

Franz Wieacker

*Historiker
des modernen Privatrechts*

Herausgegeben von
Okko Behrends und Eva Schumann



WALLSTEIN VERLAG

Gedruckt mit Unterstützung
der Akademie der Wissenschaften zu Göttingen,
der Juristischen Fakultät zu Göttingen und
der Strohmeier-Stiftung Göttingen

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.

© Wallstein Verlag, Göttingen 2010
www.wallstein-verlag.de
Vom Verlag gesetzt aus der Adobe Garamond
Umschlag: Basta Werbeagentur, Steffi Riemann
Druck: Hubert & Co, Göttingen
ISBN 978-3-8353-0763-6

HANS-PETER HAFERKAMP

Positivismen als Ordnungsbegriffe
einer Privatrechtsgeschichte des 19. Jahrhunderts*

I.	Einleitung	181
II.	Neue Wege seit den 1920er Jahren	185
III.	Frontstellungen	192
	1. Freundlicher oder feindlicher Positivismusbegriff	197
	2. Wirklichkeitsbezug und Wertbezug	198
	3. Kausalität oder Teleologie	200
	a. Ethischer Personalismus	202
	b. Deduktive Begriffspyramide	204
IV.	Von Nutzen und Nachteil des Positivismus als Ordnungsbegriff	207

I. Einleitung

Spekulativer Positivismus, unbefangener Positivismus, Positivismus des Seins und Positivismus des Sollens, formaler und materialer Positivismus, echter und unechter Positivismus, ethischer, historischer, juristischer, logischer und materialistischer Positivismus, Gesetzespositivismus, naturalistisch-materialistischer und rechtswissenschaftlicher Positivismus, Zweckpositivismus, normativistischer, materieller, wissenschaftlicher und soziologischer Positivismus, aufgeklärter, empirischer, objektiv oder subjektiv normlogischer und psychologischer Positivismus.

Die Privatrechtshistoriographie zum 19. und 20. Jahrhundert wird seit langem als Geschichte von Positivismen erzählt. Die aufgezählten Positivismen dienen historischen Längsschnitten des 19. und teilweise des 20. Jahrhunderts als Deutungsachsen. Es handelt sich um Arbeiten von

* Ich danke Marju Luts-Sootak, Joachim Rückert, Michael Stolleis und Klaus Luig für Lektüre und weiterführende Hinweise.

Ernst Landsberg 1910¹, Walther Schönfeld 1943² und 1951³, Georg Dahm 1944 und 1951⁴, Franz Jerusalem 1948⁵, Erik Wolf 1939, 1944 und 1951⁶, Gustav Boehmer 1951⁷, Franz Wieacker 1942⁸, 1944⁹, 1952 und 1967¹⁰, Karl Larenz 1960¹¹ und Arthur Kaufmann 1989¹².

Am wirkungsreichsten von diesen Erzählungen war sicher Franz Wieackers »Privatrechtsgeschichte der Neuzeit«. Er erzählte das 19. und 20. Jahrhundert bekanntlich als eine Entwicklungsgeschichte. Im Zentrum standen Aufstieg und Fall des Positivismus. Wieacker beschrieb »Stufen [...], die der wissenschaftliche Positivismus zu durchlaufen hat« bis zum »in der Wirklichkeit unangefochten und schonungslos vorherrschenden Gesetzespositivismus«. ¹³

- 1 *Ernst Landsberg*, Geschichte der deutschen Rechtswissenschaft, Abt. 3, Hb. 2, 1910.
- 2 *Walther Schönfeld*, Die Geschichte der Rechtswissenschaft im Spiegel der Metaphysik, in: Karl Larenz (Hrsg.), Reich und Recht in der Deutschen Philosophie, Zweiter Band, 1943.
- 3 *Walther Schönfeld*, Grundlegung der Rechtswissenschaft, 2. völlig umgearbeitete Auflage des Buches »Die Geschichte der Rechtswissenschaft im Spiegel der Metaphysik« (1943), 1951.
- 4 *Georg Dahm*, Deutsches Recht, 1. Aufl. 1944; *ders.*, Deutsches Recht, Die geschichtlichen und dogmatischen Grundlagen des geltenden Rechts, 2. Aufl. 1951.
- 5 *Franz Jerusalem*, Kritik der Rechtswissenschaft, 1948.
- 6 *Erik Wolf*, Große Rechtsdenker der deutschen Geistesgeschichte, 1. Aufl. 1939, 2. Aufl. 1944, 3. Aufl. 1951.
- 7 *Gustav Boehmer*, Grundlagen der Bürgerlichen Rechtsordnung, Zweites Buch, Erste Abteilung: Dogmengeschichtliche Grundlagen des bürgerlichen Rechts, 1951.
- 8 *Franz Wieacker*, Bernhard Windscheid, Zum 50. Todestag am 26. Oktober 1942, DR 1942, S. 1140 ff.; *ders.*, Rudolf von Jhering, Eine Erinnerung zu seinem 50. Todestage, 1942 (beide in überarbeiteter Form zweitveröffentlicht in: *ders.*, Gründer und Bewahrer, Rechtslehrer der Neueren Deutschen Privatrechtsgeschichte, 1959).
- 9 *Franz Wieacker*, Ratio scripta, Das römische Recht und die abendländische Rechtswissenschaft, in: *ders.* (Hrsg.), Vom Römischen Recht, Wirklichkeit und Überlieferung, 1944, S. 195 ff.
- 10 *Franz Wieacker*, Privatrechtsgeschichte der Neuzeit unter besonderer Berücksichtigung der deutschen Entwicklung, 1. Aufl. 1952, 2. Aufl. 1967.
- 11 *Karl Larenz*, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 1. Aufl. 1960.
- 12 *Arthur Kaufmann*, Problemgeschichte Rechtsphilosophie, in: *ders.* / Winfried Hassemer (Hrsg.), Einführung in die Rechtsphilosophie und Rechtslehre der Gegenwart, letztmalig von ihm ergänzt in der 6. Aufl. 1994.
- 13 *Wieacker*, Privatrechtsgeschichte, 1. Aufl. (Anm. 10), S. 327.

Diese Geschichte hat das Fach »Neuere Privatrechtsgeschichte« bis in die Gegenwart¹⁴ und international wirksam¹⁵ geprägt. Erst in den letzten Jahren sind immer mehr Puzzlesteine dieses Bildes in Zweifel gezogen worden. Die Historische Rechtsschule und die Pandektistik sind mit dem Bild des rechtswissenschaftlichen Positivismus nicht adäquat beschrieben.¹⁶ Gleiches gilt für die Vorstellung der Herrschaft des Gesetzespositivismus im Kaiserreich, der zuletzt Jan Schröder klar widersprochen hat.¹⁷ Joachim Rückert hat den Forschungsstand zur alten Positivismuserzählung jüngst zusammengefasst: »Für die Kenner sitzt hier schon seit gut 20 Jahren kein Stein mehr auf dem anderen.«¹⁸

Trotz dieser Kritik fehlen bis heute Gesamtdarstellungen der Privatrechtsgeschichte des 19. und 20. Jahrhunderts, die ohne Positivismuskonzept und viele daran anknüpfende Deutungen arbeiten.¹⁹ Auch in der

- 14 Vgl. noch *Dieter Simon*, Franz Wieacker, RJ 13 (1994), S. 1, 20: »Nicht selten wird man entdecken, daß über das dort Gesagte hinaus nichts zu lernen ist«.
- 15 Wieackers Privatrechtsgeschichte wurde mehrfach übersetzt, vgl. etwa *História do direito moderno*, übersetzt von *António Manuel Bothelo Hespánha*, Lissabon 1980; *Storia del diritto privato moderno con particolare riguardo alle Germania*, Bd. 1, übersetzt von *Umberto Santarelli*, Mailand 1980; *A History of Private Law in Europe*, translated by *Tony Weir*, Oxford 1995; zum Einfluss des Werks in Italien vgl. die Beiträge von *Aldo Mazzacane*, *I tempi della »Privatrechtsgeschichte«*, *Quaderni Fiorentini* 24 (1995), S. 563-576 und *Umberto Santarelli*, *Un romanista »pellegrino«*, Franz Wieacker e la sua *Privatrechtsgeschichte*, *Quaderni Fiorentini* 24 (1995), 577-585. Weitere Nennungen bei *Joachim Rückert*, *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit: Genese und Zukunft eines Faches?*, in diesem Band, S. 76.
- 16 Vgl. nur *Regina Ogorek*, *Richterkönig oder Subsumtionsautomat*, 1986; *Joachim Rückert*, *Autonomie des Rechts in rechtshistorischer Perspektive*, 1988; *ders.*, *Idealismus, Jurisprudenz und Politik bei Friedrich Carl von Savigny*, 1984, S. 406 ff.; *Ulrich Falk*, *Ein Gelehrter wie Windscheid, Erkundungen auf den Feldern der sogenannten Begriffsjurisprudenz*, 2. Aufl. 1999; *Hans-Peter Haferkamp*, *Georg Friedrich Puchta und die »Begriffsjurisprudenz«*, 2004.
- 17 *Jan Schröder*, *Gab es im deutschen Kaiserreich einen Gesetzespositivismus?*, in: *Wolfgang Baumann* (Hrsg.), *Gesetz, Recht, Rechtsgeschichte*, Festschrift für Gerhard Otte zum 70. Geburtstag, 2005, S. 571 ff.; ergänzend *ders.*, *Zur Geschichte der juristischen Methodenlehre zwischen 1850 und 1933*, *Rg* 13 (2008), S. 160 ff.
- 18 *Joachim Rückert*, *Geleitwort zu Olivier Jouanjan, Philosophische Verwicklungen in der Rechtswissenschaft: zur Geschichte des deutschen juristischen Denkens im 19. Jahrhundert*, *ZRG GA* 125 (2008), S. 366.
- 19 Obwohl in jüngerer Zeit eine Reihe von neu konzipierten Längsschnitten vorgelegt worden ist, bleibt auch hier »Positivismus« zentrale Deutungsachse,

Rechtsphilosophie und Methodengeschichte bleibt Positivismus eine zentrale Deutungsachse.²⁰ Es fällt offenbar schwer, die alten Leitbegriffe und Deutungslinien abzuschütteln.²¹ Dies liegt auch daran, dass oft gar nicht reflektiert wird, wie tief auch abgelegene Deutungen von den Prämissen der alten Positivismen durchzogen sind. Trotz vieler Vorarbeiten, von denen ich insbesondere²² die Untersuchungen von Sten Gagnér²³, Marcel Senn²⁴, Joachim Rückert²⁵, Michael Stolleis²⁶, Monika From-

besonders deutlich bei *Marcel Senn*, Rechtsgeschichte, Ein kulturhistorischer Grundriss, 4. Aufl. 2007, S. 346 ff., 384 ff. und öfter; aber auch bei *Stephan Meder*, Rechtsgeschichte, 3. Aufl. 2008, S. 369 ff.; schwächer bei *Mathias Schmoeckel*, Auf der Suche nach der verlorenen Ordnung, 2005, S. 385 ff.; vgl. zu diesen Linien auch die vergleichende Analyse von *Joachim Rückert*, »Große« Erzählungen, Theorien und Fesseln in der Rechtsgeschichte, in: Tiziana Chiusi / Thomas Gergen / Heike Jung (Hrsg.), Das Recht und seine historischen Grundlagen, Festschrift für Elmar Wadle zum 70. Geburtstag, 2008, S. 984 f.

20 Guter Überblick bei *Marietta Auer*, Normativer Positivismus – Positivistisches Naturrecht – Zur Bedeutung von Rechtspositivismus und Naturrecht jenseits von Rechtsbegriff und Rechtsethik, in: Andreas Heldrich u.a. (Hrsg.), Festschrift für Claus-Wilhelm Canaris zum 70. Geburtstag, 2007, S. 933 ff.

21 Hierzu nun *Rückert* (Anm. 19), S. 963 ff.

22 Daneben wichtig die Beiträge in *Michael Stolleis / Dieter Simon* (Hrsg.), Rechtsgeschichte im Nationalsozialismus, Beiträge zur Geschichte einer Disziplin, 1989; *Joachim Rückert / Dietmar Willoweit* (Hrsg.), Die Deutsche Rechtsgeschichte in der NS-Zeit: ihre Vorgeschichte und ihre Nachwirkungen, Beiträge zur Rechtsgeschichte des 20. Jahrhunderts, Bd. 12, 1995. Einen eigenen Versuch habe ich vorgelegt unter dem Titel »Wege der Historiographie zur Privatrechtsgeschichte der Neuzeit«, ZNR 2010, S. 61 ff.

23 *Sten Gagnér*, Zur Methodik neuerer rechtsgeschichtlicher Untersuchungen, Eine Bestandsaufnahme aus den sechziger Jahren, 1993.

24 *Marcel Senn*, Rechtshistorisches Selbstverständnis im Wandel, Ein Beitrag zur Wissenschaftstheorie und Wissenschaftsgeschichte der Rechtsgeschichte, 1982.

25 *Joachim Rückert*, Diskussionsbeitrag: Formalismus und vergleichbare Konzepte im 19. Jahrhundert, in: Reiner Schulze (Hrsg.), Deutsche Rechtswissenschaft und Staatslehre im Spiegel der italienischen Rechtskultur während der zweiten Hälfte des 19. Jahrhunderts, 1990, S. 169 ff.; *ders.* (Anm. 19); *ders.*, Geschichte des Privatrechts als Apologie des Juristen, Franz Wieacker zum Gedächtnis, Quaderni Fiorentini 24 (1995), S. 531 ff.; *ders.*, Zu Kontinuitäten und Diskontinuitäten in der juristischen Methodendiskussion nach 1945, in: Karl Acham / Knut Wolfgang Nörr / Bertram Schefold (Hrsg.), Erkenntnisgewinne, Erkenntnisverluste, Kontinuitäten und Diskontinuitäten in den Wirtschafts-, Rechts- und Sozialwissenschaften zwischen den 20er und 50er

mel²⁷, Regina Ogorek²⁸ und Diethelm Klippel²⁹ nennen möchte, fehlt bis heute eine Wissenschaftsgeschichte der Privatrechtshistoriographie des 19. und 20. Jahrhunderts, die zur Dechiffrierung überkommener Bilder dienen könnte. Hier setzt der vorliegende Beitrag an.

Untersuchungsgegenstand sind im Kern Gesamterzählungen der Privatrechtsgeschichte des 19. Jahrhunderts, die zwischen 1910 und 1967, also dem Zeitpunkt des Erscheinens der zweiten und letzten Auflage von Franz Wieackers »Privatrechtsgeschichte der Neuzeit«, erschienen sind.³⁰ Die Fülle der Literatur zu Einzelaspekten muss außer Betracht bleiben. Die Erwägungen zur Positivismusperspektive insgesamt werden zeigen, dass ein einheitliches Positivismuskonzept nicht existiert. Konkreter werde ich im zweiten Abschnitt daher nur den sog. rechtswissenschaftlichen Positivismus als Ordnungsbegriff genauer in den Blick nehmen und abschließend eine Evaluation versuchen.

II. Neue Wege seit den 1920er Jahren

Die eingangs aufgezählten Positivismen machen zunächst deutlich, dass es gar nicht so einfach ist, festzustellen, was Positivismus überhaupt bedeutet. Das Problem wurde stets gesehen.³¹ Unklar war bereits, was das

Jahren, 1998, S. 122 ff.; *ders.*, Savigny (Anm. 16); sowie Rückerts meine Analyse in vielem ergänzender Beitrag im vorliegenden Band.

- 26 *Michael Stolleis*, Rechtsgeschichte schreiben, Rekonstruktion, Erzählung, Fiktion?, 2008, S. 8 ff.
- 27 *Monika Frommel*, Die Rezeption der Hermeneutik bei Karl Larenz und Josef Esser, Abhandlungen zur rechtswissenschaftlichen Grundlagenforschung, Bd. 47, 1981.
- 28 *Regina Ogorek*, Rechtsgeschichte in der Bundesrepublik (1945-1990), in: Dieter Simon (Hrsg.), Rechtswissenschaft in der Bonner Republik, Studien zur Wissenschaftsgeschichte der Jurisprudenz, 1994, S. 12 ff.
- 29 *Diethelm Klippel*, Entstehung und heutige Aufgaben der »Privatrechtsgeschichte der Neuzeit«, in: Gerhard Köbler (Hrsg.), Wege europäischer Rechtsgeschichte, Karl Kroeschell zum 60. Geburtstag, 1987, S. 145 ff.
- 30 Landsbergs »Rechtswissenschaftsgeschichte« greift freilich über das Privatrecht hinaus, hat überhaupt, wie nachfolgend gezeigt wird, einen anderen Zuschnitt. Die Weiterverwendung der Deutungsmuster nach 1967 kann nicht umfassend untersucht werden, vgl. vorläufig die Hinweise in Anm. 19.
- 31 Hinweise bereits aus dem 19. Jahrhundert bei *Annette Brockmüller*, Die Entstehung der Rechtstheorie im 19. Jahrhundert in Deutschland, 1997, S. 34.

»Positive« des Positivismus sein sollte. Schönfeld meinte 1943: »Dort wird das Formale und hier das Materiale, dort das Logische und hier das Psychische, dort das Normative und hier das Positive, dort das Juristische und hier das Historisch-Politisch-Ökonomische am Recht für das Positive erklärt.«³² Auch das »Nichtpositive« als Gegenbild war ähnlich weit ausgreifend und nicht ohne Überschneidungen mit Phänomenen, die andere als »Positiv« einschätzten. Dahm fasste 1944 zusammen: Der Positivismus sei nicht in der Lage zur Berücksichtigung von »materieller Gerechtigkeit, praktischer Vernunft, rechtspolitischem Sinn der Norm, wirklichem Leben, Politik und Wirtschaft, Sitte und Sittlichkeit«.³³

Die Verwendung des Positivismusbegriffs war folglich stets von schwierigen Begriffsdebatten³⁴ begleitet, was für den Leser bis heute³⁵ bedeutet, sich genau auf die individuelle Begriffsverwendung des Autors einzulassen. So war für Dahm³⁶ und Wieacker³⁷ die sog. Begriffsjurisprudenz eine Spielart des Positivismus, während andere Autoren, wie Schönfeld³⁸, Welzel³⁹, Wolf⁴⁰ oder Larenz⁴¹, nur die Annäherung an das Erkenntnismodell der Naturwissenschaften – Stichwort Beobachtung, Hypothese und Kausalität⁴² – als Positivismus betrachteten.

Versuche, die verschiedenen Spielarten zu systematisieren, finden sich etwa bei *Herbert Lionel Adolphus Hart*, *Der Positivismus und die Trennung von Recht und Moral*, in: ders., *Recht und Moral*, 1971, S. 23; *Walter Ott*, *Der Rechtspositivismus, Kritische Würdigung auf Grundlage eines juristischen Pragmatismus*, 1976 (2. Aufl. 1992), S. 19 ff.; *Auer* (Anm. 20), S. 950 ff.

32 Schönfeld (Anm. 2), S. 52.

33 Dahm (Anm. 4), S. 73.

34 Vgl. die Auseinandersetzung mit Schönfeld, Boehmer und Larenz bei *Wieacker*, *Privatrechtsgeschichte*, 2. Aufl. (Anm. 10), S. 432.

35 Beispiele für die »weitgehend fruchtlosen Begriffsstreitigkeiten« bei *Auer* (Anm. 20), S. 935 ff.

36 Dahm (Anm. 4), S. 73.

37 *Wieacker*, *Privatrechtsgeschichte*, 2. Aufl. (Anm. 10), S. 431 f.

38 Schönfeld (Anm. 2), S. 17.

39 *Hans Welzel*, *Naturrecht und materiale Gerechtigkeit*, 4. Aufl. 1962, S. 183 ff.; hierzu *Rückert* (Anm. 19), S. 973 f.

40 *Erik Wolf*, *Große Rechtsdenker der deutschen Geistesgeschichte*, 4. Aufl. 1963, S. 623.

41 *Larenz* (Anm. 11), S. 35.

42 Zu dieser neukantianischen Perspektive auf die Naturwissenschaften *Hans-Peter Haferkamp*, *Neukantianismus und Rechtsnaturalismus*, in: Marcel Senn / Dániel Puskás (Hrsg.), *Rechtswissenschaft als Kulturwissenschaft?*, ARSP Beiheft B 115, 2007, S. 105 ff.

Für Wieacker war das jedoch kein Positivismus, sondern »Naturalismus«⁴³.

Sucht man etwas Übergreifendes in diesen Positivismen, so ist es die Ablehnung des Positivismus, die diese Autoren verband. Positivismus als Leitbegriff zog seine Kraft nicht aus seiner Trennschärfe und Beschreibungsgenauigkeit, sondern aus der emotionalen Aufladung, die er in einer breiten polemischen Allianz trug. Positivismus wurde als bloße Negation diffamiert. Hans Welzel betonte 1935, entscheidend an ihm sei das »negative: die entschiedene Ablehnung alles dessen, was auch nur entfernt an Metaphysik anklingen konnte«⁴⁴. Schönfeld sprach 1943 zugespitzt von »Negativismus«⁴⁵, Franz Wieacker 1944 scheinbar milder von einer »Gemeinsamkeit im Verneinen«⁴⁶.

Die Folge war, dass mit Positivismus Positionen beschrieben wurden, bei denen ihre Abwegigkeit, ja moralische Verwerflichkeit betont wurde. So meinte Schönfeld 1943, dass dem Positivismus schon »die Idee der Gerechtigkeit im Grund fremd«⁴⁷ sei. Noch drastischer formulierte Coing bis in die letzte Auflage seiner Rechtsphilosophie ein allerdings berühmtes Beispiel: Für Positivisten sei der Satz »Die Tötung der Juden in Auschwitz war ungerecht« irrational und unwissenschaftlich.⁴⁸ Die Fassungslosigkeit, die solche Sätze beim Leser bewirkten, war beabsichtigt.

Als das neue Fach »Privatrechtsgeschichte der Neuzeit« in der Eckhardtschen Studienreform 1934/35⁴⁹ konzipiert wurde, war Positivismus in diesem Sinne stets negativ konnotiert und didaktisch-erzieherisch geprägt. Das Fach »Neuere Privatrechtsgeschichte« ziele darauf ab, so Thieme 1935, »durch Nutzenanwendung und Werturteil [...] »klug zu machen.«⁵⁰ »Klugheit« bedeutete für Thieme »Selbstständigkeit gegen-

43 *Wieacker*, Privatrechtsgeschichte, 2. Aufl. (Anm. 10), S. 563.

44 *Hans Welzel*, Naturalismus und Wertphilosophie, 1935, hier zitiert nach dem Wiederabdruck in: *ders.*, Abhandlungen zum Strafrecht und zur Rechtsphilosophie, 1975, S. 30; kritisch *Larenz* (Anm. 11), S. 35.

45 *Schönfeld* (Anm. 2), S. 535.

46 *Wieacker* (Anm. 9), S. 278.

47 *Schönfeld* (Anm. 2), S. 534.

48 *Helmuth Coing*, Grundzüge der Rechtsphilosophie, 5. Aufl. 1993, S. 62.

49 Hierzu mit Blick auf die Vorlesung »Neuere Privatrechtsgeschichte«: *Klippel* (Anm. 29); breiterer Kontext bei *Ralf Frassek*, Juristenausbildung im Nationalsozialismus, KJ 37 (2004), S. 85, 88 ff.

50 *Hans Thieme*, Neuere deutsche Privatrechtsgeschichte, DJZ 1935, Sp. 341.

über dem gesetzten Recht.«⁵¹ Schönfeld lehrte 1943 zu diesem Zweck die »Selbstersetzung des Positivismus«.⁵² Georg Dahm 1944 die »Überwindung des Positivismus«.⁵³ 1945 war auch hier keine »Stunde Null«.⁵⁴ Erich Molitor wollte 1949 »unseren juristischen Nachwuchs von dem Positivismus frei machen«.⁵⁵ Gustav Boehmer warnte 1951 vor den »Gefahren, die ein wertblinder Begriffs- und Gesetzespositivismus notgedrungen heraufbeschwört«.⁵⁶ Franz Wieacker schrieb 1952 für eine »geistesmethodische Überwindung des gesetzstaatlichen oder naturwissenschaftlichen Positivismus«⁵⁷ und hoffte, dass seine »Privatrechtsgeschichte« »den forschenden wie den lernenden Juristen davor bewahren [könne,] den lebendigen Geist des Rechts den Befehlen rechtsfremder Macht oder den toten Lehrsätzen der Schuldogmatik« aufzuopfern.⁵⁸

Das Fach kommunizierte auf diese Weise nicht nur mit Studenten, sondern zugleich ganz eng mit der zeitgenössischen Privatrechtswissenschaft. Heinrich Lange fasste 1941 die Gesamtentwicklung des Privatrechts seit 1933 zusammen: »Die deutsche Wissenschaft vom Bürgerlichen Recht hat sich [...] von den Fesseln des Gesetzespositivismus und einer historisch gewordenen, dem Leben entglittenen Systematik und Dogmatik weitgehend gelöst.«⁵⁹ 1965, mehr als dreißig Jahre später, resümierte Werner Flume die Stimmung immer noch ähnlich:

»Das Selbstverständnis von Rechtslehre und Rechtspraxis ist heute [...] weithin derart, daß man sich in Antithese zur Vergangenheit sieht. Die Vergangenheit wird dabei unter dem Stichwort des Positivismus begriffen. Für die Gegenwart behauptet man, daß sie im Gegensatz zu dem vergangenen Positivismus, dem wissenschaftlichen und dem Gesetzespositivismus, wieder unmittelbar zum Rechtsgedanken sei.«⁶⁰

51 *Thieme* (Anm. 50), DJZ (1935), Sp. 339, 340.

52 *Schönfeld* (Anm. 2), S. 72 ff.

53 *Schönfeld* (Anm. 2), S. 76 ff.

54 Allgemein zu diesem Problemfeld vgl. die Beiträge in *Rainer Schröder* (Hrsg.), 8. Mai 1945 – Befreiung oder Kapitulation?, 1997.

55 *Erich Molitor*, Grundzüge der Neueren Privatrechtsgeschichte, 1949, S. 5.

56 *Boehmer* (Anm. 7), S. 131.

57 *Wieacker*, Privatrechtsgeschichte, 1. Aufl. (Anm. 10), S. 354.

58 *Wieacker*, Privatrechtsgeschichte, 1. Aufl. (Anm. 10), S. 3.

59 *Heinrich Lange*, Die Entwicklung der Wissenschaft vom Bürgerlichen Recht seit 1933, 1941, S. 6, 39.

60 *Werner Flume*, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, Zweiter Band, Das Rechtsgeschäft, 1965, Vorwort S. V.

Die Privatrechtshistoriographie bezog also Position in zeitgenössischen Debatten, sei es in der Naturrechtsrenaissance nach 1918, der nach 1933 oder der nach 1945. Es war also nicht etwa erst Heinrich Mitteis' oft genannte Schrift »Vom Lebenswert der Rechtsgeschichte« aus dem Jahr 1947, die neue Wege einschlug.⁶¹ Die Frontstellungen waren älter, älter auch als die nationalsozialistische Aufbruchsstimmung nach 1933.⁶² Juristische Schlüsselschriften sind wohl Erich Kaufmanns »Kritik der neukantischen Rechtsphilosophie« aus dem Jahr 1921⁶³ und Julius Binders »Philosophie des Rechts« aus dem Jahr 1925⁶⁴.

Antipositivistische Positionen prägten nicht nur den zu lehrenden Stoff, sondern auch die Methode seiner Findung. Parallel zu Entwicklungen in der allgemeinen Geschichtswissenschaft⁶⁵ wuchsen in den 1920er Jahren die Forderungen nach einer neuen Ideengeschichte des Rechts. Binder kritisierte 1925 sog. positivistische Rechtsgeschichtsschreibung als »sinnlos und wertblind«⁶⁶: »Erblickt der Positivismus das Wesen der Geschichte in der Tatsächlichkeit der Zusammenhänge äußerer Ereignisse, die er sich vor allem als Kausalzusammenhänge denkt«, so betrachte der »erst in der jüngsten Gegenwart wieder erwachende Idealismus [...] Geschichte als geisterfüllte, durch den Geist gestaltete Wirklichkeit, in de-

61 So aber *Ogorek* (Anm. 28), S. 35.

62 Vgl. *Rückert* (Anm. 25).

63 *Erich Kaufmann*, Kritik der neukantischen Rechtsphilosophie, 1921; vgl. zur zeitgenössischen Wirkung nur *Ernst Rudolf Huber*, Verfassungswirklichkeit und Verfassungswert im Staatsdenken der Weimarer Zeit, in: Hans-Wolf Thümmel (Hrsg.), *Arbeiten zur Rechtsgeschichte: Festschrift für Gustav Klemens Schmelzeisen*, 1980, S. 128 ff.; Kaufmann und andere arbeiteten sich vor allem an Hans Kelsen ab und kritisierten Lebensfremdheit, fehlende sittliche Gehalte und tote Abstraktion. Aussagen Kelsens wie sein »Stufenbau der Rechtsordnung« dürften für antipositivistische Zerrbilder wie die Begriffspyramide (vgl. unten III. 3. b.) ein Baustein gewesen sein, vgl. zu Kelsen und den zeitgenössischen Kritikpunkten *Michael Stolleis*, *Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland*, Bd. 3, 1999, S. 163 ff., 167 ff.

64 *Julius Binder*, *Philosophie des Rechts*, 1925; zur Debatte um die geisteswissenschaftliche Ausrichtung der Rechtsgeschichte in den zwanziger Jahren zudem die Nennungen bei *Rückert* (Anm. 15), S. 86.

65 Vgl. *Gerhard Oexle*, *Geschichtswissenschaft im Zeichen des Historismus*, 1996, S. 137 ff., 216 ff.; am Beispiel Meineckes zu diesem Übergang zur Ideengeschichte in den zwanziger Jahren: *Michael Stolleis*, *Friedrich Meineckes »Die Idee der Staatsräson« und die neuere Forschung*, in: ders. (Hrsg.), *Staat und Staatsräson in der frühen Neuzeit*, 1990, S. 134 ff.

66 *Binder* (Anm. 64), S. 1014.

ren objektive Geistigkeit nun die Geschichte als Wissenschaft einzudringen die Aufgabe hat.«⁶⁷ Binder forderte eine Rechtsgeschichte, die »das rechtsbildende Leben der Völker, Nationen, Staaten unter dem Antriebe der Idee des Rechts« betrachte.⁶⁸ Es ging ihm nicht um ein Hineinlesen einer materialen Rechtsidee in die Geschichte, sondern irgendwie »wirklichkeits«orientiert um die Aufnahme »des Geistes einer bestimmten geschichtlichen Rechtsordnung« in den »subjektiven Geist des Betrachters.«⁶⁹ Weniger neuhegelianisch zugespitzt tauchten in den 1920er Jahren ähnliche Forderungen bei einer ganzen Reihe insbesondere jüngerer Rechtshistoriker auf, etwa bei dem Berner Rechtshistoriker Hans Fehr⁷⁰ oder Erik Wolf⁷¹.

Vielleicht nicht ohne Koketterie meinte Binder 1937, im Vorwort zur zweiten Auflage seiner »Rechtsphilosophie«, seine im Jahr 1925 erstmals vorgetragenen Gedanken seien »damals nur von wenigen verstanden worden.«⁷² Während einige von Binders Schriften nach 1933 teilweise kritisch beäugt wurden,⁷³ hatten seine Gedanken in der Rechtsphilosophie durch seine Schüler und Freunde Karl Larenz, Gerhard Dulckeit,

67 *Binder* (Anm. 64), S. 1013.

68 *Binder* (Anm. 64), S. 1041.

69 *Binder* (Anm. 64), S. 1051: Dieses Leben dürfe nicht als »ein mechanischer Zusammenhang von Ursachen und Wirkungen« gedacht werden, sondern als »Walten der Vernunft in der Freiheit«. Hierzu müsse man seine Konzentration auf das richten, »was in dieser Wirklichkeit des bloßen Daseins und der bloßen Zufälligkeiten und Vergänglichkeiten als das eigentlich Wirkliche, sich Auswirkende und Erhaltende begriffen werden muss«.

70 So etwa bei *Hans Fehr*, Mehr Geistesgeschichte in der Rechtsgeschichte, Deutsche Vierteljahresschrift für Literaturwissenschaft und Geistesgeschichte 5 (1927), S. 1, 8, der von der Rechtsgeschichte forderte, »die großen geistigen Kräfte aufzudecken, aus denen die Rechtseinrichtungen erwachsen sind«, als kein »Sichbegnügenlassen an der äußeren Beschreibung«.

71 Erik Wolf verstand 1927 seine Methode der »gestalthafte[n] Erfassung der Rechtstheorie« als »geistesgeschichtliche Methode«; *Erik Wolf*, Grotius, Pufendorf, Thomasius, Drei Kapitel zur Gestaltgeschichte der Rechtswissenschaft, 1927, S. V.

72 *Julius Binder*, System der Rechtsphilosophie, 2. Aufl. 1937, S. VIII.

73 Vgl. *Ralf Dreier*, Julius Binder (1870-1939), Ein Rechtsphilosoph zwischen Kaiserreich und Nationalsozialismus, in: Fritz Loos (Hrsg.), Rechtswissenschaft in Göttingen, 1987, S. 435, 451 ff. (auch zu den hier nicht interessierenden genaueren Übergängen zwischen Binders objektivem Idealismus und dem später explizierten Neuhegelianismus); *Eckart Jakob*, Grundzüge der Rechtsphilosophie Julius Binders, 1996, S. 148 ff.

Martin Busse, Karl Michaelis und Walther Schönfeld⁷⁴ jedenfalls jetzt prominente Verbreiter innerhalb der nationalsozialistischen »Rechtserneuerung« gefunden. Die Forderung nach mehr »Geistesgeschichte« war auch jenseits des engeren Kreises um Binder bei jüngeren Autoren fast Allgemeinplatz. Dies zeigte sich in den Debatten darum, wie man im neuen Lehrfach Privatrechtsgeschichte der Neuzeit »die Rezeption des römischen Rechts und die Weiterentwicklung des Privatrechts bis auf die Gegenwart« schildern solle.⁷⁵ Hans Thieme forderte 1935, man müsse der »Geistesgeschichte [...] in ganz anderem Maße Aufmerksamkeit zuwenden« als bisher. Überwunden sei eine »Forschungsweise, die des Abstandes bedurfte, um den Gegenstand als geschichtlich zu empfinden und ihn aus allen scheinbar metahistorischen Beziehungen herauslösen zu können.«⁷⁶ An die Stelle der älteren Privatrechtsgeschichte sollte eine Geschichte der »treibenden Ideen, der Personen und der Wissenschaft nebst ihren Methoden«⁷⁷ treten. Auch von Schwerin verlangte eine Orientierung an »den geschichtlichen Kräften, den allgemeinen geistigen Grundlagen der einzelnen Perioden«.⁷⁸

Pikanterweise veröffentlichte Justus Wilhelm Hedemann ganz ähnliche Vorstellungen über das neue Fach 1935 in der Festschrift für Rudolf Hübner. In fünf Auflagen hatte Hübner mit seinen »Grundzügen des Deutschen Privatrechts« zuletzt 1930 für ein Vorgängerfach der Neueren Privatrechtsgeschichte ein Buch vorgelegt, welches ziemlich genau dem von Thieme und von Schwerin herausgestellten Feindbild entsprach. Gegliedert nach dem Pandektensystem hatte er eine dogmengeschichtliche Herleitung des geltenden Rechts versucht, die der von Hedemann nun geforderten »Vergeistigung« und »anschaulich idealistische[n] Verbindung«⁷⁹ gerade nicht folgte, sondern die von Thieme verteufelte »systematische Darstellung des usus modernus«⁸⁰ war. Hedemann schlug

74 Vgl. Dreier (Anm. 73), S. 440; zur zeitgenössischen Verbreitung ähnlicher Vorstellungen jenseits des Neuhegelianismus Michael Stolleis, *Gemeinwohlformeln im Nationalsozialistischen Recht*, 1974, S. 50 ff.

75 Karl August Eckhardt, *Das Studium der Rechtswissenschaft*, 2. Aufl. 1940, S. 28.

76 Thieme (Anm. 50), DJZ (1935), Sp. 338.

77 Thieme (Anm. 50), DJZ (1935), Sp. 339, 340.

78 Claudius Freiherr von Schwerin, *Rechtsgeschichte und Geschichtswissenschaft*, ZAkDR 1938, S. 17.

79 Justus Wilhelm Hedemann, *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit, Ein Versuch*, 1935 (Sonderabdruck aus der Festschrift für Hübner, 1935), S. 15.

80 Thieme (Anm. 50), DJZ (1935), Sp. 339.

stattdessen als Schwerpunkte vor: die »Volksbedürfnisse und ihr Niederschlag in der Gesetzgebung, die geistigen Strömungen und ihr Niederschlag in den gelehrten Schulen, das Volksleben und seine Spiegelung in den einzelnen Rechtsinstituten.«⁸¹

Es ging also um ein Doppeltes: Man wollte keine positivistische Geschichtsschreibung und man wollte kein positivistisches Rechtsdenken.

III. Frontstellungen

Dieser Umschwung im methodischen, didaktischen, aber auch sachlichen Ziel bewirkte eine doppelte Abkehr von älteren Konzeptionen. Es kam zu einem Bruch mit der älteren Dogmengeschichte einerseits und der älteren Rechtswissenschaftsgeschichte andererseits.

Die Neuansätze brachen erstens mit der älteren, nun dem Positivismusverdacht unterfallenden Dogmengeschichte. Claudius Freiherr von Schwerin warnte 1938 vor einer Institutionengeschichte, da hier die Gefahr bestünde, »von der seelenlosen Wertungsfreiheit erfasst zu werden, die eine notwendige Folge der Herauslösung des Rechts aus seiner kulturellen und politischen Umgebung ist.«⁸² Der stets zeitnah agierende Justus Wilhelm Hedemann entschuldigte sich 1935 dafür, dass ihm der letzte Band seiner zuvor so wirkungsreichen »Fortschritte des Zivilrechts im 19. Jahrhundert« angesichts der dogmatischen Einzelfragen wenig Gelegenheit gegeben habe, »von weltanschaulichem Stürzen und Steigen« zu sprechen.⁸³ An diesem Buch hatte Adolf Zycha 1937 seine Erzählung

81 Hedemann (Anm. 79), S. 15; zum Topos »Bedürfnisse« vertiefend Hans-Peter Haferkamp, *Der Jurist, das Recht und das Leben*, in: Verein zur Förderung der Rechtswissenschaft (Hrsg.), *Fakultätsspiegel Sommersemester 2005*, 2005, S. 83 ff.

82 von Schwerin (Anm. 78), ZAKDR (1938), S. 16. Es ging also um mehr als bloße Historisierung; so aber Klippel (Anm. 29), S. 156 ff.

83 Justus Wilhelm Hedemann, *Die Fortschritte des Zivilrechts im 19. Jahrhundert*, Teil 2, Halbbd. 2, 1935, Vorwort. Da das Buch bereits 1933 abgeschlossen war, entschloss sich Hedemann zu einem Anhang mit Bekenntnischarakter: »Bodenrecht und neue Zeit«, hierzu Heinz Mohnhaupt, *Justus Wilhelm Hedemann als Rechtshistoriker und Zivilrechtler vor und während der Epoche des Nationalsozialismus*, in: Michael Stolleis / Dieter Simon (Hrsg.), *Rechtsgeschichte im Nationalsozialismus*, 1989, S. 110 ff.; zur Konzeption des Werks Christine Wegerich, *Die Flucht in die Grenzenlosigkeit*, Justus Wilhelm Hedemann (1878-1963), 2004, S. 33 ff.

des Privatrechts im 19. Jahrhundert als Teil seiner »Deutschen Rechtsgeschichte der Neuzeit« noch ausgerichtet.⁸⁴ 1954 war Wesenbergs Entwurf bereits der letzte, der sich explizit auf Hedemanns Linienziehungen stützte.⁸⁵ Seine »Neuere deutsche Privatrechtsgeschichte«, die konsequent dogmenhistorische Schwerpunkte setzte, fand in der Bundesrepublik keine Nachahmer und fasste vor allem in Österreich Fuß, wo der dogmenhistorische Zugriff in der Ausbildung nach 1945 deutlicher erhalten blieb. Für die Bundesrepublik resümierte Hermann Krause 1957 eine Umfrage bei allen Fakultäten bezüglich des Inhalts der Privatrechtsgeschichtsvorlesungen: »Das geistesgeschichtliche System wird durchweg gegenüber dem institutionellen bevorzugt.«⁸⁶ Selbst für dogmenhistorisch aufgeschlossene Rechtshistoriker wie Wolfgang Kunkel führte der Positivismusverdacht zum Bruch mit der älteren Dogmengeschichte des 19. Jahrhunderts. 1954 stellte er heraus: »viele, wenn nicht das meiste davon, scheint uns heute in hohem Maße der Nachprüfung bedürftig zu sein [...]. Deshalb muß die Dogmengeschichte in weitem Umfang neu begonnen werden.«⁸⁷ Radikaler noch sprach Franz Wieacker der juristischen Dogmatik eine eigene Geschichte ganz ab, da es in Wahrheit immer um »Wandlungen im Bewußtsein, in den Überzeugungen und den Verhaltensregeln geschichtlicher Rechtsgemeinschaften« gehe.⁸⁸

Verdrängt wurde zweitens die ältere Wissenschaftsgeschichtsschreibung. Thiemes Hinweis im Jahr 1935, für die Privatrechtsgeschichte des 19. Jahrhunderts sei »noch so gut wie alles zu tun«, bezog sich auf die »Rechtswissenschaftsgeschichte«, die Ernst Landsberg 1910 auf immerhin 1389 Seiten vorgelegt hatte. Landsbergs Werk beruhe auf »vielfach überwundenen Wertungen«, sei nicht mehr als ein »Hilfsmittel bei der Selbst-

84 *Adolf Zycha*, Deutsche Rechtsgeschichte der Neuzeit, 1937, S. 216 ff.

85 *Gerhard Wesenberg*, Neuere deutsche Privatrechtsgeschichte, 1954, § 24: »Die »Fortschritte des Zivilrechtes« im 19. Jahrhundert«.

86 *Hermann Krause*, Die Vorlesungen »Deutsches Privatrecht« und »Privatrechtsgeschichte der Neuzeit« im gegenwärtigen Studiengange, Bericht über eine Umfrage, ZRG GA 74 (1957), S. 471, 472. Klarstellend *Wolfgang Kunkel*, Rezension zu Franz Wieacker, Privatrechtsgeschichte, 1952 und zu Gerhard Wesenberg, Neuere deutsche Privatrechtsgeschichte, 1954, SZ 71 (1954), S. 509, 511: »die »Institutionen«- (d.h. Dogmen)geschichte«.

87 *Kunkel* (Anm. 86), SZ 71 (1954), S. 509 ff., 512; zu Kunkels Position *Gagnér* (Anm. 23), S. 86 ff.

88 *Wieacker*, Privatrechtsgeschichte, 2. Aufl. (Anm. 10), S. 17; hierzu *Okko Behrends*, Franz Wieacker 5.8.1908 – 17.2.1994, SZ 112 (1995), S. XLVI.

bestimmung über unseren Weg und Standort«. ⁸⁹ Ernst Landsberg hatte seinerseits 1927, kurz vor seinem Tod, Skepsis gegenüber der sich als »geistesgeschichtliche Methode« gerierenden »Gestaltschau« Erik Wolfs geäußert (»das Wesen der Gestaltschau scheint zu sein, daß jeder Schauende eine andere Gestalt sieht, also keiner oder jeder ganz recht hat«) und gefragt, »ob dabei nicht an Genauigkeit verloren geht, was etwa an Intensität der Veranschaulichung gewonnen werden mag«. ⁹⁰ Sein Methodenbekenntnis für seine »Geschichte der Deutschen Rechtswissenschaft« von 1910 hieß: »Grundzug aller Wissenschaftlichkeit« sei »zu beobachten, zu beschreiben, zu sammeln, Sandkorn auf Sandkorn zu fügen, immer aber mit der unbeseitigbaren Grenzsperre des Ignorabimus vor uns«. ⁹¹ Die an solchen Äußerungen ansetzende Ablehnung der jüngeren Generation war scharf. Der vökelnde Walther Schönfeld versah 1943 Landsberg, in Befolgung der Forderung Carl Schmitts, ⁹² mit dem Klammerzusatz »Jude«. Er betonte 1943 auch schärfer noch als Thieme, Landsbergs Geschichte sei »als Geschichtsschreibung [...] unzulänglich« und müsse »von Grund auf umgeschrieben werden [...], da sie in einer heute schwer erträglichen Weise im Banne ihres positivistischen Zeitalters« stehe. ⁹³ Bis heute wirksam wurde Landsbergs Opus magnum zum Nachschlagewerk für Einzelfragen herabgestuft. Noch in der neuesten Ausgabe von Kleinheyer/Schröder findet sich der Hinweis, Landsbergs »einseitige Perspek-

89 *Thieme* (Anm. 50), DJZ (1935), Sp. 340.

90 *Ernst Landsberg*, Rezension zu Erik Wolf, Grotius, Pufendorf, Thomasius, Drei Kapitel zur Gestaltgeschichte der Rechtswissenschaft, 1927, Archiv für Rechts- und Wirtschaftsphilosophie 1926/27, S. 596, 599; zu Wolf oben Anm. 71. Ein Vorreiter der neuen Denkrichtung war im Übrigen Landsbergs Sohn Paul Ludwig Landsberg, ein Schüler Max Schelers. Zu dessen zeitgenössisch vieldiskutierter Neudeutung des Mittelalters *Oexle* (Anm. 65), S. 136 ff.

91 *Ernst Landsberg*, Kant und Hugo, Philosophisches und Civilistisches von 1800 und 1900 (Vortrag vor der Wiener Juristischen Gesellschaft), Grünhuts Zeitschrift 28 (1901), S. 678; zu Landsbergs Prämissen vertiefend Hans-Peter Haferkamp, Ernst Landsberg in Weimar, in: Andreas Thier/Guido Pfeifer/Philipp Grzimek (Hrsg.), Kontinuitäten und Zäsuren in der Europäischen Rechtsgeschichte, Rechtshistorische Reihe, Bd. 196, 1999, S. 297 ff.; dort auch zum Bruch nach 1918.

92 Zu diesen Zusammenhängen näher *Mathias Schmoeckel*, Ortung und Ordnung, Carl Schmitt im Nationalsozialismus, Aus Politik und Zeitgeschichte, Beilage zur Wochenzeitung Das Parlament, B 51/96 vom 13.12.1996, S. 34 ff., 43.

93 *Schönfeld* (Anm. 2), S. 51.

tive der späten Historischen Schule« sei jedenfalls »vielleicht [...] aus heutiger Sicht korrekturbedürftig«. ⁹⁴

Landsberg taugt damit als Folie, um spätere Entwicklungen abzusetzen und als neu in den Blick zu bekommen. Ich werde im Nachfolgenden immer wieder Ernst Landsbergs Opus magnum von 1910 mit den seit 1935 aufkommenden neuen Wegen der Privatrechtshistoriographie vergleichen.

Die Dimension der Differenzen zeigt schnell ein Blick auf die historiographische Verortung von Gustav Hugo. Landsbergs Band zum 19. Jahrhundert begann bekanntlich mit »Endlich kam Hugo«. Es folgten 48 Seiten Darstellung zu Hugo, während etwa Jhering später nur auf 37 Seiten dargestellt wurde. Nach Savigny war für Landsberg Hugo die wichtigste Figur der Rechtswissenschaft des 19. Jahrhunderts. Von Hugo datiere die neuere deutsche historische Rechtswissenschaft, negativ durch Beseitigung des alten Naturrechts und positiv durch diejenige Methode, »die seither im wesentlichen innegehalten worden ist«. ⁹⁵ Hugo wurde der eigentliche Sieger des 19. Jahrhunderts, er betonte für Landsberg mit seinem erkenntnistheoretischen Dualismus die Perspektive, die unter neukantianischem Einfluss um die Wende zum 20. Jahrhundert nach seiner Ansicht den Sieg davongetragen hatte. Landsberg wies Hugo in seiner »Geschichte der Rechtswissenschaft« »die Stelle zu, die Kant in einer Geschichte der Wissenschaften anzuweisen wäre«. ⁹⁶ »Von Hugo zu Hugo« war die Linie.

Hugo wurde seit den 1920er Jahren dagegen vom König zum Diener. Erik Wolf zählte ihn in seinem seit 1939 erscheinenden Werk nicht mehr

94 Gerd Kleinheyer / Jan Schröder (Hrsg.), *Deutsche und Europäische Juristen aus neun Jahrhunderten*, 5. Aufl. 2008, S. 513. Das Bild der Historischen Rechtsschule spielt eine »frühe metaphysische« Variante Savignys gegen eine spätere »positivistische« bzw. historicistische Variante eines »Zurück zu Kant/Hugo« aus, es geht also gegen positivistische Geschichtsschreibung. Dieses Bild findet sich vielleicht erstmals bei Erik Wolf 1927. *Landsberg* (Anm. 90), S. 598 kommentierte lakonisch: »Gierke hat mir s.Z. vorgeworfen, daß ich die historische Richtung in der Rechtswissenschaft nicht genügend hoch stelle; nun betrachtet mich Wolf als selbst zur historischen Schule gehörig, meine Einstellung zum Naturrecht ist die der »entwickelten historischen Schule«, denn ein deutendes Verständnis der Gestalt z.B. Pufendorfs suche ich nicht, sondern die theoretische Wiedergabe seiner Lehrsätze [...]. Nun, tempora mutantur et nos (unser Spiegelbild) mutantur in illis«.

95 *Landsberg* (Anm. 1), S. 40.

96 *Landsberg* (Anm. 1), S. 48.

unter die »Grossen Rechtsdenker der Deutschen Geistesgeschichte«⁹⁷, Wieacker zählte Hugo 1958 nicht unter die für ihn zentralen »Gründer und Bewahrer«⁹⁸ der Rechtswissenschaft. In seiner »Privatrechtsgeschichte« war ihm Hugo 1952 ein »Begründer«⁹⁹, 1967 ein »Wegbereiter«¹⁰⁰ der Historischen Rechtsschule. Hugo wurde nun von Savigny und auch von Jhering her betrachtet, als Zuarbeiter, Vordenker, nicht Vollender. Hierfür benötigte Wieacker 1952 knapp eine Seite, weniger als etwa für Georg Friedrich Puchta oder Georg Beseler. Gustav Hugo, der als strenger erkenntniskritischer Positivist in Frage käme, wurde in seiner Bedeutung heruntergestuft, kaum aber inhaltlich kritisiert.¹⁰¹ Nicht Hugo ist bei Wieacker das Negativbeispiel für rechtswissenschaftlichen Positivismus, sondern es sind Puchta, Windscheid und der frühe Jhering.

Um diese Bilder verstehen zu können, muss man die Prämissen der deutenden Historiker kennen und stets mitdenken.

Vertiefen möchte ich diese Problematik anhand zweier Texte zu Bernhard Windscheid – einerseits Landsbergs Einschätzung aus dem Jahr 1910, andererseits Wieackers Gedächtnistext zu Windscheid aus dem Jahr 1942 und seine späteren Ergänzungen von 1952 und 1959.¹⁰² Anhand die-

97 Wolf (Anm. 6).

98 Wieacker, Gründer und Bewahrer (Anm. 8).

99 Wieacker, Privatrechtsgeschichte, 1. Aufl. (Anm. 10), S. 230.

100 Wieacker, Privatrechtsgeschichte, 2. Aufl. (Anm. 10), S. 378; eine Reihe weiterer Facetten des »Positivist« Hugo bei Joachim Rückert, »... dass dies nicht das Feld war, auf dem er seine Rosen pflücken konnte ...«, Gustav Hugos Beitrag zur juristisch-philosophischen Grundlagendiskussion nach 1789, in: Ralf Dreier (Hrsg.), Rechtspositivismus und Wertbezug des Rechts, Vorträge der Tagung der Deutschen Sektion der Internationalen Vereinigung der Rechts- und Sozialphilosophie (IVR) in der Bundesrepublik Deutschland, 1990, S. 94 ff.

101 Vgl. zu den Deutungsvarianten Joachim Rückert, Kant-Rezeption in juristischer und politischer Theorie (Naturrecht, Rechtsphilosophie, Staatslehre, Politik) des 19. Jahrhunderts, in: Martyn P. Thompson (Hrsg.), John Locke und Immanuel Kant, Historische Rezeption und gegenwärtige Relevanz, 1991, S. 144 ff.; Okko Behrends, Gustav Hugo, Der Skeptiker als Wegbereiter der vom Geist der Romantik geprägten Historischen Rechtsschule, in: ders. (Hrsg.), Edward Gibbon, Historische Übersicht des Römischen Rechts, übersetzt, eingeleitet und kommentiert von Gustav Hugo, 1996, S. 159 ff.

102 Wieacker (Anm. 8), DR 1942, S. 1140 ff.; ders., Bernhard Windscheid, in: ders., Gründer und Bewahrer (Anm. 8), S. 181 ff.; ders., Privatrechtsgeschichte, 1. Aufl. (Anm. 10), S. 262 f.

ser Windscheid-Bilder¹⁰³ können besonders Positivismuskonzepte, die sich auf die Arbeit der Wissenschaft zum »heutigen Römischen Recht« beziehen, gut abgegrenzt werden. Landsberg wie Wieacker sprachen in diesem Zusammenhang von wissenschaftlichem bzw. rechtswissenschaftlichem Positivismus. Drei in diesem Begriffsfeld ausgetragene Gegenbilder zwischen Landsberg und Wieacker möchte ich betonen: (1) Freundlicher oder feindlicher Positivismusbegriff; (2) Wirklichkeitsbezug oder Wertbezug; (3) Teleologie oder Kausalität.

1. Freundlicher oder feindlicher Positivismusbegriff

Auch Landsberg nutzte in seiner »Rechtswissenschaftsgeschichte« Positivismen als Einteilungshilfe. Er unterschied wissenschaftlichen, spekulativen und unbefangenen Positivismus. Unter wissenschaftlichem Positivismus verstand er eine »Richtung auf das praktisch brauchbare, die Überzeugung davon, daß Recht und Rechtswissenschaft nur dazu da sind, dem sittlichen und ökonomischen Wohlergehen und Fortschritte der Menschheit zu dienen.«¹⁰⁴ Der wissenschaftliche Positivismus bediene sich, so Landsberg, »aller wissenschaftlichen Mittel, seien sie nun solche der Gesetzesauslegung, der historischen Kritik, des systematischen Aufbaus oder auch solche des Raisonnements aus Gesichtspunkten der Vernunft, der Zweckmäßigkeit oder Moral, mit gelegentlich rechtsvergleichenden oder naturrechtlichen Anklängen.«¹⁰⁵

Schönfelds Kritik an Landsbergs »verwaschene[r] Art«¹⁰⁶, von Positivismus zu reden, zeigte, dass Positivismus von Antipositivisten deutlich zugespitzt definiert wurde. Franz Wieacker definierte 1952 rechtswissenschaftlichen Positivismus als

»eine Rechtsanschauung, die alle Rechtssätze und Entscheidungen aus der Summe der rechtswissenschaftlichen Begriffe und Lehrsätze ableitet, ohne außerjuristischen, z.B. religiösen, sozialetischen (auch »naturrechtlichen«) oder weltanschaulichen (z.B. sozialistischen) Wertungen oder wirtschaftlichen und soziologischen Zweckmäßigkeiten rechtserzeugende oder rechtsändernde Kraft zuzugestehen, d.h. ihnen für das Ethos oder auch nur das Bewußtsein des Juristen Raum zu geben.«¹⁰⁷

103 Zu den Varianten ein Überblick bei *Falk* (Anm. 16), S. 1 ff.

104 *Landsberg* (Anm. 1), S. 75.

105 *Landsberg* (Anm. 1), S. 75.

106 *Schönfeld* (Anm. 2), S. 51.

107 *Wieacker*, *Privatrechtsgeschichte*, 1. Aufl. (Anm. 10), S. 253.

Der Begriff des (rechts)wissenschaftlichen Positivismus differierte zwischen Landsberg und Wieacker also erheblich. Wieackers Positivisten kannten nur Begriff und System, es gab keine kompromisshaften »Anklänge« an Naturrecht, Moral, Zweckmäßigkeit und Vernunft, die Landsberg rechtswissenschaftlichen Positivisten zugestand. Wieackers antipositivistisch formulierte Positivisten gingen einen radikalen, logisch-weltfremden Weg, Landsbergs zustimmend formulierte Positivisten kamen bei aller erkenntniskritischen Grundeinstellung pragmatisch daher.

2. Wirklichkeitsbezug und Wertbezug

Landsberg wie Wieacker betonten für die Zeit zwischen 1848 und 1871 die Herrschaft des (rechts)wissenschaftlichen Positivismus. Es liegt auf der Hand, dass unterschiedliche Definitionen unterschiedliche Erzählungen dieses rechtswissenschaftlichen Positivismus und damit der Privatrechtswissenschaftsgeschichte dieser Epoche ausdrückten. Zu kurz gegriffen wäre es, von einer identischen Erzählung auszugehen, die der Positivist Landsberg begrüßt und der Antipositivist Wieacker verdammt hätte. Die positivistische oder antipositivistische, also freundlich-kompromisshaft oder feindlich-zugespitzte Formulierung des Positivismusbegriffs wurde vielmehr überlagert von Leitbildern, die den Suchscheinwerfer des Historikers lenkten und die ich hier in traditionell neukantianischer Begrifflichkeit mit Wirklichkeits- und Wertbezug beschreiben möchte.

Landsberg unterschied scharf zwischen Positivismus in der Philosophie und in der Rechtswissenschaft. Nach 1848 stehe in der Philosophie »riesengroß, den Vordergrund allein ausfüllend [...] der nackte, selbstbewusste, allbeherrschende Positivismus«. ¹⁰⁸ Hiervon sei jedoch die Geschichte der Rechtswissenschaft zu unterscheiden. Diese habe es nämlich verstanden, »die wissenschaftlichen Elemente des Positivismus mit der Pflege der Rechtsgeschichte und mit dem Sinne für freigestaltende Rechtsentwicklung zu verbinden«. ¹⁰⁹ Landsberg beschrieb also eine Rechtswissenschaft, die neben begrifflich-systematischen Elementen und den Normtexten auch die der Norm unterworfenen Lebenswirklichkeit beachtete. Als Vertreter dieser Richtung benannte er etwa Carl Georg von Wächter, für ihn einer »der größten deutschen Juristen aller Zeiten«, der es verstanden habe, »den Pulsschlag seiner Zeit zu fühlen und deren

¹⁰⁸ *Landsberg* (Anm. 1), S. 734.

¹⁰⁹ *Landsberg* (Anm. 1), S. 735.

praktischen Bedürfnissen die wissenschaftliche Befriedigung zu bieten.«¹¹⁰ Demgegenüber war Windscheid für Landsberg eine durch das Pandektenlehrbuch zwar einflussreiche, methodisch aber extreme Figur. Windscheids Begriffsbildungen seien zumeist »nicht unmittelbar erwachsen [...] aus dem Verständnis für die Bedürfnisse des kasuistisch vorgestellten Rechtslebens [...], sondern ersonnen zur Befriedigung eines systematischen Bedürfnisses.«¹¹¹ Damit bleibe Windscheid »entschieden zurück, nicht nur hinter dem, was die Jurisprudenz einer späteren Zeit stürmisch als ihr Lebensbedürfnis beanspruchen musste, sondern auch hinter dem, was schon Männer wie Thöl, Bähr und [der frühe, Verf.] Jhering geleistet« hätten.¹¹²

Wieacker machte Windscheid demgegenüber zum Signum einer Epoche. Indem Windscheid das Recht »ausschließlich aus den anerkannten Ergebnissen der Rechtslehre [...], insbesondere aus System und vorherrschendem Begriffs- und Theorievorrat« hergeleitet habe,¹¹³ sei er nicht nur das »unbestrittene Haupt« und der »Klassiker des wissenschaftlichen Positivismus«,¹¹⁴ sondern habe zugleich »vollkommen den Geist der Pandektenwissenschaft«¹¹⁵ ausgesprochen. Windscheid war, sieht man jeweils von einem Halbsatz zu Vangerow, Brinz, Regelsberger, Bekker und Dernburg ab, der einzige Pandektist, den Wieacker in seinem Lehrbuchabschnitt zur Pandektenwissenschaft 1952 porträtierte. Carl Georg von Wächter tauchte gar nicht auf. Windscheid, Pandektistik und wissenschaftlicher Positivismus verschmolzen zu einem Bild.

Hier wurden verschiedene Blickrichtungen deutlich. Landsberg differenzierte Positivisten nach dem Grad des Wirklichkeitsbezuges. Es ergaben sich viele Abstufungen. Wieacker anerkannte 1952 mit Blick auf Dernburg durchaus die »Möglichkeiten des wissenschaftlichen Positivismus zur Lebensnähe.«¹¹⁶ Er fragte jedoch nicht nach Wirklichkeits-, sondern nach Wertbezug. Er thematisierte die »Abkehr der Pandektenwissenschaft von einer leitenden Rechtsidee«¹¹⁷ und kritisierte, dass »Wissenschaft und Praxis ihre Resultate nicht mehr in letzter Instanz aus einer materiellen Rechtsidee ableiten, die der Totalität des Daseins

110 *Landsberg* (Anm. 1), S. 386.

111 *Landsberg* (Anm. 1), S. 856.

112 *Landsberg* (Anm. 1), S. 862.

113 *Wieacker*, *Privatrechtsgeschichte*, 1. Aufl. (Anm. 10), S. 254.

114 *Wieacker*, *Privatrechtsgeschichte*, 1. Aufl. (Anm. 10), S. 253.

115 *Wieacker* (Anm. 8), DR 1942, S. 1441.

116 *Wieacker*, *Privatrechtsgeschichte*, 1. Aufl. (Anm. 10), S. 262.

117 *Wieacker* (Anm. 8), DR 1942, S. 1442.

angehört«. ¹¹⁸ Landsberg lobte an Jherings Abkehr vom »Willensdogma«, dass er berücksichtigt habe, »was den tieferen Grund oder Zweck jener Willensmächte bildet«. ¹¹⁹ Für Wieacker führte 1942 Jherings Erklärungsversuch im »Zweck« aber nur zu neuem Positivismus; Jhering habe hier den »naturalistischen Positivismus« ¹²⁰ begründet. Dieser habe »folgerichtig zum Relativismus« ¹²¹ geführt, also gerade keine Werte gegeben. Landsberg blickte auf empirische, Wieacker auf überempirische Zwecke. Landsberg vermisste 1910 bei Windscheid die »Beobachtung des rechtlicher Regelung unterworfenen Lebens selbst«, ¹²² Wieacker 1942 dagegen eine »Ausbildung der inneren Anschauung«. ¹²³

Unter dem Wirklichkeitsbezug wurde Windscheid zur Ausnahme, weil er weniger wirklichkeitsbezogen argumentierte als viele andere Pandektisten. Es entstand ein abgestuftes Bild der Pandektistik. Unter dem Wertbezug wurde Windscheid zur Regel, weil alle Pandektisten nach Wieacker nicht offen wertbezogen argumentierten. Es entstand ein homogenes Bild der Pandektistik.

3. Kausalität oder Teleologie

Damit komme ich zu einer dritten Antinomie: Kausalität vs. Teleologie.

Franz Wieacker forderte 1944 die »Überwindung des Positivismus, der die Idee der geschichtlichen Sachverhalte nicht zu Worte kommen läßt«. ¹²⁴ Es ging dabei nicht um Positivismus im Recht, sondern um Positivismus als Methode des Historikers. Die Debatte um das neue Fach im Jahr 1935 zeigte, wie dargelegt, überall diese Tendenzen zu einer ideengeschichtlich-teleologischen Geschichtsbetrachtung. Mit dem von Heinrich Rickert zur Abgrenzung von naturwissenschaftlichem und geisteswissenschaftlichem Denken geprägten Gegensatzpaar ¹²⁵ forderte man eine wert- und sinnhafte, teleologische Verknüpfung der Erzählung, nicht nur eine kausale Erklärung der einzelnen Phänomene.

118 *Wieacker* (Anm. 8), DR 1942, S. 1442.

119 *Landsberg* (Anm. 1), S. 863.

120 *Franz Wieacker*, Rudolf von Jhering, Eine Erinnerung zu seinem 50. Todestage, 1942, S. 43.

121 *Wieacker* (Anm. 120), S. 41.

122 *Landsberg* (Anm. 1), S. 862.

123 *Wieacker* (Anm. 8), DR 1942, S. 1442.

124 *Wieacker* (Anm. 9), S. 282.

125 *Heinrich Rickert*, Die Grenzen der naturwissenschaftlichen Begriffsbildung, hier nach 2. Aufl. 1913, S. 336 f.

Der rechtswissenschaftliche Positivismus zeigte sich daher durchweg in größere Entwicklungsgeschichten verknüpft. Dies ist seine dritte, immer mitzudenkende Besonderheit. Während Landsberg durchaus mit Epochen arbeitete, eine durchgreifende Entwicklungsgeschichte aber vermied, wurden in den Arbeiten nach 1935 wiederkehrende klare Stufengeschichten sichtbar. Bei Georg Dahm waren dies 1944 Naturrecht – Historische Rechtsschule – Positivismus – Überwindung des Positivismus, bei Gustav Boehmer 1951 Naturrecht – Historische Rechtsschule und Begriffsjurisprudenz – Positivismus – Erneuerung einer metapositivistischen Rechtswertlehre, bei Franz Wieacker 1952 Vernunftrecht – Historische Rechtsschule – »Herrschaft des wissenschaftlichen Positivismus« – »Übergang vom wissenschaftlichen zum Gesetzespositivismus« – »Entartung des Gesetzespositivismus« – juristischer »Naturalismus« – Rückwege zur materialen Gerechtigkeit, bei Karl Larenz 1960 Savigny – Begriffsjurisprudenz, mit Puchta und dem »naturhistorischen« Jhering – Positivismus – Abwendung vom Positivismus – Gegenwart mit Wertungsjurisprudenz. Man betonte im Begründer das, was den Vollender auszeichnete, im Vollender das, was den Niedergang später bewirkte. Positivismus wurde zur Gipfelgeschichte. Positivismus war der Berg, den man besteigt. Das Vernunftrecht ist der Ausgangspunkt im Tal, die Historische Rechtsschule errichtet das Basislager, die Pandektistik das erste Hochlager, der strenge Gesetzespositivismus erlebt um 1900 den Gipfel bereits schockartig, seitdem steigt man wieder ab, offenbar zu langsam und nicht ohne Gefahren. Seit den 1930er Jahren wähnt man sich wieder auf sicherem Terrain, man hat überwunden und ist im Metapositivismus zu Hause. Die Rechtsgeschichte wurde, so Larenz 1960, »Rückschau, die durch die mit ihr verbundene kritische Stellungnahme zur Vorschau auf die sich darin schrittweise enthüllende Sachproblematik wird«. ¹²⁶ Rechtswissenschaftlicher Positivismus wurde damit zum Scharnierbegriff. Das Ziel war die Gegenwart, deren Geschichte man, so Hedemann 1935, als »Anmarsch« ¹²⁷ erzählte.

Zwei im Folgenden zu betrachtende signifikante Abweichungen zwischen Wieackers und Landsbergs positivistischem Windscheid-Bild folgten solchermaßen geschichtsteleologischen Annahmen. Wieacker blickte vom Vernunftrecht her. Sein Vernunftrechtsbild wurde von einem Spannungsfeld durchzogen, das er zwischen 1600 und 1800 im Übergang

¹²⁶ Larenz (Anm. 11), S. 6.

¹²⁷ Hedemann (Anm. 79), S. 15.

vom theologischen zum profanen Naturrecht angelegt fand.¹²⁸ Die »volle Autonomie der Sozialethik« sei mit einer Mathematisierung des Rechts einhergegangen.¹²⁹ In der Folge sei der »Kern der Vernunftrechtsidee« ausgehöhlt worden: »Der Transpersonalismus [...] wich jetzt einem extremen Individualismus, an dem schließlich der Aufbau einer übergreifenden und verbindenden Rechtsgemeinschaft scheitern muss.«¹³⁰ Der hier beginnende Kampf zwischen Rechtsmathematik und Rechtsethik war eine zentrale Sichtachse in Wieackers »Privatrechtsgeschichte«. Historische Rechtsschule und Pandektenwissenschaft wurden vom Vernunftrecht her gelesen. 1952 betonte Wieacker, die Historische Rechtsschule stelle, anders als *mos italicus*, Vernunftrecht und Naturalismus, keine eigene Epoche der Rechtsgeschichte dar, sondern sei lediglich die »fachwissenschaftliche Vollendung des durch das Vernunftrecht erbauten ›Natürlichen Systems‹.«¹³¹

a. Ethischer Personalismus

Dieser Blickwinkel erklärt eine Äußerung Wieackers zu Windscheids Rechtsbegriff, die bei Landsberg fehlt. Wieacker betonte die »sittliche Grundlage« von Windscheids Willensmachtbegriff im »Persönlichkeits- und Freiheitsbegriff des subjektiven Idealismus« und bedauerte den Verlust dieser Prämisse durch die Rede vom »Jurist[en] als solche[m]«¹³². Freiheit wurde sittlich gebunden gedacht, sozusagen sozial. 1951 formulierte Hans Welzel in »Naturrecht und materiale Würde«¹³³ die Hintergründe:

»Kants Ethik setzt immerfort eine objektiv-sittliche Ordnung der Dinge voraus. Kant ist weit davon entfernt, der Vertreter eines reinen ethischen Subjektivismus zu sein, wie er erst innerhalb des Neukantianismus und in gewissen existenzialistischen Lehren entwickelt worden ist.«

Für Wieacker bedeutete 1952 die »sittliche Verantwortung der autonomen, frei wollenden Persönlichkeit«, dass bei Savigny »keine Aushöhlung

128 Vgl. hierzu *Viktor Winkler*, *Moderne als Krise, Krise als Modernisierung: Franz Wieacker und die großen Besinnungs-Bücher nach 1945*, in: *forum historiae iuris*, <http://www.forhistiur.de/zitat/0507winkler.htm>, Rn. 33 ff.

129 *Wieacker*, *Privatrechtsgeschichte*, 1. Aufl. (Anm. 10), S. 151.

130 *Wieacker*, *Privatrechtsgeschichte*, 1. Aufl. (Anm. 10), S. 152.

131 *Wieacker*, *Privatrechtsgeschichte*, 1. Aufl. (Anm. 10), S. 11.

132 *Wieacker* (Anm. 8), DR 1942, S. 1442.

133 *Welzel* (Anm. 39), S. 169. Ich danke Michael Quante für seine Hinweise.

der altnaturrechtlichen Pflichtenlehre« eingetreten sei.¹³⁴ Hatte Landsberg den erkenntniskritischen Kant betont und mit Hugo als Ausgangspunkt das Naturrecht verabschiedet, wurde nun die naturrechtliche Pflichtenbindung über den Freiheits-Kant¹³⁵ wieder ins Boot geholt.¹³⁶ Es war vor allem erneut Julius Binder, der diese Gedanken mitgeprägt hatte.¹³⁷ Binder hatte sich bereits in seiner neukantianischen Phase 1907 mit der Bestimmung des subjektiven Rechts als Willensmacht auseinandergesetzt¹³⁸ und zunächst betont, es handele sich um einen formalen Rechtsbegriff,¹³⁹ der keine ethischen Bindungen beinhalte. 1925, nun in seiner »objektiv-idealistischen« Phase,¹⁴⁰ warf er seiner früheren Theorie vor, »daß sie das logische [...] mit dem ethischen Subjekt« verwechselt habe.¹⁴¹ Sein »ethisch« aufgeladener Begriff der Person sah diese nun als »Träger eines überindividuellen Wertes, als Glied der Gemeinschaft«. Die Einräumung einer Willensmacht sei ein »sozialer Vertrauensakt«¹⁴², nicht »freie Willkür, sondern Amt, und seine soziale Ausübung sittliche Aufgabe«. ¹⁴³ Binder wendete dies historisch an und fand bei Savigny einen sittlich gebundenen Willensbegriff, der sich bei Puchta und nachfolgend Windscheid zu einem »psychologischen Standpunkt« verengt habe, da bei diesen »jeder Zusammenhang mit der Ethik, mit der [...] Vernünftigkeit dieses Willens« gelöst worden sei.¹⁴⁴ Mit diesen Überlegungen begründete Binder das bei Wieacker und vor allem Karl Larenz

134 *Wieacker*, Privatrechtsgeschichte, 1. Aufl. (Anm. 10), S. 229 f.

135 Ich folge hier *Rückert* (Anm. 101), S. 180 f., der von einer »doppelten Kantwirkung« in der Kantrezeption (frei und kritisch) ausgeht.

136 Hinweise zur Genese dieser Uminterpretation Kants seit den 1920er Jahren bringen: *Kristian Kühl*, Eigentumsordnung als Freiheitsordnung, Zur Aktualität der Kantischen Rechts- und Eigentumslehre, 1984, S. 51 ff.; *Thomas Gutmann*, Paternalismus – eine Tradition deutschen Rechtsdenkens, ZRG GA 122 (2005), S. 188 ff.; kritisch gegen diese »moraltheologische« Kant-Interpretation in neuerer Zeit vor allem *Wolfgang Kersting*, Wohlgeordnete Freiheit, Immanuel Kants Rechts- und Staatsphilosophie, erweiterte Neuausgabe 1993, S. 142 ff.; jüngst auch *Marietta Auer*, Subjektive Rechte bei Pufendorf und Kant, AcP 208 (2008), S. 625 ff.

137 Hierzu *Haferkamp* (Anm. 16), S. 96 ff.

138 *Julius Binder*, Problem der juristischen Persönlichkeit, 1907.

139 *Binder* (Anm. 138), S. 146.

140 Hierzu *Jakob* (Anm. 73), S. 34 ff.

141 *Binder* (Anm. 64), S. 447.

142 *Binder* (Anm. 64), S. 448.

143 *Binder* (Anm. 64), S. 449.

144 *Binder*, Philosophie, 1925 (Anm. 64), S. 441.

prägende Bild des immer »formaler« werdenden Privatrechts im 19. Jahrhundert, mit einer Linie Kant – Savigny – Puchta – Windscheid.¹⁴⁵ Im Rechtsbegriff verdichtete man die Entethisierung der Privatrechtswissenschaft im 19. Jahrhundert.

Wieackers »rechtswissenschaftlicher Positivismus« war Teil einer größeren Entethisierungsgeschichte, die der Privatrechtsgeschichte seit dem 16. Jahrhundert eine Teleologie gab.

b. Deduktive Begriffspyramide

Auch das Bild der mathematisierenden Tendenz in Wieackers »rechtswissenschaftlichem Positivismus« war Teil einer ausgreifenden Geschichts-teleologie.

Für Landsberg folgte Windscheids zunehmender »Formalismus« daraus, dass Windscheid »in dem Anspruch auf Quellenmäßigkeit immer strenger«¹⁴⁶ geworden sei. Die Rechtsquellen- und Auslegungsarbeit von Windscheid war schuld, also das »induktiv verwertete Material«.¹⁴⁷ Für den jungen Windscheid hob Landsberg dagegen lobend hervor, dass dieser sich nicht gescheut habe, »das, was das Rechtsleben der Gegenwart verlangt, [...] aus dem römischen Recht heraus oder im Notfalle selbst gegen das römische Recht zu finden«.¹⁴⁸ Lebenstaugliche Begriffe waren entscheidend. Gefährlich hierfür war zu strenge Quellentreue.

Bei Wieacker findet sich 1942 ein ganz anderes Bild. Windscheids Methode produziere Recht, »indem sie von den anerkannten Obersätzen des positiven Rechts in logisch schlüssigem, ununterbrochenem Fortgang bis zum letzten Einzelbegriff und zur letzten Einzelentscheidung« herabsteige und so »durch Anwendung logischer Hilfsmittel das gesamte Material einer vorliegenden Rechtsordnung in ein lückenloses System von Rechtssätzen oder Institutionen« einschließe. Wieacker dachte vom subjektiven Recht her, blickte von hier aus deduktiv auf Windscheids System, also »von oben«. Larenz hat für Puchta den Irrtum dieser Methode betont: Puchta habe seinen Freiheitsbegriff »am Firmament der Ethik« aufgehängt. Durch die lediglich logischen Ableitungen in seiner Begriffspyramide sei diese ethische Bindung der Freiheit jedoch »bis zur

145 Zu dieser Linie auch *Rainer Schröder*, *Abschaffung oder Reform des Erbrechts*, 1981, S. 417 ff.

146 *Landsberg* (Anm. 1), S. 861.

147 *Landsberg* (Anm. 1), S. 861.

148 *Landsberg* (Anm. 1), S. 856.

Unkenntlichkeit verblasst.«¹⁴⁹ Landsberg völlig fremd wurde nun Windscheid unterstellt, das gesamte Recht aus seinem Rechtsbegriff abzuleiten. Hatte zuvor Jhering weltfremde Dogmatik gegeißelt und Heck verdeckte Wertung im Recht der Wissenschaft,¹⁵⁰ so behauptete die Historiographie nun eine dezidierte pandektistische Methode der mathematischen Demonstration. Das war neu. Der alte Windscheid konstruierte induktiv weltfremde Begriffe, weil er sich von den Quellen nicht löste; der neue Windscheid konstruierte deduktiv unethische Rechtsätze, weil er sie aus Oberbegriffen ableitete.

Auch hier bestimmte die teleologische Verknüpfung des rechtswissenschaftlichen Positivismus den Blick. Arthur Baumgarten¹⁵¹ hatte 1920 das Bild einer Begriffspyramide zur Beschreibung des Naturrechts von Christian Wolff verwendet.¹⁵² Philipp Heck entlieh 1932 dieses Bild und beschrieb den Begriffsbau der Historischen Rechtsschule ebenfalls als »Begriffspyramide«.¹⁵³ 1939 war es Franz Beyerle, der daraus eine Linie zog und behauptete, die naturrechtliche »Demonstrationsmethode« habe in der Historischen Rechtsschule und der Pandektistik fortgelebt.¹⁵⁴ Er betonte dabei Savignys Vergleich der Methode der Römer mit der Mathematik in der Berufsschrift von 1814.¹⁵⁵ Wieacker meinte 1942 zustimmend, Savigny »und die Seinen« hätten eine Methode übernommen, die von Christian Wolff und seinen juristischen Schülern entwickelt worden sei; sie seien »Erben des Naturrechts«.¹⁵⁶

149 Larenz (Anm. 11), S. 20.

150 Genauer: Haferkamp (Anm. 16), S. 26-46, 84 ff.

151 Vgl. Wolfgang Nauke, Arthur Baumgarten (1884-1966), in: Bernhard Diestelkamp / Michael Stolleis (Hrsg.), Juristen an der Universität Frankfurt am Main, 1989, S. 136 ff.

152 Arthur Baumgarten, Die Wissenschaft vom Recht und ihre Methode I, 1920, S. 345; Stelle angestrichen im Handexemplar Hecks (UB der Humboldt-Universität zu Berlin) und zitiert in Philipp Heck, Begriffsbildung und Interessenjurisprudenz, 1932, S. 144 Fn. 1.

153 Heck, Begriffsbildung, 1932 (Anm. 152), S. 166; hierzu Peter Landau, Puchta und Aristoteles, SZ 109 (1992), S. 3 Fn. 6.

154 Franz Beyerle, Der andere Zugang zum Naturrecht, DRW 1939, S. 1, 17; ohne den ethischen Vorwurf findet sich dieser Gedanke bereits bei Andreas Bertalan Schwarz, Pandektenwissenschaft und heutiges romanistisches Studium, Züricher Antrittsvorlesung von 1928, hier zitiert nach dem Neuabdruck in: ders., Rechtsgeschichte und Gegenwart, 1960, S. 100.

155 Beyerle (Anm. 154), DRW 1939, S. 1 ff., 17 ff.

156 Wieacker (Anm. 8), DR 1942, S. 144f.

Im Bild einer axiomatisch-deduktiven Rechtsbildung wurde der Volksgeist zum Fremdkörper. Hatte Carl Bergbohm 1892 überall »anonymes Naturrecht«¹⁵⁷ des Volksgeists entlarvt, wurde nun bereits für Savigny der Volksgeist zum bloßen Lippenbekenntnis¹⁵⁸ erklärt. In den dreißiger Jahren wurde, wie Joachim Rückert gezeigt hat, der Volksgeist zum Surrogat der neuen Rechtsidee.¹⁵⁹ Aus Georg Beselers alter Kritik an der Trennung von »Volksrecht und Juristenrecht«¹⁶⁰ wurde dabei die Trennung zwischen intuitivem und logischem Recht. Im »völkischen« Ambiente erntete Savignys »erschütternde Volksfremdheit« (Karl August Eckhardt¹⁶¹) scharfe Kritik: »Das angeschulte Ethos Roms [...] macht noch lange nicht zum deutschen Rechtswahrer. Rechtskündigung wie Rechtswahrung sind Charaktersache und nicht lernbar.«¹⁶² Da die Pandektenwissenschaft, so Wieacker 1942, die »Entdeckungen über den Zusammenhang des Rechts mit den unbewußten Kräften des Volkstums« wieder preisgegeben habe,¹⁶³ entstand eine weitere Verlustgeschichte. Das Bild vom »zu früh abgebrochenen Programm Savignys«¹⁶⁴ machte Puchta zur Schaltstelle, die, so Wieacker 1952,¹⁶⁵ den Volksgeist durch Logik »unschädlich« gemacht habe. So siegte die Mathematisierungstendenz des Naturrechts über die Rechtsidee des Naturrechts. Der »rechtswissenschaftliche Positivismus« war vom Volksgeist befreit. Walter Wilhelm formulierte 1958: »Der Nebel des Volksgeistes hob sich von diesem wissenschaftlichen Recht, und hervor traten die kahlen Gesetze des Denkens.«¹⁶⁶

157 *Carl Magnus Bergbohm*, *Jurisprudenz und Rechtsphilosophie*, 1892, S. 500.

158 So auch *Wieacker*, *Privatrechtsgeschichte*, 1. Aufl. (Anm. 10), S. 236.

159 *Joachim Rückert*, *Das »gesunde Volksempfinden«, Eine Erbschaft Savignys?*, ZRG GA 103 (1986), S. 201 f.

160 *Georg Beseler*, *Volksrecht und Juristenrecht*, 1843.

161 *Karl August Eckhardt*, *Recht oder Pflicht?*, DRW 1936, S. 7.

162 *Beyerle* (Anm. 154), DRW 1939, S. 13.

163 *Wieacker* (Anm. 8), DR 1942, S. 1442.

164 *Wieacker* (Anm. 8), DR 1942, S. 1442.

165 *Wieacker*, *Privatrechtsgeschichte*, 1. Aufl. (Anm. 10), S. 239.

166 *Walter Wilhelm*, *Zur juristischen Methodenlehre im 19. Jahrhundert*, 1958, S. 79.

IV. Von Nutzen und Nachteil des Positivismus als Ordnungsbegriff

Wie evaluiert man Leitbegriffe? – Drei eher pragmatische Aspekte möchte ich nachfolgend kurz in den Blick nehmen: (1) Anschlussfähigkeit, (2) Beschreibungsintensität und (3) Zugangserleichterung.

(1) Franz Wieackers »Privatrechtsgeschichte«, als das wohl glänzendste Beispiel einer »großen Erzählung«, vermochte noch die geltende Dogmatik gleichermaßen anzusprechen wie die Geschichtswissenschaft, die Rechtstheorie, die Rechtsphilosophie oder die Rechtssoziologie. Kitt dieses großen gemeinschaftlichen Baus war eine fast lückenlose, fachübergreifende polemische Allianz gegen Positivismus in seinen vielen Spielarten. Die Geschichte von Aufstieg und Fall des Positivismus bediente nach 1918 antidemokratische, nach 1933 umwertend-völkische und nach 1945 geschichtsbewältigend-christliche Leitbilder.

Inzwischen haben diese handlich antithetischen Bilder jedenfalls ihre emotionale¹⁶⁷ Wucht verloren. Wir wissen heute, dass keineswegs *der* Positivismus die Juristen nach 1933 »wehrlos« gemacht hat¹⁶⁸ und dass keine Rede davon sein kann, dass der Gesetzgeber am Terrorregime von Juristen nach 1933 die Hauptschuld trägt.¹⁶⁹

167 Die Frage, ob sich »Rechtspositivismus« überhaupt zu einer trennscharfen und konsensfähigen philosophischen Begrifflichkeit verdichten lässt, muss hier dahinstehen; zum Diskussionsstand *Dietmar von der Pfordten*, *Rechtsethik*, 2001, S. 101 ff.; *Auer* (Anm. 20), S. 935 ff.

168 Zur Genese dieses Radbruch-Zitats *Friedrich Lohmann*, *Zwischen Naturrecht und Partikularismus*, 2001, S. 233 ff., 236 f.; zum Forschungsstand *Stanley Paulson / Ralf Dreier*, *Einführung in die Rechtsphilosophie Radbruchs*, in: *Stanley Paulson / Ralf Dreier* (Hrsg.), *Gustav Radbruch: Rechtsphilosophie*, Studienausgabe, 1. Aufl. 1999, S. 235 ff.; zur Kritik besonders *Manfred Walther*, *Hat der Positivismus die deutschen Juristen wehrlos gemacht?*, *Zur Analyse und Kritik der Radbruch-These*, in: *Ralf Dreier / Wolfgang Sellert* (Hrsg.), *Recht und Justiz im »Dritten Reich«*, 1989, S. 323 ff.

169 Grundlegend: *Ilse Staff*, *Justiz im Dritten Reich*, Eine Dokumentation, 1964; *Bernd Rüthers*, *Die unbegrenzte Auslegung*, *Zum Wandel der Privatrechtsordnung im Nationalsozialismus*, 1968. Die Ergebnisse wurden seitdem in einer Fülle von Justizstudien bestätigt, vgl. den prägnanten Überblick von *Hinrich Rüping*, *Justiz und Nationalsozialismus – Ein Forschungsfeld und seine Geschichte*, in: *Gerhard Pauli / Thomas Vormbaum* (Hrsg.), *Justiz und Nationalsozialismus – Kontinuität und Diskontinuität*, 2003, S. 1 ff., 4 f.

Mit der ethischen Kraft des Antipositivismus ist auch die heuristische Kraft von Positivismus als Ordnungsbegriff geringer geworden. Lange Zeit wurde aus einer Methodengeschichte eine Gerechtigkeitsgeschichte einfach abgeleitet. Mit der Hermeneutikdebatte der 1960er Jahre wurden diese Ableitungen spätestens brüchig. Aus der Form, der Methode, lässt sich wissenschaftstheoretisch über den Stoff, das Recht, wenig sagen.¹⁷⁰ In der zweiten Auflage der »Privatrechtsgeschichte« Wieackers aus dem Jahr 1967 nahm – unter dem Einfluss von Hermeneutik und Topik – seine Skepsis gegenüber sicher erkennbaren überpositiven Inhalten zu.¹⁷¹ Die Naturrechtswirklichkeit der Nachkriegsjudikatur stieß Wieacker ab.¹⁷² An die Stelle der »Rückwege zur materialen Gerechtigkeit«¹⁷³ trat eine bloße »Suche nach der Gerechtigkeit«¹⁷⁴ und deutlicher damit der Appell an das bloße Berufsethos des Juristen.¹⁷⁵ Mit der wachsenden Skepsis verlor schon bei Wieacker der Antipositivismus ein Gutteil seiner didaktisch wirksamen Evidenz. Heute gilt: Die ganze Antithetik »Positivismus = schlecht« vs. »Antipositivismus = gut« taugt heute nicht mehr zur »Rechtserfahrung«, die Wieacker 1963 in hermeneutischer Per-

170 Zum darin steckenden methodischen Problem vgl. *Maximilian Herberger*, Zum Methodenproblem der Methodengeschichte: Einige Grundsatzreflexionen, in: Jan Schröder (Hrsg.), *Entwicklung der Methodenlehre in Rechtswissenschaft und Philosophie vom 16. bis zum 18. Jahrhundert*, 1996, S. 207 ff.

171 Kennzeichnend für den Richtungswechsel die Differenz zwischen *Franz Wieacker*, Der gegenwärtige Stand der Disziplin der Neueren Privatrechtsgeschichte, in: *Eranion für Maridakis*, Bd. I, 1963, S. 339-366, wiederabgedruckt in: Dieter Simon (Hrsg.), *Franz Wieacker, Ausgewählte Schriften*, Bd. I: *Methodik der Rechtsgeschichte*, 1982, S. 74: »Damit ist aber die Reflexion auf einen, die bloße Tatsachenermittlung übergreifenden Entwicklungszusammenhang zur methodischen Forderung erhoben« und *Franz Wieacker*, Notizen zur rechtshistorischen Hermeneutik, ebenfalls 1963, hier nach Wiederabdruck in: Dieter Simon (Hrsg.), *Ausgewählte Schriften*, Bd. I, S. 84 ff., 87: »Für den Rechtshistoriker jedenfalls gibt es kein Zurück hinter einen illusionslosen »Neopositivismus« mit Fn. 4: »Etwas anders noch in: Der gegenwärtige Stand«; vgl. hierzu *Gagnér* (Anm. 23), Vorwort.

172 *Simon* (Anm. 14), RJ 13 (1994), S. 23 f. mit Quellen.

173 *Wieacker*, *Privatrechtsgeschichte*, 1. Aufl. (Anm. 10), Überschrift zu § 30, S. 348 ff.

174 *Wieacker*, *Privatrechtsgeschichte*, 2. Aufl. (Anm. 10), Überschrift zu § 30, S. 586 ff.

175 Diesen durchaus auch in der ersten Auflage vorhandenen Aspekt betont *Rückert* (Anm. 25), *Quaderni Fiorentini* 24 (1995), S. 549 ff.

spektive als Grundvoraussetzung für die Wahl eines Ordnungsbegriffs ansah.¹⁷⁶

(2) Immer wieder hat sich insbesondere der Begriff des rechtswissenschaftlichen Positivismus zudem als grobes Zerrbild erwiesen. Die antipositivistische Formulierung des Positivismus-Begriffs hat zu einer zugespitzten Formulierung des Positivismus geführt. »Nur«, »rein«, »ausschließlich« sind Beschreibungskategorien, die nur auf radikale, ungewöhnlich konsequente, einseitig methodisch oder erkenntnistheoretisch argumentierende Juristen passen. Es ist kein Zufall, dass man solche Juristen in der Pandektistik nicht gefunden hat. Die Zahl der Juristen, denen man ein solches Denken nicht nachweisen konnte, ist lang, allen voran Windscheid¹⁷⁷, der junge Jhering¹⁷⁸ oder Puchta¹⁷⁹. Diese Juristen waren keine reinen Rechtstheoretiker, sondern primär Rechtsdogmatiker und als solche gegen die Durchführbarkeit überspitzter Methodenprogramme gefeit. Auch wenn der Begriff des rechtswissenschaftlichen Positivismus Tendenzen aufnahm, über die Konsens herrschte, so stand doch seine zugespitzte Formulierung einem Verständnis der pandektistischen Methoden im Weg.

(3) Als Zugangshindernis erweist sich der Wertbezug des Positivismusbegriffs. Es herrscht wohl Einigkeit darüber, dass die Zivilrechtswissenschaft zwischen 1848 und 1900 nur in Ausnahmefällen offen material argumentierte. Nimmt man dies als ausschließliches Kriterium, so geraten im Dunkel des rechtswissenschaftlichen Positivismus die eigentlichen Themen der Pandektisten aus dem Blick und alle Katzen werden grau. Als solche Themen nenne ich etwa die subtilen Feinheiten der Rechtsquellenlehre und Auslegungslehre sowie die bis in Fragen der Beweislast hineingetragenen konkret-dogmatischen Gerechtigkeitsentscheidungen.¹⁸⁰

176 *Wieacker*, Notizen (Anm. 171), in: Dieter Simon (Hrsg.), *Ausgewählte Schriften*, Bd. 1, S. 88.

177 *Falk* (Anm. 16); *ders.*, Das letzte Wort der deutschen Rechtswissenschaft, Zur Rechtslehre Bernhard Windscheids, in: Heinz Mohnhaupt (Hrsg.), *Rechtsgeschichte in den beiden deutschen Staaten (1988-1990)*, 1991, S. 188 ff.

178 *Joachim Rückert*, Der Geist des Rechts in Jherings »Geist« und Jherings »Zweck«, Teil 1, Rg 5 (2004), S. 133 ff.

179 *Haferkamp* (Anm. 16).

180 Mustergültig in dieser Perspektive *Maximiliane Kriechbaum*, *Dogmatik und Rechtsgeschichte bei Ernst Immanuel Bekker*, 1984; *Falk* (Anm. 16); nicht

Zugangsprobleme schuf auch die Behauptung einer Genese von Christian Wolff her. Bis heute hat man keinen Pandektisten gefunden, der behauptet hat, es sei möglich, durch bloße Deduktion aus einem obersten Begriff geltendes Recht zu produzieren. Recht wurde durchweg von der Rechtsquellenlehre her gedacht, also von unten. Das »Recht der Wissenschaft«, das sowieso von fast niemandem als Rechtsquelle anerkannt wurde,¹⁸¹ lehnte sich methodisch an die alte Analogie an,¹⁸² war also keineswegs deduktive Folgerung aus dem Rechtsbegriff, der vielmehr nur die Aufgabe hatte, den privatautonomen Freiheitsraum abzuschirmen.¹⁸³ Das Bild von Christian Wolffs Begriffspyramide lässt sich weder mit Puchtas Genealogie der Begriffe¹⁸⁴ noch mit Jherings naturhistorischem Verfahren¹⁸⁵ in Einklang bringen. Das vermeintliche Vorbild blockiert den Blick auf ganz andere Probleme, Kontexte und Perspektiven der Pandektisten.

Man muss also vielleicht gar nicht die grundsätzlichen Fragen thematisieren, ob es, wie Wieacker 1963 meinte, hinter einen »illusionlosen

immer hinreichend genau *Thomas Henkel*, *Begriffsjurisprudenz und Billigkeit*, 2004.

- 181 Auswertung bei *Regina Ogorek*, *Richterkönig oder Subsumtionsautomat?*, *Zur Justiztheorie im 19. Jahrhundert*, 1986, S. 211 ff. Puchta ist hier unrichtig verortet. 1828, im ersten Band des »Gewohnheitsrechts«, machte er Juristenrecht zur Rechtsquelle, aber nur unter der Voraussetzung, dass die im Volksgeist versteckten »praktischen Bedürfnisse« von der Konstruktion mit befriedigt würden. Wissenschaftliche »Wahrheit« genügt nicht. Später, im zweiten Band des »Gewohnheitsrechts« 1837, verlor das nun so genannte Recht der Wissenschaft den Rechtsquellencharakter, vgl. hierzu *Haferkamp* (Anm. 16), S. 218 ff., 371 ff.
- 182 Die Analogie veränderte sich seit Beginn des 19. Jahrhunderts vom direkten Ähnlichkeitsschluss zur Orientierung an einem höheren »Prinzip« als tertium comparationis, vgl. *Jan Schröder*, *Zur Analogie in der juristischen Methodenlehre der frühen Neuzeit*, *ZRG GA* 114 (1997), S. 35 ff.; *Haferkamp* (Anm. 16), S. 222 ff.
- 183 Vgl. *Hans-Peter Haferkamp*, *Die Bedeutung der Willensfreiheit für die Historische Rechtsschule*, in: *Ernst-Joachim Lampe / Michael Pauen / Gerhard Roth* (Hrsg.), *Willensfreiheit und rechtliche Ordnung*, 2008, S. 196; *ders.*, *The Science of Private Law and the State in Nineteenth Century Germany*, in: *Nils Jansen / Ralf Michaels* (Hrsg.), *Beyond the State, Rethinking Private Law*, 2008, S. 246 ff.
- 184 Vgl. *Haferkamp* (Anm. 16), S. 444 f.
- 185 *Rückert* (Anm. 178), *Rg* 5 (2004), S. 133 ff.

»Neopositivismus«¹⁸⁶ des Historikers kein Zurück gibt und inwieweit hochabstrakte Leitbegriffe überhaupt ein sinnvolles Instrumentarium des Historikers sind. Man kann eher pragmatisch antworten. Die frühere Stärke des Positivismusbegriffs, seine Fähigkeit zur fachübergreifenden Bildung emotionaler Allianzen, ist verblasst. Was bleibt, ist ein philosophisch höchst unterschiedlich ausbuchstabierter, unscharfer Ordnungsbegriff, der beständig die Gefahr von Missverständnissen mit sich bringt und zu steten Begriffsdebatten nötigt. Der heuristische Wert eines solchen Ordnungsbegriffs ist gering.

Beim sog. rechtswissenschaftlichen Positivismus, als einer seiner Spielarten, spricht noch mehr für eine Verabschiedung. Die von Wieacker 1963 romantisierend und legitimierend herangezogene »produktive Quellenarmut«¹⁸⁷ kann eine Weiterverwendung dieses so schön handlichen Epochenbegriffs heute nicht mehr tragen. Inzwischen liegt eine Reihe von Einzeluntersuchungen vor, die durchweg zeigen, dass es diese Art juristischen Denkens, so zugespitzt, nie gegeben hat. Es zeigen sich ganz neue Perspektiven auf diese rechtswissenschaftliche Epoche, die unter der abkürzenden Argumentation über »rechtswissenschaftlichen Positivismus« verschüttet wurden. Hier müssen neue Wege der Forschung ansetzen.

Franz Wieacker, dessen wir hier gedenken, meinte 1963, der Forscher müsse stets bereit sein, »den Schlüssel, der sich als nicht passend erwies, aus der Hand zu legen«.¹⁸⁸ Wir müssen in diesem Sinne nach anderen Schlüsseln suchen.

186 *Wieacker*, Notizen (Anm. 171), in: Dieter Simon (Hrsg.), *Ausgewählte Schriften*, Bd. I, S. 87.

187 *Wieacker*, *Der gegenwärtige Stand* (Anm. 171), in: Dieter Simon (Hrsg.), *Ausgewählte Schriften*, Bd. I, S. 352.

188 *Wieacker*, Notizen (Anm. 171), in: Dieter Simon (Hrsg.), *Ausgewählte Schriften*, Bd. I, S. 94.