> Für Puchtas an Schelling und Hegel angelehnten Sprachgebrauch war Freiheit begrifflich »die Feindin der Vernunft« als Ausdruck von Notwendigkeit.<sup>62</sup> Inhaltlich war für ihn die Vorstellung, der Mensch (nicht Gott) bringe autonom das Gute hervor, »eine Concession an den Atheismus.«<sup>63</sup> Auch Bethmann-Hollweg äußerte »Bedenken gegen den Kantischen Gebrauch von ›Vernunft‹ als eines sittlichen Vermögens« und schlug ganz im Sinne Puchtas vor, das Vermögen der Sittlichkeit nicht von der menschlichen Autonomie, sondern vom göttlichen Willen abzuleiten. Savigny setzte mit Puchta »Geist anstatt Vernunft«<sup>64</sup> und präziserte: »Durch seine geistige Natur ist der Mensch fähig, den Willen Gottes zu erkennen, und sich diesem Willen mit Freyheit hinzugeben oder zu entziehen.«<sup>65</sup> Die menschliche Freiheit bei Puchta war, in Übereinstimmung mit Schelling, die »Wahl zwischen Gutem und Bösem«, <sup>66</sup> Ziel war es, dass der Mensch »durch freie Bestimmung Gottes Willen ausführe.«<sup>67</sup> Kant war damit verlassen. Die menschliche Freiheit wurde, wie es bereits 1802 der »Formalismus«-Vorwurf gegen Kants kategorischen Imperativ

59 Bethmann-Hollweg, § 52, Bl. 218, Z. 1.

60 Zum vorläufigen Ende des Kantischen Einflusses um 1820 Rückert 1991, S. 161 ff.

61 Puchta, § 52, Bl. 227, Z. 1.

62 Puchta, § 52, Bl. 227, Z. 2.

63 Puchta, § 52, Bl. 227, Z. 2.

64 Savigny, § 52, Bl. 228.

65 Savigny, § 52, Bl. 224, Z. 6.

66 Puchta 1841, S. 9; § 52, Bl. 227, S. 4; Schelling 1856, I. Abt, Bd. X, S. 115.

67 Puchta, § 52, Bl. 227, Z. 4.

von Hegel und Schelling angemahnt hatte,<sup>68</sup> an eine ihr äußerliche Substanz gebunden.<sup>69</sup> Bei der Historischen Rechtsschule hieß diese Substanz seit den 1830er Jahren immer deutlicher: Gott und die »christliche Lebensansicht«.<sup>70</sup> Nähe fand diese theologische Ausrichtung in Schellings später, »christlicher«<sup>71</sup> Philosophie, theologisch genährt wurde sie vom Einfluss der Allgäuer und Erlanger Erweckungsbewegung auf Savigny und sein engeres Umfeld nach 1815.<sup>72</sup>

Aus der Perspektive der Rechtsentstehung traten damit die Freiheit des Volksgeistes und des daraus emanierenden Rechts und die Sittlichkeit Gottes in ein schwieriges Spannungsverhältnis. Puchta rechtfertigte die Freiheit von Gott mit der dem Menschen von Gott zugewiesenen Herrschaftsbefugnis: »Das Recht ist dem Menschen in der Herrschaft über die Erde vor seiner Entscheidung gegeben, und es ist durch den Sündenfall nicht zurückgenommen.«<sup>73</sup> Zwar sei das Recht »für die Menschen, welche seines Ursprungs noch nicht entfremdet sind, ein Theil der Religion«,<sup>74</sup> doch sei eben nicht Gott, sondern der Mensch Urheber des Rechts:

Wollte Jemand meinen, gegen diese Ansicht den göttlichen Ursprung des Rechts vertheidigen zu müssen, der würde sie mißverstehen. [...] Wir stellen nicht in Frage, daß das Recht von Gott ist, dieß wäre eine Erniedrigung des Rechts. Die Frage ist nur, wie Gott das Recht hervorbringt. Wir behaupten[,] dadurch, daß er die Recht erzeugende Kraft in die Natur der Völker gelegt hat.<sup>75</sup>

Auch gegenüber dem Staat wurde diese rechtschaffende Macht der Menschen theologisch abgesichert: »Der Mensch leitet sein Recht nicht vom Staat ab, sondern von jenem Ausspruch: Seid fruchtbar und mehret euch, und füllet die Erde, und machet sie euch unterthan, welcher über alle Staaten hinaufreicht, und aus dem sie selbst

68 Vgl. die Nennungen bei Rückert 1991, S. 202.

69 Zu diesen Entwicklungen Kondylis 1979, S. 179ff.; Frank 1997, Rückert 1991, 199ff.

70 Savigny 1840, S. 53.

71 Stahl 1833, S. 363.

72 Zu den Zusammenhängen im Einzelnen Haferkamp 2008; zur Erweckungsbewegung überblicksartig Beyreuther 1963.

73 Puchta 1841, S. 10.

74 Puchta 1841, S. 23.

75 Puchta 1847, S. 23.

sich ableiten.«<sup>76</sup> Die Bibel fungierte als Beweismittel, sie enthalte in der Genesis, so Puchta mit Schelling, die »älteste Urkunde, die wir besitzen«.<sup>77</sup>

Wie kam nun aber ein Mindestmaß an Sittlichkeit in das Recht? Wieso war es sinnvoll, auf die Qualität des sich frei im Volksgeist entwickelnden Rechts zu vertrauen? Bei Savigny gab es im Zusammenhang mit dieser Frage eine signifikante Klarstellung während der hier geschilderten Debatte. Recht hatte er zunächst definiert als »unsichtbare Grenze, innerhalb welcher das Daseyn, und die Wirksamkeit jedes Einzelnen einen sichern, freyen Raum gewinne«.<sup>78</sup> Diese ganz kantisch klingende<sup>79</sup> Definition fand sich auch in der Endfassung:<sup>80</sup> Savigny hatte seine philosophisch-theologischen Überlegungen wieder aus dem Manuskript entfernt, nachdem sein Vertrauter Rudorff eingeworfen hatte, Derartiges gehöre »schwerlich in ein Werk über das heutige römische Recht«.<sup>81</sup> Die vorherige, nun gestrichene »Zweyte Redaction« hatte hier interessierende Einwände von Bethmann-Hollweg aufgenommen, die dieser auch nach Erscheinen des Werks 1840 in einer Rezension Savigny entgegenhielt: Das Recht diene nicht einfach der Abgrenzung menschlicher Freiheitssphären, sondern solle ein »freyes Ineinandergehen der Willen in der Liebe« ermöglichen.<sup>82</sup> Dies hatte Savigny in der zweiten Redaktion auch klargestellt. Das Rechtsbewusstsein des Einzelnen genüge demnach als Grundlage des Rechts nicht, denn »nur mit der gegenseitigen Anerkennung und mit der Möglichkeit auf einander äußerlich einzuwirken« müsse das Recht »ein kümmerliches, unsicheres Daseyn haben«. Der »wahre Boden für die Ausbildung jenes rechtsbildenden Grundtriebes der Vernunft« sei eine »Gemeinschaft des Denkens und Fühlens«, des durch »geistige Mittheilung [...] Abstammung, räumliche Berührung, gemeinsame Schicksale, vorzüglich auch durch die Sprache« verbundenen Volkes:

[Das] in den Einzelnen als unentwickelte Anlage, als unbefriedigtes Bedürfniß vorhandene Rechtsbewußtseyn wird zum positiven Recht des Volkes,

76 Puchta 1840, S. 68.

77 Puchta 1841, S. 9; Schelling 1842, S. 175; hierzu Haferkamp 2007b.

78 Savigny, § 52, Bl. 214, Z. 2.

79 Diese Definition war daher wichtiger Orientierungspunkt für Kiefner 1969.

80 Vgl. Savigny 1840, S. 331 f.

81 Rudorff, § 52, Bl. 235, Z. 2.

82 Bethmann-Hollweg 1840, S. 1587 f.

das Gefühl der Gemeinschaft erhöht die Kraft und Gewißheit jenes Bewußtseyns, und so entsteht eine Annäherung der in den Einzelnen unvollständig und mannichfaltig wirksamen Kraft zu der Kraft und Einheit der allgemeinen menschlichen Natur.

Dies sei nur eine »Annäherung« an die Sittlichkeit, »und auch hier bleibt ein weiter Spielraum der Freyheit üblich«, als Raum auch für unsittliches Recht. Savignys »höhere Freyheit«<sup>83</sup> war also nicht »Selbstsucht«, sondern »Liebe« zu Anderen und die Verschmelzung der Individuen in die »wahre Einheit« in Gott: »Der Wille Gottes ist also der tiefere Grund der Sittlichkeit und des Rechts, der Liebe wie der Gerechtigkeit; die jedem Menschen mitgetheilte Gottesverwandtschaft ist der Grund des gemeinschaftlichen Denkens, Fühlens und Wollens, welches wir im Einzelnen, wie in den Völkern, wirken sehen, der Grund aller Einheit mitten in den Vielen.«<sup>84</sup>

Ganz auf dieser Linie argumentierte Bethmann-Hollweg: »Als Rest der ursprünglichen Einheit [sc. mit Gott] ist, weniger wirksam, das angeborene Gefühl derselben; weit bedeutender das natürliche Band der Familie und des Volkes.«<sup>85</sup> Für Bethmann-Hollweg war klar, »dass der Mensch nicht in der Vereinzelung, sondern in der Gemeinschaft seine Bestimmung finde, und dass diese Gemeinschaft eine vernünftige, sittliche, ja die Sittlichkeit fördernde sein müsse.«<sup>86</sup> Familie und Volk. Da in der Familie Sittliches und Religiöses noch in ursprünglicher Einheit zu finden sei, erscheine »das Sittliche als Liebe.«<sup>87</sup>

Puchta warnte ganz ähnlich vor dem natürlichen Drang, »sich von dem Mitseienden zu unterscheiden«, der zu einem *bellum omnium contra omnes* führen könne. Ausweg biete die Liebe, die den menschlichen Geist führe und auf der die natürlichen Verbindungen der Menschen aufbauten, Ehe, Familie und Volk, aber auch die »allgemeine Menschenliebe (die Nächstenliebe)«.<sup>88</sup>

Der Mensch bringt in frei gewählter Unterwerfung unter Gottes Sittlichkeit, geprägt von Liebe und vermittelt durch ein Gemeinschaftserlebnis richtiges Recht hervor: So sollte der Volksgeist agie-

83 Hierzu Rückert 1984, S. 367f.

84 Savigny, § 52, Bl. 224, Z. 6.

85 Bethmann-Hollweg, § 52, Bl. 218, Z. 1.

86 Bethmann-Hollweg 1832, S. Xf.

87 Bethmann-Hollweg, § 52, Bl. 218, Z. 1.

88 Puchta 1841, S. 17f.

ren. Ziel war der Weg des Rechts zurück zur Einheit des Menschen mit Gott. Puchta meinte, in Anlehnung an Schellings Weltalterphilosophie, das Recht durchlebe eine »Bildungsgeschichte«, die »von dem in die Nacht zurückgetretenen Anfang des jetzigen Weltalters bis zu seinem kommenden Ende reicht«. In diesem Bildungsgang, der sich »theils ahnen, theils erkennen« lasse, entfalte sich der Rechtsbegriff durch »stufenweises Abstreifen der ihn deckenden und trübenden Hüllen«. <sup>89</sup> In der Rezension von Savignys *System* meinte er: »Es ist eine allgemeine, in allen Gebieten des Geistes sichtbare, von dem Aufmerksamen nicht zu übersehende Erscheinung: die wachsende Macht des den Völkern Gemeinsamen, wodurch die nationellen Individualitäten nicht vernichtet, aber den Einflüssen des allgemeinen Menschlichen geöffnet, verklärt, und über schroffe Abgeschlossenheit und abstossendes Verhalten hinaus gehoben werden sollen«. <sup>90</sup> Am Ende stand für ihn ein »Weltrecht«. <sup>91</sup> Offen religiös gewendet fand sich der gleiche Gedanke bei Bethmann-Hollweg. Er sah im Staat »nur eine vorbereitende, pädagogische Anstalt, bestimmt, einst in einer höhern Einheit, der civitas Dei, aufzugehen«. <sup>92</sup> Im Volkgeist herrsche ein »Trieb nach dem Idealen«. <sup>93</sup> »Der Fortschritt des Rechts ist ein Fortschritt zur Freiheit.« <sup>94</sup> Das Recht bekam eine optimistische Richtung als – in den Worten Schellings – theogonischer Prozess, <sup>95</sup> zu Gott hin.

#### 4. Subjektives Recht als »Willensmacht«

Diese um die Rechtsentstehung des objektiven Rechts kreisenden Überlegungen hatten Auswirkungen auch für das später so interessierende Thema des Freiheitsraums, den die Rechtsordnung gewährt, also für das subjektive Recht. Hier wird die Freiheitsproblematik aus heutiger Perspektive bzw. im Blick der eingangs dargelegten Kritik am »Willensformalismus« fassbarer.

<sup>89</sup> Puchta 1841, S. 22.

<sup>90</sup> Puchta 1840b, S. 676.

<sup>91</sup> Puchta 1840b, S. 676; ders., 1841, S. 462.

<sup>92</sup> Bethmann-Hollweg 1840, S. 1587f.

<sup>93</sup> Zitat nach Fischer 1938, S. 238.

<sup>94</sup> Zitat nach Fischer 1938, S. 260.

<sup>95</sup> Vgl. Schelling 1837, S. 94f.



Puchta nutzte zur Darstellung des Privatrechts als System den Aspekt der Willensmacht. Er konstruierte das positive Recht als ein System der subjektiven Rechte und machte damit die Willensfreiheit zum Angelpunkt seines Privatrechtssystems: »Jedes Recht ist eine Beziehung des Willens auf einen Gegenstand, und diese Beziehung ist die Unterwerfung des Gegenstandes.«<sup>96</sup> Damit war die Person, d. h. insbesondere die allgemeine Rechtsfähigkeit im Privatrecht, betont: »Persönlichkeit ist die Möglichkeit eines rechtlichen Willens; denselben Begriff bezeichnen wir auch durch das Wort Rechtsfähigkeit. Das Recht hebt diese Allen gleichmäßig zukommende Eigenschaft hervor, stellt sie an die Spitze und unterwirft ihr die individuellen Unterschiede der Menschen.«<sup>97</sup>

Puchtas Versuch, ohne »Allgemeinen Teil« und »Kreuzenteilung«<sup>98</sup> das gesamte Privatrecht als ein System der Rechte unter dem Prinzip der Willensmacht über Gegenstände darzustellen,<sup>99</sup> erhielt im 19. Jahrhundert vor allem wegen des Risikos, damit dem positiven Recht Gewalt anzutun, fast durchweg Widerspruch.<sup>100</sup> Die Person als gedanklicher Anknüpfungspunkt für eine Darstellung des Privatrechts wurde aber seit Ende des 18. Jahrhunderts von vielen geteilt. Schrittmacher war dabei die Eigentumsfreiheit. Seit Bartolus<sup>101</sup> im 14. Jahrhundert hatte man das Eigentum durch die Möglichkeit gekennzeichnet, *de re corporali libere disponendi* und über die Sache *pro arbitrio disponere*;<sup>102</sup> kennzeichnend war also die Fähigkeit des Eigentümers, über die Sache »frei und ungehindert zu disponieren«.<sup>103</sup> Bereits das römische Recht kannte dabei die Vorstellung, dass für den originären Eigentumserwerb herrenloser Sachen der menschliche Wille, sich diese Gegenstände zu unterwerfen, ausreichend sei.<sup>104</sup> Mit der Ausbildung des liberalen Freiheitsbegriffes wurden gegen Ende des 18. Jahrhunderts »Freiheit und Eigentum« zum Signum für die Forderungen nach einem staatsfreien Wirt-

96 Puchta 1829, S. 230.

97 Puchta 1841, S. 79.

98 Schwarz 1921, S. 3 ff.

99 Vgl. Haferkamp 2004, S. 266 ff.

100 Vgl. Haferkamp 2004, S. 281 ff.

101 *Dominium est ius de re corporali perfecte disponendi, nisi lege prohibeatur*, zu D.41, 2, 17 n. 4.

102 Hierzu Schwab 1975, S. 74 ff.

103 Zedler 1734, Art. Eigen, S. 514.

104 Vgl. Kaser 1971, § 102 I. 1.

schaftsraum.<sup>105</sup> Die liberale Rechtsphilosophie sah nun den Grund des Eigentumserwerbs in »der eigenen Tätigkeit des berechtigten Subjekts, also in der Freiheit«.<sup>106</sup> Das in der gestuften Eigentumsordnung des Ancien Régime lange schlummernde privatrechtsliberale Pathos des traditionellen Eigentumsbegriffs erfuhr in der Rechtswissenschaft bald eine Ausweitung zum Begriff des subjektiven Rechts schlechthin.<sup>107</sup> Privatrecht wurde nun als Gewährung individueller Freiheitsräume formuliert. In Anlehnung an Kants Zwangserfordernis hatte man das subjektive Recht lange als »Möglichkeit des Zwangs«<sup>108</sup> oder »Befugnis zu (äußern) Handlungen (oder Unterlassungen)«<sup>109</sup> definiert. Hegel machte dagegen die Persönlichkeit des Willens zur Voraussetzung aller Rechte.<sup>110</sup> Sein Eigentumsbegriff setzte am Okkupationsgedanken an: »Alle Dinge können Eigentum des Menschen werden, weil dieser freie Wille als solcher an und für sich ist.«<sup>111</sup> Das Einzelrecht war der (vom allgemeinen Willen gedeckte) besondere Wille des Individuums. Puchta, dessen Lehrer im Nürnberger Aegidien-Gymnasium Hegel gewesen war, näherte sich dieser Position deutlich.<sup>112</sup> In der Rechts-, Pflichten- und Religionslehre, die Hegel seit 1810 der dortigen Unterklasse vortrug,<sup>113</sup> hieß es: »Der Wille, indem er eine Sache unter sich subsumiert, macht sie zu der seinigen.«<sup>114</sup> Puchtas hier anschließendes subjektives Recht als »Beziehung des Willens auf einen Gegenstand« setzte sich in seinen Definitionen von Eigentum und vertraglichem Anspruch fort. Eigentum sei »volle und unbedingte Herrschaft über die Sache«,<sup>115</sup> Obligatio sei die »Unterwerfung einer Handlung des Einen unter den Willen, die Macht des Anderen«.<sup>116</sup>

Savigny teilte nicht Puchtas klassifikatorische Entscheidung für

105 Vgl. Schwab 1975, S. 83 ff.; Klippel 1976, S. 144 ff.

106 Krug 1817, Teil 1, Rechtslehre, § 35.

107 Zur Vorgeschichte die freilich suggestive Darstellung von Bloch 1985, S. 238 ff.

108 Thibaut 1823, § 2.

109 Mühlenbruch 1839, § 74.

110 Vgl. Quante 1997.

111 Hegel 1833, § 44 Zusatz.

112 Vgl. Haferkamp 2004, S. 257 ff.

113 Vgl. Hegel 1986, S. 232 ff.

114 Vgl. § 8; daneben Rechtsphilosophie, § 45; zu den Zusammenhängen noch immer Ritter 1975, S. 109 ff.; Hecker 1990, S. 235 ff., S. 229 ff.; Cappellini 1984, S. 308 f.

115 Puchta 1842, S. 556.

116 Puchta 1874 § 220, S. 5f.

die Persönlichkeit als Anknüpfungspunkt des Privatrechtssystems, insbesondere nicht Puchtas Recht an der eigenen Person.<sup>117</sup> Auch er bezweifelte aber nicht, dass die »rechtmäßige Macht des Menschen über sich und seine Kräfte [...] die Grundlage und Voraussetzung aller wahren Rechte [sei], indem z. B. Eigentum und Obligation nur Bedeutung und Werth für uns haben als künstliche Erweiterungen unsrer eigenen persönlichen Kräfte«.<sup>118</sup> Savigny sah im subjektiven Recht folglich, mit Puchta übereinstimmend, »die der einzelnen Person zustehende Macht, ein Gebiet worin ihr Wille herrscht, und mit unserer Einstimmung herrscht«.<sup>119</sup> Eigentum und Obligatio waren für ihn daher »Macht«, »Herrschaft«.<sup>120</sup> Die Position von Savigny und Puchta fand schnell Verbreitung. Die durch das objektive Recht gewährte Rechtsposition des Einzelnen war danach »Herrschaft des Willens in Ansehung eines Gegenstandes«,<sup>121</sup> »eine von der Rechtsordnung verliehene Willensmacht oder Willensherrschaft«.<sup>122</sup>

## 5. Wille und Willkür: Sittliche Grenzen der Freiheit bei der Historischen Rechtsschule

Im verfassungslosen Preußen hatten derartige Betonungen privatrechtlicher Autonomie eine klare politische Funktion. Die Erinnerung an einen Obrigkeitsstaat, der in der Normenflut der Polizeiordnungen jeden individuellen Freiheitsraum des Privatrechtssubjekts begraben hatte, war noch frisch. 1865 sah Jhering in der nun so genannten Willentheorie dagegen »ethisch nichts als die reine Willkür«.<sup>123</sup> Seit Jhering vertraute man nicht mehr nur darauf, dass das objektive Recht die Grenzen des subjektiven Rechts sinnvoll ziehe. Nun waren ungerichtete Freiheitsräume suspekt. Man wollte Rechtsausübung immer rechtlich überprüfbar halten. Genau dies hatte die Historische Rechtsschule nicht gewollt. Savigny hatte 1840 davon

117 Vgl. Savigny 1840, S. 337f. Fn. (a) (mit Hegel). Er witterte hier erneut »Urrechte«; hierzu Rückert 1997a, S. 330.

118 Savigny 1840, S. 336.

119 Savigny 1840, S. 7.

120 Savigny 1840, S. 370.

121 Arndts 1865, § 21.

122 Windscheid 1870, § 37.

123 Jhering 1865, S. 329.

gesprochen, es sei kein Widerspruch, »wenn im einzelnen Fall die Möglichkeit unsittlicher Ausübung eines wirklich vorhandenen Rechts behauptet wird«. <sup>124</sup> Auch Puchta hatte gemeint, es gebe Fälle, in denen das Recht »den in seinem Eigenthum schützt, der einen unmoralischen Gebrauch davon macht«. <sup>125</sup>

Den Sinn dieser Position erschließt erneut die christliche Fundierung der Rechtslehre der Historischen Rechtsschule. Die menschliche Freiheit, die hier geschützt wurde, bekam Konturen in Abgrenzung zur Freiheit Gottes. 1840 gründete Puchta sein subjektives Recht und den Herrschaftsanspruch als Freiheitsanspruch auf die Genesis: »Macht euch die Erde untertan«. <sup>126</sup> Puchta griff damit auf eine bereits bei den Kirchenvätern verbreitete Rechts- und insbesondere Eigentumsbegründung zurück, die auch im jüngeren Naturrecht gegen Sozialvertragslehren ins Feld geführt worden war. <sup>127</sup> Er betonte dabei die Ebenbildlichkeit des Menschen: »Lasset uns Menschen machen, in unserem Bild, nach unserem Gleichnis, die da herrschen über die ganze Erde.« <sup>128</sup> Puchta legitimierte die Freiheitsräume im Recht also mit Gott. Die im Abfall von Gott wirksam gewordene menschliche Freiheit war demnach unhintergebar und so auch der einzige Weg zurück zu Gott. Das Recht musste Spielraum gewähren, um durch frei gewählte Sittlichkeit den Menschen zu Gott zurückzuführen. Freiheit war daher für Puchta (mit Schelling) »die Wahl zwischen Gutem und Bösem«. Der Mensch konnte also rechtlich das Böse, die Unsittlichkeit wählen. Gleichwohl sei die Vorstellung des Rechtsinhabers, dass »sein Wille in sich selbst [sein] Ziel und seine Richtschnur habe«, die Freiheit »von der die Atheisten träumen«. <sup>129</sup> Zwar blieb es für den Einzelnen bei der »Drohung des Gerichts, dessen ihn der Missbrauch des göttlichen Geschenks der Freiheit schuldig macht«, <sup>130</sup> kollektiv galt aber die Freiheit zu sittlichem Handeln als »unerlässliche Bedingung für die Erfüllung der gesammten Aufgabe des Menschen«. <sup>131</sup> Savigny sprach überein-

124 Savigny 1840, S. 332.

125 Puchta 1841, S. 15.

126 Puchta 1840a, S. 85.

127 Vgl. Hecker 1990, S. 58 ff., 116 ff., 141 ff., 220 ff.

128 Puchta 1841, S. 9

129 Puchta 1841, S. 8.

130 Puchta 1841, S. 9.

131 Puchta 1842, S. 581, Fn. (a).

stimmend von der »nur in Freiheit mögliche[n] Entwicklung des Guten«<sup>132</sup> und überantwortete der »christliche[n] Lebensansicht« die »sittliche Bestimmung der menschlichen Natur«.<sup>133</sup> Friedrich Bluhme, Bonner Savigny-Schüler, formulierte: »Die sittliche Ordnung der Dinge waltet über dem Menschen als einem höheren, geistigen Wesen. Er könnte sie durchbrechen, darf es aber nicht, nach Gottes Gebot und nach der Stimme seines Gewissens; sie hebt seinen Willen nicht auf, aber sie veredelt und heiligt ihn, wenn er ihr gehorsam wird.«<sup>134</sup> Am deutlichsten sprach Bethmann-Hollweg die Hoffnung aus, die sich mit dem Bild des Menschen als das »ebenbildliche Geschöpf Gottes in freier d. i. sich selbst bestimmender Einheit seines Willens mit dem göttlichen« verband.<sup>135</sup> Für ihn war der Staat »nur eine vorbereitende, pädagogische Anstalt, bestimmt, einst in einer höhern Einheit, der civitas Dei, aufzugehen«.<sup>136</sup>

Die religiösen Ursprünge dieser Vorstellung sind tief im Protestantismus verwurzelt. Konkret zeigen sich auch hier Einflüsse der Allgäuer (Savigny, Bethmann-Hollweg) und Fränkischen (Puchta, Schelling) Erweckungsbewegung. In den ekstatischen Erweckungsmomenten glaubte man, so Martin Boos, vielleicht wichtigster Prediger der Allgäuer Erweckung, einer Einwohnung Christi leibhaftig zu werden, die die Fähigkeit zu ethischem Handeln verleihe.<sup>137</sup> Zugleich fanden sich hier die religiösen Gemeinschaftserlebnisse, die den Glauben an die sittliche Kraft des Volksgestes stützten. Freie »demütige« Hinwendung zu Christus in der Gemeinschaft war für Puchta, Bethmann-Hollweg und Savigny der einzige Weg zur sittlichen Veredelung des Menschengeschlechts. Ohne Möglichkeit zur Unsittlichkeit war die Versittlichung des Menschengeschlechts aus dieser Perspektive also nicht zu erreichen.<sup>138</sup>

132 Savigny, § 52, Bl. 223, Z. 4.

133 Savigny 1840, S. 53.

134 Bluhme 1847, S. 4.

135 Bethmann-Hollweg, § 52, Bl. 218, Z. 1.

136 Bethmann-Hollweg 1840, S. 1587f.

137 Vgl. Weigelt 1995, S. 94.

138 Was das konkret juristisch bedeutete, kann nicht einfach aus diesen Prinzipienbatten abgeleitet werden. Konkret boten gerade Savigny und Puchta dem Richter viel Raum für Einzelfallgerechtigkeit, sei es mit Berufung auf unbestimmte Rechtsbegriffe oder auch durch eine ziemlich flexible Rechtsquellenlehre, vgl. Haferkamp 2004, S. 416ff.; ders. 2007b, Rn. 29ff.

## 6. Neue Wege nach 1850

Nach 1848/49 wurden diese Fragen anders diskutiert. Der Kollektivwille als Entstehungsgrund des Rechts wurde in der Pandektistik zunächst weiter mitgeschleppt, aber nicht mehr diskutiert.<sup>139</sup> Rechtsentstehung wurde zunehmend als Rechtsgestaltung wahrgenommen und auch im Privatrecht von reger Gesetzgebungstätigkeit flankiert.<sup>140</sup> Unter dem Thema »Recht und Macht« wurde die Rechtssetzung nach 1871 dann deutlich Staat und Justiz übergeben.<sup>141</sup>

Es entstanden breite Debatten über das Eigentum und das subjektive Recht als privatrechtlichen Freiheitsraum. Hier wurde Willensfreiheit weiterhin thematisiert. Auch dabei wurden die Schwerpunkte aber anders gesetzt. Burkard Wilhelm Leist war Epigone, wenn er 1859 daran festhielt, der Eigentümer herrsche über die Sache »von Gottes Gnaden«.<sup>142</sup> Puchtas christlich-philosophische Absicherung des Privatrechts wurde nun als »Mystik«<sup>143</sup> abgetan. Auch die bei Savigny viel versteckteren religiösen Anspielungen fanden kaum noch Beachtung. Die Generation der nach 1810 geborenen Pandektisten sah sich in den 1850er Jahren am »Wendepunkt der Rechtswissenschaft«,<sup>144</sup> der auch einen weitgehenden Metaphysikverzicht bedeutete. Die Pandektenlehrbücher nach 1840 vermieden nahezu durchweg theologische und auch philosophische Erwägungen. Methodisch wendete man sich dem »Positiven« des Rechts zu und schloss unter Hinweis auf ein »Ignorabimus« die Annahme überpositiven Recht aus.

Mit dem Verlust ihrer theologischen Fundierung wurde »Willensmacht« immer stärker als »Willkür« wahrgenommen. Dies zeigte

139 Vgl. Haferkamp 2004, S. 50ff.

140 Dies gilt auch außerhalb des Handelsrechts mit WO 1849, ADHGB 1861: Sächsisches BGB 1865; Bayerische Teilentwürfe von 1861/64; in Hessen-Darmstadt wurden von 1842 bis 1853 Entwürfe für vier Teile eines BGB veröffentlicht; Dresdner Entwurf 1866. In den dreißiger Jahren lagen Entwürfe für ein »Bürgerliches Gesetzbuch für die Preußischen Staaten« ziemlich vollständig vor. Nachdem Savigny 1942 Minister für Gesetzesrevision wurde, wurde auf seinen Vorschlag die Kodifikation aufgegeben.

141 Vgl. nur Landau 1993.

142 Leist 1859, S. 57.

143 Vgl. etwa Landsberg 1910, S. 446; Rothacker 1919, S. 126 Anm. 1.

144 Hierzu Gagnér 1974.

die Debatte um den Fortbestand der alten *aemulatio*, der Schikane, als Rechtssatz. Dieser besonders im älteren Bau- und Nachbarrecht gebräuchliche Rechtssatz war in einer Dissertation von 1678 zu einem umfassenden Prinzip des Privatrechts ausgebaut worden: Verboten war demnach alles, was mit Verletzung eines fremden Rechtes in Schädigungsabsicht, nicht um des eigenen Nutzens oder der Notwendigkeit willen geschieht bzw. nicht zu meinem Nutzen, sondern in erster Linie, um einen anderen zu schädigen.<sup>145</sup> Es überrascht nicht, dass etwa Puchta derartigen allgemeinen Nutzenerwägungen für die Rechtsausübung ablehnend gegenüber gestanden hatte: Vor einem allgemeinen, über die in den Quellen genannten Einzelfälle hinausgehenden<sup>146</sup> Schikaneverbot müsse »man sich hüten«. <sup>147</sup> Nachbarliches Verhalten unter Grundstückseigentümern muss nach Puchta der Erwägung folgen, »daß ein allzustrenghes Bestehen auf seinen Eigenthumsbefugnissen einen fortwährenden rechtlichen Kriegszustand hervorrufen würde, bey dem vielleicht keiner der Nachbarn die Linie seines Rechts überschreitet, jeder aber den anderen und sich selbst in der Benutzung seines Guts ohne endlichen Vortheil beschränkt«. Das »Bedürfniß einer solchen gegenseitigen Nachsicht« verwies nicht nur auf »Vernunft und Billigkeit«, <sup>148</sup> sondern eben auch auf christliche Nächstenliebe. Jhering dachte 1854, noch vor seiner späteren Kritik an der »Willenstheorie«, im Ergebnis genauso. Er nahm aber nur noch die säkulare Grundlage dieses Denkens wahr. Aus der christlichen Glaubensgemeinschaft wurde ein Bekenntnis zu den Selbststeuerungskräften der Gesellschaft. In diesem Sinne verteidigte Jhering das römische Recht gegen den Vorwurf, unsittlicher Rechtsausübung nicht entgegengetreten zu sein: »Die fixe Idee von der man sich nicht losmachen kann, ist die: ein Mißbrauch jener Gewalt war rechtlich möglich, folglich fanden die Römer nichts Anstößiges darin. Unwillkürlich folgert man aus der rechtlichen Möglichkeit des Mißbrauchs die reale Möglichkeit ja die

145 Stryk/Schöneiche 1678, Kapitel III: »*Omnia ad aemulationem fieri intelligentur, quae cum iniuria alterius et animo nocendi, non utilitatis vel necessitatis propriae gratia fiunt non ut prosint mihi, sed ut alteri principaliter noceant. Quo pertinet Germanorum illa locutio: »Er thut es ihm nur zum Possen, oder Verdruss, oder Vexation.«*«

146 Vgl. Puchta 1845, S. 118 mit Fn. (a).

147 Puchta 1845 S. 118 Fn. (a).

148 Puchta 1842, § 231, S. 554.

Wirklichkeit desselben.« Von den vielen Beschränkungen, von denen die Rechtsausübung »nicht de jure, aber de facto abhing [...], von all dem nehmen wir in der juristischen Theorie nichts wahr, aber der Römer hatte all dies vor Augen. Denn jene abstracte Freiheit des Rechts fand faktisch im römischen Leben Maß und Ziel.«<sup>149</sup>

1853 war Eduard Böcking noch Ausnahmefall, wenn er, entgegen den eben Genannten, forderte, dass eine Rechtsausübung »aus bloßer Bosheit oder sonst unvernünftiger Absicht keinen Rechtsschutz finde«.<sup>150</sup> Nach Jherings Kritik am »Formalismus des Willens« im Jahre 1865 mehrte sich die Zahl der Anhänger derartiger Lösungen.<sup>151</sup> Die Frage eskalierte während der BGB-Debatten. Die in den Motiven zu § 705 des ersten Entwurfs zu findende Aussage, wer ein besonderes Recht ausübe, bleibe immer haftfrei, »auch wenn er aus Chikane handelt«,<sup>152</sup> wurde nun als Recht zur Schikane wahrgenommen. Für den bekannten BGB-Kritiker Otto v. Gierke war die Annahme einer unbeschränkten Ausübungsfreiheit des Eigentums in seinen berühmten Worten eine »bloße Fiktion« – »Aber diese Fiktion ist gemeingefährlich!«<sup>153</sup> Schon begrifflich war das Eigentum und mit ihm das subjektive Recht damit an »ihm immanente sittliche Schranke[n]« gebunden. Für Gierke waren es »echt germanische und echt christliche Grundsätze, daß es kein Recht ohne Pflicht gibt, daß jedes Recht seine Schranke in sich trägt, daß die Befugnisse zum Schutze vernünftiger Interessen dienen und durch diesen ihren Zweck begrenzt sind.«<sup>154</sup>

Nach 1870 nahm damit die Tendenz zu, die Schranken der Willensfreiheit bereits im Begriff des subjektiven Rechts zu verankern.<sup>155</sup> In der damit bezweckten politischen Semantik wurde so das Regel-Ausnahme-Verhältnis zugunsten der Freiheit aufgelöst. An dessen Stelle trat eine Abwägungslösung, bei der Freiheit auf gleiche Stufe mit anderen Prinzipien des Privatrechts wie »Vertrauen« oder »soziale« Rücksichtnahmepflichten<sup>156</sup> gestellt wurde. In der grund-

149 Jhering 1854, § 31, S. 144 f.

150 Böcking 1853, § 128.

151 Vgl. Haferkamp 2003, Rn. 11 ff.

152 Mot., Bd. II, S. 727 = Mugdan, Bd. II, S. 406.

153 Gierke 1889, S. 20.

154 Zusammenstellung 1890, S. 207 ff.

155 Insofern zutreffend Wilhelm 1979, S. 32.

156 Vgl. zusammenfassend Hofer 2001, S. 277 ff.; daneben Repgen 2001.



rechtslosen Zeit vor 1919 konnte das methodisch bedeuten, dass man an der alten Aufgabe solcher Sätze, Verfassungersatz zu sein, festhielt. Gierke wurde in diesem Sinne Vater des Satzes »Eigentum verpflichtet« in Art. 153 der Weimarer Reichsverfassung.<sup>157</sup> Ansprechpartner war damit vor allem die Legislative, die eine entsprechende Eigentumsordnung auszugestalten hatte.<sup>158</sup> Man konnte seinen Verbündeten aber auch in der Justiz suchen. Dann setzte man darauf, dass der Richter jede Rechtsausübung mittels unbestimmter Rechtsbegriffe wie »Treu und Glauben« sanktionieren sollte, wie es etwa in der parallel aufkochenden Debatte zur *exceptio doli generalis* geschah.<sup>159</sup>

## 7. Zum Kontext der Debatte

Blickt man auf die Debatte nach 1848/49, so lassen sich leicht Einflussfaktoren aufzählen, die verständlich machen, warum das Freiheitsdenken der Historische Rechtsschule nach 1848/49 nicht mehr verstanden wurde. Politisch hatte Puchtas Kampf gegen Gottesgnadentum, gegen Gerlachs Lehre eines *deus praesens in jure*, gegen die Theologisierung eines vernünftigen Rechts bei den Hegelianern und gegen die bei Stahl vermutete Theokratie alle Gegner verloren. Philosophisch ging im »Zurück zu Kant« (O. Liebmann, 1865) die Begründungskraft der Metaphysik von Schelling und Hegel verloren.<sup>160</sup> Die christliche Erweckungsbewegung wurde nach 1850 als »Mystik« begraben.<sup>161</sup> Das Recht wurde nun als »Positives« seines göttlichen Funkens beraubt und erschien als menschliches Machtprodukt. Der »Wille« verlor seine Geheimnisse und wurde als ein psychologischer Faktor wahrgenommen.<sup>162</sup> Der Abschied vom Volksgeist lag auch politisch in der Luft. Seine Funktion, dem Deutschen Bund, der gerade keine Rechtseinheit ermöglichte, eine überpoliti-

157 Vgl. Kroeschell 1989, S. 48.

158 Vgl. Haferkamp 2007b, Rn. 84f.

159 Vgl. Haferkamp 2000.

160 Etwa Schnädelbach 1999, S. 15f.

161 »Aftermystizismus«, vgl. die Nachweise bei: Rummel 1995, S. 70.

162 Noch immer guter Überblick bei Holzhauser 1970. Ein Beispiel bieten die unterschiedlichen Verständnisse von »Wille« zwischen Puchta und Jhering, hierzu Pleister 1982, S. 178 ff.

sche Klammer für ein Reichsrecht ohne Reichsgesetzgeber zu sichern, wurde 1871 durch den Reichstag, erstmals mit allgemeinem Wahlrecht, ersetzt. Wissenschaftspolitisch gerieten die Pandektisten in den 1880er Jahren in die Defensive, weil ihre methodischen Überlegungen als veraltet galten.<sup>163</sup> Inhaltlich geriet das römische Recht in die Kritik, indem die Historische Schule der Nationalökonomie seit den 1860er Jahren es als »unsozial« diffamierte.<sup>164</sup> Diese Vorurteile traten schließlich mit dem Gründerkrach in das allgemeine Bewusstsein.<sup>165</sup> Mit Bismarcks »konservativer Wende«<sup>166</sup> der Jahre 1878/79 begann die Politik des Staatsinterventionismus.<sup>167</sup> Der Staat nahm nun die Gestaltung der Freiheiten in die Hand. Willensfreiheit als Prinzip des Privatrechts hatte in dieser Debatte wenig zu gewinnen.

### Literatur

Die (ungedruckte) briefliche Diskussion um § 52 von Savignys System (zitiert: Autor, § 52) ist im Internet greifbar unter (<http://savigny.ub.uni-marburg.de>).

Arndts, L., *Lehrbuch der Pandekten*, 5. Aufl., München 1865.

Bethmann-Hollweg, M.A.v., *Grundriß zu Vorlesungen über den gemeinen und Preussischen Civilprozeß*, 3. Aufl., Bonn 1832.

Bethmann-Hollweg, M.A.v., Rezension von Savigny, F. C. v., *System des heutigen römischen Rechts*, Bd. I, Berlin 1840, in: *Göttingische Gelehrte Anzeigen* 1840, S. 1573 ff.

Beyreuther, E., »Die Erweckungsbewegung«, in: Schmidt, K.D./Wolf, E. (Hg.), *Die Kirche in ihrer Geschichte*, Bd. IV, Göttingen 1963, S. 22 ff.

Binder, J., *Das Problem der juristischen Persönlichkeit*, Leipzig 1907.

Binder, J., *Philosophie des Rechts*, Berlin 1925.

Bloch, E., *Naturrecht und menschliche Würde*, Frankfurt/M. 1985.

Bluhme, F., *Encyclopädie der in Deutschland geltenden Rechte*, erste Abteilung, »Äussere Encyclopädie: Übersicht der in Deutschland geltenden Rechtsquellen«, Bonn 1847.

<sup>163</sup> Vgl. Haferkamp 2004, S. 57 ff.

<sup>164</sup> Vgl. Hofer 2001, S. 77 ff.; auch Luig 1987.

<sup>165</sup> Vgl. Reppen 2001.

<sup>166</sup> Vgl. Wehler 1994, S. 934 ff.

<sup>167</sup> Vgl. Stolleis 2003, S. 44 ff.

- Böcking, E., *Pandekten des römischen Privatrechts*, Bd. I, Bonn 1853.
- Bohnert, J., *Über die Rechtslehre Georg Friedrich Puchtas (1798-1846)*, Karlsruhe 1975.
- Bohnert, J., »Vierzehn Briefe Puchtas an Savigny«, in: *Nachrichten der Akademie der Wissenschaften in Göttingen, I. Philologisch-historische Klasse* 2 (1979).
- Braun, J., »Eduard Gans und die Wissenschaft von der Gesetzgebung«, in: *Zeitschrift für Neuere Rechtsgeschichte* 1982, S. 156 ff.; zitiert nach dem Wiederabdruck in: ders., *Judentum, Jurisprudenz und Philosophie. Bilder aus dem Leben des Juristen Eduard Gans (1797-1839)*, Baden-Baden 1997, S. 124 ff.
- Braun, J., »Gans und Puchta – Dokumente einer Feindschaft«, in: *Juristenzeitung* 1998, S. 763 ff.
- Cappellini, P., *Systema Iuris*, Bd. I, Mailand 1984; Bd. II, Mailand 1985.
- Coing, H., »Kant und die Rechtswissenschaften«, in: *Kant und die Wissenschaften. Frankfurter Universitätsreden*, Heft 12, Frankfurt/M. 1955.
- Falk, U., *Eine Gelehrter wie Windscheid. Erkundungen auf den Feldern der sogenannten Begriffsjurisprudenz*, Frankfurt/M. 1989.
- Fezer, K. H., *Teilhabe und Verantwortung. Die personale Funktionsweise des subjektiven Rechts*, München 1986.
- Fischer, F., *Moritz August von Bethmann-Hollweg und der Protestantismus*, Dissertation Berlin 1938.
- Frank, M., *Unendliche Annäherung. Die Anfänge der philosophischen Frühromantik*, Frankfurt/M. 1997.
- Frommel, M., *Die Rezeption der Hermeneutik bei Karl Larenz und Josef Esser*, Ebelsbach 1981.
- Füssl, W., *Professor in der Politik. Friedrich Julius Stahl (1802-1861)*, Göttingen 1988.
- Gagnér, S., »Zielsetzungen und Werkgestaltung in Paul Roths Wissenschaft«, in: ders./Schlosser, H./Wiegand, W., *Festschrift für Hermann Krause*, Wien 1975, S. 276 ff.
- Gierke, O., *Die soziale Aufgabe des Privatrechts*, Berlin 1889.
- Haferkamp, H.-P., »Die exceptio doli generalis in der Rechtsprechung des Reichsgerichts vor 1914«, in: Falk, U./Mohnhaupt, H. (Hg.), *Das Bürgerliche Gesetzbuch und seine Richter*, Frankfurt/M. 2000, S. 1 ff.
- Haferkamp, H.-P., »Kommentierung zu § 138 BGB«, in: Schmoeckel, M./Rückert, J./Zimmermann, R. (Hg.), *Historisch-Kritischer Kommentar zum BGB*, Bd. I, Tübingen 2003.
- Haferkamp, H.-P., *Georg Friedrich Puchta und die ›Begriffsjurisprudenz‹*, Frankfurt/M. 2004.
- Haferkamp, H.-P., »Der Einfluss der Erweckungsbewegung auf die ›christlich-historische Schule‹«, erscheint in: Cancik, P./Henne, T./Simon, T./Ruppert, S./Vec, M., *Konfessionelle Denkmuster und Argumentationsstra-*

- tegien in *Recht und Rechtswissenschaft des 19. und 20. Jahrhunderts*, erscheint Frankfurt/M. 2008 (2008).
- Haferkamp, H.-P., »Historische Rechtsschule«, in: *Enzyklopädie der Neuzeit*, Stuttgart/Weimar 2007, S. 498 ff. (2007a).
- Haferkamp, H.-P./Duve, T., »Kommentierung zu § 242 BGB«, in: Schmoekel, M./Rückert, J./Zimmermann, R. (Hg.), *Historisch-Kritischer Kommentar zum BGB*, Bd. 2, Tübingen 2007, S. 274 ff. (2007b).
- Hecker, D., *Eigentum als Sachherrschaft. Zur Genese und Kritik eines besonderen Herrschaftsanspruchs*, Paderborn 1990.
- Hegel, G. W. F., *Grundlinien der Philosophie des Rechts oder Naturwissenschaft und Staatswissenschaft im Grundrisse*, hg. von Eduard Gans, Berlin 1833.
- Hegel, G. W. F., *Werkausgabe*, Bd. IV, »Nürnberger und Heidelberger Schriften 1808-1817«, Frankfurt/M. 1986, S. 204 ff.
- Hofer, S., *Freiheit ohne Grenzen? Privatrechtstheoretische Diskussionen im 19. Jahrhundert*, Tübingen 2001.
- Hollerbach, A., *Der Rechtsgedanke bei Schelling. Quellenstudien zu seiner Rechts- und Staatsphilosophie*, Frankfurt/M. 1957.
- Holzhauser, H., *Willensfreiheit und Strafe. Das Problem der Willensfreiheit in der Strafrechtslehre des 19. Jahrhunderts und seine Bedeutung für den Schulenstreit*, Berlin 1970.
- Jhering, R. v., *Geist des römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung*, Bd. II/1, Leipzig 1854; Bd. II/2 Leipzig, 1858; Bd. III, Leipzig 1865.
- Kaser, M.; *Das römische Privatrecht*, erster Abschnitt: »Das altrömische, das vorklassische und klassische Recht«, 2. Aufl., München 1971.
- Keiser, T., *Eigentumsrecht in Nationalsozialismus und Fascismo*, Tübingen 2005.
- Kiefner, H., »Der Einfluß Kants auf Theorie und Praxis des Zivilrechts im 19. Jahrhundert«, in: Blühdorn, J./Ritter, J. (Hg.), *Philosophie und Rechtswissenschaft. Zum Problem ihrer Beziehung im 19. Jahrhundert*, Frankfurt/M. 1969, S. 3 ff.
- Kiefner, H., »Das Rechtsverhältnis«, in: Horn, N. (Hg.), *Europäisches Rechtsdenken in Geschichte und Gegenwart*, München 1982, S. 149 ff.
- Klippel, D., *Politische Freiheit und Freiheitsrechte im deutschen Naturrecht des 18. Jahrhunderts*, Paderborn 1976.
- Klippel, D., »Die Theorie der Freiheitsrechte am Ende des 18. Jahrhunderts in Deutschland«, in: Mohnhaupt, H. (Hg.), *Rechtsgeschichte in den beiden Deutschen Staaten (1988-1990)*, Frankfurt/M. 1991, S. 348 ff.
- Klippel, D., »Naturrecht und Politik im Deutschland des 19. Jahrhunderts«, in: Ballestrem, K., *Naturrecht und Politik*, Berlin 1993, S. 27 ff.
- Klippel, D., »Vernünftige Gesetzgebung. Die Philosophie der bürgerlichen Gesetzgebung im 19. Jahrhundert«, in: Speitkamp, W./Ullmann, H. P. (Hg.), *Konflikt und Reform*, Göttingen 1995, S. 198 ff.

- Kondylis, P., *Die Entstehung der Dialektik. Eine Analyse der geistigen Entwicklung von Hölderlin, Schelling und Hegel bis 1802*, Stuttgart 1979.
- Koslowski, S., *Zur Philosophie von Wirtschaft und Recht. Lorenz von Stein im Spannungsfeld zwischen Idealismus, Historismus und Positivismus*, Berlin 2005.
- Kriechbaum, M., *Dogmatik und Rechtsgeschichte bei Ernst Immanuel Bekker*, Ebelsbach 1984.
- Kroeschell, K., »Die nationalsozialistische Eigentumslehre«, in: Stolleis, M./Simon, D. (Hg.), *Rechtsgeschichte im Nationalsozialismus*, Tübingen 1989.
- Krug, W. T., *System der praktischen Philosophie*, Königsberg 1817.
- Landau, P., »Die Rechtsquellenlehre in der Deutschen Rechtswissenschaft«, in: *Juristische Theoriebildung und Rechtliche Einheit*, Stockholm 1993, S. 69 ff.
- Landsberg, E., *Geschichte der Deutschen Rechtswissenschaft*, Abt. 3, Bd. II, München 1910.
- Larenz, K., *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, München 1960.
- Leist, B. W., *Über die Natur des Eigentums*, Jena 1859.
- Liebmann, O., *Kant und die Epigonen. Eine kritische Abhandlung*, Stuttgart 1865.
- Luig, K., »Die sozialetischen Werte des römischen und germanischen Rechts in der Privatrechtswissenschaft des 19. Jahrhunderts bei Grimm, Stahl, Kuntze und Gierke«, in: *Festschrift für Karl Kroeschell zum 60. Geburtstag*, Frankfurt/M. 1987, S. 281 ff.
- Mühlenbruch, C. F., *Lehrbuch des Pandekten-Rechts*, 3. Aufl., Halle 1839.
- Nass, G., *Person, Persönlichkeit und juristische Person*, Berlin 1964.
- Oestmann, P., »Menschenrechte und ihre Durchsetzung im Alten Reich«, in: Schmidt-von-Rhein, G./Cordes, A., *Altes Reich und Neues Recht. Von den Anfängen der bürgerlichen Freiheit*, Wetzlar 2006, S. 57 ff.
- Pleister, W., *Persönlichkeit, Wille und Freiheit im Werke Jherings*, Ebelsbach 1982.
- Puchta, G. F., *Encyclopädie als Einleitung zu Institutionen – Vorlesungen*, Leipzig 1825.
- Puchta, G. F., *Einleitung in das Recht der Kirche*, Leipzig 1840 (1840a).
- Puchta, G. F./Savigny F. C. v., »System des heutigen römischen Rechts«, 2 Bde., Berlin 1840, in: *Richters Jahrbücher* 4 (1840), S. 673 ff. (1840b).
- Puchta, G. F., *Cursus der Institutionen*, Bd. I, Leipzig 1841; Bd. II, Leipzig 1842.
- Puchta, G. F., *Pandekten*, 3. Aufl., Leipzig 1845.
- Puchta, G. F., *Betrachtungen über alte und neue Rechtssysteme* (1829), zitiert nach Wiederabdruck in: Rudorff, A. A. F. (Hg.), *Georg Friedrich Puchta. Kleine zivilistische Schriften*, Leipzig 1851.
- Puchta, G. F., *Vorlesungen über das heutige römische Recht*, aus dem Nachlaß

- hg. v. Rudorff, A. A. F., Bd. I, 6. Aufl., Leipzig 1873; Bd. II, 6. Aufl., Leipzig 1874.
- Püls, J., *Parteiautonomie. Die Bedeutung des Parteiwillens und die Entwicklung seiner Schranken bei Schuldverträgen im deutschen Rechtsanwendungsbereich des 19. und 20. Jahrhunderts*, Berlin 1995.
- Quante, M., »Die Persönlichkeit des Willens« als Prinzip des abstrakten Rechts«, in: Siep, L. (Hg.), *G. W. F. Hegel. Grundlinien der Philosophie des Rechts*, Berlin 1997, S. 73 ff.
- Reppen, T., *Die soziale Aufgabe des Privatrechts. Eine Grundfrage in Wissenschaft und Kodifikation am Ende des 19. Jahrhunderts*, Tübingen 2001.
- Ritter, J., *Person und Eigentum. Zu Hegels Grundlinien der Philosophie des Rechts*, 1969, zitiert nach dem Abdruck in: Riedel, M. (Hg.), *Materialien zu Hegels Rechtsphilosophie*, Bd. II, Frankfurt/M. 1975, S. 109 ff.
- Rothacker, E., *Einleitung in die Geisteswissenschaften*, Tübingen 1919.
- Rückert, J., *August Ludwig Reyschers Leben und Rechtstheorie 1802-1880*, Berlin 1974.
- Rückert, J., *Idealismus, Jurisprudenz und Politik bei Friedrich Carl von Savigny*, Ebelsbach 1984.
- Rückert, J., »... dass dies nicht das Feld war, auf dem er seine Rosen pflücken konnte ...? Gustav Hugos Beitrag zur juristisch-philosophischen Grundlagendiskussion nach 1789«, in: Dreier, R. (Hg.), *Rechtspositivismus und Wertbezug des Rechts*, Stuttgart 1990, S. 94 ff.
- Rückert, J., »Kant-Rezeption in juristischer und politischer Theorie (Naturrecht, Rechtsphilosophie, Staatslehre, Politik) des 19. Jahrhunderts«, in: Thompson, M. P., *John Locke und Immanuel Kant. Historische Rezeption und gegenwärtige Relevanz*, Berlin 1991, S. 144 ff.
- Rückert, J., »Natürliche Freiheit – Historische Freiheit – Vertragsfreiheit«, in: Kervégan, F./Mohnhaupt, H. (Hg.), *Recht zwischen Natur und Geschichte*, Frankfurt/M. 1997, S. 305 ff. (1997a).
- Rückert, J., »Zur Legitimation der Vertragsfreiheit im 19. Jahrhundert«, in: Klippel, D. (Hg.), *Naturrecht im 19. Jahrhundert. Kontinuität – Inhalt – Funktion – Wirkung*, Goldbach 1997, S. 135 ff. (1997b).
- Rückert, J., »Zu Kontinuitäten und Diskontinuitäten in der juristischen Methodendiskussion nach 1945«, in: Acham, K./Nörr, K. W./Schefold, B. (Hg.), *Erkenntnisgewinne, Erkenntnisverluste. Kontinuitäten und Diskontinuitäten in den Wirtschafts-, Rechts- und Sozialwissenschaften zwischen den 20er und 50er Jahren*, Stuttgart 1998, S. 122 ff.
- Rückert, J., »Von Kant zu Kant? Stufen der Rezeption Kants in der Rechtswissenschaft seit Savigny«, in: Alexy, R./Meyer, L. H./Paulsen, S. L./Sprenger, G. (Hg.), *Neukantianismus und Rechtsphilosophie*, Baden-Baden 2002, S. 89 ff.
- Rückert, J., »Das Bürgerliche Gesetzbuch – ein Gesetzbuch ohne Chance?«, in: *Juristenzeitung* 2003, S. 749 ff.

- Rummel, P., »Johann Michael Feneberg – eine prägende Gestalt der Allgäuer Erweckungsbewegung«, in: *Zeitschrift für Bayerische Kirchengeschichte* 64 (1995), S. 70 ff.
- Sailer, R., *Untertanenprozesse vor dem Reichskammergericht*, Köln 1999.
- Savigny, F. C. v., *Vom Beruf unserer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft*, Heidelberg 1814.
- Savigny, F. C. v., *Über den Zweck dieser Zeitschrift*, 1815, hier zitiert nach Hatzenhauer, Ch. (Hg.), *Thibaut und Savigny. Ihre programmatischen Schriften*, München 1973, S. 261 ff. (1815a).
- Savigny, F. C. v., Rezension von Gönner, *Über Gesetzgebung in der Rechtswissenschaft in unserer Zeit*, 1815, zitiert nach: Savigny, *Vermischte Schriften*, Bd. V, Berlin 1850, S. 115 ff., 141 (1815b).
- Savigny, F. C. v., *System des heutigen Römischen Rechts*, Bd. I, Berlin 1840.
- Savigny, F. C. v., *Das Obligationenrecht als Theil des heutigen Römischen Rechts*, Bd. I, Berlin 1851.
- Schelling, F. W. J., *Einleitung in die Philosophie*, 1830, hg. von Ehrhardt, W. E., Stuttgart 1989.
- Schelling, F. W. J., »Historisch-kritische Einleitung in die Philosophie der Mythologie«, 1842, in: *Sämtliche Werke*, hg. von Schelling, K. F. A., Abt. 2, Bd. I, Stuttgart 1856.
- Schelling, F. W. J., *Philosophie der Mythologie in drei Vorlesungsnachschriften*, hg. von Vieweg, K./Danz, C., München 1996; zitiert mit Zusatz: 1837 oder 1842.
- Schelling, F. W. J., *Sämtliche Werke*, hg. von Schelling, K. F. A., 1. Abt.: Bde. I-X; 2. Abt.: Bde. I-IV, Stuttgart 1856 ff.; zitiert nach Abt. und Bd.
- Schnädelbach, H., *Philosophie in Deutschland 1831-1933*, 6. Aufl., Frankfurt/M. 1999.
- Schröder, J., *Recht als Wissenschaft*, München 2001.
- Schröder, R., *Abschaffung oder Reform des Erbrechts. Die Begründung einer Entscheidung des BGB-Gesetzgebers im Kontext sozialer, ökonomischer und philosophischer Zeitströmungen*, Ebelsbach 1981.
- Schwab, D., »Eigentum«, in: Brunner, O./Conze, W./Koselleck, R., *Geschichtliche Grundbegriffe*, Bd. II, Heidelberg 1975, S. 65 ff.
- Schwarz, A. B., »Zur Entstehung des modernen Pandektensystems«, 1921, zitiert nach Wiederabdruck in: ders., *Rechtsgeschichte und Gegenwart. Gesammelte Schriften zur Neueren Privatrechtsgeschichte und Rechtsvergleichung*, Karlsruhe 1960, S. 1 ff.
- Stahl, F. J., *Philosophie des Rechts*, Bd. II/1, Heidelberg 1833, 3. Aufl., Heidelberg 1854.
- Stahl, F. J., *Der christliche Staat*, Berlin 1847, zitiert nach: 2. Aufl., 1858.
- Stolleis, M., *Geschichte des Sozialrechts in Deutschland*, Stuttgart 2003.
- Stryk, S., *Respondente Georg Schöneiche: De aemulatione iuris*, Frankfurt/O. 1678.

- Thibaut, A. F. J., *System des Pandekten-Rechts*, 6. Aufl., Jena 1823.
- Wehler, H. U., *Deutsche Gesellschaftsgeschichte 1849-1914*, München 1994, S. 934 ff.
- Weigelt, H./Boos, M., »Initiator und wesentlicher Repräsentant der Allgäuer katholischen Erweckungsbewegung«, in: *Zeitschrift für Bayerische Kirchengeschichte* 64 (1995).
- Wieacker, F., *Das Sozialmodell der klassischen Privatrechtsgesetzbücher und die Entwicklung der modernen Gesellschaft*, 1953, zitiert nach Wiederabdruck in: ders., *Industriegesellschaft und Privatrechtsordnung*, Frankfurt/M. 1974, S. 9 ff.
- Wiegand, C., *Über Friedrich Julius Stahl (1801-1862)*, Paderborn 1981.
- Wilhelm W., »Private Freiheit und gesellschaftliche Grenzen des Eigentums in der Theorie der Pandektenwissenschaft«, in: Coing, H./Wilhelm, W. (Hg.), *Wissenschaft und Kodifikation im 19. Jahrhundert*, Bd. IV, »Eigentum und industrielle Entwicklung; Wettbewerbsordnung und Wettbewerbsrecht«, Frankfurt/M. 1979, S. 19 ff.
- Windscheid, B., *Pandekten*, 3. Aufl., Düsseldorf 1870.
- Zedler, J. H., *Grosses vollständiges Universal-Lexikon*, Bd. III, Halle 1733; Bd. VIII, Halle 1734.
- Zusammenstellung der gutachtlichen Äußerungen zu dem Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuches, gefertigt im Reichs-Justizamt, Bd. IV, Berlin 1890, ND Osnabrück 1967.