

Suhrkamp Verlag

Leseprobe



Böckenförde, Ernst-Wolfgang
Staat, Gesellschaft, Freiheit

Studien zur Staatstheorie und zum Verfassungsrecht

© Suhrkamp Verlag
suhrkamp taschenbuch wissenschaft 163
978-3-518-27763-8

suhrkamp taschenbuch
wissenschaft 163

Die in diesem Band zusammengefaßten Studien erörtern zentrale Probleme heutiger staatlicher Ordnung. Es geht Böckenförde dabei nicht abstrakt um staatliche Ordnung an sich, sondern um die geschichtlichen und theoretischen Grundlagen sowie die konkrete Ausgestaltung des heutigen, demokratischen und rechtsstaatlich verfaßten und sozialstaatlich handelnden Staates. Staatliche Ordnung und demokratisch-rechtsstaatliche Verfassung werden als bedeutende politische Kulturleistung zur Ermöglichung und Sicherung realer Freiheit dargestellt. Dabei wird nicht übersehen, daß die Probleme einer entwickelten Industriegesellschaft und des geistig-ethischen Pluralismus für diese staatliche Ordnung eine Herausforderung darstellen, auf die eine zureichende Antwort erst noch gefunden werden muß.

Ernst-Wolfgang Böckenförde
Staat, Gesellschaft, Freiheit

Studien zur Staatstheorie und zum Verfassungsrecht

Suhrkamp

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

2. Auflage 2016

Erste Auflage 1976

suhrkamp taschenbuch wissenschaft 163

© Suhrkamp Verlag Frankfurt am Main 1976

Suhrkamp Taschenbuch Verlag

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

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

Printed in Germany

Umschlag nach Entwürfen von
Willy Fleckhaus und Rolf Staudt

ISBN 978-3-518-27763-8

Inhalt

Vorwort 7

1. Die Historische Rechtsschule und das Problem der Geschichtlichkeit des Rechts 9
 2. Die Entstehung des Staates als Vorgang der Säkularisation 42
 3. Entstehung und Wandel des Rechtsstaatsbegriffs 65
 4. Verfassungsprobleme und Verfassungsbewegung des 19. Jahrhunderts 93
 5. Der deutsche Typ der konstitutionellen Monarchie 112
 6. Lorenz von Stein als Theoretiker der Bewegung von Staat und Gesellschaft zum Sozialstaat 146
 7. Die Bedeutung der Unterscheidung von Staat und Gesellschaft im demokratischen Sozialstaat der Gegenwart 185
 8. Grundrechtstheorie und Grundrechtsinterpretation 221
 9. Das Grundrecht der Gewissensfreiheit 253
 10. Eigentum, Sozialbindung des Eigentums, Enteignung 318
 11. Freiheitssicherung gegenüber gesellschaftlicher Macht. Aufriß eines Problems 336
- Abkürzungsverzeichnis 349
- Quellenverzeichnis 351

Vorwort

Die in diesem Band zusammengefaßten Studien, in einem Zeitraum von 12 Jahren entstanden, erörtern zentrale Probleme heutiger staatlicher Ordnung. In ihnen wird der Staat, wie er in der europäischen Neuzeit als politische Ordnungsform entstanden ist und sich zum Rechtsstaat, zum demokratischen Staat und zum Sozialstaat ausgeformt hat, als bedeutende politische Kulturleistung zur Ermöglichung und Sicherung realer persönlicher und politischer Freiheit dargestellt. Damit wird weder der Postulierung eines abstrakten Staates an sich das Wort geredet, wie sie heute zum Arsenal eines vorgeblichen Konservativismus gehört, noch wird der These vom bereits verschwundenen, nur noch der Erinnerung fähigen oder vom schnell (durch seine Vergesellschaftung) aufzulösenden Staat Raum gegeben.

Die Veränderungen, denen der Staat als politische Ordnungsform durch den Übergang zur Demokratie und zum modernen Sozialstaat unterliegt, können nicht übersehen werden; ebensowenig, daß die Probleme einer entwickelten Industriegesellschaft und des geistig-ethischen Pluralismus eine Herausforderung für die staatliche Ordnung darstellen, auf die eine zureichende Antwort erst noch gefunden werden muß. Gerade deshalb erscheint es notwendig, vom Staat nicht allgemein und »an sich«, sondern im Hinblick auf konkrete Erscheinungsformen und aktuelle Ordnungsprobleme zu sprechen, in denen und an denen das Allgemeine des Staates, das ihn über eine technische Organisationsform zur Beherrschung von Menschen hinaushebt, seine Wirklichkeit hat oder finden kann. Für eine solche Betrachtung und ihr systematisches Interesse ist die Form der historischen, näherhin verfassungsgeschichtlichen Aufschlüsselung und Erörterung der Probleme unerläßlich. Erst wenn die heutigen Fragen staatlicher Ordnung von ihren historischen, geistigen und sozialen Voraussetzungen her begriffen und im Kontext dieses Zusammenhangs erörtert werden, läßt sich ihr allgemeiner Gehalt, ihre Bedeutung für die Kontinuität ebenso wie für strukturelle Veränderungen der staatlichen Ordnung deutlich machen. Verfassungsgeschichtliche Erörterung staatlicher Ordnungs-

probleme ist, so gesehen, zugleich eine Form ihrer systematischen Behandlung.

Den einzelnen Studien vorangestellt ist der Beitrag »Die Historische Rechtsschule und das Problem der Geschichtlichkeit des Rechts«. Er gibt u. a. Auskunft über den rechtsphilosophischen Standort des Verfassers, der auch für die übrigen Beiträge des Bandes, da sich vom Staat nicht sprechen läßt ohne zugleich auch vom Recht zu sprechen, von Bedeutung sein mag.

Für tatkräftige Hilfe beim Satzfertigmachen der Druckvorlagen und beim Lesen der Korrekturen danke ich Herrn cand. jur. Joachim Wieland.

Bielefeld, im Februar 1976

Ernst-Wolfgang Böckenförde

Die Historische Rechtsschule und das Problem der Geschichtlichkeit des Rechts*

Die Frage nach Geschichte und Geschichtlichkeit¹ ist uns als Frucht und Erbe des Historismus überkommen. Sie ist nicht nur für den Bereich der Geschichtswissenschaft, für Philosophie und Theologie gestellt, sondern auch für die Rechtswissenschaft und das Recht. Der Jurist wird geneigt sein, auf der Suche nach einer Antwort seinerseits die Historische Rechtsschule zu befragen. Denn die Historische Rechtsschule hat die allgemeine Wendung zum geschichtlichen Denken, die in Deutschland als Reaktion auf den abstrakten Rationalismus des Aufklärungszeitalters einsetzte², für den Bereich des Rechts vollzogen. Gegenüber dem aus allgemeinen Vernunftgrundsätzen deduzierenden Vernunftrecht hat sie das geschichtliche Werden und die geschichtliche Bedingtheit des Rechts geltend gemacht. So liegt die Vermutung nahe, daß auch die Frage nach der Geschichtlichkeit des Rechts hier ihre Antwort findet.

Diese Frage an die Historische Rechtsschule soll vor allem an der Rechtsauffassung *Savignys* näher untersucht werden. Denn Savigny ist für die Historische Rechtsschule repräsentativ geworden, und von seiner Theorie ist auch die weitere Entwicklung ausgegangen. Die Unterschiede der Rechtsauffassung innerhalb der Historischen Schule, wie die zwischen Savigny auf der einen, Hugo und Eichhorn, die noch dem vorromantischen Historismus des ›Göttinger Rationalismus‹ entstammten,³ auf der andern Seite, ebenso die spätere kritische Wendung der ›Germanisten‹ gegen Savigny⁴ bleiben daher im Rahmen unserer Erörterung zunächst außer Betracht.

* Dem nachfolgenden Beitrag liegt, an einigen Stellen erweitert und überarbeitet, der Text der Probevorlesung zugrunde, die der Verfasser am 18. Februar 1964 vor der Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät der Universität Münster gehalten hat. Die dadurch bedingte Art der Anlage und Gedankenführung wurde beibehalten.

Worin liegt nun der Kern der von Savigny entwickelten geschichtlichen Rechtsauffassung?⁵

(1) Man könnte anknüpfen an die von Savigny selbst formulierte These der Einheit von geschichtlicher und systematischer Behandlung des Rechts, der Einheit von Rechtsgeschichte und Rechtswissenschaft. Wenn die ganze Rechtswissenschaft im Grunde nichts anderes als Rechtsgeschichte sein soll, wie Savigny es einmal formuliert hat,⁶ so liegt dem die Auffassung zugrunde, daß Vergangenheit und Gegenwart des Rechts durch einen übergreifenden geschichtlichen Zusammenhang verbunden sind. Die Erscheinungen und Formen des Rechts können demnach in ihrem Inhalt und ihrer Bedeutung für die Gegenwart nur aus ihrer Entwicklungsgeschichte, aus dem Verfolgen ihrer fortschreitenden geschichtlichen Entfaltung erkannt werden.⁷ Es ist dann in der Tat Rechtswissenschaft immer geschichtliche Rechtswissenschaft, und es liegt dann in einer so betriebenen Rechtsgeschichte die Kenntnis des Rechts der Gegenwart beschlossen.⁸

Nun geht es aber bei der geschichtlichen Rechtsauffassung Savignys und der Historischen Schule nicht um eine Theorie über das richtige Verhältnis von Rechtswissenschaft und Rechtsgeschichte, wenngleich die nicht gerade glückliche Bezeichnung ›Historische Rechtsschule‹ dies nahelegen mag. Die Verhältnisbestimmung von Rechtswissenschaft und Rechtsgeschichte ist nur die Folge einer rechts*philosophischen* Theorie über Begründung und Entstehung des Rechts. Die ›geschichtliche Rechtsauffassung‹ sucht ebenso wie die Naturrechtslehre eine Antwort nicht auf eine historische oder wissenschaftsmethodische, sondern auf eine *philosophische* Frage: Was ist und worauf gründet sich das Recht?

Von diesem zentralen Punkt aus muß die ›geschichtliche Rechtsauffassung‹ Savignys in Blick genommen werden.

(2) Wenden wir uns also dem sachlichen Gehalt dieser geschichtlichen Rechtsanschauung unmittelbar zu. Ihre Grundgedanken lassen sich in zwei Sätze zusammenfassen:

1. Das Recht ist, ebenso wie Sprache, Sitte und Kultur, organische Lebensäußerung eines konkreten Volkes; es hat seinen Grund und seine Quelle in dem ›gemeinsamen Bewußt-

sein« des Volkes, dem in allen Einzelnen gemeinschaftlich lebenden und wirkenden Volksgeist.

2. Das Recht steht als Lebensäußerung des Volksgeistes wie dieser in einer übergreifenden historischen Kontinuität; es unterliegt geschichtlicher Entwicklung und geschichtlichem Wandel. Seine Fortbildung und Entfaltung ist nicht ein Werk der Willkür Einzelner oder des Zufalls, sondern das Ergebnis organisch-geschichtlichen Werdens und Wachsens.

Diese Grundgedanken kehren in den verschiedenen Äußerungen Savignys zum Thema stets wieder: sowohl in der Programmschrift vom Jahre 1814,⁹ in dem Einleitungsaufsatz zur »Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft« von 1815¹⁰ wie auch in dem reifen Spätwerk »System des heutigen römischen Rechts« aus dem Jahre 1840.¹¹

Was besagen diese Grundgedanken?

Sie enthalten eine Aussage über zwei Dinge: über den Seinsgrund und über den Entstehungsgrund des Rechts.

Der *Seinsgrund* des Rechts ist in ihnen nicht in eine allgemeine, übergeschichtliche Menschennatur verlegt, auch nicht in apriorische und darum ebenfalls übergeschichtliche Vernunftgrundsätze, sondern in das Volk und den in ihm waltenden Volksgeist, also in eine *geschichtliche* Größe. Der geschichtlich gebundene Volksgeist ist aber zugleich auch der *Entstehungsgrund* des Rechts. Das Recht hat in ihm nicht nur seinen es legitimierenden Grund, es wird auch durch ihn erzeugt: es bildet sich und lebt im »gemeinsamen Bewußtsein« des Volkes, »in der lebendigen Anschauung der Rechtsinstitute in ihrem organischen Zusammenhang«. ¹² Dieses gemeinsame Rechtsbewußtsein findet, wie Savigny weiter ausführt, in den höheren und differenzierteren Stufen der Kulturentwicklung zwei Organe und Repräsentanten: den Juristenstand und den (staatlichen) Gesetzgeber. Der Juristenstand, in den Rechtsgelahrten sowohl wie in den Praktikern, wird zum hauptsächlichen Träger der Rechtsbildung; der Gesetzgeber hat demgegenüber nicht eigentlich Recht zu schaffen, als vielmehr das gewußte Recht bestimmt zu formulieren und zu ergänzen.¹³

Auf diese Weise ist das Recht nach *zwei Seiten* hin in die Geschichte hineingeholt und hineingebunden: einmal gegenüber dem Rechtsetzungsanspruch der abstrakten, individualistischen Vernunft, die die konkreten Lebensordnungen des

Volkes negiert; zum andern gegenüber dem Macht- und Ordnungswillen eines revolutionären Gesetzgebers oder überhaupt der politischen Autorität.¹⁴ Zeitgeschichtlich und ideologiekritisch kann man darin unschwer die Gegenbewegung gegen den Individualismus der Aufklärung und den revolutionären Neugestaltungswillen der Französischen Revolution entdecken. Doch besagt das für unsere Frage wenig: Auch eine Gegenbewegung und selbst ein ideologisches Interesse können zur Erkenntnis von Wahrheiten führen und den Einblick in bisher unbekannte Zusammenhänge eröffnen.¹⁵

Ist aber nun in diesem Hineinholen und Hineinbeziehen des Rechts in die Geschichte das Problem der Geschichtlichkeit des Rechts wirklich erkannt und zum Ausdruck gebracht? Oder liegt vielleicht der Historischen Rechtsschule selbst eine ungeschichtliche Auffassung des Rechts zugrunde?

(3) Um hier Klarheit zu gewinnen, muß man den Vorstellungen von *Recht*, *Geschichte* und *Volksgeist*, die in dieser Theorie wirksam sind, noch näher nachgehen. Im Einleitungsaufsatz zur »Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft« legt Savigny die Grundauffassung der geschichtlichen Schule, die er der »ungeschichtlichen Schule« gegenüberstellt, folgendermaßen dar: Jeder einzelne Mensch, heißt es, sei notwendig zugleich zu denken als Glied einer Familie, eines Volkes, eines Staates, »jedes Zeitalter eines Volkes als die Fortsetzung und Entwicklung aller (!) vergangenen Zeiten«. Freiheit und Notwendigkeit werden in einem überpersönlichen, bestimmenden und zugleich bestimmten Zusammenhang versöhnt. Der Träger dieses Zusammenhangs ist die »höhere Natur des Volkes« als ein »stets werdendes und sich entwickelndes Ganze«. Von diesem »höheren Volke« ist auch das gegenwärtige Zeitalter »nur ein Glied, welches in jenem und mit jenem Ganzen will und handelt«. Entsprechend ist der »Stoff des Rechts« durch die »gesamte Vergangenheit der Nation« gegeben, und zwar nicht durch Willkür, so daß er »dieser oder ein anderer« sein könnte, sondern »aus dem innersten Wesen der Nation selbst und ihrer Geschichte hervorgegangen«. Die besonnene Tätigkeit jedes Zeitalters soll nur darauf gerichtet sein, »diesen mit innerer Notwendigkeit gegebenen Stoff zu durchschauen, zu ergänzen und frisch zu erhalten«.¹⁶

Führen wir uns diese Vorstellungen von Volk und Geschich-

te und ihre Auswirkungen auf den Rechtsbegriff näher vor Augen.

a) Der Volksbegriff, den Savigny hier gebraucht, ist nicht empirisch-soziologisch, sondern metaphysisch und kulturphilosophisch orientiert.¹⁷ Darauf hat schon Franz Wieacker kurz hingewiesen.¹⁸ Volk in diesem für die Volksgeistlehre bestimmenden Sinn ist, wie Savigny an anderer Stelle sagt, »das *Naturganze*, in welchem wirklich der Staat entsteht und fortwährend sein Dasein führt und bei welchem von Wahl und Willkür nicht die Rede sein kann«. ¹⁹ Das Recht als Ausfluß dieses Volksgeistes ist eine aus sich legitimierte Wirklichkeit, es hat gleich dem Volksbegriff einen metaphysischen Bezug. Der Einzelne und das Volk leben *in* und *mit* ihrem Recht, sie schaffen bzw. setzen nicht Recht zur Verfolgung bestimmter gesellschaftlicher Zwecke.²⁰ Nicht die Bewegung der Gesellschaft ist hier geschichtsbestimmendes Subjekt und das Recht ihr Mittel, sondern das Recht als überindividuelle geistige Lebensmacht bestimmt seinerseits den Gang der Gesellschaft mit. Die Rückführung des so verstandenen Rechts auf eine geschichtliche Größe, den Volksbegriff, öffnet dabei das Feld für den geschichtlichen Wandel. Dieser wird als ein dem natürlichen Lebensprozeß analoger organischer Entwicklungsgang begriffen.²¹

Von dieser Grundlage aus wird es möglich und sinnvoll, eine innere, ›organische‹ Entsprechung von Rechtsinstitutionen bzw. Rechtsformen und wirklichen Lebensverhältnissen vorzusetzen, wie das für das Rechtsdenken Savignys und der Schule charakteristisch ist. Die Frage nach dem Verhältnis von Recht und gesellschaftlicher Wirklichkeit braucht als solche gar nicht gestellt zu werden, ja sie kann es eigentlich nicht einmal. Die ›organische‹ Entsprechung von beiden versteht sich von selbst: Sie wird vermittelt durch die in beiden wirksame höhere Einheit des Volksgeistes.²²

b) Neben diese Volksgeistlehre tritt die besondere *Geschichtsauffassung* Savignys und der Schule. Das vielberufene geschichtliche Denken Savignys und der Historischen Schule ist in seinem Kern ein *ungeschichtliches* Denken. Es erwächst nicht aus einem unbefangenen Stehen *in* der Geschichte, sondern aus einem bewußten Anknüpfen *an* die Geschichte in der Form einer Geschichtstheorie. Es ist für Savigny das

Wesen des geschichtlichen Denkens – wie wir sahen –, das menschliche Dasein und seine Äußerungen nicht isoliert und für sich zu begreifen, sondern aus einem überpersönlichen, Freiheit und Notwendigkeit in sich versöhnenden Zusammenhang. Als solcher stellt sich die »höhere Natur des Volkes« als ein »stets werdendes und sich entwickelndes Ganze« dar, von dem auch das gegenwärtige Zeitalter »nur ein Glied« bildet. In dieser Auffassung von Geschichtlichkeit offenbart sich ein *organisches Entwicklungsdenken*. Die Geschichte wird nicht als der eigentliche *Modus des Geschehens* begriffen, sondern zum *Entfaltungsraum* einer Natur-Entwicklung reduziert, die sich aus einem immanenten Prinzip organisch vollzieht. Geschichtlichkeit meint nicht die Gestaltung und den Fortgang der Dinge in das Zukünftige nach den Notwendigkeiten und Bedürfnissen der Gegenwart, sondern die Anknüpfung *an* die Geschichte aus einer bestimmten Vorstellung *von* Geschichte.²³ Dem liegt der Bruch zur Geschichte voraus. Man stellt sich außerhalb der Geschichte, reflektiert über sie und entnimmt von daher den Maßstab zur Erklärung und Gestaltung der Gegenwart. Das aber ist ein ungeschichtlicher Historismus.²⁴

Dieses Verhältnis zur Geschichte ist für das Geschichtsbild des 19. Jahrhunderts überhaupt bestimmend. Bei allen Gegensätzen, die diese Geschichtsauffassung kennzeichnen, wird, wie Hans Freyer aufgezeigt hat,²⁵ Geschichte immer als ein mit innerer Notwendigkeit voranschreitender *Sachzusammenhang*, als ›Fortschritt‹ und ›Entwicklung‹ verstanden, mag der Inhalt dieser Bewegung ein determinierendes Naturgeschehen, eine Abfolge von Klassenkämpfen, ein geistiger Prozeß oder, wie bei der Historischen Schule, ein organisches Wachstum sein. Wenn, wie Savigny sagt, der Stoff des Rechts aus dem »innersten Wesen der Nation und ihrer Geschichte« hervorgeht und die besonnene Tätigkeit jedes Zeitalters darauf gerichtet sein soll, diesen »mit innerer Notwendigkeit« gegebenen Stoff »zu durchschauen, zu ergänzen und frisch zu erhalten«, so ist die Parallele zur Entwicklung in der organischen Natur offenkundig.²⁶

Um diese Art geschichtlichen Denkens und seine Wirkung auf die Rechtsauffassung richtig zu verstehen, muß bis an seinen Ursprung zurückgegangen werden. Es ist an diesem

Ursprung, etwa bei J. G. Herder und Justus Möser, entstanden als ein Denken von der *Natur* her, nicht von der Geschichte her. Bei Herder ist die Fragestellung, die ihn zur Reflexion über die Geschichte der Völker führt, ganz explizit eine *naturtheoretische*. Sollte Gott, der in der Natur alles nach Maß, Zahl und Gewicht geordnet, der auch im menschlichen Körper und den Kräften seiner Seele alles überdacht hat, in der Bestimmung und Einrichtung unseres Geschlechts von seiner Güte und Weisheit ablassen und keinen Plan haben?²⁷ Diesen Plan, die ›Naturgesetze‹ der Geschichte und Entwicklung der Menschheit, von deren Existenz er überzeugt ist, sucht Herder in seinen Betrachtungen zu ergründen. Die geschichtliche Entwicklung ist für ihn die determinierte Entfaltung der ›Natur‹ des Menschen und der Menschheit zu den in ihr grundgelegten und von vornherein bestimmten Möglichkeiten, zu dem »Beharrungszustand« der ausgewogenen Schönheit und Vollkommenheit der Humanität.²⁸

Nicht in dieser Weise determiniert, aber ebenfalls naturtheoretisch orientiert ist Möser's Vorstellung von geschichtlicher Entwicklung. Für ihn geht es um die Begründung und Entstehung der menschlichen Sozialgebilde in der Geschichte.²⁹ Auch er geht dabei von der ›Natur‹ aus. »Was ich bis dahin angeführt habe«, heißt es am Ende der Schilderung der alt-sächsischen Verfassung in der Osnabrücker Geschichte, »gehört zwar nicht alles in die älteste Verfassung, aber es ist doch immer der Gang der Natur.«³⁰ Der abstrakt-rationalistischen und isolierten ›Natur‹ der vernunftrechtlichen Theorie stellt er die in der Geschichte sich real vorfindende *konkret-organische* menschliche Natur gegenüber, die im Sinne eines einheitlichen Lebenszusammenhanges erfaßt wird. Für diesen konkret-organischen Naturbegriff ist das Werden und Wachsen bestimmend, Entwicklung und stufenweise Selbstentfaltung sind in ihn hineingekommen. Dadurch erlangt die Geschichte entscheidende Bedeutung. Aber sie ist *nicht bestimmende und formende Kraft*, sondern (nur) der Entfaltungsraum eines organischen Entwicklungsgangs. Ursprung und Ziel und die daraus hervorgehende innere Entelechie sind aus der ›Natur‹ bestimmt.

Gerade dieses naturtheoretische Element ist in der geschichtlichen Rechtsauffassung Savignys und der Schule sehr nach-

drücklich wirksam. Die Geschichte wird nicht nur formalstrukturell als organischer Entwicklungsgang vorgestellt, wie wir schon sahen, dieser Entwicklungsgang wird auch *inhaltlich* im Hinblick auf das Recht naturtheoretisch bestimmt. Der Inhalt des sich geschichtlich entwickelnden Volksrechts ist für Savigny entelechial vorbestimmt durch eine dem Recht zuerkannte allgemeine, auf »das Gemeinsame der menschlichen Natur« (!) sich gründende Aufgabe (das »allgemeine Element«), die jedes Volk auf »seine besondere Weise« zu verwirklichen hat.³¹ Diese allgemeine Aufgabe hat zum Inhalt »die Anerkennung der überall gleichen sittlichen Würde und Freiheit des Menschen« und »die Umgebung dieser Freiheit durch Rechtsinstitute.³² Damit sind, bei aller äußeren Ablehnung des Vernunftrechts, dessen materiale Grundgehalte: die rechtliche Gleichheit und Freiheit der Individuen, in die geschichtliche Rechtsentwicklung als deren immanentes Ziel aufgenommen; die autonome Freiheitsethik Kants, dargeboten als »die sittliche Bestimmung der menschlichen Natur« gemäß der »christlichen Lebensansicht«, gewinnt hier konkrete Gestalt und begründet die innere Übereinstimmung des sich so zu sich selbst entwickelnden Rechts mit den Tendenzen und Bedürfnissen des liberalen Zeitalters.³³

(4) Als Ergebnis läßt sich nunmehr folgendes festhalten: Das Recht ist für die geschichtliche Rechtsauffassung eine im Naturganzen des metaphysisch aufgefaßten Volkes verwurzelte, sich selbst geschichtlich entfaltende Größe, ein selbständiges Gebilde der geistig-kulturellen Welt. Es legitimiert sich nicht aus Zwecken oder einer sozialen Funktion, sondern steht in sich selbst als eine aus der »höheren Natur« des Volkes hervorgehende und sich mit ihr gleichlaufend organisch entwickelnde, auf die Anerkennung der rechtlichen Gleichheit und Freiheit hin determinierte geistig-kulturelle Lebensmacht. So wird es, prinzipiell gesehen, möglich, das Recht *aus sich selbst* zu erklären und zu begreifen und die Rechtsbegriffe und Rechtsinstitute aus dem überkommenen Rechtsmaterial zu übernehmen bzw. konstruktiv zu bilden und weiterzutragen.³⁴ Eines bewußten Erfassens der sozialen Wirklichkeit, für die und auf die hin das Recht gilt, bedarf es dabei nicht. Ein rechtspolitisches Problem entsteht daraus nicht, oder besser: es löst sich durch die vom Volk, später

hauptsächlich vom Juristenstand getragene organisch-natürliche Fortbildung des Rechts von selbst.

Damit ist auch der *Zug zur Systematik*, der sich in der Historischen Rechtsschule und bei Savigny bemerkbar macht, in der Rechtsauffassung selbst vorgezeichnet.³⁵ Savignys ›Rechtsinstitute‹, die Grundeinheit seines Systems, sind für ihn Rechtsfiguren, ›Typen‹, die die rechtlichen Lebensverhältnisse beherrschen bzw. ordnen. Sie sind nicht aus bewußter begrifflicher Erfassung und rechtlicher Durchformung der wirklichen sozialen Lebensverhältnisse gewonnen, sondern aus dem Rechtsbewußtsein der Juristen, d. h. aber vorwiegend aus dem überkommenen Rechtsmaterial und seinen Figuren.³⁶ Für Savigny wurde dies legitimiert durch die vorausgesetzte *organische Entsprechung* des natürlichen Systems der rechtlich relevanten Lebensverhältnisse und des rechtlichen Systems der Rechtsverhältnisse und Rechtsinstitute. Sie war in Volksgeistlehre und Entwicklungsgedanken grundgelegt. Aber diese Einheit wurde eben nicht aus der stets wiederholten Anstrengung des Begriffs, wie sie Hegel gefordert hatte, konkret hergestellt, sondern auf Grund der angenommenen Theorie der organisch-geschichtlichen Selbstentfaltung des Rechts *vorausgesetzt*. Diese Voraussetzung mochte, geschichtlich gesehen, für die vorrevolutionäre Ordnung Alteuropas in einigen Bereichen zutreffen; seit der durch die Französische Revolution heraufgeführten Entzweiung von Geschichte und Gesellschaft³⁷ wurde sie zu einer Fiktion. Die als gegeben angenommene innere Entsprechung von Rechtsinstituten und sozialen Lebensverhältnissen bestand als eine allgemeine *nur mehr in der Theorie*. Sie war zwar praktisch vielfach noch vorhanden, aber nicht mehr kraft einer in der Methode begründeten sachlichen Notwendigkeit, sondern nur mehr zufällig, wie etwa bei Savigny durch dessen Rechtsklugheit und juristische Intuition.³⁸ Die Antinomie, die darin beschlossen lag, wurde freilich für Savigny und die Schule durch die Wirksamkeit von Schellings organischer Identitätsphilosophie verdeckt.³⁹ Indem hier Natur und Geist, Realität und Idealität einerseits voneinander getrennt und je für sich verselbständigt, andererseits aber, weil sie aus dem gleichen Grund einer absoluten Identität hervorgehen, als sich in Parallelität zueinander entwickelnde Erscheinungen einer identischen Grundsub-

stanz begriffen werden,⁴⁰ erscheint theoretisch eine innere Entsprechung als bereits gegeben, die, real gesehen, in der Gestaltung und rechtlichen Ordnung der menschlichen Lebensverhältnisse allererst bewirkt werden muß.

(5) Die »geschichtliche Rechtsauffassung« der Historischen Schule führte so im Ergebnis zu einem *ungeschichtlichen* Verständnis des Rechts. Sie konnte gegen die abstrakt-formale Begriffsjurisprudenz Gerbers, Iherings und Labands nicht nur keinen Damm aufrichten, vielmehr wurde sie selbst zu deren Wegbereiter. Puchta, Gerber und Ihering zogen nur Konsequenzen aus dem, was in der geschichtlichen Rechtsauffassung selbst angelegt war. Puchtas Beschränkung der juristischen Arbeit auf Begriffsentfaltung und Methodenrichtigkeit, seine Verlagerung der Rechtserkenntnis auf die logische Entwicklung und Ausfaltung gegebener oder konstruierter Begriffe und Figuren (»Genealogie der Begriffe«),⁴¹ war eine naheliegende Konsequenz, nachdem einmal die *konkrete* Verbindung des Rechts mit seiner geschichtlichen Umwelt als sich von selbst herstellend in der Theorie beiseite gelassen und damit das Recht auf sich selbst gestellt war. Noch mehr war Gerbers Theorie, daß das Recht sich in seiner geschichtlichen Entwicklung ganz zu seinen reinen, d. h. eigentlich juristischen Begriffen und Formen entfalte und damit in der Lösung von aller sozialen Eingebundenheit ganz zu sich selbst komme,⁴² nur ein weiterer Schritt auf demselben Weg, nachdem das Recht als Emanation des Volksgeistes seinen Sinn in sich selbst bekommen hatte und die Geschichte auf den Entfaltungsraum einer vorherbestimmten organischen Entwicklung reduziert war. Gerber sah diese geschichtliche Selbstentfaltung des Rechts zu seiner Zeit so weit vorangeschritten, daß der Zeitpunkt gekommen war, alle »Stoffe des Rechts« in die Bahnen der rein begrifflichen und systematischen Bearbeitung hineinzuführen.⁴³ Sachlich handelte es sich dabei um die Bearbeitung und Konstruktion des Rechts mit den vom späten Vernunftrecht ausgebildeten Begriffen, Formen und Figuren, denen nun der Charakter des Rein-Juristischen, in sich Gültigen verliehen wurde.⁴⁴ Gerber hat diese Bearbeitung selbst für das gemeine deutsche Privatrecht durchgeführt und für das öffentliche Recht in Angriff genommen,⁴⁵ wo sie dann von

Laband weiter ausgebaut und vollends zur Herrschaft gebracht wurde.⁴⁶

Ganz in gleichem Sinne rief R. v. Ihering nach einer »produktiven« Jurisprudenz, die den Stoff der Rechtsregeln in den »höheren Aggregatzustand« der juristischen Konstruktion, in ein System selbständiger juristischer Wesenheiten quasi-kategorischer Existenz überführte.⁴⁷ Er zog ausdrücklich, wie auch schon Gerber, die Parallele zur Naturwissenschaft und führte die juristische Arbeit in die Nähe der analytisch-konstruktiven Methode der Naturwissenschaft: die Auflösung der vielfältigen rechtlichen Erscheinungen und Gebilde in ihre letzten, nicht weiter zerlegbaren überzeitlichen Elemente und die Konstruktion der Begriffe und des Systems von diesen letzten Elementen aus.⁴⁸ »Eigentümlich ist jeder konkreten Rechtsbildung«, sagt später Laband, »nur die tatsächliche Verwendung und Verbindung der allgemeinen Rechtsbegriffe; dagegen ist die Schaffung eines neuen Rechtsinstituts, welches einem höheren und allgemeineren Rechtsbegriff überhaupt nicht untergeordnet werden kann, gerade so unmöglich wie die Erfindung einer neuen logischen Kategorie . . .«⁴⁹

Indem die Historische Schule so einerseits einer ungeschichtlichen, das Recht aus seinen sozialen und geschichtlichen Zusammenhängen völlig isolierenden Begriffsjurisprudenz den Weg bereitete, anderseits zu einer reinen, vom Boden der Gegenwart abgelösten und auf das Vergangene als solches gerichteten Rechtsgeschichte führte,⁵⁰ war sie selbst Ausdruck und Mittel des Bruchs mit der Geschichte, der für das 19. Jahrhundert kennzeichnend ist. Rudolf Sohm hat das in der ihm eigenen Hellsichtigkeit bereits im Jahre 1880 erkannt. In seinem Einleitungsaufsatz zur Savigny-Zeitschrift schreibt er: »Indem die Historische Schule die volle Herrlichkeit des klassischen römischen Rechts restaurierte, war sie zugleich für unser Jahrhundert der wichtigste Faktor, um uns von der praktischen Geltung desselben zu befreien. Die geschichtliche Schule hat den Bruch mit der Geschichte fördern helfen. Vor unseren Augen fällt jetzt die Herrschaft des alten gemeinen und zugleich die formelle Geltung des römischen Rechts zusammen. Das 19. Jahrhundert zieht auch an dieser Stelle die Konsequenzen der Prinzipien, welche die Aufklärung des 18. Jahrhunderts in die Welt gesetzt hat. Die Idee des

18. Jahrhunderts ist die Befreiung des Einzelnen und ebenso des Gesetzgebers von der Tradition. Gerade dies ist das Lebensprinzip auch unserer gegenwärtigen Rechtsentwicklung. In der Wissenschaft sind wir historisch, in der praktischen Gesetzgebung aber revolutionär. . . . Das Recht von Heute ruht nicht im *Corpus Iuris*, noch in der Wissenschaft, noch in den Gewohnheiten der Nation, sondern in den Falten des Mantels unserer Gesetzgeber.«⁵¹

II

Bleibt uns so die Historische Rechtsschule eine Antwort auf die Frage nach der Geschichtlichkeit des Rechts schuldig, so hat die Auseinandersetzung mit ihr doch deutlich werden lassen, wo eine weiterführende Überlegung anknüpfen muß. Was Savigny und die Historische Schule zu ihrer ungeschichtlichen Rechtsauffassung führte, waren vor allem zwei Dinge: Einmal übersahen sie die notwendige Bezogenheit des Rechts auf die jeweilige soziale Wirklichkeit, zum andern lösten sie das Recht aus seiner Eingebundenheit in die *gesamtg*esellschaftliche Wirklichkeit. Das Recht ist aber nicht ein in sich selbst legitimiertes, aus immanenten Antrieben sich entwickelndes geistiges Kulturgebilde, sondern besteht immer funktionsgebunden innerhalb und als Teil einer gesellschaftlichen Gesamtwirklichkeit. Diese These, zunächst im Sinne einer Gegebenheit formuliert, soll unseren weiteren Überlegungen als Leitfaden dienen. Sie hat nicht den Sinn, das Recht in seinem Wesen zu definieren, sondern jene Merkmale an ihm hervorzuheben, die uns dem Problem seiner Geschichtlichkeit näherbringen.⁵²

(1) Der erste Schritt, um das Recht aus der Isolierung herauszuführen, in die die Historische Rechtsschule es gebracht hat, liegt in der Reflexion auf die *Funktion* des Rechts gegenüber der sozialen Wirklichkeit. Auf diese Funktionsbezogenheit des Rechts gegenüber seinem Erstarren in vorgeblich kategorialen Begriffen zuerst hingewiesen zu haben, ist das bleibende Verdienst der Interessenjurisprudenz,⁵³ und sie in einem allgemeineren Rahmen erkennen zu können, ist eine der wesentlichsten Hilfen, die der Jurist der Soziologie verdankt. Das Recht steht nicht als selbständiges Geistesgebilde in sich,