

- 1 Bde. 1–2 bei Maurer, Berlin 1824 und 1825; Bde. 3–4 bei Cotta, Stuttgart, Tübingen 1829 und 1835. Im Folgenden steht die Abkürzung »ER« für Das Erbrecht in weltgeschichtlicher Entwicklung. Die römische Ziffer verweist auf den Band, die arabische auf die Seite.
- 2 Vgl. HANS-GEORG REISSNER, Eduard Gans. Ein Leben im Vormärz, Tübingen 1965, 14–21, 108 f., 113, 117, 123.
- 3 Einige seiner Vorlesungen wurden von 837, 905, vielleicht sogar von 1500 Hörern besucht: Angaben bei SAINT-MARC GIRARDIN, Erinnerungen an Eduard Gans, in: Zeitung für die elegante Welt, Nr. 14–16, 20–23, Jan. 1840, 55, und (anhand Archivalien) bei MAX LENZ, Geschichte der Königlichen Friedrich-Wilhelm-Universität zu Berlin, Halle 1910, Bd. 2, 496 (betreffend die WS 31/32, 32/33).
- 4 Vgl. z. B.: HEINRICH ROBERT STOECKHARDT, Juristische Propeädeutik oder Vorschule der Rechtswissenschaft, zum Behuf academischer Vorlesungen, insbesondere für die Kaiserliche Rechtsschule zu St. Petersburg, St. Petersburg 1838, 362 Anm. 2, 368 Anm. 3, 371 Anm. 1; CORNELIUS ANNE DEN TEX, Encyclopaedia Jurisprudentiae, Amstelodami 1839, § 38 Anm. 4, § 39 Anm. 4, § 45 Anm. 2, § 295 Anm. 1, § 296 nebst Anm. 1, 2, 4, 5, § 302 Anm. 2, § 312 Anm. 6, § 324 Anm. 2 (Gans wird aber *nie* über das römische Recht erwähnt); HEINRICH AHRENS, Juristische Enzyklopädie, Wien 1855, 182 f. (allgemeine Beurteilung des ER), 198 Anm. 1, 201 Anm. 2, 205 Anm. 2, 211 Anm. 2, 212 Anm. 1, 214 Anm. 1, 216 Anm. 1, 217 Anm. 1, 225 Anm. 1, 226 Anm. 1, 228 Anm. 2, 231 Anm. 1, 232 Anm. 1, 249 Anm. 6, 250 Anm. 3, 275 und Anm. 3 (Zustimmung zu Gans' Interpretation der älteren römischen Testamente *calatis comitiis* und in *procinctu* und zu seiner Dreiteilung der römischen Rechtsgeschichte), 296 Anm. 1: prinzipielle Aufnahme, gegen Savigny, von Gans' Erklärung der »isolierten Trefflichkeit« des Privatrechts in der Spätgeschichte Roms), 332 Anm. 1, 365 Anm. 1.

Das Erbrecht in weltgeschichtlicher Entwicklung (1824–1835) von Eduard Gans

Das erste Zeugnis vom Einfluss Hegels auf die Privatrechtsgeschichtsschreibung

I. Einführung

Das Erbrecht in weltgeschichtlicher Entwicklung, Eduard Gans' wichtigstes und anspruchsvollstes Werk, erschien in vier Bänden zwischen 1824 und 1835.¹ Es enthält insgesamt etwa 2125 Seiten. Bekanntlich war Gans nicht nur der unerbittliche Gegner Savignys an der Berliner Universität, wo er, aus einer prominenten jüdischen Bankiersfamilie stammend, erst nach der Taufe und dem Übertritt zum Christentum eine Professur erlangen konnte.² Er war auch ein sehr begabter Redner und in den dreißiger Jahren einer der populärsten Lehrer der Berliner Studenten, vor allem weil er Vorlesungen auch über bedenkliche und Argwohn weckende Fragen hielt, zum Beispiel über die Französische Revolution oder die politische Lage in Europa nach dem Wiener Kongress.³ Demgegenüber war der Erfolg seines *Erbrechts* geringer, aber dennoch nicht zu unterschätzen. In vielen Nachschlagewerken des 19. Jahrhunderts, vor allem in juristischen Enzyklopädien, wurden dieses Werk und seine Originalität regelmäßig erwähnt.⁴ Einige Teile desselben wurden außerhalb des deutschsprachigen Raums durch einige partielle Übersetzungen verbreitet, namentlich eine französische (1846)⁵ und zwei italienische (1851, 1853).⁶

Ernst Landsberg war sich der Wichtigkeit dieses Werks bewusst, wie man den sechs Seiten, die er ihm in seiner *Geschichte der deutschen Rechtswissenschaft* widmete, entnehmen kann. Hier liest man die folgende, verbindlich wirkende Einschätzung: »Gans gelangt dazu, an der Hand der Hegelschen Philosophie die Schwäche des Historischen Schulprogramms aufzudecken und gleichzeitig sich selbst ein neues, großartiges und selbständiges Arbeitsprogramm zu entwerfen.«⁷ In der späteren Literatur hingegen scheint Landsbergs Urteil in totale Vergessenheit geraten zu sein. Oder genauer: Während die kritische Seite von Gans' wissenschaftlichem Programm, d. h. seine Polemik gegen die historische Schule, wieder-

5 EDUARD GANS, Histoire du droit de succession en France au Moyen-Age, éd. par LEON DE LOMÉNIE, précédée d'une Notice sur la vie et les ouvrages de M. Gans par SAINT-MARC GIRARDIN, Paris 1846. Es handelt sich um die Übersetzung des ersten Kapitels des 4. Bandes (= 3. Kapitels von Das Erbrecht des Mittelalters).

6 EDUARD GANS, Dello svolgimento del dritto di successione nella sto-

ria romana, tradotto dall'orig. tedesco e annotato da ANTONIO TURCHIARULO, Napoli 1851 (vollständige, mit Anmerkungen versehene Übersetzung des 2. Bandes); EDUARD GANS, Il dritto di successione nella storia italiana. Notizie storiche tratte dall'opera di E. Gans »Sullo svolgimento del dritto di successione nella storia dell'umanità«, a cura di ANTONIO TURCHIARULO, Napoli 1853

holt untersucht wurde, ist die *pars construens* seines Werks bislang vernachlässigt worden. Auch bei Landsberg erhält man dazu nur unzureichende Hinweise. Das Ziel der folgenden Betrachtung ist es, die nötigen Bedingungen zu schaffen, um diese Lücke zu füllen.⁸

II. Eine Hypothese über die Abfassungsgeschichte des Erbrechts

In der Fassung dieses Werks und seiner äußeren Gestalt fallen zwei Merkwürdigkeiten ins Auge. Erstens: Das *Erbrecht* ist unvollendet geblieben. In der Vorrede zum vierten Band kündigt Gans zwei weitere Bände an, von denen der erste »Deutschland und die slawischen Völker im Mittelalter« behandeln und der zweite »die mittelalterlichen Einzelheiten« endlich verlassen und »freier in der Luft allgemeiner Ansichten atmen« sollte.⁹ Wie man sieht, war sich Gans selbst nicht wirklich im Klaren, wie sein Unternehmen zu Ende kommen sollte. Darüber hinaus verspricht er, die geplanten letzten zwei Bände »sollen diesem [vierten] auf dem Fuße folgen«.¹⁰ Das war aber nicht der Fall: Der vierte Band war der letzte, der zur Veröffentlichung kam. Schuld daran war vor allem die prekäre gesundheitliche Verfassung des Autors, die sich gegen Mitte der dreißiger Jahre gravierend verschlimmerte: Gans starb am 5. Mai 1839 infolge eines Schlaganfalls.

Die zweite Besonderheit des *Erbrechts* liegt darin, dass der Verfasser seine Stellung zum Thema während der Abfassung geändert hat, und dies nicht nur ein, sondern zwei Mal. Man kann das ganze Unternehmen in drei Phasen unterteilen.

1. Während der *ersten* Phase bemühte sich Gans um die Sammlung, Interpretation und Darstellung von mehreren verschiedenartigen Rechtsquellen der Antike. Zu dieser ersten Phase gehören die Kapitel 1 bis 4 des ersten Abschnitts, die das indische, chinesische, mosaisch-talmudische und moslemitische Erbrecht erläutern. Hier gelang es Gans, die Grundstrukturen der familiären Verhältnisse und die Regeln der Erbfolge in den wichtigsten Kulturen der antiken Welt aufzuzeigen, ohne dass er insoweit eine »philosophische« Interpretation derselben anstrebte. Mit zahlreichen bibliographischen Hinweisen und sogar Zitaten auf Arabisch und Hebräisch wollte er überdies seine Gelehrsamkeit zur Schau stellen.¹¹ In der allgemeinen Vorrede bezeichnet Gans nun diesen

(Übersetzung des 2. Kapitels des 3. Bandes).

7 ERNST LANDSBERG, *Geschichte der deutschen Rechtswissenschaft*, 3. Abt., 2. Halbbd., Text, Berlin, München 1910, 357.

8 JOHANN BRAUN, *Eduard Gans (1797–1839). Ein homo politicus zwischen Hegel und Savigny*, in: *Deutsche Juristen jüdischer Herkunft*, hg. von HELMUT HEINRICHS u. a., München 1993, 45–

57 (53 f.), hat Gans' rechtskulturelle Intentionen im Erbrecht wiederentdeckt. NORBERT WASZEK, *L'histoire du droit selon Edouard Gans: une critique hégélienne de F. C. de Savigny*, in: *Recht zwischen Natur und Geschichte*, hg. von JEAN-FRANÇOIS KERVÉGAN u. HEINZ MOHNHAUPT Frankfurt a. M. 1997, 257–280, ist eine zustimmende Darstellung von Gans' Kritik der historischen

Schule. NORBERT WASZEK, *Gans' Erbrecht als rechtshistorische Anwendung der hegelschen Geschichtsphilosophie und im Kontext des rechtswissenschaftlichen Methodenstreits seiner Zeit*, in: *Hegels Vorlesungen über die Philosophie der Weltgeschichte*, hg. von ELISABETH WEISSER-LOHMANN u. D. KÖHLER, Bonn 1998, 185–203, ermittelt einige allgemeine Konkordanz zwischen Gans, Thibaut und A. Feuerbach, ohne sich auf eine methodologische Analyse des Erbrechts einzulassen. Die Frage, *wie* Gans sein rechtshistorisches Programm konkret durchführen wollte, ist bislang unberücksichtigt geblieben. Auch in den von REINHARD BLÄNKNER, GERHARD GÖHLER und NORBERT WASZEK unter dem Titel: *Eduard Gans (1797–1839). Politischer Professor zwischen Restauration und Vormärz* (Leipzig 2002) gesammelten Aufsätzen wird diese Frage nicht behandelt.

9 ER IV, Vorrede, IX f.

10 Ebenda, XIV.

11 Vgl. REISSNER, *Eduard Gans* (Fn. 2) 104–106.

ersten Teil als »äußerliche Bearbeitung und Darstellung« des Stoffs.¹² Das ist sicher auffallend, denn aus dem Munde jedes Hegelianers würde ein solcher Ausdruck einer Selbstverurteilung gleichkommen: Lehrte doch Hegel, dass keine wissenschaftliche Tätigkeit bei einer äußeren Bezeichnung ihres Gegenstandes Halt machen darf, sondern dass sie stets zum »Begriff« gelangen muss. Um seine Art der Quellenbehandlung, die sich evident den Ansprüchen der Philosophie entzog, zu rechtfertigen, behauptete Gans, dass bei den vorrömischen Rechten »der Stoff selbst das noch Unbekannte, oder Ungesicherte war«.¹³ Der Eindruck liegt aber nahe, dass in diesen ersten vier Kapiteln ein Text vorgelegt wurde, der sich Hegelianischen Prämissen nicht fügt.

Diese Vermutung wird im folgenden Text bestätigt. Am Anfang des 5. Kapitels, das den hegelianisierenden Titel »Begriff des Orientalischen Erbrechts« trägt, stößt der Leser auf eine ebenso überraschende wie erbarmungslose Selbstkritik:

»In den vorangegangenen Darstellungen von vier Orientalischen Hauptgesetzgebungen über Erbrecht, war es die Aufgabe, dieselben bloß ihrer Breite nach vorzuführen, und wie sie sich in einem Aggregate von Bestimmungen sichtbar machen. Dass dieses weder eine wissenschaftliche Behandlung der Sache sey, noch dass es bei dieser Seichtigkeit sein Bewenden haben könne, wird wohl keiner in Abrede stellen.«¹⁴

Die Stelle wurde von späteren Exegeten des Werks in der Regel übersehen; manchmal hat man sie auch missverstanden. Die »Seichtigkeit« der ersten Kapitel wird hier, wie schon in der Vorrede, damit gerechtfertigt, dass es nur um eine erste Einführung in eine bisher unerforschte Rechtsmaterie gehe. Überzeugend ist diese Erklärung nicht. Auch wenn Gans den Leser überzeugen will, er sei einem Plan gefolgt, ist es doch schwer zu glauben, dass er in der Tat beabsichtigte, die Kapitel 1–4 als bloße »Aggregate von Bestimmungen« und auf eine unwissenschaftliche Weise zu verfassen. Diese Selbsteinschätzung gehört offensichtlich einer späteren Stufe seines Unternehmens an.

In den ersten vier Kapiteln überwiegt also die beschreibende Vorgehensweise deutlich gegenüber dem Versuch, eine begriffliche Definition der jeweiligen geschichtlichen Phasen zu formulieren. Es fehlt zudem jede Spur einer Anordnung des Stoffes unter einer allgemeinen Prämisse oder Formel, und keinerlei Erklärung wird angeboten, aus welchem Grund von einer Phase zur nächsten zu schreiten sei. Stattdessen ist Gans bestrebt, die sittlichen Grundan-

¹² ER I, Vorrede, XXXVII.

¹³ Ebenda.

¹⁴ ER I, 234.

schauungen jedes Volkes aufzuspüren und anschaulich zu machen. Dadurch begibt er sich auf den Weg, der von Montesquieu *Esprit des lois* (1749) eröffnet worden war.¹⁵ Unmittelbar aus dem Vorbild Montesquieus leitet Gans in der Tat die beiden Hauptrichtungen seiner Methode in den Kapiteln 1–4 ab: einerseits die inhaltliche Erweiterung der rechtshistorischen Forschung, die auch Gesetzgebungen umfasst, die keinen direkten Einfluss auf die europäische Rechtsgeschichte gehabt hatten; andererseits die Einbeziehung von außerrechtlichen Prinzipien, die der Verfassung eines jeden Volkes zugrunde liegen und dann dessen positive Rechtsregeln entspringen lassen. So ist z. B. das erste Kapitel dem indischen Erbrecht gewidmet und enthält eine Aufstellung aller wichtigen Institute und Gebräuche, die bei den Hindus die Erbfolge regelten. Der Sinn bzw. der Geist dieser Verordnungen, die eine Erbfolge nach der dritten Generation verbieten, findet Gans darin, dass in Indien, wo »die Familie, das Vermögen, und die gemeinschaftlichen *sacra* ein unzertrennliches Ganzes bilden«, das Totenopfer nur dem Vater, dem Groß- und dem Urgroßvater geleistet wird.¹⁶

Damit bewegt sich Gans in der Bahn einer kausal-pragmatischen Methode, die zu seiner Zeit für viele Historiker den Weg zur Wissenschaftlichkeit im eigenen Gebiet zu eröffnen versprach.¹⁷ Und es war wohl dieser Ansatzpunkt, der Anselm Feuerbach, der sich ebenfalls gern als Nachfolger Montesquieus darstellte, dazu führte, dem Unternehmen von Gans seinen Beifall zu spenden: »Hr. Prof. Gans zu Berlin hat des Verf. Ansicht glücklich aufgefaßt; was dem Letztern nicht vergönnt war, wird wahrscheinlich Jenem, unter günstigeren Verhältnissen, beschieden sein.«¹⁸ In der Tat hatte Feuerbach schon früher die vergleichende Methode für die Rechtswissenschaft empfohlen und teilweise selbst, obwohl nur skizzenhaft, ausgeübt – was ihm das Lob von Gans einbrachte.¹⁹

Aus dem bisher Gesagten folgt, dass Gans, als er mit der Abfassung seines Werks begann, noch nicht unter dem Einfluss von Hegels Geschichtsphilosophie stand. Das *Erbrecht* steht nicht »ganz im Banne des Hegelschen geschichtlichen Schemas«, wie Landsberg und nachher andere Interpreten behauptet haben.²⁰ Das wird außerdem von Gans selbst in einer seiner Vorlesungen bezeugt: »Was meine Beziehung zu Hegel anbetrifft, so habe ich schon vor der ersten Vorlesung mein *Erbrecht* angefangen, und habe daher eigene Vorlesungen darüber gemacht.«²¹ Dieses Zeug-

15 Eindeutig in diesem Sinn ER I, Vorrede, XVIII f. (nebst Kritik an Gustav Hugo), XXXVIII; ER I, Einleitung, 2.

16 ER I, 86 f.

17 In einer Skizze für seine Selbstbiographie aus dem Jahr 1834 erklärte Gans sein Unternehmen als Fortsetzung des Werks von Montesquieu: Hallische Jahrbücher 3 (1840) Sp. 902. Dasselbe ergibt sich aus dem Zeugnis eines seiner

französischen Freunde: EUGÈNE LERMINIER, *Au-delà du Rhin*, 2 Bde., Paris 1836, Bd. 2, 23.

18 Siehe P. J. A. FEUERBACH, Vorrede zu C. A. D. UNTERHOLZNER, *Juristische Abhandlungen*, München 1810, dann unter dem Titel *Blick auf die deutsche Rechtswissenschaft*, in: DERS., *Kleine Schriften vermischten Inhalts*, Nürnberg 1833, 164 f., Anmerkung. Diese

Anmerkung ist »1832« datiert, d. h. kurz vor Feuerbachs Tod.

19 ER I, Vorrede, XIX. Feuerbach sammelte jahrelang Materialien und Urkunden aus verschiedenen Rechtsordnungen, mit der Absicht, sie als Grundlage für rechtsgeschichtliche Untersuchungen auszubeuten. Mangel an Zeit, und vielleicht auch an einem einheitlichen Plan, hinderte ihn, dieses Vorhaben durchzuführen. Ein Beleg seiner Ergebnisse ist: Versuch einer Criminaljurisprudenz des Koran, in: *Bibliothek für die peinliche Rechtswissenschaft und Gesetzkunde*, Bd. 2 (1800), 163–192.

20 E. LANDSBERG, *Geschichte* (Fn. 7) III. 2, Text, 361. Vgl. auch JOHANN BRAUN, *Eduard Gans und die Wissenschaft der Gesetzgebung* (1982), in: DERS., *Judentum, Jurisprudenz und Philosophie*, Baden-Baden 1997, 133, Anm. 54: »So wie es vorliegt, trägt dieses Werk aber ganz das Gepräge Hegels.«

21 So eine Stelle seiner Vorlesung über die Philosophie der Geschichte aus dem Wintersemester 1832/33, laut der Nachschrift des jüngeren Sohns Hegels, Immanuel (S. 24). Herr Prof. Dr. Johann Braun (Passau) verdanke ich den Zugang zu dieser Quelle (im Besitz des Juristischen Seminars der Univ. Heidelberg).

nis ist glaubwürdig. Die Vorrede zum *Erbrecht* trägt das Datum »23. März 1823«. Um eine Abhängigkeit der Kapitel 1–4 von Hegel vermuten zu können, müsste man nicht nur annehmen, dass Gans diesen Teil sehr rasch verfasste, genauer zwischen dem Beginn der Vorlesung Hegels über die Philosophie der Geschichte, d. h. dem 31. Oktober 1822,²² und jenem *terminus ante quem*. Man sollte vor allem im Text bestimmte Konkordanz mit Hegels Vorlesungen finden können, was jedoch nicht der Fall ist. Es kommt hinzu, dass Gans zwar wahrscheinlich den letzten Abschnitt der *Grundlinien* gelesen hatte, aber die dortige Bestimmung des »orientalischen Reichs« (§ 355) erklärt nur den allgemeinen Charakter desselben, d. h. die Verschmelzung des religiösen mit dem politischen Leben, ohne weitere Ausführungen oder Unterteilungen anzubieten.²³

2. Dass der Übergang von den ersten vier zum fünften Kapitel keine vorgeplante Entwicklung, sondern eine Revision der ursprünglichen Fragestellung war, wurde von Gans selbst verborgen. Nach den soeben zitierten Zeilen beauftragt er die »Wissenschaft« mit einer philosophischen Reinterpretation des Stoffes, dank derer »jedes dieser Rechte die Äußerlichkeit seiner Erscheinung abtut und inwendig wird«, so dass das positive Recht sich »zu einem Naturrecht« umwandeln kann.²⁴ Die Absicht dieser Zeilen ist klar: Von der Unzulänglichkeit der ersten Teile überzeugt, versuchte Gans nun, sie in eine neue Perspektive einzuordnen und dadurch seine früheren Bemühungen zu retten. Die hier erwähnte Umwandlung des positiven Rechts in ein Naturrecht findet dann allerdings nur innerhalb des wissenschaftlichen Anliegens des Verfassers statt. Sie ist keine Beschreibung des Laufs der Geschichte.²⁵

Verweilen wir einen Moment am Anfang des 5. Kapitels. Die neue Aufgabe des *Erbrechts* wird folgendermaßen bestimmt:

»Der Wissenschaft liegt es vielmehr ob, das, was in diesen vier Gesetzgebungen als disparate Bestimmung und absolut selbstständige Satzung erschien, aus dieser Selbstständigkeit in die Abhängigkeit eines Moments zu verkehren, und was als die Zufälligkeit gesetzgebender Willkür auftrat, als das notwendige Müssen der Vernunft in dieser Stufe ihrer Entwicklung aufzuzeigen.«²⁶

Das Lexikon und die Denkweise Hegels sind hier endlich am Werk. Der Vorgang der Geschichtserkenntnis wird als ein Übergang vom Schein zur Wirklichkeit gefasst. Was am Anfang der Geschichtserkenntnis als absolute Individualität des Gegenstands,

22 Das Datum wird in der Hoffmeister-Ausgabe der Vorlesungen über die Philosophie der Weltgeschichte, Hamburg 1955, Bd. 1, 3 angegeben.

23 Darüber hinaus kommt im *Erbrecht* die Chinesische Welt vor der Indischen, die Griechische vor der Arabischen, während bei Hegels Vorlesungen sich die umgekehrte Ordnung findet. Es fehlt bei Gans eine Darstellung der Persischen Welt, die dagegen für Hegel das Verbindungselement zwischen Indien und Griechenland gewesen war und die später auf diese Weise auch von Gans vorgestellt wurde (Vorlesungen über die Philosophie der Geschichte, WS 1832/33, Nachschrift Immanuel Hegel, 57–65). Auch seine Betrachtung des

mosaisch-talmudischen *Erbrechts* gewann Gans nicht aus Hegels Kolleg. Hier lag ein persönliches Interesse: Von einem Referat »Über das mosaisch-talmudische *Erbrecht*« ist schon in Gans' Drittem Bericht im Verein für Cultur und Wissenschaft der Juden (4. Mai 1823), Hamburg 1823, 3–19, die Rede, wieder abgedr. in Eduard Gans (1797–1839): Hegelianer – Jude – Europäer,

hg. von NORBERT WASZEK, Frankfurt a. M. et al. 1991, 83. Für weitere Belege der Unabhängigkeit der Kap. 1–4 von Hegel verweise ich auf mein Buch: CORRADO BERTANI, Eduard Gans e la cultura del suo tempo, Neapel 2004, 260, Anm. 73.

24 ER I, 234.

25 So aber WASZEK, Gans' *Erbrecht* (Fn. 8) 201.

26 ER I, 234.

z. B. der erbrechtlichen Bestimmungen einer Kultur, auftritt, erweist sich als unzureichend und potentiell illusorisch. Kein Stück der Rechtsgeschichte kann aus sich selbst begriffen werden; es erhält erst aus seinem Verhältnis zu allen anderen Momenten seine hinreichende Erläuterung.

Diesem neuen philosophischen Bewusstsein entsprechend, stellt Gans vom fünften Kapitel des ersten Abschnitts bis zum Ende des zweiten (und zugleich des zweiten Bandes) die beschreibende und kausal-erklärende Betrachtung ein. Die Aufgabe, die der Verfasser sich am Anfang des 5. Kapitels selbst stellt, spaltet das Werk in einen vorhegelianischen und einen rein hegelianischen Teil. Gans war inzwischen Hegelianer geworden. Wie er selbst am Ende der allgemeinen Vorrede feststellt, verdankt er es seinem neuen Meister, dass die Versöhnung »zwischen meinem abstrakten Denken und meiner Wissenschaft« und dadurch »die Berichtigung für meine positive Wissenschaft«²⁷ gelungen sei. Gans hat sich dann bemüht, sein ganzes Werk in ein spekulatives Licht zu setzen. Damit beabsichtigte er, *a posteriori* eine Rechtfertigung der ersten vier Kapitel zu liefern, sie in die neue Fassung seines rechtsgeschichtlichen Projekts zu integrieren und ihnen eine grundsätzliche Revision zu ersparen.

Die *zweite*, strikt »hegelianische« Abfassungsphase des *Erbrechts* schließt die allgemeine Vorrede, die allgemeine Einleitung, die Einleitung zum ersten Abschnitt, das fünfte und sechste Kapitel des ersten Bandes²⁸ sowie den ganzen zweiten Band ein.

Gans' Wende zum Hegelianismus ist in etwa datierbar. Sie soll zwischen Ende 1821 und April 1822 stattgefunden haben. Gans war damals Präsident des »Vereins für Cultur und Wissenschaft der Juden«.²⁹ Vergleicht man die »Rede bei der Wiedereröffnung der Sitzungen des Vereins«, gehalten am 28. Oktober 1821, mit dem *Halbjährigen Bericht*, am 28. April 1822 daselbst abgestattet, so sieht man, dass 1821 die Stellung der Juden in Europa durch die »göttliche Bestimmung« und die »gehoffte Perfektibilität des Menschengeschlechts«, 1822 hingegen durch die »Angabe des weltgeschichtlichen Standpunkts« und durch die »Idee«, die »sich selbst ihre gegnerische setzt und erfindet«,³⁰ charakterisiert wird. Gans verließ damit die organizistischen Kategorien der Spätaufklärung und machte sich die Hegel'sche Auffassung der Geschichte zu Eigen. Der Grund dafür war weltanschaulicher Art. Er lag in der Unzufriedenheit mit einem Paradigma des Geschichtsverständnis-

27 ER I, Vorrede, XXXIX.

28 Kap. 5: Begriff des Orientalischen Erbrechts; Kap. 6: Attisches Erbrecht. Im 6. Kapitel kehrt die Zweiteilung in einen positiv-erläuternden Teil (289–404) und in den »Begriff des Attischen Erbrechts« (404 ff.) wieder. In diesem Fall scheint aber die Textverfassung einheitlicher. Geschichtsphilosophische Bemerkungen und Kom-

mentare tauchen auch mitten in der positiven Darstellung auf.

29 Diese Anstalt, im Jahr 1819 gegründet, förderte die Erforschung der jüdischen Sprache und Kultur und bezweckte eine bessere Ausbildung und die bürgerliche Integration der deutschen Juden. Vgl. REISSNER, Eduard Gans (Fn. 2) 28–35, 59–83; JOHANN BRAUN, Eduard Gans und der Verein für Kultur und Wissenschaft der Ju-

den, in: DERS., Judentum, Jurisprudenz und Philosophie (Fn. 20) 9–45.

30 E. GANS, Rede bei der Wiedereröffnung der Sitzungen des Vereins, Hamburg 1822, 5–16, wieder abgedr. in: Eduard Gans (1797–1839) (Fn. 8) 55 ff.; DERS., Halbjähriger Bericht im Verein für Cultur und Wissenschaft der Juden, ebenda, 62 ff. Die zitierten Stellen befinden sich auf S. 57, 63 und 64.

ses, das sich an der Naturerkenntnis geformt hatte, den Lauf der Geschichte als einen organischen, von einer transzendenten Intelligenz geleiteten Vorgang begriff und dann wenig Raum für die selbstschöpfende Freiheit des Geistes zu bewahren schien.³¹

Für die Abfassung des *Erbrechts* ist diese zeitliche Abgrenzung sehr wichtig. Sie zeigt, dass die Kapitel 1–4 wahrscheinlich schon gegen Anfang 1822 fertig waren; die übrigen Kapitel des ersten Bandes sowie wahrscheinlich auch einige Stücke des zweiten müssen dagegen zwischen Anfang 1822 und März 1823 verfasst worden sein.³²

3. Damit sind wir nicht am Ende. Im dritten und vierten Band findet man – erneut – ein »Übergewicht der historischen und bloß darstellenden Seite über die philosophische Auffassung und Begründung«. ³³ Diese Tatsache wird zuerst mit einem objektiven Grund, d. h. mit den »unendlichen Besonderheiten« und »Partikularitäten« der mittelalterlichen Rechtsverfassungen, erklärt. Später aber, in der Vorrede zum vierten Band, kommt ein subjektiver Grund zu Tage, denn Gans gibt zu, er habe »die Strenge philosophischer Formeln verlassen« und sich »mehr einer allgemein verständlichen Charakteristik zugewandt«. ³⁴ Und dieses Bekenntnis scheint jetzt nicht nur mit der Eigenart des Stoffes in Zusammenhang zu stehen. Zu dieser Zeit war Gans tatsächlich unabhängiger von der spekulativen Begrifflichkeit geworden. Seine Absicht war immer noch, die Entwicklungen und Umwälzungen der Rechtsauffassungen in der Weltgeschichte zu verfolgen, aber er wollte auch freier von vorgegebenen rechts- und geschichtsphilosophischen Formeln vorgehen. Mit einem Wort: Die geschichtliche Denkweise obsiegte.³⁵

III. Die geschichtsphilosophischen Prämissen der Privatrechtsgeschichte

Wir schreiten nun zu jenem Teil des Werks, der eine philosophische bzw. spekulative Betrachtungsweise der Privatrechtsgeschichte am entschlossensten bezweckte: *Das römische Erbrecht*, das den ganzen zweiten Band einnimmt. Um die theoretischen Richtlinien des Werks zu erfassen, kann man noch heute mit Gewinn die einsichtsvolle Beschreibung verwenden, die von einem Kollegen von Gans, auch einem treuen Hegelianer, verfasst wurde.

31 Auf den theoretischen Kern dieser Kritik werden wir unten zurückkommen. Hegels Kritik des Begriffs der Perfektibilität als Verständnismittel der Geschichte findet man z. B. in seinen Vorlesungen über die Philosophie der

Geschichte, in: Werke in 20 Bänden, Bd. 12, Frankfurt a. M. 1970, 74 f.

32 Es soll nicht verschwiegen werden, dass Hegel, wie es scheint, die hier beschriebene Entwicklung nicht wahrnahm. In einem Brief vom 11. April 1824 fragte er schlicht den Historiker Karl Windischmann: »Haben Sie Dr. Gans' Schrift über die Geschichte des Erbrechts, 1r T[eil], nicht gesehen?

Er hat darin meine Vorlesungen über die Weltgeschichte zugrunde gelegt«: Briefe von und an Hegel, hg. von JOHANNES HOFFMEISTER, Bd. 3: 1823–1831, Hamburg 1954, 41.

33 ER III, Vorrede, VI.

34 ER IV, Vorrede, X.

35 Für eine erste, einsichtsvolle Einschätzung dieser letzten Phase immer noch REISSNER, Eduard Gans (Fn. 2) 122–124.

Im zweiten Band seiner *Geschichte der letzten Systeme der Philosophie in Deutschland von Kant bis Hegel* (1838) schreibt Karl Ludwig Michelet:

Gans »hat [...] in seiner Schrift *Das Erbrecht in weltgeschichtlicher Entwicklung* [...] zwar nur einen bestimmten Gegenstand des Rechts, den Begriff der Familie und der Erbschaft, zum Gegenstande sich gewählt. Aber das Panorama der Weltgeschichte hat er seiner Darstellung mitgegeben. Die Völker des Orients, der klassischen Welt und der christlichen Zeit werden nach der Aufgabe, die sie vom Weltgeist erhalten, geschildert, und jene spezielle Rechtsmaterie dann meisterhaft auf diesen Begriff bezogen und aus dem allgemeinen Standpunkt des Volkes abgeleitet.«³⁶

An dieser Stelle werden alle die Elemente angegeben, die der Rechtsgeschichtsschreibung auf der Grundlage der Hegel'schen Philosophie, so wie sie bei Gans zu finden sind, zugrunde liegen. Das erste Element betrifft die Reichweite der rechtshistorischen Forschung. Wie Gans exemplarisch gezeigt habe, so Michelet, könne diese Forschung sinnvoll nur vor dem Hintergrund der Weltgeschichte betrieben werden, selbst dann, wenn sie sich auf ein besonderes Rechtsinstitut richtet. Das heißt, die inhaltliche Beschränkung der rechtsdogmatischen Untersuchungen bringt nicht auch eine Beschränkung der geschichtlichen Perspektive mit sich. Weiterhin erklärt Michelet, wie eine solche Ausweitung des rechtsgeschichtlichen Gebiets methodologisch zu verstehen sei. Er unterscheidet hierbei zwei Schritte. Der erste besteht in der Bestimmung der »Aufgabe« eines jeden Volks in der Weltgeschichte. In einem zweiten Schritt gilt es, den so gewonnenen Begriff, bzw. den »allgemeine(n) Standpunkt des Volks«, als Leitfaden für die Interpretation und die Erarbeitung der jeweils ausgewählten Materie des Rechts auszunutzen.

Michelet bemerkt also *erstens*, dass Gans eine bestimmte Lehre des Privatrechts seiner geschichtlichen Betrachtung unterzieht, aber gleichzeitig seinem Gegenstand Familie und Erbschaft eine welt-historische Breite verliehen hat. Darüber hinaus habe er beabsichtigt, die Grenze des römisch-gemeinen Rechts zu überschreiten, um eine vollständige Darstellung der historischen Entfaltung dieser Rechtsinstitute zu gewinnen. Würde doch die Herleitung irgendeines Rechtsinstituts nur aus der römischen Rechtstradition bedeuten, die Rechtsgeschichte in den Dienst der Bearbeitung einer einzigen Quelle des positiven Rechts zu stellen (zudem einer Quelle, die unter vielen Rücksichten veraltet ist und unzeitgemäße

36 KARL LUDWIG MICHELET, *Geschichte der letzten Systeme der Philosophie in Deutschland von Kant bis Hegel*, 2 Bde., Berlin 1837/38 (ND Hildesheim 1967), Bd. 2, 667.

Vorstellungen bewahrt). Das würde dem Studium der Rechtsgeschichte seine Wissenschaftlichkeit rauben, weil das allgemeine Interesse an Wahrheit dem besonderen Interesse eines Fachs untergeordnet würde. Gans hatte die Relativierung der Rolle des römischen Rechts für die Rechtsgeschichte selbst angesprochen: »man könnte auch die Aufgabe so stellen«, heißt es in der Vorrede zum zweiten Band, »wie verhält sich das Römische Erbrecht zu anderem Erbrecht. Dieses Verhalten, diese Abhängigkeit ist es nun, welche die Substanz des Römischen Erbrechts ausmacht; [...] dagegen das Verfahren, den Römischen Stoff selbst als das Letzte zu betrachten, ihn zu gedankenloser Positivität herabsetzt und erniedrigt.«³⁷ Damit wird deutlich, dass Gans mit seinem *Erbrecht* beabsichtigte, durch die Anwendung der Geschichtsphilosophie Hegels auf das Gebiet der Rechtsgeschichte eine Alternative zum Programm der Historischen Schule, die dezidiert die Priorität der Römischen Rechtstradition betonte, zu liefern.

Michelet erklärt dann, *zweitens*, was unter dem Ausdruck »weltgeschichtliche Perspektive« zu verstehen sei. Gans ging davon aus, dass, um die Entwicklung des familiären Bündnisses und des Erbrechts zu beobachten, die wichtigsten Stufen der Geschichte mit einbezogen werden müssen. Eine solche Einbeziehung, so Michelet, könne sich aber nicht mit einer quellenmäßigen Rekonstruktion der Gesetze und Gewohnheiten der verschiedenen Staaten und Völker begnügen. Diese Rekonstruktion sei nur eine Voraussetzung, die Gans allerdings, »ausgerüstet mit der gelehrten Kenntnis der Rechte aller Völker«, völlig erfüllt habe.³⁸ Das Entscheidende in der rechtsgeschichtlichen Forschung liege aber nicht auf dieser rein positiven Ebene, sondern in der Bestimmung des »Begriffs« eines Volks und seines Rechts. Unter diesem Ausdruck versteht Michelet die »Aufgabe« eines Volks in der Weltgeschichte. Das heißt, das Wesen eines Volks kann nur durch den Beitrag bestimmt werden, den es in der Herausbildung der sittlichen Welt geleistet hat. Dementsprechend meint Gans, Forschungsziel der Historiker »müsse die zu begreifende Vernunft, und ihre Offenbarung in der Zeit« sein, »so dass jeder Volksgeist von ihr seine Berechtigung, welches sein Prinzip ist, empfängt«.³⁹

Diese Aussagen weisen darauf hin, dass die sittliche Welt, die auch die Bestimmungen des Rechts enthält, als eine Ordnung begriffen wird, welche sich allmählich im Laufe der Geschichte geformt hat und in deren Verlauf Fortschritte erzielt wurden, die

³⁷ ER II, Vorrede, VI.

³⁸ MICHELET, Geschichte der letzten Systeme (Fn. 36) Bd. 2, 667.

³⁹ ER I, Vorrede, XIV.

als Stationen der Selbstbefreiung des Geistes – in einem jeden Volk – zu messen sind. Jede Stufe der Geschichte kann dabei nur rückblickend, von ihrem letzten Standpunkt her, verstanden werden. Man kann den »Begriff« eines Volks, bzw. seinen »allgemeinen Standpunkt«, nicht aus dessen eigenen Vorstellungen ableiten. Das zu denken, würde falsche Erwartungen wecken:

»Ein Volk hat während es noch lebt, so genau es auch mit den historischen Einzelheiten seiner Geschichte bekannt sein mag, niemals den Begriff seiner selbst; dazu ist mehr als das unmittelbare Bewußtsein des Lebens nötig; man müßte sich seiner auch als eines vermittelten bewußt werden können. Darum muß die philosophische Construction eines Volkes fast immer der Folgezeit aufbewahrt bleiben, damit diese das dahin gegangene Volk in der ganzen Reihe der Geschichtsentwicklung fasse.«⁴⁰

Hier ist eine philosophische Voraussetzung am Werk, nach welcher die treffende Definition jeder Phase der Geschichte nur in einer späteren Zeit und im Zusammenhang der ganzen historischen Entwicklung zu erreichen ist.⁴¹

Der hegelianische Ursprung solcher Vorstellungen ist unübersehbar.⁴² Das schließt aber nicht aus, dass in den theoretischen Ausführungen des *Erbrechts* bestimmte Akzentverschiebungen im Verhältnis zu Hegel zu finden sind. Die Originalität von Gans erweist sich vor allem in seiner programmatischen Gleichstellung von Rechtsphilosophie und Rechtsgeschichte im Rahmen der Rechtswissenschaft, wie man sie in der allgemeinen Vorrede lesen kann.⁴³ Während Hegel die Rechtswissenschaft *de facto* mit der Rechtsphilosophie identifiziert und demgemäß die konkrete Entwicklung aller sittlichen und rechtlichen Institute nur am Rande seiner Betrachtungen behandelt hatte, behauptete Gans, man könnte auch die »Verwirklichung« des Rechts in der Geschichte auf philosophische Weise erforschen, und zwar von Hegels Philosophie der Geschichte ausgehend. Dadurch sollte selbst die Rechtsgeschichte ein philosophisches Fach werden.⁴⁴

IV. *Innere Rechtsgeschichtsschreibung und Vergleichung*

Ein Bestandteil dieser Strategie war die Einschätzung Montesquieus. Die Dimension des Prinzipiellen in der Rechtsgeschichte entdeckt zu haben, war für Gans das dauerhafte Verdienst von *L'esprit des lois*. Das Stichwort »Der Geist der Gesetze« enthielt die Absicht, so die Einleitung zum *Erbrecht*, »das seiner Natur nach

40 ER I, Einleitung, 11.

41 Vgl. auch ER I, 53.

42 Vgl. vor allem GEORG WILHELM FRIEDRICH HEGEL, *Grundlinien der Philosophie des Rechts*, Berlin 1821, §§ 3 Anm., 344, 347; DERS., *Vorlesungen über die Philosophie der Geschichte* (Fn. 31) 20 f., 23 f., 40 f., 86 f., 99–103.

43 Vgl. ER I, Vorrede, XXX f.

44 Vgl. HEGEL, *Grundlinien* (Fn. 42) § 3 Anm., S. 35, mit ER I, Vor-

rede, XXXI: Die Rechtsgeschichte, insofern sie »die Totalität der Entwicklung des Rechtsbegriffs in der Zeit« begreift, wird *Universalrechtsgeschichte*. Man kann noch hinzufügen, dass nach Hegel jeder rechtsgeschichtliche Versuch immer »abstrahierend« wirkt, d. h. der »reflektierenden« Geschichtsbetrachtung gehört, und dann höchstens »einen Übergang zur philosophischen Weltgeschichte«

bilden kann: vgl. HEGEL, *Vorlesungen über die Philosophie der Geschichte* (Fn. 31) 19.

Positive zu dem ihm zu Grunde liegenden Gedanken zu verklären und durchsichtig zu machen« und nicht einfach durch eine wenn auch sorgfältige Beschreibung wiederzugeben.⁴⁵ Dass es hier darum ging, ein philosophisches Vorverständnis der Geschichte in das Zentrum der Rechtskultur zu stellen, und zwar nach dem und gegen den Erfolg der historischen Schule, liegt auf der Hand.

Von welcher Art von »Gedanken« ist die Rede? Für Hegel war klar, dass es Montesquieu stets um die Erforschung des »Charakters einer Nation und einer Zeit« ging, d. h. um die letzten Gründe einer positiven Gesetzgebung. Für ihn konnte kein Zweifel bestehen, dass man mit einer solchen Fragestellung im Gebiet der rein geschichtlichen Forschung bleibt. Das erweist sich noch aus seinen *Grundlinien*, wo der »besondere *Nationalcharakter* eines Volks«, »die Stufe seiner *geschichtlichen* Entwicklung« und »der Zusammenhang aller der Verhältnisse, die der *Naturnotwendigkeit* angehören«, d. h. gerade Montesquieus Schwerpunkte, den ersten Absatz einer inhaltlichen Definition der Rechtspositivität bilden.⁴⁶

Gans, der die Trennung zwischen Rechtsphilosophie und Rechtsgeschichte relativieren wollte, konnte sich nicht mit dieser Auffassung des Beitrags des Rechtshistorikers zufriedengeben. Weil für ihn das positive Recht als die »Erscheinung« des Naturrechts zu begreifen ist,⁴⁷ muss jeder Fortschritt bei der Entdeckung der Grundsätze einer Rechtsordnung, und damit der Grundanschauungen eines Volks, gleichzeitig auch als ein Fortschritt im Verständnis der Gestaltung und Formation des Naturrechts begrüßt werden.

Gans' Äußerungen zu diesem Punkt sind aber knapp und keineswegs erhellend. Und in der Tat, seine Annahme der prinzipiellen Identität von Naturrecht und positivem Recht bleibt in seinem Hauptwerk ohne praktische Konsequenzen. Was Gans bei Montesquieu faszinierend fand, war der Anspruch, die Mannigfaltigkeit und Verschiedenheit, die das positive Recht eines Volks kennzeichnen, auf einige »einfache« Grundsätze zu reduzieren. Wie aber diese Grundsätze bei der Ausbildung der »Gestaltungen« des Naturrechts ins Spiel gekommen sind, hat er nicht angegeben, auch nicht im Fall des römischen Rechts. Vielmehr hatte er vor, um bei diesem Beispiel zu bleiben, die rechtlichen Grundsätze der Römer mit der Stellung dieses Volks in der Weltgeschichte in Verbindung zu setzen. Dieses Vorhaben kann so zusammengefasst

45 ER I, Einleitung, 2.

46 HEGEL, *Grundlinien* (Fn. 42) 34.

47 Vgl. vor allem ER I, 52 f.

werden, dass Gans die Rechtsgeschichte aus der Perspektive einer Weltgeschichte darstellen wollte, um ihr auf diesem Weg einen »philosophischen« Kern zu verschaffen.

Wir gelangen nun zur Frage nach der Methode der Geschichtsforschung. Nach Gans hat es die Rechtsgeschichte nicht primär mit Tatsachen zu tun, sondern mit »Prinzipien« und »Begriffen«. Das heißt, es ist unzureichend, die historischen Ereignisse, die die Fortentwicklung des Rechts bei den verschiedenen Völkern begleiten, zu rekonstruieren und dann ihre Zeitfolge zu erzählen, auch wenn ein solches Unternehmen mit der größten Sorgfalt durchgeführt wird. Gans unterscheidet zwei mögliche Aufgaben des Rechtshistorikers in Beziehung auf das römische Erbrecht. Die eine Aufgabe wäre es, das »Wie« dieses Rechts zu finden, die andere dagegen sollte bestimmen, »was« es sei.⁴⁸ Nur die zweite Aufgabe, die die Definition des Gegenstands der Forschung bezweckt, besitze einen rein wissenschaftlichen Gehalt.

Gegen die kausal-erklärende Auffassung der Rechtsgeschichte werden im *Erbrecht* zwei verschiedene Einwände erhoben. Der erste bezweifelt die Möglichkeit einer kausalen Erklärung der historischen Ereignisse an sich. An einer Stelle des zweiten Bandes bemerkt Gans, dass jede vorgeschlagene Kausalerklärung immer willkürlich ist, denn man könnte aus denselben Elementen, auf die sich eine Hypothese stützt, auch andere, gleichkräftige vorschlagen: »Bei jeder ließe sich aber auch eben so viel hin und her, dafür und dawider reden.«⁴⁹ Neben diesem radikal skeptischen wird dann aber ein weiteres Argument formuliert. Dieses stellt nicht mehr die Möglichkeit, sondern eher die Relevanz und die Zweckmäßigkeit kausaler Erklärungen für das geschichtliche Denken in Frage: Auch »gesetzt, man wäre so glücklich, einen Kausalnexus aufgestellt zu haben, zu dem sich alle Erscheinungen, die bekannt sind, auf passende Art verhielten, so wäre man gerade so weit wie vorher, und in das Innere der Sache selbst dennoch nicht gedrungen.«⁵⁰ Zusammenfassend kann man sagen, die kausal-erklärende Methode passt nicht für die Rechtsgeschichtsschreibung – entweder weil ihr Ziel unerreichbar ist oder weil sie ihren jeweiligen Gegenstand »in seiner Inwendigkeit, d. h. seinem Gedanken nach«, nicht begreifen kann. Gans hat darauf verzichtet, diese Argumente näher zu erläutern, geschweige denn, dass er sie zu einer einheitlichen Theorie des Studiums der Geschichte zusammengefügt hätte. Was ihm am Herzen lag, war lediglich, die Unzulänglichkeit der

48 Vgl. ER II, Vorrede, VI.

49 ER II, 82.

50 Ebenda.

zu seiner Zeit üblichen Praxis der Geschichtsschreibung zu unterstreichen.⁵¹

Gans beschreibt ein Volk und sein Recht auch als »Begriffe«. Das gilt einerseits als Synonym von »Prinzip«, so dass z. B. »der Begriff des republikanischen Roms«⁵² die Definition einer Zeit der römischen Geschichte bezeichnet, die durch einige Kategorien der praktischen Philosophie formuliert werden kann (und muss). Andererseits will Gans aber noch hervorheben, dass die römische Welt und das römische Recht dem festen Erbgut des Denkens überhaupt angehören. Gans benutzt nämlich den Ausdruck »Begriff« innerhalb einer »idealistisch-spekulativen« Erkenntnistheorie, nach welcher, um etwas zum Gegenstand wissenschaftlicher Erkenntnis zu machen, man diejenigen Merkmale seines Wesens herausfinden muss, die dem Denken selbst, dem *Logos*, als logische Formen innewohnen.⁵³

Um diese Position an unserem Fall zu erläutern: Man wird nie in der Lage sein, die Geschichte Roms oder des römischen Privatrechts zu verstehen, solange man sie als einen Zusammenhang von raum-zeitlichen Tatsachen und anderen empirischen Faktoren in einem bestimmten Zeitabschnitt betrachtet. Stattdessen soll man die Kenntnis der Geschichte als eine Erkenntnis anschauen, die mit den konstitutiven Kategorien des Denkens innig verknüpft ist. Dass wir von einer griechischen, römischen, mittelalterlichen oder neuzeitlichen Rechtsgeschichte überhaupt reden können, hängt demzufolge davon ab, dass jede dieser Phasen der Weltgeschichte nicht nur durch äußerliche Merkmale wie ethnische Herkunft, Sprache, geographische Lage usw. beschreibbar ist, sondern eine durchaus einzigartige Gestaltung der Freiheits- und Sittlichkeitsbegriffe zur Wirklichkeit gebracht hat. Hier liegt auch der Unterschied zu Montesquieu. Der »Geist« einer Rechtsordnung kann nach Gans (und Hegel) nicht durch deren Zurückführung auf materiell-empirische Strukturen wie etwa das Klima, geographische Lage der jeweiligen Nation oder sittliche, soziale und familiäre Verhältnisse, richtig erklärt werden. Die Rechtsordnung ist kein Naturphänomen, sondern ein Vernunftbegriff.⁵⁴

Gans' Auffassung der Rechtsgeschichte erweist sich als die Folge einer Seins- und Erkenntnislehre, die von der Identität von Vernunft und Wirklichkeit und damit von der Wechselbeziehung zwischen Subjekt und Objekt der Erkenntnis ausgeht. Konkret ausgedrückt: Gerade deshalb, weil Rom und sein Recht zu dem

51 ER I, 46. Weitere Belege seiner Kritik sind an folgenden Orten zu finden: ER I, Einleitung, 13, Anm. 5 (»so bleibt jede Bearbeitung eines geschichtlichen Gegenstandes oberflächlich, die sich damit begnügt [...] denselben im äußeren Kausalnexus zu zeigen«); 16 (»nicht etwa zufällig durch die äußeren Bedingungen der Geschichte [...]«); 17 (»Dies ist wiederum nicht zufällig und äußerlich, [...] sondern es ist nicht minder innerlich notwendig«); 21; 28, Anm. 21. Bei allen diesen Stellen kommt das radikal skeptische Argument nicht zu Wort. Siehe auch ER I, Einleitung, 5 f.: »Wir wollen aber die Notwendigkeit des Römischen Kaisertums dartun, und zwar nicht, wie dies einzig

und allein die Weise in historischen Büchern zu sein pflegt, durch Aufzeigen eines äußeren Kausalnexus, oder durch das Geben einer Masse so genannter Ursachen, in einer gewaltigen Reihe von Vermittlungen, sondern durch die der Sache selbst immanente Innerlichkeit.«

52 ER I, Einleitung, 9, Anm. 3.

53 Der Ausdruck »Logos« befindet sich in ER II, Vorrede, VII. Er wird

hier ganz im Sinne Hegels herangezogen. Für die Anwendung dieses Begriffs auf die Rechtsgeschichte siehe unten, Anm. 69.

54 Trotzdem vermeiden, ihrer Polemik gegen die zeitgenössischen Rechtshistoriker zuliebe, sowohl Hegel als auch Gans, ihre Differenz zu dem geschichtlichen Determinismus der Aufklärung zu unterstreichen.

Werden des an und für sich übergeschichtlichen Naturrechts beigetragen haben, können sie von der Vernunft anerkannt und in begrifflicher Form ausgedrückt werden.

Der Hintergrund dieser Ansicht ist Hegels Begriff der Geschichte als »Gestaltung des Geistes in Form des Geschehens«⁵⁵ oder als Prozess, in welchem der Geist zum vollkommenen Selbstbewusstsein kommt. Das, was man gewöhnlich als »Geschichte« bezeichnet, beschränkt sich nicht auf die Reihe der zueinander verknüpften Tatsachen und Ereignisse, sondern besteht wesentlich aus der Entstehung und Gestaltung von »Begriffen«. Es sind gerade diese Begriffe, die der sonst rein phänomenalen Dimension der Faktizität ihre Bedeutung verliehen. Nach Hegel und Gans gibt es demzufolge zwei gegensätzliche Arten, die Geschichte anzusehen: die empirische, die Gans auch die »äußerliche« nennt, und die philosophische bzw. »innerliche«, die jeden historischen Gegenstand »in seiner Inwendigkeit, d. h. seinem Gedanken nach«,⁵⁶ bestimmt. Die Protagonisten der ersten Art von Geschichte sind empirische Kräfte wie Individuen, soziale Gruppen, materielle Faktoren usw. Das Subjekt der zweiten ist dagegen der Begriff der Freiheit in seiner logischen Entfaltung. Die Bewegung, die man als »geschichtliche Zeit« kennt, wird von dieser Entfaltung hergestellt. Im ersten Fall setzt der Historiker dagegen eine Zeitfolge voraus, die die zeitliche Ordnung der Naturereignisse wiedergibt.⁵⁷

Im Rahmen dieser Auffassung der Geschichte erklärt Gans die Art, wie der Gedanke zu einem Begriff gelangt, als einen Prozess, in welchem jede Einzelheit in einen Zusammenhang von Verhältnissen gestellt wird. Es sind gerade diese Verhältnisse, die die Prädikate des jeweiligen Objekts des Denkens auftauchen lassen und so seine Definition ausmachen. Damit verliert das Objekt den Schein jener begrifflichen Selbstständigkeit, mit dem es zuerst vor das Denken tritt. Der Gegenstand »ist nicht das Absolute Eine und Unmittelbare, sondern ein Vermitteltes, das sich und seinen Gehalt nicht sowohl sich, als auch Anderem verdankt«.⁵⁸ In diesem Sinn bezeichnet Gans die (begriffliche) »Abhängigkeit« des römischen Erbrechts von allem nicht-römischen, seines »Verhalten zu Andre«, als seine »Substanz« und seinen »Begriff«. In diesem Verhalten verliert es »seine absolute Bedeutung«, um »den Wert eines Moments« zu bekommen.⁵⁹ Nur auf diese Weise, d. h. durch die Vermittlungstätigkeit des geschichtlichen Erkennens, kann die

55 Vgl. HEGEL, Grundlinien (Fn. 42) § 346.

56 ER I, 46.

57 Gans verleiht den Ausdrücken »innere/äußere Rechtsgeschichte« eine gegenüber dem in der Historischen Schule üblichen Gebrauch umgekehrte Bedeutung. Bei Hugo, Savigny und Puchta gilt die »innere Rechtsgeschichte« als Rekonstruktion der spontanen, »organischen« Entwicklung der

Rechtsinstitute, abgesehen von irgendeiner Beeinflussung durch unjuristische (philosophische, politische usw.) Faktoren. Die Tendenz der »positiven Juristen« der Zeit, ihren Gegenstand »nach bloß äußerlichem Kausalnexus zu behandeln«, wird von Gans der Trennung des Idealen vom Positiven durch die kritische Philosophie zugerechnet (ER I, 51). Über Hegels Auffassung der Zeit und

ihre Anwendung in der Philosophie der Geschichte LEO LUGARINI, Tempo e concetto nella comprensione hegeliana della storia, in: *Il pensiero* 22 (1981) 7–38.

58 ER I, 47.

59 ER II, Vorrede, VI.

Frage, *was* das römische Erbrecht eigentlich sei – die eigene philosophische Frage nach dem *to ti esti* –, gelöst werden.⁶⁰

Gans nennt einen solchen Gedankengang »Vergleichung«, um auf ein inzwischen verbreitetes Konzept Bezug zu nehmen.⁶¹ Eine solche Verwendung des Begriffs der Vergleichung hat keine Entsprechung bei Hegel, bei welchem sich vielmehr einige abschätzige Urteile über die Denkkoperation des Vergleichens finden.⁶² Gans' Verwendung dieses Begriffs war dann als Ehrung für Montesquieu und seine deutschen Nachfolger gemeint, und damit ein Stück seiner Strategie, Bundesgenossen gegen die Historische Schule zu finden.⁶³ In der Tat findet man im Text selbst nur sehr sporadische Spuren der vergleichenden Methode.⁶⁴ Darüber hinaus beabsichtigt Gans keine allgemeine Schlussfolgerung über die Erbfolge oder über die Struktur der Familie in den verschiedenen Gesellschaften zu ziehen. Die »Vergleichung« sollte nach ihm einer genauen individuellen Definition jedes Rechtssystems dienen und nicht in der Entdeckung von angeblichen Regelmäßigkeiten oder Gesetzen münden: »Die Einheit in der Vielfachheit der Erscheinung ist alsdann nur der ewig bei sich bleibende Geist.«⁶⁵ Anders gesagt, die vergleichende Methode hat bei ihm keine empirisch-pragmatische, sondern eine logische Bedeutung:

»In der Vergleichung und im Bedürfnis darnach, liegt aber schon diese Anerkennung, dass jede Bestimmtheit nicht ihre Wahrheit in sich habe, sondern vielmehr in dem anderen, und dass nicht dem einzelnen Abstraktum eine Wahrheit beiwohne, sondern dass diese vielmehr einzig und allein in der Totalität sich findet, wovon dieses Einzelne nur ein Moment ist.«⁶⁶

Es fällt dann auf, dass Gans mit dem Begriff der Vergleichung geradezu die Dialektik Hegels meinte, aber in die Sprache der Rechtshistoriker seiner Zeit übersetzt und auf einen geschichtlichen Stoff angewandt.⁶⁷

V. Die Ausführung des rechtsgeschichtlichen Vorhabens im Allgemeinen

Die theoretische Komplexität von Gans' geschichtlichem Vorhaben wird erst im zweiten Abschnitt des *Erbrechts* deutlich, der sich mit dem römischen Erbrecht befasst.

Das römische Erbrecht gehört zum zweiten Teil der Rechtswissenschaft (neben der Rechtsphilosophie), zur Universalrechtsgeschichte. Dieser Stellung entspricht eine eindeutige Zwecksetzung:

60 Ebenda XVI f. Eine Kritik der oberflächlichen vergleichenden Methode – »diese schlechte Identität des Einerlei« –, die die historischen Verschiedenheiten nivelliert, befindet sich ebenda XXXIV f.

61 Über die richtige Benutzung der Vergleichung ER I, 47 f. In der Vorrede zum zweiten Band, VII, fordert Gans von dem Leser, nur über eine eventuell zu findende

»falsche Dialektik der Sache« ihn zu belehren und »alles andere Gerede, das etwa Äußerlichkeiten und Einzelheiten betrifft«, beiseite zu lassen. Dass Gans mit dem seines Erachtens unphilosophischen Geist vieler Befürworter der vergleichenden Methode sich nicht mischen wollte, hat MOHNHAUPT, *Universalrechtsgeschichte und Vergleichung* (Fn. 63) 344 richtig gesehen.

60 Vgl. ebenda und ER I, 47. Diese Stellen laufen darin zusammen, dass beide die Frage »was ist das römische Erbrecht?« als die einzig wissenschaftliche in diesem Gebiet bezeichnen.

61 In Beziehung auf das Vorbild von Montesquieu erwähnt Gans die Juristen Anselm Feuerbach, Anton Justus Thibaut und Karl Ludwig Grolman, den Herausgeber der Zeitschrift »Magazin für Philosophie, Geschichte des Rechts, Gesetzgebung«, 1798–1807 (ER I, Vorrede, XIX f.). Vgl. auch ebenda XL (Anwendung der vergleichenden Methode auf die Geschichte der Religionen durch Friedrich Creuzer und auf die Erdkunde durch Karl Ritter).

62 Vgl. GEORG WILHELM FRIEDRICH HEGEL, *Die Wissenschaft der Logik*, in: Werke in 20 Bänden, Bd. 5, 47, 117; DERS., *Vorlesungen über die Ästhetik*, ebenda, Bd. 13, 411–413.

63 Zur Einführung und Verbreitung der vergleichenden Methode in der Rechtswissenschaft, vor allem an den Universitäten von Göttingen und Heidelberg, vgl. HEINZ MOHNHAUPT, *Universalgeschichte und Vergleichung bei Eduard Gans*, in: Eduard Gans (1797–1839) (Fn. 8) 339–366 (342–344).

64 Vgl. z. B. ER I, 126 Anm. sowie 138, 142, 152, 170–72, 176. Die Grundlinien des Ehe- und Familienrechts im Talmud werden hier mit dem attischen und römischen Recht verglichen, vor allem in Bezug auf die Testierfreiheit.

65 ER I, Vorrede, XXXIV.

»Es soll in dieser Abhandlung versucht werden, innerhalb des Kreises des Römischen Erbrechts, dieselbe Bewegung desselben Gedankens aufzuweisen, der die Substanz der ganzen Römischen Geschichte ausmacht.«⁶⁸ Diese Worte setzen die Grundlage von Gans' Unternehmen voraus: Das Wesen der Geschichte liegt nicht in einer empirischen Reihe von Tatsachen, die unser Verstand in verschiedenen Ursache-Wirkung Verhältnissen und in dieser oder jener Sichtweise organisieren kann, sondern in der Fortbewegung des Denkens überhaupt. Von dieser Prämisse ausgehend, gelangt Gans zu dem Gedanken, man könne die Rechtsgeschichte eines Volks unter der »Substanz« bzw. dem »Logos«,⁶⁹ d. h. dem weltgeschichtlichen Begriff desselben, einordnen. Damit würde ein theoretisches Werkzeug für das Verständnis und die Interpretation der einzelnen Rechtslehren zur Verfügung stehen, die zu der Rechtsgeschichte eines bestimmten Volks gehören. Gans hat diesen Punkt ausdrücklich angesprochen:

»Der besondere Volksgeist, so sehr er auch selbst ein abhängiges Moment der Totalität der Geschichte ist, bildet hier wiederum ein Ganzes, zu dem sich alle Kreise des Lebens wie Momente verhalten. [...] Selbst durch die entferntesten Lehren des Privatrechts scheint derselbe Gedanke, der im lärmenden Getöse öffentlicher Verwicklung, und in der starken Kraftäußerung weltgeschichtlicher Taten lebt.«⁷⁰

In diesen Aussagen ist das erste Zeugnis der Rezeption von Hegels Philosophie in der Privatrechtsgeschichte zu sehen. Es ist bemerkenswert, dass diese Rezeption in erster Linie nicht die Rechts-, sondern die Geschichtsphilosophie betrifft. Man kann diesen Schluss aus dem Ganzen des *Erbrechts* gewinnen. Obwohl einige programmatischen Stellen desselben dagegen zu sprechen scheinen, ist der entscheidende Ansatzpunkt hier geschichts-, nicht rechtsphilosophisch.

In der Einleitung zum ersten Abschnitt des Werks liest man, dass die Behandlung des römischen Erbrechts auf drei Beziehungen achten soll: »zuerst die auf alles andere Römische überhaupt; dann die auf Erbrecht im Allgemeinen, endlich die auf nichtrömisches Erbrecht.«⁷¹ Und am selben Ort nimmt Gans gerade die zweite Beziehung in Anspruch, d. h. das Verhältnis des Erbrechts der Römer zu dem allgemeinen, rechtsphilosophischen Begriff des Erbrechts. Er meint nämlich, »dass dieses das Messende wird, zu dem sich der Römische Standpunkt als das Bedingte und Gemessene verhält. Das Römische Erbrecht steht dem allgemeinen

68 ER II, 2.

69 ER II, Einleitung, 21, wo man den Ausdruck »der Logos der Römischen Geschichte« findet.

70 ER I, 1–2. So auch ER II, Vorrede, VI f.: Die vorliegende Abhandlung hat »den Gedanken der Römischen Geschichte aufzuweisen, und denselben durch alle Gliederungen des Erbrechts hindurch in festem konsequenten Gange zu begleiten.«

71 ER I, 49.

Gedanken des Erbrechts nicht als etwas Unwahres und in sich Nichtiges gegenüber, sondern es verhält sich zu ihm, wie eine notwendige Stufe, deren Zeit aber zum Teil vorüber ist.«⁷² Mit dem Ausdruck »allgemeiner Gedanke des Erbrechts« ist hier die Erläuterung dieses Begriffs in Hegels *Grundlinien*, §§ 178–180 (nebst Anm.) gemeint. Damit wollte Gans dem römischen Recht die Hauptrolle für die wissenschaftliche Behandlung des Privatrechts wegnehmen, die ihm Savigny zugewiesen hatte, und diese Rolle dem Vernunftrecht verleihen. Die Bedeutung der oben zitierten Stelle ist dann folgende: Wer die gültigen Bestimmungen des Erbrechts erkennen will, der soll sich der Rechtswissenschaft zuwenden, die die »fortgeschrittene Vernünftigkeit« der Zeit in sich bewahrt, und nicht an das römische Recht, das, obwohl an sich lehrreich und formell höchst vollendet, der Ausdruck einer verkommenen Weltanschauung sei.⁷³

Damit ist aber der Anteil des rechtsphilosophischen Standpunkts an dem Ausbau von Gans' Werk erledigt. Die vernunftrechtliche Definition des Erbrechts wirkt hier nur als theoretische Vorbedingung der historischen Analyse, als Maßstab und Endstation eines geschichtlichen Prozesses. Sie hat keine weitere Funktion. Im Vordergrund steht die rechtsgeschichtliche Sichtweise.

Diesbezüglich scheint die von Gans verwendete Methode auf den ersten Blick ganz unkompliziert, sogar naiv. Wie man schon bei einer ersten Lektüre erfährt, besteht sie größtenteils in der bloßen, ziemlich mechanischen Anwendung von Hegels Darstellung der römischen Welt auf die römische Rechtsgeschichte im Allgemeinen und auf die Entwicklung des römischen Erbrechts insbesondere. Einige Reflexionen, die im Text zu finden sind, verraten jedoch eine größere Komplexität. Dazu ist der größte Teil des Werks einer fachdogmatischen Darstellung des römischen Erbrechts gewidmet, und konnte sich deswegen nicht nur auf Hegel stützen. Demzufolge müssen wir zunächst die Haupttendenz des *Erbrechts* berücksichtigen, dann seine Vielschichtigkeit in Betrachtung ziehen.

VI. *Zwischen Philosophie der Geschichte und Universalrechtsgeschichte: Rom und das römische Recht*

Was die Erfassung der römischen Welt im Allgemeinen angeht, erreicht die Abhängigkeit der Betrachtung von ihrer hegelianischen Quelle hier ihren Höhepunkt. Die römische Welt tritt

⁷² Ebenda, 54.

⁷³ Das war auch die Position Hegels. So greift HEGEL z. B. die Stellung des Sohnes und der Frau in der römischen Familie und dem Erbrecht als Beispiele der »Härte und Unsittlichkeit der römischen Gesetze« an: *Grundlinien der Philosophie des Rechts* (Fn. 42), § 180 Anm. Vgl. auch ebenda, § 175 Anm., § 180 Zusatz.

in die Weltgeschichte, heißt es in der Einleitung zum zweiten Abschnitt, als Vollendung der geistigen Krise des Hellenismus ein. Das Schicksal der griechischen Geschichte war es gewesen, »sich aus einer Welt des Schönen zu einer Welt der Besonderheit und des Zweckes zu entfalten«. ⁷⁴ Dazu hatten militärpolitisch wie philosophisch tief wirkende Umwandlungen geführt. Einerseits musste, mit dem »Sieg der Griechen über den Persischen Staatskoloss«, der die Hellenen »an eine äußerliche jenseitige Welt« wies, notwendigerweise das Maß, das harmonische Prinzip des ganzen griechischen Lebens, verloren gehen und durch eine bisher unbekannt Dimension der Räumlichkeit und der rein quantitativen Verbreitung ersetzt werden. ⁷⁵ Andererseits beginnt mit Sokrates, d. h. mit der Ausübung der Reflexion gegenüber dem Bestehenden und mit der Entdeckung der Innerlichkeit des Menschen, »jene tiefe Zerstörung des bis dahin in ungetrübter Reinheit erblühenden Griechentums nach der Seite des Gedankens«. ⁷⁶ Dieser Zerstörungsprozess ging mit dem idealisierenden Trieb der Philosophie Platons weiter, um seine Vollendung mit Aristoteles' Abschaffung der Mythoskultur zu finden: »den Gedanken in Form des Gedankens haben, wie Aristoteles, heißt eben über das Griechentum hinausgegangen sein, das den Gedanken nur als Einheit des Sinnlichen und Geistigen, in Form der Kunst zu ertragen vermag.« ⁷⁷ Das heißt aber nicht, die römische Welt sei eine Filiation der griechischen gewesen, in einem historisch-konkreten Sinn. Gans meint vielmehr, dass die Aufgabe, die die Späthellenen, mit ihren philosophischen Schulen und mit ihrer gescheiterten Welteroberung, dem Weltgeist gestellt hatten und die darin bestand, die Sphäre des Individuellen, d. h. der individuellen Glückseligkeit und des zweckmäßigen Handelns, zu erfassen, nur von der frischen Kraft eines jüngeren Volks, und zwar eines seiner Natur nach zum Handeln und Kämpfen geneigten, ausgefüllt werden konnte. Was den konkreten Weg dahin betrifft, begrüßt Gans zustimmend die These Niebuhrs, die ältere Geschichte Roms sei aus der – wohl gewaltigen – Begegnung zweier Völkerschaften, der Patrizier und der Plebejer, zu erklären. ⁷⁸ Damit wird er seinen eigenen Schluss begründen, dass der Charakter des Gegensatzes, des »Dualismus«, der römischen Welt ursprünglich innewohnt und damit zu ihrem »Begriff« gehört. ⁷⁹ Gans' nächster Schritt liegt dann darin, den beiden Hauptpersonen dieses Kampfes, der die ganze Geschichte Roms begleitet, einen allgemeinen sittlich-praktischen Grundsatz zuzuschreiben. Die einen, die Patrizier,

74 ER II, Einleitung, 6.

75 Ebenda, 2 f.

76 Ebenda, 6.

77 Ebenda, 8.

78 Ebenda, 9 f.

79 Siehe ER II, 28, 30, 35, 85, 101, 108, 109, 248, 249 (*Dualismus*); ER II, 95 (*römischer dualistischer Geist*).

die eine zugleich politische wie priesterliche Aristokratie bildeten, bewahrten die uralten Gewohnheiten und Gebräuche und dadurch die sittlichen Grundnormen des Zusammenlebens.⁸⁰ Sie stellen das Moment des allgemeinen Willens dar.⁸¹ Demgegenüber verkörperte die *plebs* das Moment der freien Persönlichkeit und der Endlichkeit menschlicher Zwecksetzungen.⁸² Demzufolge kommt sowohl dem Patriziat als auch der *plebs* eine allgemeine praktische Position zu. Aber beide üben sie auf eine einseitige Weise aus. Jene wollen die gemeinschaftlichen Verbindungen des *ius non scriptum* streng gelten lassen, verstehen sie aber nur als Ausdruck einer natürlichen Notwendigkeit. Diese beanspruchen die Rechte der Freiheit, begreifen sie aber als reine Willkür des Einzelnen.⁸³ Der Kampf zwischen den beiden entgegengesetzten Prinzipien war unvermeidlich. Zusammenfassend schreibt Gans: »So stellt denn die römische Geschichte, zu ihrem Begriff zurückgeführt, nichts anderes dar, als Naturnotwendigkeit und Freiheit in der Form abstrakter Willkür, in ihrem schärfsten Gegensatze einander gegenüber gestellt, oder den Kampf der Patrizier und der Plebejer.«⁸⁴ Ein solcher Gegensatz, dessen zerstörerisches Potential nur mit dem Krieg nach außen vermieden werden könnte, stellt keine dialektische bzw. vernünftige Vermittlung dar. Weder der eine Teil noch der andere war nämlich in der Lage, die Überwindung ihres Zwiespalts zu bewirken, denn beide waren von einer konstitutiven Einseitigkeit betroffen: »der Sieg der *Plebs* über das Patriziat kann logisch so ausgedrückt werden: das Endliche zwingt das schlechte Unendliche zu bekennen, dass es selbst nur endlich sei.«⁸⁵ Demzufolge musste die römische Geschichte die Form eines »Progresses ins Unendliche« annehmen, »wo immer von einer Endlichkeit zur anderen fortgegangen wird.«⁸⁶

Dieses Beispiel ist ganz bezeichnend für die Art und Weise, wie Gans mit den Ergebnissen der kritischen Geschichtsforschung seiner Zeit umgeht und dadurch zu seinen Feststellungen gelangt. Mit Scharfsinn erkennt er den Wert von Niebuhrs *Römischer Geschichte* an, zeigt aber kein Interesse daran, die Ergebnisse Niebuhrs an den Quellen zu überprüfen. Diese Ergebnisse nutzt er vielmehr als Ansatzpunkt für eine begriffliche Umschreibung der Geschichte. Infolgedessen begreift Gans die römische Welt als die Verwirklichung des Gegensatzes zwischen Endlichkeit und falscher Unendlichkeit in dem sittlichen Bereich. Die römische Geschichte wird dann in drei »Perioden« unterteilt, je nachdem ob das für sie

80 Siehe ER I, Einleitung, 3.

81 An manchen Stellen scheint Gans die Ansicht zu vertreten, die Patrizier seien etruskischer Herkunft gewesen und damit der ägyptischen Welt, der »Welt der mysteriösen Verhüllung«, verbunden.

Siehe z. B. ER II, Einleitung, 14–16. Das »Etruskische oder Europäisch-Ägyptische Prinzip« hätte dann die Hinneigung der alten Römer zur Auffassung der Religion als Priesterherrschaft geprägt.

82 ER I, Einleitung, 4.

83 Ebenda, 3 f., 9 f. Kurz danach betont Gans, man solle sich nicht einbilden, die Prinzipien des Patriziats und der *plebs* in ihrer »spekulativen Bedeutung« in den

Quellen finden zu können. Dazu wäre ein Selbstbewusstsein erforderlich, das für die Römer noch unmöglich war.

84 Ebenda, 4. Ähnlich ER II, Einleitung, 10.

85 ER I, Einleitung, 19.

86 Ebenda, 11. Über den Begriff des »schlechten Unendlichen« verweist Gans hier auf HEGEL, *Wissenschaft der Logik*, Bd. 1, Nürnberg 1812, 82 f.

konstitutive Prinzip der Spaltung der sittlichen Realität noch verborgen oder reif oder schließlich ermattet ist. Damit ist die »Aufgabe« Roms in der Weltgeschichte bestimmt: Sie besteht darin, die beiden Grundsätze der Praxis, die subjektive und die objektive Freiheit, die individuelle und die metaindividuelle Dimension der Freiheit, zur Erscheinung zu bringen und in ihren äußersten Folgen auszuführen.⁸⁷

Wie die Geschichte im allgemeinen, so wird auch die Rechtsgeschichte Roms einer begrifflichen Umschreibung unterworfen und unter dem Gesichtspunkt der inneren Spaltung, der »Zerreißung«⁸⁸ der sittlichen Welt beschrieben. Hier werden die allgemeinen Erkenntnisrichtlinien zur römischen Geschichte auf das besondere Gebiet des Rechts angewandt. Zum einen lässt sich die chronologische Dreiteilung wiederentdecken: Zunächst kam die Periode des *jus divinum*, in welcher kein Recht »religiöser Natur« existierte, sondern »die Religion vielmehr rechtlicher Art« war; dann die Zeit des Staatsrechts oder der offenen Kämpfe zwischen den zwei Parteien, als jede neue rechtliche Bestimmung zugleich »öffentliche Gesetzgebung« war; endlich die Zeit »des erschlaffenden, und ineinander gehenden Gegensatzes« des »zum Privatleben herabgesunkenen Staat(s)«. ⁸⁹ Die römische Rechtsgeschichte ist auf die beiden sozialen Träger der ganzen römischen Geschichte, zu ihren »Prinzipien«, zurückzuführen. Diese »leitenden Prinzipien« sind die natürliche Notwendigkeit oder die unbedingte Achtung vor den sittlich-religiösen Vorschriften und Normen einer uralten Zeit, und die Freiheit als Willkür.

Die juristische Gestaltung dieser Prinzipien ist nach Gans das wesentliche Merkmal des römischen Rechts im Allgemeinen: »Jener sich als Naturnotwendigkeit begreifenden Aristokratie der Geschichte nämlich, welche sich als eine unbewegliche und ruhende darstellt, entspricht vollkommen das *strictum jus* des Römischen Rechts, dagegen der freien Persönlichkeit, und der subjektiven Willkür des plebejischen Prinzips das System des *bonum et aequum*.«⁹⁰ Das heißt, einerseits richteten sich die Zuständigen der Rechtspflege nach dem Grundsatz der strengen Anwendung der Normen, von der Härte dieser Anwendung abgesehen, andererseits befolgte man den Grundsatz der Billigkeit, den Gans als Beachtung der Umstände jedes einzelnen Rechtsfalls versteht.⁹¹ Diese gegensätzlichen Prinzipien sollten nicht als Rechtsordnungen im materiellen Sinn verstanden werden, »als sei hier ein besonderes Recht

87 Das Lob Niebuhrs, das so unerwartet bei einem Hegelianer klingt, sei hier wiedergegeben: »Es darf hier nicht unerwähnt bleiben, dass es das unbestreitbare Hauptverdienst der *Niebuhrischen* Darstellung Römischer Geschichte ist, die Geschichte Roms in der Geschichte dieses Kampfes erblickt, und ihn selbst als Wendepunkt und Bedeutung dieser ganzen Geschichte aufgefasst zu haben. So

sehr dieses auch nur auf historische Weise geschehen ist, so wichtig ist es dennoch für den Begriff, dass man nicht mehr in den beiden gegenüberstehenden Organen und Darstellern des Kampfes, als des Substantiellen der Römischen Geschichte, durch zufällige Willkür des ersten Stifters abgeteilte und nebeneinander gestellte Klassen sieht, [...] dass mit einem Worte es nicht zwei Klassen sondern zwei

Völker sind, die einander gegenüberstehen« (ER II, Einleitung, 10).

88 ER II, Einleitung, 1. Ebenda, 28, wird die zweite Periode der römischen Geschichte durch die Begriffe »Zerrissenheit und Widerspruch« charakterisiert.

89 Für die Dreiteilung der römischen Geschichte siehe ebenda, 14–21; für die Anwendung derselben auf die Rechtsgeschichte 24–28.

90 ER I, Einleitung, 13.

91 Siehe ebenda, 14. Gans gesteht hier, dass er über die Prinzipien des *strictum ius* und der *aequitas* durch die Rezension belehrt wurde, die der Pandektist Christian Friedrich Mühlenbruch (1785–1843) seiner ersten Veröffentlichung, *Über Römisches Obligationenrecht* (Heidelberg 1819), gewidmet hatte. Diese Rezension erschien in den *Heidelberger Jahrbüchern der Literatur* n. F. 1 (1821) 41–74.

der Patrizier und der Plebejer gemeint«, sie stellen vielmehr zwei Grundrichtungen und Wertorientierungen in ein- und derselben Rechtsordnung dar.⁹²

Obwohl diese Prinzipien *prima facie* nur die richterliche Tätigkeit, d. h. die Jurisprudenz *stricto sensu* zu betreffen scheinen,⁹³ erhalten sie in der Tat von Gans die größtmögliche Ausdehnung. Er behauptet nämlich, dass sie in vielen Lehren, sogar in ganzen Teilen des römischen Rechts zu finden seien. Das gilt schon für die Grundspaltung des Privatrechts in ein *jus gentium*, das »das Allgemeinste und Ungebundenste, [...] das *Menschliche* im Gegensatz des *Römischen*« darstellte, und ein *jus civile*, »das nicht besteht durch die Übereinstimmung mit allgemeinen unbezweifelten Normen, sondern durch die besondere Geschichte Roms und seines Volksgeistes«. ⁹⁴ Aber das Verzeichnis solcher Gegensätze ist umfangreicher: zwischen *actiones stricti iuris* und *actiones bonae fidei*; zwischen *conventio in manum* bzw. strenger Ehe (wo die Frau Eigentum des Ehemanns wird und »der substantielle orientalische Begriff der Familie« fortlebt)⁹⁵ und bloßer Ehe, in welcher die Frau »als eine Gleiche« gedacht wird, »die nicht in dem Mann aufgeht, sondern *neben* ihm steht«;⁹⁶ zwischen väterlicher Gewalt (*patria potestas*) und *emancipatio* der Kinder;⁹⁷ zwischen *res Mancipi* und *res non Mancipi*;⁹⁸ zwischen dem *dominium ex jure Quiritum*, welches den Gedanken der »Stetigkeit des Besitzes« enthält, und der *proprietas in bonis*, die im Gegenteil einen »beweglichen« Besitz ausdrückt.⁹⁹

VII. *Anspruch und Mängel von Gans' Betrachtung des römischen Erbrechts*

Die Definition der römischen Welt als der Welt der geistigen Spaltung gilt zuletzt als Orientierungsmittel für die besondere Aufgabe des *Erbrechts*. Hierüber führt Gans eine eindeutige methodologische Maxime ein: »Dieselben leitenden Prinzipien sind es, welche wir nun im Kreise des Erbrechts aufzuweisen haben, oder, wir haben es eben so mit der Römischen Geschichte, nur in Form ihres Erbrechts, zu tun.«¹⁰⁰ Das beruht auf folgender Vermutung: »Es wird wohl niemanden geben, der nicht im testamentarischen Erbrecht den Ausdruck der reinen, persönlichen, auf sich beruhenden Willkür, im Intestaterbrecht aber den Ausdruck des dieser Willkür entgegengesetzten substantiellen Prinzips fände.«¹⁰¹ Hier

92 ER I, Einleitung, 10.

93 Sie werden z. B. an einer Stelle (ebenda, 16) als »Billigkeitssystem« und »Formularjurisprudenz« bezeichnet.

94 Ebenda, 20 f.

95 Ebenda, 24.

96 Ebenda. Gans betont aber, dass auch in diesem Fall zwischen den Ehegatten keine echte Gemeinschaft besteht. Dass die Frau in der freien, plebejischen Eheform dem Mann gleichgestellt wird, heißt nur, dass auch sie über ihr Vermögen willkürlich verfügen darf. Es ist der Erwähnung wert, dass Gans die Vermutung aufstellt,

strenge und freie Ehe seien die üblichen und traditionellen Eheformen unter Patriziern und Plebejern gewesen, siehe ebenda, 31, Anm. 28.

97 Ebenda, 33–37.

98 Ebenda, 38–41.

99 Ebenda, 41. Es folgt eine kurze Betrachtung der Erwerbungsarten, die den beiden Eigentumstypen im römischen Recht entsprechen müssten, d. h. der sog. »quirita-

rischen« und der sog. »natürlichen«.

100 ER II, Einleitung, 28. Das römische Erbrecht aus dem Prinzip der ganzen römischen Geschichte darzutun, wird hier als spezifischer Auftrag der Wissenschaft beschrieben, die als solche sich nur an Zusammenhänge hält und keine »Abgerissenheit« einzelner Lehrgebiete zulassen kann.

101 ER II, 31.

ist der »abstrakte und leere Wille« des Einzelnen, die *nuda voluntas* der Quellen, am Werk, da tritt das familiäre Bündnis auf.¹⁰² Mit anderen Worten: »Es wird [...] in diesem Kriege zwei Mächte, oder Formen geben, wovon die eine die das Individuum ausschließende Familie, die andre, das die Familie ausschließende Individuum ist.«¹⁰³ Dieser Gegensatz wurde in Rom so folgerichtig durchgeführt, und hatte so starken Bezug zur ganzen Rechtsordnung, dass er sogar als die konsequenteste Äußerung des römischen Geistes einzuschätzen ist: »Man könnte sich recht füglich, und ohne dem Begriffe im Geringsten etwas zu vergeben so ausdrücken, die Römische Geschichte sei der Kampf der Intestaterbfolge und der testamentarischen.«¹⁰⁴ Aber es handelt sich um einen Kampf ohne jede Möglichkeit einer Lösung, d. h. einer Entwicklung auf einem höheren Niveau. Gegenüber der offensichtlichen Endlichkeit der Willkür des Einzelnen steht nämlich die versteckte Endlichkeit der römischen Familie. Diese ist keine sittliche Gemeinschaft, kein unendliches Prinzip, wie Gans in Anschluss an Hegel betont. Die römische Familie gründet sich nicht auf das Prinzip der Liebe, der »freie[n] Einwilligung der Personen [...] eine Person auszumachen«,¹⁰⁵ sondern auf die Gewalt des Vaters und auf die Fremdheit der Ehegatten. Das heißt, »das Erbrecht der römischen Familie muss die ganze Härte und Lieblosigkeit enthalten, welche dem Römischen Familienrecht überhaupt eigen ist.«¹⁰⁶

Infolge der oben angeführten Identitätsthese hat sich Gans alle Mühe gegeben, einerseits die Dreiteilung der römischen Geschichte auch bei der Entwicklung des römischen Erbrechts zu bestätigen, andererseits die Abhängigkeit der beiden »Systeme« dieses Erbrechts von der besonderen Weltanschauung des Patriziats und der *plebs* nachzuweisen. Beide Absichten tauchen im ersten Kapitel des zweiten Abschnitts/Bandes auf, das »Das Römische Erbrecht nach der Seite seiner Bewegung« betrifft. Hierauf bezogen lautet Gans' These, jede der drei Perioden der römischen Geschichte sei von einem »erbrechtlichen Moment« erfüllt worden: die ältere Zeit, nach der Inkraftsetzung der *XII Tabulae*, von dem »System der Willkür«, die Zeit der römischen Republik von dem System »der Familie«, die Kaiserzeit schließlich von der »Identität beider Systeme«.¹⁰⁷ Diese »Identität« wird im vierten Kapitel behandelt und besteht in Folgendem: »Der Intestaterbe wird als Noterbe zugleich testamentarischer Erbe.«¹⁰⁸ Das Schema ist sehr allgemein, doch in seiner Ausführung hat Gans etliche konkrete Verhältnisse

102 Siehe ebenda, 31–33, 73.

103 Ebenda, 30.

104 Ebenda, 31.

105 HEGEL, Grundlinien (Fn. 42), § 162, S. 310. Vgl. § 163, S. 313: »Das Sittliche der Ehe besteht in dem Bewusstsein dieser Einheit als substantiellen Zweckes, hiermit in der Liebe, dem Zutrauen und der Gemeinsamkeit der ganzen individuellen Existenz.«

106 ER II, 33.

107 Vgl. ebenda, 34.

108 ER II, 415.

109 Ebenda, 72.

110 Kap. 2: Das System der Willkür oder das testamentarische Erbrecht (145–240); Kap. 3: Das System der Familie, oder das Intestaterbrecht (241–408); Kap. 4: Die Identität beider Systeme (409–450). Es fällt auf, dass Gans, als es um die Ausführung dieser Periodisierung ging, eine wichtige Variante einführte. Die beiden Prinzipien der Willkür und der Familie werden in der Tat in der zweiten Periode der römischen Rechtsgeschichte zusammengezogen, die dann in drei Schritte unterteilt wird, von denen jeder ein besonderes Verhältnis der Form der erbrechtlichen Bestimmungen zu dem Inhalt derselben darstellt (74 ff.). Die ersten zwei werden von der Willkür beherrscht, während im dritten »die substantiellen Forderungen des Familienrechts« (74) zur Geltung kommen. Jedem dieser Schritte entspricht eine besondere Vorgehensweise der Erbfolge: Das *testamentum per aes et libram* zum ersten, die willkürliche Befugnis zur *dishereditatio* und die *bonorum possessio secundum tabulas* zum zweiten, die *querela inofficiosi testamenti* zum dritten.

111 ER II, 31. Siehe auch ER II, 142.

112 Vgl. »G. F. P.« (= GEORG FRIEDRICH PUCHTA), Rez. zu E. Gans, Das Erbrecht in weltgeschichtlicher Entwicklung, Bde. 1–2, in: Jahrbücher der gesamten deutschen juristischen Literatur 1 (1826) 1–43 (35). Vgl. ebenda, 4 (Willkürlichkeit der historischen Deduktionen Gans'), 21 f. (Gans schiebt den Römern seinen Begriff der Familie unter), 28 (Gans' Schwierigkeit mit den Details des römischen Erbrechts), 30 (Oberflächlichkeit bei der Darstellung der römischen Ehe).

113 So beklagte August Boeckh, der keine persönliche Abneigung gegen Gans fühlte, in einem Brief vom 24. Januar 1824 an E. Müller die »Philosophie« des 1. Bandes, die die geschichtliche Wirklichkeit verdunkelt: vgl. BENEDETTO BRAVO, Philologie, histoire, philosophie de l'histoire, Cracovie 1968, 78. Von einem »dogmatisme fier et tranchant« bei Gans,

berücksichtigt, wie vor allem die sehr wichtige Tatsache, dass es eine Frühphase der römischen Geschichte gab, in welcher die »Differenz« der beiden Erbfolgesysteme »noch nicht vorhanden« war.¹⁰⁹ Jedes der drei allgemeinen Momente wird dann in einem dazu bestimmten Kapitel erörtert.¹¹⁰

Was andererseits die soziale Seite der Problematik anbelangt, wird in der Einleitung zum zweiten Abschnitt bemerkt, im römischen Erbrecht seien zum einen »das Plebejische oder freie Moment [...], oder die testamentarische Erbfolge«, zum anderen »das Patrizische, oder strenge Moment, oder die Intestaterbfolge« zu erkennen: »In diesen beiden Seiten ist die Römische Geschichte nicht weniger charakterisiert, als in den politischen Kämpfen der Patrizier und Plebejer.«¹¹¹

Gans beabsichtigte damit, seine Untersuchung auf die konkreten Konturen der römischen Geschichte zu beziehen, d. h. auf ihre Umwandlungen und auf ihre gesellschaftlichen Träger. Eine solche Beziehung war für ihn deswegen entscheidend, weil er auf diese Weise seine Fachgenossen überzeugen wollte, dass die spekulative Bearbeitung der Rechtsgeschichte keine Leugnung der historischen Tatsachen und Verhältnisse nach sich zog. Der Erfolg dieser Absicht war aber sehr gering. Gans wurde von vielen Seiten vorgeworfen, dass er den Sinn der Quellen zugunsten abstrakt erdachter Vorstellungen regelmäßig verfälsche. Sein bissigster Gegner, Georg Friedrich Puchta, schloss seine Besprechung der ersten zwei Bände mit einer Verurteilung der Methode der »Hegelianer« auf dem Gebiet der Rechtsgeschichte: »Er ist die Alles verzehrende, alles Mannigfaltige, – nicht zu einer wahren Einheit bringende, sondern vernichtende Leerheit.«¹¹² Scharfe Kritik kam sogar von Freunden sowie von Gelehrten, die nicht der historischen Schule angehörten.¹¹³ Es war übrigens Gans selbst, der sich dieser Anklage aussetzte. Er hatte seine Polemik gegen die »äußere« Geschichtsbetrachtung so weit geführt, dass man im *Erbrecht* lesen konnte, die »äußerliche Gestalt« oder die »Organe« der beiden gegensätzlichen Prinzipien der römischen Geschichte seien als »vollkommen gleichgültig« zu erachten.¹¹⁴

Gans' herablassende Einstellung gegenüber dem Gehalt und den Bedingungen rechtshistorischer Arbeit hat dazu beigetragen, sein Vorhaben zu diskreditieren. Dieses war aber keineswegs »zu Kompromissen nicht bereit«, wie seit langer Zeit das Urteil über Gans lautet.¹¹⁵ Gans zog eine klare Trennlinie innerhalb der

nach dem »l'histoire n'est [...] que la preuve d'une théorie«, sprach der französische Rechtsgelehrte EUGÈNE LERMINIER, Introduction générale à l'histoire du droit, Bruxelles 1829, Appendice, 108a, 110a. Noch härter ist Lerminiers Urteil über den 2. Abschnitt: »son exposition du droit de succession romaine n'est qu'un enchaînement d'abstractions et de formules dépourvues de toute vie« (120b).

114 ER I, Einleitung, 19. Ähnlich ebenda, 10 f. Die Tatsache, dass laut den Quellen »das *jus gentium* nicht gerade plebejisches, das *jus civile* nicht gerade patricisches Recht ist«, wird dadurch beschleunigt, dass »die notwendige Idee, welche in der Römischen Geschichte die des Gegensatzes ist, sich ihre Organe beliebig bildet, und dass von dem äußeren Nexus der Letzteren gar nicht gegen die

Rechtswissenschaft damaliger Zeit. Auf die eine Seite stellte er alle Rechtsgelehrten, die die begriffliche, sinn-orientierte Dimension ihrer Wissenschaft anerkannten oder zumindest nicht leugneten. Auf der anderen sah er die Pfleger und Förderer der bloßen Faktizität, die jede Frage nach Sinn und Geltung des bestehenden Rechts von sich weisen wollten. Nun war Gans sicher zu keinem Kompromiss mit dieser letzten Tendenz bereit, die er in Savignys Programm und Tätigkeit verkörpert sah. Dagegen suchte er gewiss ein Bündnis mit jedem Fachgenossen, der den philosophischen und den politischen Aspekt nicht aus der Disziplin vertrieben sehen wollte. So tadelte er zwar die »äußerliche Darstellung« in der Rechtsgeschichte, aber nicht unbedingt, sondern nur, wenn eine derartige Darstellung nicht »im Interesse des Begriffs« geführt wurde.¹¹⁶ Oder er erklärte, wenn man in der vergleichenden Methode von dem »einzig richtigen Wege in den positiven Wissenschaften« ausgehe, »so kann es fast für den Begriff der Sache vollkommen gleichgültig erscheinen, ob die einzelnen Arbeiten, die auf diese Weise ans Licht getreten sind, gerade die Form des Begriffs zu wählen für gut fanden, oder ob die Vergleichung mehr die ungebundene Form der Reflexion oder des Raisonnements, oder die andere der unmittelbar erzählenden Darstellung vorgezogen hat«.¹¹⁷ Der angeführte Grund ist einleuchtend: »Der Begriff braucht nicht immer in der Form des Begriffs aufzutreten, um dennoch gehandelt, und für das Höchste gehalten zu werden.«¹¹⁸ Das war ein eindeutiges Mitarbeitsangebot an die damaligen Rechtshistoriker.

VIII. *Das römische Recht als Spannungsfeld zwischen Rechtswissenschaft und Philosophie*

Gans war nicht in der Lage, so heterogene und teilweise abweichende Quellen wie Hegels Philosophie der Geschichte, Niebuhrs römische Geschichte und noch dazu eine große Menge historischer und dogmatischer Abhandlungen über das römische Erbrecht in einem Ganzen auszuarbeiten. Sein Hauptansatz, den geschichtsphilosophischen Begriff der römischen Welt durch die Kenntnisse der Romanistik zu beweisen und inhaltlich zu füllen, war demzufolge zum Scheitern bestimmt.

Nichtsdestoweniger und trotz aller Naivität bei der konkreten Durchführung soll die Mannigfaltigkeit und Komplexität der

Idee geschlossen werden könne (ebenda, 21 f.).« Weitere Beispiele derselben Art könnten leicht vermehrt werden.

115 So FRANZ WIEACKER, *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit*, Göttingen 1952, 244.

116 Vgl. ER I, Vorrede, XXXVII, mit Bezug auf seine eigene Leistung im ersten Abschnitt des Werkes.

117 Ebenda, XVII.

118 Ebenda.



historischen Perspektive in Gans' *Erbrecht* hervorgehoben werden. Das eigentliche Thema des Werks bezieht sich auf ein ungewöhnlich breites Blickfeld, das sowohl die römische Geschichte als ganze wie auch die historische Umwandlung des römischen Rechts in sich einschließt. So schreibt Gans in Bezug auf die ersten zwei Bände: »Die erste Aufgabe ist also die, das Römische Erbrecht seinem Werden nach darzustellen, die zweite, es als ein Gewordenes zu begreifen.«¹¹⁹

Neben einer geschichtlichen bietet *Das römische Erbrecht* auch eine dogmatische Betrachtung des Stoffes. Jener ist das erste Kapitel – *Das Römische Erbrecht nach der Seite seiner Bewegung* – gewidmet, die gleichzeitig eine Übersicht über die einschlägige juristische Literatur enthält. Hier werden die Thesen von Thomasius, Heineccius, Trekell, Schrader, Schott und Dernburg über die älteren Formen der römischen Testamente erläutert und diskutiert.¹²⁰

Der dogmatischen Betrachtung sind dagegen die folgenden drei Kapitel (Kap. 2–4), d. h. der umfangreichste Teil des zweiten Bandes gewidmet. Auch in diesem Fall versucht Gans, für seine systematische Anordnung des Stoffes eine Rechtfertigung aus der Natur der Sache heraus zu finden. Und auch hier fallen die aufbauende und die polemische Seite seines Werkes zusammen. Er erklärt anderswo, die spätere Phase der römischen Geschichte sei von dem »Schwachwerden« des aristokratischen und des »demokratischen« Moments gekennzeichnet. Gegenüber der absoluten Macht des Kaisers, eines *legibus solutus* Despoten, verloren sowohl das Prinzip der Willkür wie auch das der Naturnotwendigkeit ihre ursprüngliche Kraft.¹²¹ Die Römer waren jetzt nicht mehr Mitglieder dieser oder jener sozialen Gruppe, sondern hauptsächlich alle gleich Untertanen einer entfremdeten, autokratischen Gewalt: »Aus der Freiheit, welche im Kampfe lag ist nun die Welt des Vielen und des Einen hereingebrochen, aber nicht in der ursprünglichen Kraft, Orientalischer Naturherrschaft, sondern als die bloß leere Negation des Gegensatzes. Die Römische Welt, deren Wesen und deren Freiheit dieser Kampf war, ist in diesem Sinne herabgekommen und in ihrem Verfall.«¹²² Der damit verbundene Untergang der *res publica* wird von dem Zurücktreten der Bürger in das neu erfundene Privatleben begleitet. Mit feiner Einsicht unterscheidet Gans diesen neuen Individualismus von der früheren Lebensform: »Es ist nicht mehr die Partei, der das Individuum ihr Recht unterordnet, wodurch denn selbst das Privatrechtliche die

¹¹⁹ ER I, 48.

¹²⁰ Vgl. ER II, 37–46. Gans spricht hier folgende Werke an: CHRISTIAN THOMASIUS, *Prima initia successionis testamentariae apud Romanos* (1705), in: DERS., *Dissertationes academicae varii imprimis iuridici argumenti*, in 4 vol., Halae M. 1773–1780, vol. 2 (1774), 1034–1047; JOHANN GOTTLIEB HEINECCIUS, *De origine testamenti factionis et ritu testandi antiquo* (1726), in: DERS., *Opera omnia*, in 9 vol., Genevae, vol. II, 495 ff.; ALBRECHT DIETRICH TREKELL, *De origine et progressu testamenti factionis*, Lipsiae 1739; AUGUST FRIEDRICH SCHOTT, *Opuscula juridica*, Lipsiae 1770; HEINRICH EDUARD SCHRADER, *Rechtsgeschichtliche Bemerkungen*, in: *Civilistisches Magazin* 5 (1825) 140–189; JAKOB HARTWIG DERNBURG, *Beiträge zur Geschichte der Römischen Testamente*, Bonn 1821. Nach Dernburg (einem Schüler und Anhänger Savignys) war die Privatwillkür des Testators schon in den älteren Zeiten Roms bin-

dend. Gegen diese Ansicht nimmt Gans die Position der Kommentatoren des 18. Jahrhunderts wieder ein: Die *testamenta calatis comitiis* und *in procinctu condita*, die schon vor den zwölf Tafeln ange-rufen wurden, waren eigentlich keine Testamente, sondern Volksbeschlüsse bzw. Gesetze, und zwar solche, die eine Adoption bestätigten sollten (gegen Gans' Mutmaßung wendet sich PUCHTA, Rez.

zu *Das Erbrecht in weltgeschichtlicher Entwicklung* [Fn. 112] 21–23). In den Anmerkungen zu Kap. 1 des ERs werden noch etliche weitere Kommentatoren aus vier Jahrhunderten erwähnt.

¹²¹ ER I, Einleitung, 6–9.

¹²² ER II, Einleitung, 20. Hier nennt Gans HEGELS Grundlinien, § 358, als seine Quelle zur Spätphase der römischen Welt (ebenda, 21, Anm. 9).

Farbe des Öffentlichen erhält, sondern das Höchste ist das Individuum selbst.«¹²³ Das »plebejische« Prinzip der Willkür, welches das ältere testamentarische Erbrecht geprägt hatte, war also für die Entstehung des Privatlebens nicht verantwortlich, denn es gründete sich noch auf die Einheit und Verschmelzung der privaten und der öffentlichen Sphären menschlichen Handelns. Die Dimension des »Privaten« konnte sich erst nach dem Untergang der republikanischen Staatsform entwickeln, als die in Untertanen des Kaisers verwandelten Bürger nur noch ihre besonderen Interessen als Einzelne wahrnahmen.

Nun, gerade die spätrömische Ausformung des Privatlebens »in seiner ganzen Nuancierung« ist als die wirkliche Ursache der Entstehung des Privatrechts anzunehmen, d. h. einer geistigen Konstruktion, die der vorrömischen Antike und auch dem republikanischen Zeitalter Roms völlig unbekannt geblieben war.¹²⁴ Die Entwicklung der Jurisprudenz zur gelehrten Tätigkeit und zur gebildeten Disziplin, die in die Kaiserzeit fällt, ist deswegen für ein Zeugnis des Niedergangs dieser Welt zu halten, wie Gans gegen Savignys Bewunderung der »isolierten Trefflichkeit« des Privatrechts in der Kaiserzeit hervorhebt.¹²⁵

Nach Gans ist es nun gerade diese geistige Neuerscheinung gewesen, die die dogmatische Betrachtung des Erbrechts ermöglicht hat:

»In der letzten Periode, als in welcher die Herrschaft des letzten Moments, der Identität beider Seiten hervortritt, ist aber notwendig eine Koexistenz aller drei Momente vorhanden, weil die Identität notwendig das Bestehen der beiden zu verbindenden Seiten voraussetzt. So wird also eine doppelte Betrachtung notwendig, die Bewegung der einzelnen Seiten gegen einander in der Zeit, oder die Verbindung der Seiten mit den Geschichtsperioden, dann aber die Betrachtung der Koexistenz dieser drei Seiten als fester und typischer. Die eine Betrachtung kann man die *rechtsgeschichtliche*, die andre die *dogmatische* nennen.«¹²⁶

In der römischen Kaiserzeit mündet die Rechtsgeschichte in die Rechtsdogmatik.

Dieser Schluss leitet zu einer letzten Bemerkung an. *Das römische Erbrecht* ist nicht nur eine »Abhandlung der (universalen) Rechtsgeschichte«, wie der Untertitel lautet, sondern will gleichzeitig eine dogmatische Behandlung dieses Teils des römischen Rechts sein. Dass diese Behandlung an einem geschichtsphilosophischen Leitfaden verfasst wurde, folgt aus dem eben Gesagten.

123 Ebenda, Einleitung, 26.

124 Ebenda, 26 f. Vgl. auch ER I, Einleitung, 15–18.

125 Vgl. ebenda, Anm. 3; ER II, Einleitung, Anm. 14. Gans wendet sich hier gegen G. HUGOS Lehrbuch der Geschichte des römischen Rechts bis auf Justinian, 7. Aufl., Berlin 1820, 583 f., und SAVIGNYS Geschichte des römischen Rechts im Mittelalter, Bd. 1, Heidelberg 1815, 4 f. Gans' Ein-

wand gegen Hugo und Savigny ist ein doppelter: (1) Ihre Bewunderung des hohen Niveaus der Jurisprudenz während der Kaiserzeit verschweige die Tatsache, dass eine solche Blüte mit dem Niedergang des römischen Staats, mit dem förmlichen Sieg der »Habsucht« innig verknüpft war; d. h. um ihres eigenen disziplinären Interesses willen entstellen sie das gesamte Bild der späteren römi-

schen Geschichte. (2) Die Beschränkung ihrer Analyse auf die Entwicklung der Rechtswissenschaft zwingt sie, die gesamthistorischen Gründe jener Blüte völlig zu vernachlässigen und dafür nur sehr unzureichende Erklärungen anzugeben, wie »das größere literarische Bestreben damaliger Zeit« oder die Tatsache, dass »die Redekunst keine Ehre mehr brachte« (ER II, Einleitung, Anm. 14).

126 ER II, 34 f.

Was die letzte Periode betrifft, die von der Erschlaffung der Gegensätze gezeichnet ist, bemerkt Gans, hier sei die abstrakte Identität der testamentarischen und der Intestaterbfolge hervorgetreten: hier bemerkt man, »dass die Willkür sich bequem, auf ein Substantielles Rücksicht zu nehmen, und dass die substantielle Forderung einen Vertrag mit der Willkür schließt«. ¹²⁷ Es erhebt sich dann die Frage, aus welchen Gründen sich Gans eigentlich dazu verpflichtet glaubte, einem rechtshistorisch gedachten Werk einen dogmatischen Teil hinzuzufügen.

Man muss, um eine Antwort zu finden, die Besonderheiten des römischen Rechts in Betracht ziehen. In der allgemeinen Vorrede führt Gans zwei Gründe für seine Entscheidung an, die Abhandlung nicht nur »als das Erbrecht in weltgeschichtlicher Entwicklung, sondern auch als das Römische Erbrecht in seiner Stellung zu vor- und nachrömischen« zu verfassen. Der erste ist rein pragmatischer Natur und verrät Gans' kluge, wohlüberlegte Berücksichtigung seines Publikums: Er wollte nämlich »an die gewöhnliche Vorstellung, welche, wenn vom Erbrecht die Rede ist, meist das Römische meint«, anknüpfen und das mit dem Ziel, »eine neue Behandlungsweise auf dem Grund und Boden der alten zu eröffnen«. ¹²⁸ Gans war sich der fortdauernden Wichtigkeit und des Ansehens des römischen Rechts in der juristischen Ausbildung (und natürlich auch im geltenden Recht) seiner Zeit vollkommen bewusst. Der zweite Grund dagegen liegt in der Natur der Sache: »Rom aber kann gleichsam als der Mittelpunkt der gesamten Geschichte angesehen werden«, denn es ist sowohl die Vereinigung der beiden Prinzipien der antiken Welt als auch, durch ihre Krise, der Beginn der christlichen Ära, d. h. der neueren Geschichte überhaupt. ¹²⁹

Das hat aber noch mit der römischen Welt im Allgemeinen zu tun. In der Einleitung zum zweiten Abschnitt wird der Diskurs spezifischer. Hier liest man:

»In Rom ist es, wo das Recht zum ersten Mal in seiner vollkommener Selbstständigkeit, unabhängig und geschieden von allen andren Sphären, so wie zur Unterscheidung und Gliederung, innerhalb seiner gelangt auftritt. Rom ist nicht die Welt des absoluten Geistes, nicht die Welt der Religion, der Kunst und Wissenschaft [...]. Die Liebe zur Griechischen Kunst und Wissenschaft, ist selbst schon das Außersichsein und der Verfall Roms. [...] Hat aber der absolute Geist und seine Formen in Rom keine Herrschaft errungen, so ist es grade der objektive Geist, die Welt des Staates und ihre Verwirklichung welche die Römer

¹²⁷ Ebenda, 34.

¹²⁸ ER I, Vorrede, XXXV f.

¹²⁹ Ebenda, XXXVI.

zu ihren Organen gemacht hat. Mit dem Staate dessen Wahrheit, so weit diese im Altertum allein möglich wird, Rom ist, ist aber auch zugleich das Dasein des Rechts gesetzt; das Recht hat nicht bloß selbstständiges Gelten in Rom errungen, sondern Rom ist die Welt des Rechts selbst. Das Recht hat alle andere Sphären des Lebens verdrängt, oder Rom ist auch, wie man sich ausdrücken kann, bloß die Welt des Rechts.«¹³⁰

An dieser Stelle taucht Gans' methodologischer Ansatz am eindeutigsten auf. Der Gedankengang kann in drei Sätzen zusammengefasst werden: (1) Erst in Rom hat das Recht selbstständige Geltung errungen; (2) Rom ist die Welt des Rechts selbst; (3) Rom ist bloß die Welt des Rechts. Der erste Satz folgt aus einem Vergleich zwischen römischer und vorrömischer (vor allem griechischer) Welt. Dieser Vergleich hat eine rein empirische Grundlage, denn er stützt sich direkt auf die Quellen. Der weitere Schritt ist dagegen geschichtsphilosophischer Art. Von dem Ergebnis jenes Vergleichs ausgehend behauptet Gans, dass das Recht nicht nur ein wesentliches Merkmal der römischen Welt, sondern seine Eigenart im Ganzen der Weltgeschichte ist. Dass es eine solche Eigenart geben müsse, gilt als Postulat: »In der Natur fortschreitender Bewegung liegt es aber, dass das sich Bewegende in jedem Momente eine neue Gestaltung annimmt.«¹³¹

Das heißt, das vergleichende Verfahren mündet nicht in allgemeinen Schlussfolgerungen oder in dem Herausfinden von Regelmäßigkeiten, wie es z. B. für einen Anselm Feuerbach selbstverständlich war.¹³² Im Gegenteil, die Folge des Vergleichs ist die Entdeckung der absoluten Individualität jeder Stufe der geschichtlichen Entwicklung, und sodann die Bestätigung der ersten, unmittelbaren Bezugnahme auf die Sache. Was die »äußere« (empirische) Kenntnis der Geschichte von der »inneren« (spekulativen) Erkenntnis derselben unterscheidet, ist gerade darin zu sehen, dass das, was zuerst als ein wesentliches Prädikat der Sache gilt (erster Satz), dann als ihr Begriff entdeckt wird (zweiter Satz), oder auch: Was am Anfang als Beschreibung der Sache erscheint, wandelt sich endlich in ihre stabile Definition um.

Diese geschichtsphilosophische Definition bleibt nicht in sich begrenzt. Sie wird vielmehr mit der anderen Seite der Rechtswissenschaft, der Rechtsphilosophie, in Zusammenhang gebracht. Die Rechtsphilosophie ist zwar ein Produkt der Geschichte, aber andererseits steht sie der Geschichte gegenüber, so wie das Natur- oder Vernunftrecht den verschiedenen positiven Rechten. Dass Rom die

dann eng mit der Geschichtskennntnis verbunden sein. Durch die Vergleichung der Gesetzgebungen aller Völker sollte diese zum *genus* des Rechts, zum Allgemeinen, gelangen, und damit zur echten Wissenschaftlichkeit (620 f.). Darüber ausführlich HEINZ MOHNHAUPT, Universalgeschichte, Universal-Jurisprudenz und rechtsvergleichende Methoden im Werk P. J. A. Feuerbachs, in: DERS., Historische Vergleichung im Bereich von Staat und Recht, Frankfurt a. M. 2000, 437–470.

130 ER II, Einleitung, 22 f. Diese Besonderheit wird dem griechischen Geist gegenüber gelten gelassen: In Griechenland war das Privatrecht noch mit dem Staatsrecht »vermischt«, das Recht war sogar »ein bloßes Staatsrecht« (ebenda).

131 ER I, Vorrede, XXXIV.

132 Vgl. P. J. A. FEUERBACH, Idee und Notwendigkeit einer Universaljurisprudenz, in: DERS., Biographischer Nachlaß, in 2 Bänden,

Leipzig 1853, Bd. 2, Anhang, dann in LUDWIG FEUERBACH, Gesammelte Werke, hg. von WERNER SCHUFFENHAUER, Bd. 12, Berlin (Ost) 1989, 617–633. Im Gegensatz zu der gewöhnlichen positiven Rechtswissenschaft, d. h. der Rechtskunde, richtet sich die allgemeine positive Rechtswissenschaft, oder Universaljurisprudenz, auf die »Ganzheit der Staaten und Völker« (618). Sie muss

Welt des Rechts ist, heißt demzufolge, vom Standpunkt des Naturrechts aus, dass »alle anderen Kreise ihr Recht verlieren, um das Recht als Alleinherrscher dastehen zu lassen.«¹³³ Aus dieser Perspektive lässt sich der dritte oben angeführte Satz rechtfertigen: Rom ist *bloß* die Welt des Rechts. Das bringt die Folge mit sich, dass die »Gleichzeitigkeit« des römischen Privatrechts, seines fortlebenden Ruhmes unter den Juristen, Gefahr läuft, höhere sittliche Interessen zu unterlassen. So schreibt Gans am Anfang des zweiten Kapitels, mit eindeutigem Bezug auf Hegels Definition der Willkür: »Der Wille, als dessen Ausdruck das Testament gefasst wird, ist nicht der konkrete Wille, das Wollen dessen was an und für sich recht ist, sondern der rein abstrakte Wille, die Willkür.«¹³⁴ Zusammenfassend: Einerseits erkennt Gans die technische Trefflichkeit und sogar die formelle Anwendbarkeit des römischen Rechts an, andererseits vergleicht er es mit dem »abstrakten Recht« von Hegels Rechtsphilosophie, d. h. mit einer noch unreifen Stufe des praktischen Geistes. An folgender Stelle hat Gans diese beiden Elemente miteinander verknüpft:

»Das Römische Recht ist daher das Unübertrefflichste, wo diese Verstandskonsequenz überhaupt an ihrem Platze ist, in dem abstrakten Recht als solchen, in der Lehre vom Eigentum und von den Verträgen. Weil aber der Verstand die Sittlichkeit nicht zu erzeugen im Stande ist, so tritt in allen Lehren, welche nicht innerhalb des abstrakten Rechts fallen, die Unangemessenheit des bloß Formellen, sich an die Sittlichkeit zu machen, hervor, und das Römische Recht wird zu einem, gegen die weiter geschrittene Sittlichkeit, abstechenden Ganzen.«¹³⁵

Durch diese theoretische Synthese gewinnt man eine genauere Vorstellung des Vorhabens, das den zentralen Kapiteln des *Römischen Erbrechts* unterliegt. Die »dogmatische Betrachtung« desselben war nicht nur ein Essay der Rechtsgeschichte. Sie war zu gleicher Zeit ein System des Erbrechts, aber ein System, wie es nicht die Vernunft, sondern der Verstand ausbilden kann. Ein solches Unternehmen wurde von zwei Zwecken geleitet. Gans wollte auf der einen Seite die ganze Lehre des römischen Erbrechts in einer neuen, wissenschaftlicheren Fassung erarbeiten. Auf der anderen Seite beabsichtigte er, die zeitgenössischen Juristen mit der Unzulänglichkeit dieser Lehre für die sittlichen Herausforderungen der Gegenwart zu konfrontieren.

Corrado Bertani

¹³³ ER II, Einleitung, 23.

¹³⁴ ER II, 147. Gans stützt sich hier auf folgende Stellen: HEGEL, Grundlinien (Fn. 42) § 15, S. 66: Die Willkür ist die Freiheit des Willens, »in welcher dies beides enthalten ist, die freie von allem abstrahierende Reflexion und die Abhängigkeit von dem innerlich oder äußerlich gegebenen Inhalt oder Stoffe«; und ebenda, §§ 19–21 (§ 21: »die sich selbst bestim-

mende Allgemeinheit, der Wille, die Freiheit«). Vgl. auch den – von Gans später in der 2. Ausgabe der Grundlinien (1833) eingefügten – Zusatz zu § 15, S. 67.

¹³⁵ ER II, Einleitung, 23.