

**Ernst-Wolfgang
Böckenförde
Recht, Staat,
Freiheit**

Erweiterte Ausgabe
suhrkamp taschenbuch
wissenschaft

suhrkamp taschenbuch
wissenschaft 914

Im Mittelpunkt dieser klassischen Aufsatzsammlung, die für diese Neuauflage um drei weitere Abhandlungen zu Fragen der Menschenwürde ergänzt wurde, stehen zentrale Fragen staatlicher Ordnung, wie sie sich an dem bestehenden, historisch bedingten Zusammenhang von Freiheit und Recht bzw. Freiheit und Staat ablesen lassen. Böckenförde legt dar, daß das Recht nicht nur eine notwendige Bedingung von Freiheit ist, sondern zugleich den Staat als Macht- und Entscheidungseinheit und Inhaber des Monopols legitimer Gewaltausübung voraussetzt. Andererseits muß der Staat der damit verbundenen Verantwortung sowohl in organisatorischer als auch in pragmatischer Hinsicht gerecht werden. Denn erst in der konkreten Ausgestaltung des demokratisch und rechtsstaatlich verfaßten und sozialstaatlich handelnden Staates wird reale Freiheit ermöglicht und gesichert – auch und gerade angesichts der Herausforderungen, die aus den ökonomischen Problemen einer Industriegesellschaft sowie dem geistig-ethischen Pluralismus für die staatliche Ordnung und das Recht erwachsen.

Ernst-Wolfgang Böckenförde ist Professor emer. für Öffentliches Recht, Verfassungs- und Rechtsgeschichte sowie Rechtsphilosophie an der Universität Freiburg und war von 1983 bis 1996 Richter des Bundesverfassungsgerichts.

Ernst-Wolfgang Böckenförde
Recht, Staat, Freiheit

Studien zur Rechtsphilosophie,
Staatstheorie und Verfassungsgeschichte

Erweiterte Ausgabe

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.

7. Auflage 2019

Erste Auflage 1991

suhrkamp taschenbuch wissenschaft 914

© Suhrkamp Verlag Frankfurt am Main 1991, 2006 (erweiterte Ausgabe)

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.

Umschlag nach Entwürfen von Willy Fleckhaus und Rolf Staudt

Druck: Druckhaus Nomos, Sinzheim

Printed in Germany

ISBN 978-3-518-28514-5

Inhalt

Vorwort	7
---------------	---

I.

1. Die Historische Rechtsschule und das Problem der Geschichtlichkeit des Rechts	9
2. Freiheit und Recht, Freiheit und Staat	42
3. Das Bild vom Menschen in der Perspektive der heutigen Rechtsordnung	58
4. Zur Kritik der Wertbegründung des Rechts	67

II.

5. Die Entstehung des Staates als Vorgang der Säkularisation	92
6. Bemerkungen zum Verhältnis von Staat und Religion bei Hegel	115
7. Entstehung und Wandel des Rechtsstaatsbegriffs	143
8. Lorenz von Stein als Theoretiker der Bewegung von Staat und Gesellschaft zum Sozialstaat	170
9. Die Bedeutung der Unterscheidung von Staat und Ge- sellschaft im demokratischen Sozialstaat der Gegenwart	209

III.

10. Verfassungsprobleme und Verfassungsbewegung des 19. Jahrhunderts	244
11. Der Staat als Organismus. Zur staats-theoretisch-verfassungspolitischen Diskussion im frühen Konstitutionalismus	263
12. Der deutsche Typ der konstitutionellen Monarchie im 19. Jahrhundert	273
13. Der Zusammenbruch der Monarchie und die Entstehung der Weimarer Republik	306

IV.

14. Der Begriff des Politischen als Schlüssel zum staatsrechtlichen Werk Carl Schmitts	344
15. Gerhard Anschütz	367

V.

16. Die Würde des Menschen war unantastbar. Zur Neukommentierung der Menschenwürdegarantie des Grundgesetzes	379
17. Menschenwürde als normatives Prinzip. Die Grundrechte in der bioethischen Debatte	389
18. Bleibt die Menschenwürde unantastbar?	408
Nachwort	421
Abkürzungsverzeichnis	422
Nachweise	424

Vorwort

Nachdem der 1976 erschienene Band »Staat, Gesellschaft, Freiheit« (stw 163) seit Jahren vergriffen ist, kann nunmehr eine erweiterte Sammlung einschlägiger Studien erscheinen. Das bedingt zugleich eine Aufteilung in zwei Bände. Der erste, hier vorgelegte Band hat seinen Schwerpunkt in Beiträgen zur Rechtsphilosophie, Staatstheorie und Verfassungsgeschichte, der zweite, ebenfalls für 1991 vorgesehene Band »Staat, Verfassung, Demokratie« wird vor allem solche zur Verfassungstheorie und zum Verfassungsrecht enthalten.

Der Titel »Recht, Staat, Freiheit« bezeichnet den inneren Zusammenhang, der die Beiträge dieses Bandes miteinander verbindet. Freiheit – als äußere Freiheit des Handelns – besteht nicht ohne Recht; erst durch und im Recht wird es möglich, daß die Freiheit des einen mit der Freiheit des anderen zusammen bestehen kann. Daß das Recht aber zugleich Friedensordnung ist, der Kampf um seine (gerechte) Gestaltung und seine Durchsetzung nicht die Form gewaltsamer Auseinandersetzung annimmt, setzt den Staat als Macht- und Entscheidungseinheit und Inhaber des Monopols legitimer Gewaltausübung voraus. Kraft dessen vermag er Schutz vor Gewalttätigkeit anderer Menschen oder Menschengruppen zu gewährleisten und durch sein Gesetzgebungsrecht die Ordnung des Zusammenlebens im Sinne der Sicherung von Frieden und Freiheit und der Erreichung des immer wieder neu zu findenden sozialen Ausgleichs zu gestalten. Dieser Staat, wie er in der europäischen Neuzeit als politische Ordnungsform entstanden ist und sich zum Rechtsstaat, zum demokratischen Staat und zum Sozialstaat ausgeformt hat, wird in den einzelnen Beiträgen als bedeutende politische Kulturleistung verstanden. Er muß freilich die Aufgabe und Verantwortung, die ihm als Institution zuerkannt ist, auch ergreifen und – durch seine Organisation wie das Handeln seiner Amtsträger – realisieren. Seine Rechtsgestaltungsmacht befreit nicht davon, daß das so geschaffene Recht sich material legitimieren muß, will es die regelmäßig freiwillige Befolgung bei seinen Adressaten finden, die wiederum Bedingung seiner sozialen Geltung und der Wirksamkeit staatlicher Sanktionsmittel ist. Die – rechtsphilosophische – Frage nach dem Grund des Rechts behält so gerade heute ihre Aktualität.

Die Veränderungen, denen der Staat wie das Recht durch den Übergang zur Demokratie und zum modernen Sozialstaat unterliegen, können nicht übersehen werden; ebensowenig, daß die Probleme einer entwickelten Industriegesellschaft und des geistig-ethischen Pluralismus eine Herausforderung 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. Gleiches gilt für die Freiheit. Freiheit existiert nicht abstrakt, sie erhält ihre Wirklichkeit in konkreten Gestalten der Freiheit, die das Recht näher ausformt und bestimmt. Bürgerliche Freiheit wie politische Freiheit werden erst lebendig als solche Gestalten der Freiheit, liegen ihnen nicht voraus. Die historisch-politischen Auseinandersetzungen des 19. und auch des beginnenden 20. Jahrhunderts galten wesentlich dem Kampf um die richtige Gestaltwerdung der Freiheit. Auch unsere Gegenwart wird davon bestimmt.

So ist auch für ein systematisches Interesse die Form historischer, näherhin verfassungsgeschichtlicher Aufschlüsselung und Erörterung der Probleme unerlässlich. Erst wenn die heutigen Fragen staatlicher Ordnung und der Gestaltung der Freiheit von ihren geschichtlichen Voraussetzungen her begriffen und in deren Kontext erörtert werden, läßt sich ihr allgemeiner Gehalt deutlich machen. Verfassungsgeschichtliche Erörterung ist, so gesehen, zugleich eine Form systematischer Behandlung. Und ebenso gehört die Betrachtung des Denkens bedeutender Staatsrechtslehrer und der darin sich zeigenden geistigen Konstellationen in diesen Zusammenhang.

Aufrichtiger Dank für das Zustandekommen dieser Veröffentlichung gebührt Herrn Friedhelm Herborth. Er hat sich für die Neupublikation, als die Möglichkeit dazu wieder offenstand, nachhaltig eingesetzt. Ebenso danke ich meinen Mitarbeitern am Freiburger Lehrstuhl über die Jahre hinweg für ihre nicht wenigen, auch kritischen Anregungen, die in die Beiträge dieses Bandes eingeflossen sind, sowie Herrn Assessor Johannes Masing und Frau cand. jur. Andrea Hans für das Lesen der Korrekturen.

Freiburg i.Br., im Oktober 1990

Ernst-Wolfgang Böckenförde

1. Die Historische Rechtsschule und das Problem der Geschichtlichkeit des Rechts* (1964)

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,

* 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.

1 Über die Geschichte des Begriffs »Geschichtlichkeit« und seine verschiedenen Bedeutungsgehalte von Lessing bis in die Gegenwart vgl. neuerdings Gerhard Bauer, »*Geschichtlichkeit*«, *Wege und Irrwege eines Begriffs*. Preisschrift der Akad. Wiss. Göttingen 1960, Berlin 1963.

2 Wilhelm Dilthey, *Das 18. Jahrhundert und die geschichtliche Welt*, in: *Ges. Schriften*, Bd. 3 1927; Friedrich Meinecke, *Die Entstehung des Historismus*, 1959; Franz Schnabel, *Deutsche Geschichte im 19. Jahrhundert*, Bd. 1 ³1947, S. 189 ff.

Hugo und Eichhorn, die noch dem vorromantischen Historismus des ›Göttinger Rationalismus‹ entstammten³, auf der andern Seite, ebenso die spätere kritische Wendung der ›Germanisten‹ gegen Savigny⁴ bleiben daher im Rahmen unserer Erörterung zunächst außer Betracht.

I

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

- 3 Dazu näher Dilthey, (Anm. 2), S. 161-162; Karl Jelusic, *Die historische Methode Karl Friedrich Eichhorns. Veröffentlichungen für Wirtschafts- u. Kulturgeschichte. Univ. Wien*, 12 (1936), bes. S. 23 ff., 144 ff.; Carlo Antoni, *Der Kampf wider die Vernunft. Zur Entstehungsgeschichte des deutschen Freiheitsgedankens*, Stuttgart 1951, S. 159 ff.; speziell zu Hugo: Fritz von Hippel, *Gustav Hugos juristischer Arbeitsplan*, 1931; wiederabgedruckt in: Hippel, *Rechtstheorie und Rechtsdogmatik*, 1964, und neuerdings Arno Buschmann, *Entstehung und Grundlagen der geschichtlichen Rechtswissenschaft. Jur. Diss., Münster* 1963.
- 4 Kennzeichnend dafür der Eröffnungsaufsatz von A. L. Reyscher zu der 1839 gegründeten *Zeitschrift für deutsches Recht und deutsche Rechtswissenschaft* »Über Natur und Dasein des deutschen Rechts«, bes. S. 31 ff.; ferner Georg Beseler, *Volksrecht und Juristenrecht*, 1843. Zum ganzen Otto Gierke, *Die historische Rechtsschule und die Germanisten. Berliner Rektoratsrede*, 1903; Johann A. R. von Stintzing/Ernst Landsberg, *Geschichte der deutschen Rechtswissenschaft*, Bd. 3/2, 1910, S. 495 ff.
- 5 Die Literatur über Savigny und seine Rechtsauffassung ist heute kaum noch überblickbar. Es kann nicht die Aufgabe der nachfolgenden Untersuchung sein, sich mit dieser Literatur erschöpfend auseinanderzusetzen. Gute Hinweise auf diese Literatur gibt der reich belegte Festvortrag von Rudolf Gmür, *Savigny und die Entwicklung der deutschen Rechtswissenschaft*, Münster 1962. Siehe ferner die ebenfalls aus Anlaß des 100. Todestags von Savigny († 1861) entstandenen Beiträge von Wolfgang Kunkel, »Savignys Bedeutung für die deutsche Rechtswissenschaft und das deutsche Recht.«, in: JZ, 1962, 447 ff., und Hans Thieme, »Savigny und das deutsche Recht.«, in: *Z. Savigny-Stift. Rechtsgesch., german. Abt.* 80 (1963) S. 1 ff. Aus der älteren Literatur sind immer noch grundlegend v. Stintzing/Landsberg, (Anm. 4), Bd. 3/2, S. 186-252; H. Stoll, *Friedrich Karl v. Savigny*, Bd. 1/2, Berlin 1927-29. – Aus der jüngeren Literatur sind vor allem die Abschnitte über die Historische Rechtsschule bei Franz Wieacker, *Privatrechtsgeschichte*

(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 hat⁶, 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, wengleich die nicht gerade glückliche Bezeichnung ›Historische

der Neuzeit, 1952, §§ 19 u. 20 und dessen Vortrag von 1954 über Savigny in: *Gründer und Bewahrer*, 1959, S. 107-143, zu nennen.

6 Besprechung von Hugos *Lehrbuch der Geschichte des römischen Rechts*, ²1799 und ³1806, in: Friedrich Carl von Savigny, *Vermischte Schriften*, Bd. 5, 1850, S. 2; dazu auch Walter Wilhelm, *Zur juristischen Methodenlehre im 19. Jahrhundert*, Frankfurt 1958, S. 17 ff.

7 Die historische Methode in der Rechtswissenschaft beteht für Savigny daher darin, »jeden gegebenen Stoff bis zu seiner Wurzel zu verfolgen und so ein organisches Prinzip zu entdecken, wodurch sich von selbst das, was noch Leben hat, von demjenigen absondern muß, was schon abgestorben ist, und nur noch der Geschichte angehört« (*Vom Beruf unsrer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft*, [Ausg. 1814] S. 117 f.).

8 Wilhelm (Anm. 6), S. 23 ff. hat mit Recht darauf hingewiesen, daß in der praktischen wissenschaftlichen Arbeit Savignys und der Schule diese methodisch postulierte Einheit von geschichtlicher und systematischer Bearbeitung des Rechts nicht durchgehalten wurde; vgl. auch Wieacker, *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit*, 1952, S. 224 f. Schon die Inhaltsverzeichnisse der ersten Bände der *Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft* lassen das erkennen. Die Gründe dafür ergeben sich aus der Eigenart dieser »geschichtlichen Rechtsauffassung« selbst, vgl. weiter unten im Text.

Rechtsschule« dies nahelegen mag. Die Verhältnisbestimmung von Rechtswissenschaft und Rechtsgeschichte ist nur die Folge einer rechtsphilosophischen 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 Bewußtsein« 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 1814⁹, in dem Einleitungsaufsatz zur »Zeit-

9 *Vom Beruf unsrer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft*, Heidelberg 1814. Es handelt sich bei dieser Programmschrift nicht um eine Gelegenheitsschrift, die ihrerseits durch Thibauts Schrift »Über die Notwendigkeit eines allgemeinen bürgerlichen Rechts für Deutschland«, 1814 veranlaßt wurde, wie u. a. Erik Wolf, *Große Rechtsdenker in der deutschen Geistesgeschichte*, ³1951, S. 499 und auch Kunkel (Anm. 5), S. 447 meinen, sondern um eine länger ausgereifte Programmschrift, die zunächst als Einleitung und Grundlegung zu der 1812 begonnenen *Geschichte des römischen Rechts im Mittelalter* gedacht war, dann aber davon abgetrennt und selbständig veröffentlicht wurde. Der diesbezügliche Nachweis aus Briefen Savignys bei Joh. Henning, *Vom Beruf unsrer Zeit und Geschichte des römischen Rechts im Mittelalter*, ihre Entstehung und ihr Verhältnis zueinander ... in: *Z. Savigny-Stift. Rechtsgesch., german. Abt.* 56 (1936) S. 394-398.

schrift 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 Rechtsgelehrten 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

10 »Über den Zweck dieser Zeitschrift«, in: *Z. geschichtl. Rechtswiss.* 1 (1815), wieder abgedruckt in: Savigny, (Anm. 6), Bd. 1, S. 105 ff., dort mit einer wichtigen Vorbemerkung.

11 *System des heutigen römischen Rechts*, Bd. 1/2. Kap., bes. §§ 6-8. 12. 14-15.

12 Ebd., Bd. 1, S. 14-16; Savigny distanziert sich dementsprechend von der Theorie, daß Brauch und Gewohnheit selbst die *Quellen* des Rechts seien und aus ihnen das Recht entstehe. Gewohnheit kann nicht der Entstehungsgrund, sondern nur ein *Kennzeichen* des positiven Rechts sein, vgl. ebd., Bd. 1, S. 35.

13 Vgl. *Vom Beruf unsrer Zeit* (Ausg. 1814) S. 8-15, bes. S. 12; *System*, (Anm. 11), Bd. 1, S. 17 ff.; ferner Ernst Forsthoff, *Recht und Sprache* 1940; Neudruck Darmstadt 1964, S. 18 ff.

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

14 Die mangelnde Staatsbezogenheit und der darin intendierte unpolitische (= geschichtlich-kulturelle) Charakter von Savignys Rechtsbegriff hat bereits 1841 in dem jungen Lorenz v. Stein einen scharfen Analytiker und Kritiker gefunden. Seine großangelegte Kritik von Savignys System in den *Deutschen Jahrbüchern* dürfte, wiewohl sie bis heute wenig bekannt ist, zu den klassischen Dokumenten der Geschichte der deutschen Rechtswissenschaft im 19. Jahrhundert gehören. Savignys Theorie, daß der Staat selbst ein organisches Gebilde des Rechts sei, das Recht also den Staat trage und ihn erzeuge (*System* (Anm. 11), Bd. 1, S. 22), stellt L. v. Stein hier mit dem Selbstbewußtsein einer jungen, hegelianisch gebildeten Generation die Gegenthese von der *Staatlichkeit* des Rechts gegenüber: »Denn das Recht ist seinem Wesen nach ein Teil in dem Organismus des Staatslebens; es bildet sich daher nach ihm, und sein Wert ist eben davon abhängig, ob es mit demselben in seiner Grundidee und seinen Besonderungen übereinstimmt« (Lorenz von Stein, »Zur Charakteristik der heutigen Rechtswissenschaft.«, in: *Dtsch. Jb. Wiss. und Kunst* [Fortsetzung der Halleschen Jb.], 1841, S. 365 ff. [377]). Vgl. dazu auch die Ausblicke bei Carl Schmitt. »Die Lage der europäischen Rechtswissenschaft«, in: *Verfassungsrechtliche Aufsätze*, 1958, S. 416-419.

15 Das ist offenbar in der sonst sehr wertvollen und gedankenreichen Untersuchung von Wilhelm, (Anm. 6), nicht recht bewußt; sie setzt daher ideologiekritische Fragestellung und Sacherklärung in eins und verstellt sich damit den Weg zur Erkenntnis der tragenden Grundlage der Rechtsauffassung Savignys und der Historischen Schule; vgl. dazu meine Besprechung in: *Arch. Rechts- u. Sozialphilos.* 48 (1962), S. 249-254.

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 Ganzes«. 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 Geschichte 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

¹⁶ Savigny, »Über den Zweck dieser Zeitschrift«, (Anm. 10), Bd. 1, S. 110-113; in der Sache ähnlich in: *Vom Beruf unsrer Zeit*, (Anm. 13), S. 8-12.

¹⁷ Savigny spricht in bezug auf diesen Volksbegriff vom »idealen Volk«, das auch die ganze Zukunft in sich schließt und also ein »unvergängliches Dasein« hat (*System*, (Anm. 11), Bd. 1, S. 31).

¹⁸ *Privatrechtsgeschichte*, (Anm. 5), S. 235; für den geistesgeschichtlichen Zusammenhang aus der Entstehungssituation der Historischen Schule

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 Volksgebriff 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 voranzusetzen, 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«

(zweiter Humanismus) ebd. S. 221 ff.; ders.: F. C. v. Savigny. *Z. Savigny-Stift. Rechtsgesch., roman. Abt.* 72 (1955) 6 (= ders.: *Gründer und Bewahrer*, 1959, S. 112) und: »Der gegenwärtige Stand der Disziplin der neueren Privatrechtsgeschichte«, in: *Eranion in Honorem Georgii S. Maridakis*, Vol. 1, Athen 1963, S. 343.

¹⁹ *System*, (Anm. 11), Bd. 1, S. 30.

²⁰ Vgl. etwa ebd., Bd. 1, S. 14: Das Recht wird nicht von einzelnen Gliedern in ihrer Willkür geschaffen, sondern »der in allen einzelnen gemeinschaftlich lebende und wirkende Volksgeist« ist es, der das positive Recht erzeugt. Für das Bewußtsein jedes Einzelnen ist dies »nicht zufällig, sondern notwendig«. Mit Anklängen an Rousseaus metaphysisch-normativ orientierten Begriff der *Volonté générale*, ebd., S. 24: Das Recht hat sein Dasein in dem gemeinsamen Volksgeist, also in dem Gesamtwillen, der insofern auch Wille jedes Einzelnen ist. Das Unrecht besteht darin, daß der Einzelne sich vermöge seiner Freiheit »durch Das, was er für sich will«, gegen das auflehnt, was er »als Glied des Ganzen denkt und will«.

²¹ Dazu unten S. 20 u. 23 f.

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 Ganzes« 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

22 Als die diese Vorstellung tragende philosophische Grundauffassung wird man Schellings organisches Identitätsdenken anzusehen haben, vgl. vor allem dessen *Methode und Ziel des akademischen Studiums*, 1802. Dazu noch näher unten S. 23, Anm. 39.

23 Darin unterscheidet sich Savignys geschichtliches Denken deutlich von demjenigen Hugos und K. F. Eichhorns, die Geschichte noch aus einer ungebrochenen, historischen Kontinuität heraus betrachten, ohne das romantische Reflexionsverhältnis zur Geschichte; sehr deutlich z. B. bei Karl Friedrich Eichhorn, *Deutsche Staats- und Rechtsgeschichte*, Bd. 4, ³1836, S. 707 und 717; für Hugo vgl. F. v. Hippel, *Gustav Hugos juristischer Arbeitsplan*, (Anm. 3), S. 72 f.; ferner Wieacker, *Privatrechtsgeschichte*, (Anm. 5), S. 231 f.

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 hat²⁵, 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

24 Vgl. des näheren E.-W. Böckenförde, *Die deutsche verfassungsgeschichtliche Forschung im 19. Jahrhundert*, 1961, S. 79-84.

25 H. Freyer, *Das geschichtliche Selbstbewußtsein des 20. Jahrhunderts*, Leipzig 1938, S. 15-17.

26 Savigny zieht auch die Parallele zu den natürlichen Lebensaltern, wie Jugendzeit und Vollalter; die Entfaltung und Veränderung des Rechts ist nicht nur ein Entwicklungsprozeß überhaupt, sondern verläuft »in einer bestimmten, regelmäßigen Folge der Zustände« (*System*, (Anm. 11), Bd. I, S. 18): es »wächst also mit dem Volke fort, bildet sich aus mit diesem, und stirbt endlich ab, so wie das Volk seine Eigentümlichkeit verliert« (*Vom Beruf unsrer Zeit*, (Anm. 13), S. 14).

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 altsächsischen 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 Entfaltungs-

27 Johann Gottfried Herder, *Ideen zur Philosophie der Geschichte der Menschheit*, Vorrede, (Ausg. Suphan), Bd. 13, S. 7 f.

28 Sehr deutlich etwa in: *Ideen zur Philosophie der Geschichte der Menschheit*, 3. Teil, Buch 15, ebd., Bd. 13, S. 47/48; Bd. 14, S. 225 ff.; 235 ff. Typisch dort die folgende These: »Nach den Gesetzen ihrer inneren Natur muß mit der Zeitenfolge auch die Vernunft und Billigkeit unter den Menschen mehr Platz gewinnen und eine dauernde Humanität befördern« (S. 235). Eine nähere Analyse von Herders Geschichtsvorstellung, der Auffassung der geschichtlichen Bewegung als einer »Kette der Kultur« und ihrer Orientierung an den Formen biologischen Lebensablaufs findet sich bei Rudolf Stadelmann, *Der historische Sinn bei Herder*, Halle 1928, S. 46 f., 63. 80 f.

29 Vgl. das Kapitel über Möser bei Antoni, (Anm. 3), bes. S. 147 ff.; ferner E.-W. Böckenförde, (Anm. 24), S. 30-32.

30 Justus Möser, *Osnabrückische Geschichte*, 1768, Einleitung § 44, (Ausgabe Abeken), S. 69/70.