

Schriften zur Rechtsgeschichte

---

Band 207

**Der Schatten des Wanderers –  
Einzelfall, Rechtswandel und  
Fortschritt in Rudolf von Jherings  
Lehre vom Rechtsgefühl**

Herleitung eines Mehrebenenmodells  
seines komplexen Rechtsgefühlsbegriffs

Von

Josefa Birr



Duncker & Humblot · Berlin

JOSEFA BIRR

Der Schatten des Wanderers – Einzelfall, Rechtswandel und  
Fortschritt in Rudolf von Jherings Lehre vom Rechtsgefühl

Schriften zur Rechtsgeschichte

Band 207

# Der Schatten des Wanderers – Einzelfall, Rechtswandel und Fortschritt in Rudolf von Jherings Lehre vom Rechtsgefühl

Herleitung eines Mehrebenenmodells  
seines komplexen Rechtsgefühlsbegriffs

Von

Josefa Birr



Duncker & Humblot · Berlin

Die Juristische Fakultät der Georg-August-Universität Göttingen hat diese Arbeit  
im Jahre 2021 als Dissertation angenommen.

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek

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

Alle Rechte vorbehalten  
© 2022 Duncker & Humblot GmbH, Berlin  
Satz: Klaus-Dieter Voigt, Berlin  
Druck: CPI books GmbH, Leck  
Printed in Germany

ISSN 0720-7379  
ISBN 9978-3-428-18649-5 (Print)  
ISBN 978-3-428-58649-3 (E-Book)

Gedruckt auf alterungsbeständigem (säurefreiem) Papier  
entsprechend ISO 9706 ☼

Internet: <http://www.duncker-humblot.de>

*Gewidmet meinen Liebsten*



## Vorwort

Die vorliegende Arbeit ist während meiner Tätigkeit als Wissenschaftliche Mitarbeiterin am Göttinger Lehrstuhl für Römisches Recht, Bürgerliches Recht und Neuere Privatrechtsgeschichte (Institut für Grundlagen des Rechts) entstanden. Sie wurde im Herbst 2021 abgeschlossen und von der Juristischen Fakultät der Georg-August Universität zu Göttingen als Dissertation angenommen.

Den zahlreichen Personen, die mich während meiner Promotionszeit unterstützt haben, möchte ich an dieser Stelle danken.

Mein besonderer Dank gilt zunächst meiner Doktormutter, Frau Professorin Dr. *Inge Hanewinkel*, die das Thema meiner Dissertation angeregt, die Arbeit betreut und mir als langjährige Mitarbeiterin ihres Lehrstuhls zugleich die Möglichkeit gegeben hat, wertvolle fachliche und persönliche Erfahrungen zu sammeln. Mein Dank gilt ferner Herrn Dr. *Nikolaus Linder*. Ihm danke ich insbesondere für zahlreiche anregende Gespräche und weiterführende Diskussionen.

Gerne erinnere ich mich an unsere gemeinsame Jhering-Tagung in Krakau.

Herrn Professor Dr. *Ulrich Falk* danke ich für die rasche Erstellung des Zweitgutachtens und Frau Professorin Dr. *Eva Schumann* für die Übernahme des Prüfungsvorsitzes.

Bedanken möchte ich mich ebenfalls bei der Strohmeier-Stiftung (Universität Göttingen) für die großzügige finanzielle Förderung bei der Drucklegung dieser Arbeit.

Für die freundliche Aufnahme in dieser Schriftenreihe gebührt dem Verlag Duncker & Humblot mein Dank.

Allen Mitarbeiter\*innen des Lehrstuhls möchte ich für das freundschaftliche Arbeitsumfeld und die abwechslungsreiche Zeit bedanken. Besonders hervorzuheben sind dabei *Leonie Lehlbach* und *Patrick Schneegans*.

Mein besonderer Dank gilt ferner meiner ehemaligen Kollegin und Freundin *Olga Schwarz*. Ihr danke ich nicht nur für unzählige intensive Gespräche, sondern viele schöpferische Lauf-Pausen während unseres gemeinsamen Lehrstuhldaseins.

Von ganzem Herzen danken möchte ich meiner geschätzten Freundin *Lisa Carlotta Blume*. Ihr danke ich für ihr mühevolleres und konstruktives Lektorat, darüber hinaus für ihre einzigartige, bedingungslose Unterstützung und unsere innige Freundschaft.



Mein ganz besonderer Dank gilt meinem Partner, *Edgar Starodubec*, der immer ein offenes Ohr in Phasen des Hochs wie auch des Tiefs hatte und mich insbesondere auf dem letzten Teil des Weges mit seinem steten Zuspruch und seiner Liebe unterstützte.

Der größte Dank gebührt schließlich meiner Familie: meiner Großmutter, *Ilse Teichmann*, und vor allem meiner Schwester und besten Freundin, *Henriette Birr*, sowie meinen Eltern, *Ingrid* und *Friedhelm Birr*, ohne deren unersetzliche Liebe und vorbehaltlosen Rückhalt – seit jeher und in jeder erdenklichen Hinsicht – die Erstellung dieser Arbeit nicht möglich gewesen wäre.

Göttingen, im September 2022

*Josefa Birr*

## Inhaltsverzeichnis

<b>Einleitung</b> .....	13
I. Forschungsinteresse .....	13
II. Forschungsstand und -desiderat .....	15
1. Stand der Forschung zu Jhering allgemein .....	15
2. Stand der Forschung zu Jherings Rechtsgefühl .....	16
III. Ziel und Gang der Untersuchung .....	18
<b>A. Der Jurist Jhering</b> .....	21
I. Jhering und die Historische Rechtsschule .....	21
1. Gegenseitige Emanzipation von Rechtsdogmatik und Rechtsgeschichte .....	26
2. Überwindung der Volksgeistlehre .....	35
3. Kampf gegen die Begriffsjurisprudenz .....	43
4. Forderung nach vereinter Tätigkeit von Theorie und Praxis .....	51
II. Jherings rechtswissenschaftliche Methode .....	54
1. Rechtshistorische Methode .....	57
2. Rechtsdogmatische Methode – „Die höhere Jurisprudenz oder die naturhistorische Methode“ .....	60
3. Methodenkritische Wende .....	66
<b>B. Allgemeine Phänomenologie des Rechtsgefühls in den Wissenschaften</b> ....	76
I. Etymologie des „Rechtsgefühls“ .....	77
1. Erstes Auftreten des Begriffs „Rechtsgefühl“ .....	78
2. Kompositum aus den Worten „Recht“ und „Gefühl“ .....	81
3. Abgrenzung zu semantischen Derivaten .....	83
II. Das Rechtsgefühl in den Nachbarwissenschaften .....	85
1. Rechtsgefühl in der schönen Literatur und Dichtung .....	86
2. Rechtsphilosophische Lehren über das Rechtsgefühl .....	94
3. Objektivierung des Rechtsgefühls durch die Physiologie und Psychologie .....	101
III. Die Bedeutung des Rechtsgefühls im juristischen Diskurs .....	106
1. Historische Rechtsschule und Volksgeist .....	107
2. Hinwendung zur naturwissenschaftlichen Erkenntnismethode des Rechts .....	112
3. Neues Detailinteresse zu Beginn des 20. Jahrhunderts .....	118

<b>C. Exemplarische Fallstudien zum Jheringschen Rechtsgefühl</b> .....	127
I. Die Gerichtspraxis .....	128
II. Jherings Anwendung des Rechtsgefühls am Rechtsfall .....	131
1. Der Schiffspartenfall .....	132
2. Der Oheim-Fall .....	134
a) Fall- und Prozessgeschichte .....	135
b) Jherings rechtliche Beurteilung der Streitsache .....	138
c) Folgerungen für das Jheringsche Rechtsgefühl .....	141
3. Der Lucca-Pistoja-Eisenbahnstreit und -Actienstreit .....	142
4. Der Rechtsstreit Weise wider Zech .....	145
5. Sonstige Rechtsfälle .....	147
a) Das Rechtsinstitut der culpa in contrahendo .....	147
b) Der Rechtsstreit mit seinem Dienstmädchen Caroline Kuhl .....	149
c) Das Rechtsinstitut ‚Kauf bricht Miete‘ .....	153
III. Jherings Methode der Falllösung .....	154
IV. Das Rechtsgefühl des Richters .....	156
<b>D. Chronologische Analyse des Rechtsgefühls in Jherings wissenschaftlichem Gesamtwerk</b> .....	160
I. Jherings Begriff des Rechts .....	161
II. Die Entwicklung des Jheringschen Rechtsgefühlsbegriffs .....	165
1. Geist des römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung .....	166
2. Ist die Jurisprudenz eine Wissenschaft? .....	172
3. Der Kampf um’s Recht .....	174
4. Der Zweck im Recht .....	179
5. Ueber die Entstehung des Rechtsgefühles .....	184
6. Einleitung zur Entwicklungsgeschichte des römischen Rechts .....	188
<b>E. Mehrebenenmodell des Jheringschen Rechtsgefühls</b> .....	190
I. Ursprung des Rechtsgefühls .....	191
II. Verhältnis von Recht und Rechtsgefühl .....	196
III. Die affektive und kritische Funktion des Rechtsgefühls .....	199
1. Die affektive Form .....	201
2. Die kritische Funktion .....	202
3. Zwischenfazit .....	203
IV. Träger des Rechtsgefühls .....	204
V. Das Ideal – Die höchste Ausbildung des Rechtsgefühls .....	206
VI. Die Bedeutung des Jheringschen Geschichtsverständnisses für sein Verständnis vom Rechtsgefühl .....	209
VII. Synergieeffekt von subjektiven und objektiven Anteilen des Rechtsgefühls .....	213

<b>Ergebnis</b> .....	217
I. Fazit .....	217
II. Ausblick .....	224
<b>Anhang: Rudolf Jherings Gutachten zum Oheim-Fall</b> .....	230
<b>Quellen- und Literaturverzeichnis</b> .....	246
<b>Stichwortverzeichnis</b> .....	286



# Einleitung

## I. Forschungsinteresse

„Das Recht ist nicht bloß Sache des Wissens, sondern vor allem des Gefühls, des Sinns für Gerechtigkeit.“<sup>1</sup>

Diese Zeilen Jherings finden sich auf einem einzelnen losen Notizzettel in einem Meer von tausenden in seinem noch längst nicht vollständig erforschten Nachlass und eröffnen das Forschungsinteresse der vorliegenden Arbeit. Dieses richtet sich auf das Phänomen des Rechtsgefühls des berühmten Pandektisten und Rechtsempirikers Rudolf von Jhering<sup>2</sup>, der dem Rechtsgefühl in seiner wissenschaftlichen Arbeit zeitlebens einen hohen Stellenwert beimaß und als Pionier der modernen Rechtsgefühlsforschung gelten muss.

Jhering als einer der bedeutendsten Persönlichkeiten des 19. Jahrhunderts auf dem Gebiet des Rechts verbrachte seine letzten zwanzig und gleichzeitig in wissenschaftlicher Hinsicht fruchtbarsten Lebensjahre (1872–1892) an der Georg-August-Universität in Göttingen. Erinnerungsstücke in Gestalt seines Schreibtisches<sup>3</sup>, seiner Büste und Gemälde im Institut für Grundlagen des Rechts im Alten Auditorium und in der Aula der Universität Göttingen zeugen noch immer von seinen Spuren und betonen den besonderen persönlichen Bezug der Autorin. Jherings Name steht sinnbildlich für die hohe Innovationskraft der Pandektenwissenschaft im sozialhistorischen Kontext.

Der Jheringsche Nachlass wurde erstmals circa 1965 durch *Helper* erschlossen, woraufhin die vorläufige Bestandsaufnahme und provisorische Verzeichnung im Jahr 1982 durch *Kunze* erfolgte. Dieser bisherige (lediglich grobe) Erschließungsstand erfordert eine deutlich tieferreichende Kategorisierung der Jheringschen Nachlassschriften, die aufgrund des dafür notwendigen zeitintensiven Aufwandes bislang unterblieben ist.<sup>4</sup> Die umfangreichen Forschungsarbeiten von *Behrends* und *Kunze* in den 90er Jahren sowie jüngst die monographischen Abhandlungen von *Kroppenberg*<sup>5</sup>, zuletzt *Mecke* und erneut *Kunze* haben bewiesen,

---

<sup>1</sup> *Jhering*, Nachlass SUB Göttingen Cod. Ms. Jhering 15:4, Bl. 11.

<sup>2</sup> \* 22. August 1818 in Aurich; † 17. September 1892 in Göttingen.

<sup>3</sup> Dieser befand sich lange Zeit am Institut für Grundlagen des Rechts. Nun ist der Jheringsche Schreibtisch Ausstellungsstück im Wissensmuseum FORUM WISSEN der Universität Göttingen, das im Juni 2022 eröffnet wurde.

<sup>4</sup> Schon *Losano*, Studien, 1984, S. 260.

<sup>5</sup> Nun Prof. Dr. *Inge Hanewinkel*.

dass die Entzifferung und Deutung der Jheringschen Nachlassschriften zwar ein anspruchsvolles Vorhaben darstellt und einiger Fertigkeit bedarf, aber durchaus realisierbar ist und bedeutende Einsichten in die Zusammenhänge von Jherings Denken und Werk hervorzubringen vermag.<sup>6</sup> Die vorliegende Arbeit soll einen wichtigen Beitrag zur Erforschung des Jheringschen Nachlasses und damit neue Einblicke in das wissenschaftliche Wirken dieses großen Rechtsgelehrten liefern.

Im Mittelpunkt der nachfolgenden Untersuchung steht Jherings ureigene Konzeption des Rechtsgefühls, die es aus kultur-, sozial-, und ideengeschichtlicher Perspektive zu untersuchen gilt. Der Begriff des Rechtsgefühls hat im 19. Jahrhundert Schule gemachtes gibt kaum einen namhaften Rechtswissenschaftler, der sich zum Rechtsgefühl nicht geäußert hat.<sup>7</sup> Von Jhering ist dabei allerdings meist nur cursorisch die Rede. Im Rahmen dieser Arbeit soll erstmals eine umfangreiche Analyse des Jheringschen Rechtsgefühlsphänomens vor dem Hintergrund der methodischen Entwicklungen der Jurisprudenz im 19. Jahrhundert und unter Befragung der Nachbarwissenschaften erfolgen. Jhering verwendete den Ausdruck Rechtsgefühl (stellenweise unter Hinzufügung eines Adjektivs konkretisiert) zwar durchgängig in seinem wissenschaftlichen Gesamtwerk, hinsichtlich der Bedeutung jedoch uneinheitlich. Eine feststehende Lehre zu seinem Rechtsgefühlsbegriff hat Jhering selbst allerdings gerade nicht entwickelt. Ausgehend von Jherings veröffentlichten Werken über das Rechtsgefühl<sup>8</sup> und erstmalig unter Einbeziehung seines wissenschaftlichen Gesamtwerkes sowie bisher unveröffentlichter Schriften aus dem Nachlass hat das Forschungsvorhaben daher die Analyse der verschiedenen Facetten bzw. Bedeutungsebenen dieses schillernden Begriffs zum Gegenstand. Einen wesentlichen Untersuchungsbestandteil stellt dabei die Erforschung der umfangreichen unveröffentlichten Entwürfe seiner theoretischen Abhandlungen, vor allem der Vorarbeiten zu seinem Werk *„Der Zweck im Recht“*, sowie die spruchrichterlichen Schriften aus dem Göttinger Nachlass dar, die im Forschungszusammenhang bislang nicht oder nur vereinzelt genutzt wurden. Für die Einordnung des Jheringschen Rechtsgefühls in seine rechtshistorische und -dogmatische Methode ist eine intensive Erforschung des bisher unbeachteten Quellenmaterials unerlässlich. So wird am Ende erstmals ein mehrdimensionales Modell des Jheringschen Rechtsgefühlsbegriffs entwickelt.

---

<sup>6</sup> Kunze, Forschungsbericht, 1995, S. 126; ferner *ders.*, Jherings Universalrechtsgeschichte, 1991; *ders.*, Jhering, 1992; *ders.*, Forschungsbericht, 1995; zuletzt *ders.*, Jherings Gießener Jahre, 2018; Behrends, Rechtsgefühl, 1986; *ders.*, Evolutionstheorie, 1998; Kroppenber, Plastik des Rechts, 2015; Mecke, Jhering, 2010; *ders.*, Jhering, 2018.

<sup>7</sup> Nach Pleister gebe es eine „kaum übersehbare [...] Fülle des Schrifttums zum Thema Rechtsgefühl“ [*ders.*, Persönlichkeit, 1982, S. 215 Fn. 918 m.w.N.].

<sup>8</sup> Ausgangspunkt bilden seine Wiener Vorträge *„Der Kampf um's Recht“* (1872) und *„Ueber die Entstehung des Rechtsgefühles“* (1884), die sich als einzige Abhandlungen eigens dem Topos „Rechtsgefühl“ widmen.

Die vorliegende Arbeit soll auf diese Weise in erster Linie die übersehene Karriere des Jheringschen Rechtsgefühlsbegriff im 19. Jahrhundert bezeugen und einen Beitrag zur Erschließung des Jheringschen Nachlasses als wertvollem Teil des nationalen Kulturerbes leisten.

## II. Forschungsstand und -desiderat

### 1. Stand der Forschung zu Jhering allgemein

Während Jherings dogmatische Werke längst zum Kanon der modernen Jurisprudenz zählen, wurden seine rechtsphilosophischen Leistungen seit Ende des 19. Jahrhunderts überwiegend negativ beurteilt und oft als „philosophische Nativität“ abgetan.<sup>9</sup> Einen Durchbruch in der rechtshistorischen Forschung erfährt die Jheringsche Lehre erst im letzten Drittel des 20. Jahrhunderts.<sup>10</sup> Davon zeugen insbesondere zwei internationale Symposien aus den Jahren 1969 und 1992 aus Anlass des 150. Geburtstages sowie 100. Todestages Jherings.<sup>11</sup> Zu den großen allgemeinen Jhering-Werken in diesem Zeitraum zählen vor allem die biographischen und methodischen Beiträge in *Wolfs* ‚Große Rechtsdenker der Deutschen Geistesgeschichte‘<sup>12</sup>, *Fikentschers* ‚Methoden des Rechts‘<sup>13</sup> und *Pleisters* ‚Persönlichkeit, Wille und Freiheit im Werke Jherings‘<sup>14</sup>. Während sich kleinere, überwiegend zu einseitig deutende monographische Abhandlungen und Dissertationen zur Rechtslehre Jherings zwar schon früh nachweisen lassen,<sup>15</sup> wurden hingegen für die Forschung stärker relevante Beiträge mit den Arbeiten von *Gromitsaris*<sup>16</sup> und *Luig*<sup>17</sup>, ferner die Dissertationen von *Lee*<sup>18</sup> und *Rempel*<sup>19</sup> erst ab dem ausgehenden 20. Jahrhundert veröffentlicht.

<sup>9</sup> *Wieacker*, Privatrechtsgeschichte, 2. Aufl., 1967, S. 565; vgl. ferner *ders.*, ebd., S. 450 ff.; *Landsberg*, Geschichte III/2, 1910, S. 793 ff.; *Wolf*, Große Rechtsdenker, 4. Aufl., 1963, S. 616–662.

<sup>10</sup> *Fikentscher*, Methoden, 1976, S. 267, 273.

<sup>11</sup> *Wieacker/Wollschläger*, Jherings Erbe, 1970; *Behrends*, Privatrecht 1993; vgl. ferner die zu Recht viel beachteten Jhering-Schriften von *Behrends* insb.: Rechtsgefühl, 1986, S. 55–184; Jhering, 1987, S. 229–269; Evolutionstheorie, 1991, S. 290–320; Beiträge, in zwei Aufl., 1992/93; Rechtsdenken, 1996; Rechtspositivist, 1996, S. 235–254; Antrittsvorlesung, 1998, S. 93–202; jüngst Stadtgespräche, 2016, S. 113–120.

<sup>12</sup> *Wolf*, Große Rechtsdenker, 4. Aufl., 1963, S. 616–662.

<sup>13</sup> *Fikentscher*, Methoden, 1976, S. 101–282.

<sup>14</sup> *Pleister*, Jhering, 1982.

<sup>15</sup> *Schober*, Jhering, 1933; *Wertenbruch*, Rechtslehre Jherings, 1955; *Lange*, Wandlungen Jherings, 1927.

<sup>16</sup> *Gromitsaris*, Rechtsnormen, 1989.

<sup>17</sup> *Luig*, Jhering und die Historische Rechtsschule, 1996, S. 255–268; *ders.*, Natur und Geschichte, 1997, S. 281–303.

<sup>18</sup> *Lee*, Jherings Eigentumsbegriff, 2015.

<sup>19</sup> *Rempel*, Juristisches Kabinett, 2018.