

RECHTSTHEORIE

Zeitschrift für Logik, Methodenlehre, Kybernetik und Soziologie des Rechts
Herausgegeben von Prof. Dr. Karl Engisch f, Heidelberg / Prof. Dr. H. L. A. Hart,
Oxford / Prof. Dr. Hans Kelsen f, Berkeley / Prof. Dr. Ulrich Klug, Köln /
Prof. Dr. Dr. Karl R. Popper, London.

Redaktion: Prof. Dr. Klaus Adomeit, Berlin / Prof. Dr. Dr. Dr. h. c. Werner
Krawietz, Münster / Prof. Dr. Dr. Adalbert Podtch, Darmstadt.

Geschäftsführender Redakteur: Prof. Dr. Dr. h. c. Werner Krawietz, Lehrstuhl
für Rechtssoziologie, Rechts- und Sozialphilosophie, Universität Münster, Rechts-
wissenschaftliche Fakultät, Bisinghof 24/25, 48143 Münster

Die Zeitschrift und alle in ihr enthaltenen einzelnen Beiträge und Abbildungen
sind urheberrechtlich geschützt. Jede Verwertung, welcher Art auch immer, au-
ßerhalb der engen Grenzen des Urheberrechtsgesetzes bedarf der Zustimmung
des Verlages. Dies gilt auch für Übertragungen in eine von Maschinen insbes.
Datenverarbeitungsanlagen verwendbare Sprache.

Eine Haftung für unverlangt eingereichte Manuskripte wird nicht übernommen.
Eine Rückgabe erfolgt nur, wenn Rückporto beigefügt ist. Die Einreichung des
Manuskripts stellt ein Angebot an Verlag und Redaktion zur Übertragung des
ausschließlichen Verlagsrechts für die Zeit bis zum Ablauf des Urheberrechts
dar. Die Annahmeerklärung kann förmlich erfolgen, sie kann aber auch implizit
durch Abdruck des Manuskripts ausgesprochen werden. Das übertragene Ver-
lagsrecht schließt auch die Befugnisse zur Einspeicherung in eine Datenbank
sowie zu weiteren Vervielfältigungen zu gewerblichen Zwecken in jedem mög-
lichen Verfahren ein. Dem Autor verbleibt die Befugnis, nach Ablauf eines
Jahres anderen Verlagen eine einfache Abdruckgenehmigung zu erteilen; ein
eventuelles Honorar hieraus steht dem Autor zu.

Die Zeitschrift erscheint vierteljährlich im Gesamtumfang von ca. 544 Seiten.
Abonnementpreis jährlich DM 164,- zuzüglich Porto.

Bestellungen können über jede Buchhandlung oder direkt an den Verlag
gerichtet werden.

Abbestellungen müssen 6 Wochen vor Jahresende erfolgen.

Verlag Duncker & Humblot GmbH, Carl-Heinrich-Becker-Weg 9, 12165 Berlin
Ruf: 0 30 / 79 00 06 - 0, Telefax: 0 30 / 79 00 06 31

Satz: Fotosatz Voigt, Berlin

Druck: Berliner Buchdruckerei Union GmbH, Berlin

ISSN 0034-1398
ISBN 3-428-08952-9

Die Deutsche Bibliothek - CIP-Einheitsaufnahme

**Verfassungsstaat, Stabilität und Variabilität des Rechts im
modernen Rechtssystem** : internationales Symposium der
Budapester Juristischen Fakultät ; Sonderheft Ungarn / hrsg.
von Werner Krawietz . . . - Berlin : Duncker und Humblot, 1995
(Rechtstheorie ; Bd. 26, H. 3)
ISBN 3-428-08952-9
NE: Krawietz, Werner [Hrsg.]; Eötvös Loránd Tudományegyetem
(Budapest) / Állam- és Jogtudományi Kar

GESCHICHTLICHKEIT DES RECHTS BEI FRIEDRICH CARL VON SAVIGNY

Von Gerald Süchting, Potsdam

I. Einleitung

Die Rechtlichkeit der Geschichte und die Geschichtlichkeit des Rechts
- stehen Recht und Geschichte in unvermittelbaren Gegensätzen oder
läßt sich das eine aus der anderen deuten? Aus den Fragen nach der
Gerechtigkeit in der Geschichte und nach der Geschichtlichkeit des
Rechts ergibt sich schon vorverständlich, daß die Begriffe „Recht“ und
„Geschichte“ eng, aber undeutlich verwoben sind.

Politische Geschichte verfolgt eigene Wege und verläuft nicht in
Bahnen, welche von Recht und Gesetz vorgegeben sind. Historische
Erfahrung und erfahrene Gegenwart zeigen, daß der Begriff des Men-
schenrechts erst im ausgehenden sechzehnten Jahrhundert eine
geschichtliche Größe wurde, und auch dann, als das Menschenrecht im
20. Jahrhundert begrifflich und normativ gesichert wurde, die Verlet-
zung des Menschenrechts an der politischen Tagesordnung war und ist.
Allenfalls ließe sich vorsichtig ein Standpunkt vertreten, nach welchem
die Geschichte sich in der Ausbildung und Verbreitung des Modells par-
lamentarischer Demokratie und Rechtsstaaten einem idealen Rechtszu-
stand annähert.¹

Scheinbar eindeutiger ist der Befund, daß das Recht geschichtlich ist.
Es ist entstanden, also hat es eine Geschichte. Darüber belehrt rechtsge-
schichtliche Forschung. Gleichwohl ergeben sich auch aus dieser Fest-
stellung Schwierigkeiten. Nach einem aufgeklärten und für uns sowohl
geschichtlich als auch intellektuell nicht mehr hintergehbaren Rechts-
begriff muß der geschichtliche Rechtsbegriff mit dem philosophischen
Rechtsbegriff (der wiederum seine eigene Geschichte hat) konfrontiert

¹ Das ist die Ausgangsthese *Francis Fukuyamas*, Das Ende der Geschichte. Wo
stehen wir?, urspr. New York, dtisch. München 1992, insbes. S. 383 ff.; ebenfalls
- wenn auch deutlich skeptischer - *Joachim Fests*, Die schwierige Freiheit. Über die
offene Flanke der offenen Gesellschaft, Berlin 1993. Zu einer solchen vorsichtigen
und skeptischen Deutung einer freiheitsverwirklichenden Geschichtsteologie
grundlegendst *Immanuel Kant*, Idee zu einer allgemeinen Geschichte in weltbür-
gerlicher Absicht, Werkausgabe Weischedel, Frankfurt 1977, Bd. XI, S. 33 ff.

werden. Aus dieser Konfrontation ergibt sich die tiefere Nachfrage nach den historischen und den unhistorischen Begründungselementen eines vorpositiven Rechtsbegriffs.

Der geschichtliche Rechtsbegriff referiert phänomenorientiert die Geschichte des positiven Rechts und die Gründe der Entstehung des positiven Rechts. Die Entwicklung des geschichtlichen Rechtsbegriffs hat Teil an der wissenschaftlichen Erforschung der Geschichte, die in Deutschland ungefähr zu Beginn des neunzehnten Jahrhunderts anhub. In die Ehrentafel der historischen Rechtsforschung in Deutschland ist der Name Friedrich Carl v. Savigny an erster Stelle in römischen Lettern eingestanz.

Der philosophische Rechtsbegriff referiert die allgemeinen, notwendigen und unveränderlichen Bedingungen des Rechtsdenkens. Die Entwicklung des philosophischen Rechtsbegriffs hat Teil an der wissenschaftlichen Erforschung der Bedingungen menschlicher Erkenntnis, also an einer durch Kritik der Vernunft in die Wissenschaft der Logik mündenden Entwicklung. Der Rechtsbegriff als richtiges Ordnungsprinzip menschlicher Gemeinschaft wurde praktisch-philosophisch mit dem Beginn der Aufklärung im Naturrecht erahnt und im Vernunftrecht des deutschen Idealismus bestimmt.

Der geschichtliche Rechtsbegriff erweckt den Eindruck, das Recht sei beliebig, seine Inhalte seien austauschbar, individuell und zufällig. Der aufgeklärte philosophische Rechtsbegriff geht demgegenüber von einem unveränderlichen Begriff des Menschenrechts (welches nur eines, die persönliche Freiheit, ist)² aus, welches ursprünglich, unbedingt, allgemeingültig und unhistorisch jede gerechte menschliche Gemeinschaft normativ bestimmt. Dieser Rechts- und dieser Freiheitsbegriff waren jedoch nicht von Anfang an menschengeschichtlich dem Bewußtsein präsent, sondern wurden ihrerseits philosophiegeschichtlich in einem Stufen- und Aneignungsgang des menschlichen Denkens erschlossen.³

Die Frage nach der Geschichtlichkeit des Rechts liegt in dem unaufgelösten Spannungsfeld der Geschichtlichkeit der Vernunft und der Vernünftigkeit der Geschichte, einem traditionell ungelösten Widerspruch in

² „Freiheit (Unabhängigkeit von eines anderen nötiger Willkür), sofern sie mit jedes anderen Freiheit nach einem allgemeinen Gesetz zusammen bestehen kann, ist dieses einzige, ursprüngliche, jedem Menschen, kraft seiner Menschheit, zustehende Recht.“ S. *Immanuel Kant*, *Metaphysik der Sitten*, Rechtslehre, Einleitung der Rechtslehre, Abschn. B, Werkausgabe Weischedel, Frankfurt 1977, Bd. VII, S. 345 ff.

³ „Die Weltgeschichte stellt nur den *Stufengang* der Entwicklung des Prinzips, dessen *Gehalt* das Bewußtsein der Freiheit ist, dar.“ S. *Georg Wilhelm Friedrich Hegel*, Vorlesungen über die Philosophie der Geschichte, Werkausgabe Moldenhauer/Michel, Band 12, S. 77; „Der Geist ist als die Wahrheit der Natur *geworden*.“, § 388 der „Enzyklopädie der philosophischen Wissenschaften“ *Hegels*.

der Theorie der Rationalität.⁴ Die Schwierigkeit im Umgang mit dem philosophischen Rechtsbegriff liegt in dessen geschichtlichem Geworden-sein begründet; die Schwierigkeit in der Bestimmung des Forschungsgegenstandes einer historischen Rechtswissenschaft liegt in der unhistorischen Begründung des philosophischen Rechtsbegriffs in der *Definition*, was Recht ist, beschlossen.

Das Problem ist traditionell ungelöst, somit sind auch von dem vorliegenden kurzen Essay keine abschließenden Erkenntnisse zu erwarten. Die Erinnerung an die Lehren Savignys in ihrem Verhältnis zu den Lehren Kants und Hegels hilft jedoch, die Frage in einer geschichtlichen Übergangssituation – Neuformierung ehemals kommunistischer Staaten in parlamentarische Demokratien – erneut zu stellen. An die Vernünftigkeit der Geschichte als eines flachen Faktums, welches aus einer bloßen Beobachtung der Geschichte gewonnen werden kann, glauben nur Dogmatiker. Aber vielleicht läßt sich aus der Theorie der Rechtsvernunft ein Deutungsschema – empirisch und normativ – gewinnen, welches Geschichte als Inbegriff menschlicher Handlungen zu attribuieren ist. Eventuell läßt sich aus einem philosophischen Rechtsbegriff ein Deutungsschema gewinnen, welches Kernbegriffen personalen menschlichen Daseins, Freiheit und Notwendigkeit, auch eine geschichtliche Wirkungsdimension verleiht.

II. Die historische Rechtsschule Friedrich Carl von Savignys

Die Historische Rechtsschule Savignys des Jahres 1815 liegt in chronologischer Ordnung zwischen den beiden großen systematischen Entwürfen von Rechtsphilosophie bei Kant und Hegel. Diese chronologische Ordnung läßt – soweit sei das Ergebnis des nun folgenden Abschnitts vorweggenommen – keine inhaltliche Einordnung zu. Vielmehr entwickelt sich die Historische Rechtsschule quer zu den von Kant 1797 vorgestellten metaphysischen Anfangsgründen einer Rechtslehre und könnte lediglich als Impuls für die von Hegel 1821 in den Grundlinien der Philosophie des Rechts nachvollzogene Historisierung des Rechts verstanden werden. Savigny legte den Schwerpunkt seiner Lehre auf die Geschichtlichkeit des Rechts als Forschungsgegenstand, während bei Kant und Hegel – *cum grano salis* – die denkende Betrachtung sich die Rechtlichkeit der Geschichte zentral zum Gegenstand nimmt. Der guten Anschaulichkeit und ihrer Popularität wegen wird der Ausgang von den Lehren Savignys genommen. Die in seinen Lehren aufgeworfenen Probleme und

⁴ Zum Verhältnis Vernunft und Geschichte vgl. *Herbert Schnädelbach*, in: *ders./Eckehard Martens* (Hrsg.), *Philosophie*. Ein Grundkurs, 2. Aufl., Hamburg 1991, Bd. 1, S. 103 ff.

Fragestellungen führen ohne weiteres inhaltlich auf die weitergehenden Systementwürfe Kants und Hegels, die ihren Ursprung in der metaphysischen Interpretation des Rechtsbegriffs nehmen. Eine nähere Bestimmung des Verhältnisses zwischen der Historischen Rechtsschule und metaphysischen Systementwürfen wird anhand der Begriffe „Freiheit“ und „Notwendigkeit“ am Ende des Referats der Lehren Savignys vorbereitet. Hier wird deutlich werden, daß die metaphysische Deutung dieser Begriffe, die ihren Ausgang von einem entwickelten freiheitlichen Personenbegriff nimmt, von der historischen Rechtsschule ausdrücklich nicht aufgenommen wird.

1. Biographische Daten⁵

Geboren wurde Savigny am 21. Februar 1779 in Frankfurt/M., er starb am 25. Oktober 1861. Er wurde in Wetzlar erzogen im Geiste des liberalen Kulturprotestantismus Schleiermachers. Ab dem 16. Lebensjahr Studium des Rechts in Marburg und Göttingen. Promotion im Oktober 1799 in Marburg im Strafrecht über die Idealkonkurrenz. Eheschließung mit Kunigunde v. Brentano (Schwester des Clemens v. Brentano). Ruf an die bayrische Universität Landshut im Jahr 1808. Einladung durch Humboldt, in die Berliner neugegründete Universität einzutreten im Jahr 1810. Mitglied des preußischen Staatsrats im Jahr 1817. Mitglied des preußischen Revisions- und Kassationshofs im Jahr 1819. Führung des preußischen Ministeriums für Gesetzgebung unter Friedrich Wilhelm IV. 1842. Vorbereitung zivilrechtlicher Einzelgesetze mit Einfluß für das spätere BGB um 1848.

Savigny lebte und wirkte in einer Zeit, in welcher nachdrücklich (z.B. durch Thibaut) die Vereinheitlichung des Zivilrechts in Deutschland gefordert wurde; betonte dieser Bewegung gegenüber jedoch die Voraussetzung einer jeden Gesetzgebung, zunächst die geschichtlich aufweisbaren gültigen allgemeinen Rechtsprinzipien wissenschaftlich auf der Höhe der Zeit neu zu formulieren, und eben dieses durch eine wissenschaftliche Aufarbeitung des römischen Rechts.

Savigny begründete die „Historische Rechtsschule“ durch persönlichen Wirken in der Lehre, Initiierung der Zeitschrift „Zeitschrift für historische Rechtswissenschaft“ sowie theoretisch durch seine Schriften: „*Vom Beruf unserer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft*“, insbes. im 2. Kapitel „Entstehung des positiven Rechts“, 1814, eine Antwort auf die Initiativen des Thibaut; „*Die Historische Schule in der Rechtswissenschaft*“ – Einleitungsaufsatz 1815 in der oben genannten Zeitschrift.

⁵ Ausführlicher zur Biographie Savignys Erik Wolf, Große Rechtsdenker der deutschen Geistesgeschichte, 3. Aufl., Tübingen 1951, S. 466ff.

Anwendungen des Programms und Ausführung des Plans der historischen Rechtsschule waren die Schriften „Das Recht des Besitzes“ 1803; „Geschichte des römischen Rechts im Mittelalter“ in 6 Bänden, zwischen 1815 bis 1831 erschienen; und „System des heutigen römischen Rechts“ 1835.

Die Methode der historischen Rechtsschule ist als Wendung gegen isoliert-philosophische Behandlungen der Rechtsidee in der Aufklärung und unmittelbar danach zu verstehen,⁶ und als Wendung gegen die aus dieser philosophischen Rechtsschule hervorgegangenen Kodifikationen.⁷ Ebenfalls ist die historische Rechtsschule als eine Wendung gegen die Auffassung zu verstehen, die als „ungeschichtliche Rechtswissenschaft“ das vorgefundene Recht *nur* als positiv, d.h. als Momentaufnahme von Regeln in einer existierenden Gesellschaft ohne historischen Kontext begreift.⁸ Diesen beiden Richtungen gegenüber betont die historische Rechtsschule einerseits die Gesellschaftsgebundenheit der Rechtssentenzierung, andererseits die innere Notwendigkeit der Rechtsentwicklung im Gang der Geschichte; beiden gemeinsam gegenüber jedoch die Prinzipiengebundenheit des positiven Rechts, wie sie sich in der Rechtsschichte – rückschließend vom Stoff auf das diesem innewohnende beweisende Prinzip – aufweisen läßt.⁹

Einer der häufigst zitierten Sätze: „Die Rechtswissenschaft ist ja nichts weiter als Rechtsgeschichte“¹⁰ markiert vordergründig, welchen Stellenwert Savigny geschichtlicher Forschung für die Rechtserkenntnis zumaß.

⁶ Dieter Nörr, Savignys philosophische Lehrjahre. Ein Versuch, Frankfurt am Main 1994, S. 78ff., referiert die Kritik Savignys an der Konzeption eines Sittengesetzes (des kategorischen Imperativs) bei Kant. Savigny reduziere die Anwendung des kategorischen Imperativs auf einen Akt der „rechnenden Vernunft“, dem wirklichen Menschen trete diese Formel als fremdes Abstraktum entgegen: „Die Regel (der kategorische Imperativ, G. S.) ist hier nichts als eine algebräische Formel für die Vernunft, mit welcher diese gar viel leichter und schneller rechnen kann.“, S. 81.

⁷ Wie z.B. das österreichische Zivilgesetzbuch ABGB von 1811.

⁸ Franz Wieacker, Privatrechtsgeschichte der Neuzeit, 2. Aufl., Göttingen 1967, S. 348ff.

⁹ Ebd., S. 358: „Es bedeutet nichts Geringeres, als daß die Beziehung des Solens auf das geschichtliche Sein, der Rechtsnorm auf die gesellschaftliche Wirklichkeit zum erstenmal ins Bewußtsein der Rechtswissenschaft kommt.“

¹⁰ Grundgedanken, S. 36; Vermischte Schriften Bd. 5, S. 2 (Recension der „Rechtsgeschichte“ Hugos).

2. Programm der „Historischen Rechtsschule“

a) *Bestimmungsgrößen des Rechts: Volk und Volksgeist*¹¹

Das Recht ist geprägt durch den eigentümlichen Charakter eines Volks, gleich seiner Sprache, Sitte und Verfassung. Das Recht steht über diesem eigentümlichen Charakter in einem systematischen Zusammenhang mit den sonstigen kulturellen Leistungen eines Volkes, ist diesen gegenüber jedoch eine gesonderte „Kraft“. Es besteht ein organisatorischer Zusammenhang des Rechts mit dem Wesen und Charakter eines Volkes. Das Verknüpfende ist die gemeinsame Überzeugung des Volkes, das gleiche Gefühl innerer Notwendigkeit und der Ausschluß zufälliger und willkürlicher Entstehung. Wie dieser innere Zusammenhang anthropologisch entstand, ist unerforscht. Das Rechtsdenken eines Volkes durchlebt die Entwicklung seiner kulturellen Leistungen vom Naturzustand (begriffsarme Jugend, die aber unmittelbar und frisch im Erleben ist) zur Reifung (ausgearbeitetes begriffliches Denken, aber Gefahr laufend, das unmittelbare Erleben zu vergessen, zu versteinern) und stirbt. Das Recht hat in dieser Entwicklung sein Dasein durch ständige Übung und Setzung in Schrift und Rede. Dieser Übung geht eine Ablösung vom unmittelbaren Erleben, eine Abstraktionsleistung voraus, die in der Konstruktion von symbolischen Handlungen mit Rechtscharakter münden. Das Recht ist wirklich in der sinnlichen Anschaulichkeit der mit dem positiven Recht konstituierten und durch den Rechtstabs gesetzten Rechtsakte. Es wird akzeptiert und als geltendes Recht erfahren in dem Maße, in dem die Rechtsakte (symbolische Handlungen) verstanden werden und anschaulich sind als Ausdruck eines „Volks Glaubens“ vom Richtigen, d.h.: das Recht muß vom gesellschaftlichen Rechtsbewußtsein abstrahieren und Rechts-Symbole entwickeln, darf aber nicht zu stark abstrahieren (Absehen vom Volksglauben), um noch verstanden werden zu können. Das Recht nimmt teil an der Entwicklung des Volkscharakters und der bürgerlichen Gesellschaft. Es nimmt als eigenständiges Subsystem teil am System der Arbeitsteilung der bürgerlichen Gesellschaft: es differenziert den Juristenstand aus. Dadurch bekommt das Recht eine doppelte Existenz: einerseits als Gegenstand allgemeiner Überzeugungen im Volk, andererseits als Gegenstand berufsmäßiger Übung. Als Gegenstand berufsmäßiger Übung differenziert es sich aus in Theorie (oder die wissenschaftliche Behandlungsweise des Rechts) und Praxis. Das Recht

¹¹ Aus „Entstehung des positiven Rechts“ (Kap. 2 aus „Vom Beruf unser Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft“). Der guten Lesbarkeit wegen wird die folgende Kompilation im Indikativ geschrieben. Es ist alles zitiert. Diese Darstellungsform wird gewählt, um die Begriffe Savignys möglichst unverfälscht in ihrer Umgebung zu belassen.

entsteht zunächst als Gewohnheitsrecht, d.h. zuerst als Sitte und Volks Glaube, innere und stillwirkende Kräfte innerhalb eines Volkes, dann durch Jurisprudenz, und gerade nicht nur allein durch die willkürliche Setzung des Gesetzgebers. Somit finden sich große Unterschiede in der Gültigkeit und Anwendung des Rechts. Wie dasselbe Volk sich in viele Stämme verzweigt, Staaten sich vereinigen oder zerfallen, so muß bald *dasselbe Recht* mehreren unabhängigen Staaten gemein sein (abstellend auf ein gleiches kulturelles Niveau), andererseits muß jedoch in verschiedenen Teilen desselben Staates neben gleichen Grundzügen des Rechts, eine große Mannigfaltigkeit unterschiedlicher Bestimmungen oder unterschiedliche Interpretationen gleicher Bestimmungen gelten.¹²

Darf mit Savigny vom Monismus *einer* Rechtsidee, die allen Staaten gleich ist und deren Entwicklung zugrunde liegt, ausgegangen werden? Dieser Gedanke wäre verträglich mit der Vorstellung eines Pluralismus des positiven Rechts, welcher als stoffliche Ausgestaltung dieser einen Rechtsidee von verschiedenen Völkern zu verschiedenen Zeiten oder innerhalb eines Volkes durch verschiedene Untergruppen sich darstellt. Ungelöst aber bleibt das Problem, ob sich der monistische Rechtsgedanke Savignys, der in der Wendung „*dasselbe Recht*“ sich andeutet, als Idee eines philosophisch-zeitlosen Rechts a priori fassen läßt.

b) *Über die Gesetzgebung*¹³

Der Gesetzgeber wirkt über die Gesetzgebung auf die bestehenden Überzeugungen ein. Er reinigt und präzisiert die Überzeugungen vom Richtigen und Gerechten.¹⁴ Der Staat soll den Rechtsvorrat, das sind die vorfindlichen Überzeugungen vom Richtigen und Gerechten, sammeln, sichten und ordnen. Ein Gesetzbuch ist als Aufzeichnung des gesamten

¹² Durch Beispiele aus dem Recht der Bundesrepublik Deutschland kann dieser Gedanke Savignys illustriert werden. Ein Beispiel für die Geltung unterschiedlicher Bestimmungen für einen und denselben Sachverhalt aufgrund von Bundesgesetz gibt die gem. § 94 BGB notwendige Einheitlichkeit von Gebäude- und Grundeigentum auf dem Gebiet der alten Bundesländer, und die Möglichkeit eines von dem Grundeigentum getrennten Gebäudeeigentums nach dem Sachenrechtsvereinigungsgesetz auf dem Gebiet der sog. neuen Bundesländer (Beitrittsgebiet). Ein Beispiel für die unterschiedliche Interpretation ein und derselben Bestimmung ist die Anwendung des § 153 StPO, Einstellung des Ermittlungsverfahrens wegen geringer Schuld, im Bereich der Bagatelldrogendelinquenz in Hamburg und Schleswig-Holstein (Neigung zu großzügiger Einstellungspraxis im Bereich des Cannabis-Konsums) und in Bayern (strikte Anwendung der Straftatbestände des § 29 BtMG auch bei geringsten Mengen Cannabis).

¹³ Aus „Gesetze und Rechtsbücher“ (3. Kap. „Vom Beruf unserer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft“). Auch hier wird im Indikativ kompiliert.

¹⁴ Als Beispiel führt Savigny die Regelung von Verjährungsfristen an, durch welche der Gesetzgeber die allgemeine Überzeugung, daß ein Recht, welches nicht geltend gemacht wird, zu existieren aufhören kann, aufgenommen, detailliert geregelt und für verschiedene Rechte unterschiedlich ausgestaltet hat.

bestehenden Rechts zu verstehen. Es ist mit abschließender Gültigkeit durch Setzung vom Staat selbst versehen. Es ist keine „Privatarbeit“ des Gesetzgebers, sondern ein wahres Gesetzbuch in dem Sinne, daß es mit der tatsächlichen Übung, dem existierenden Rechtsbewußtsein übereinstimmt. „Wahrheit“ und Richtigkeit des Rechts meint hier die Übereinstimmung mit der vorfindlichen Sittlichkeit. Eine so orientierte gesetzgeberische Arbeit gewährleistet den inneren Zustand der Rechtsgewißheit des einzelnen Bürgers, eine gleichförmige Anwendung in den räumlichen Grenzen der Gültigkeit und eine äußere Grenze durch ein einheitliches Nationalrecht. In jedem lebendigen Recht existieren „leitende Grundsätze“. Diese herauszufühlen, und von ihnen ausgehend den inneren Zusammenhang und die Art der Verwandtschaft aller juristischen Begriffe und Sätze zu erkennen, ist Aufgabe der Rechtswissenschaft. Die wahre Rechtsquelle darf bei aller Konzentration auf die Gesetzespflege nicht verschüttet werden – wie es bei einer unhistorisch am Naturrecht bzw. Vernunftrecht orientierten Gesetzgebung zu besorgen wäre. Die beste Zeit eines Volkes zur Gesetzgebung ist die mittlere der Reife – in der es die Kraft und die unmittelbare Anschauung seines Rechtslebens hat, zugleich aber über die logische Kunst verfügt, dieses in allgemeine Sätze zu gießen, die ihm dann als Gesetz gelten.

Diesen Thesen von der Wechselbezüglichkeit, der gegenseitigen Bedingtheit von Gesetzgebung und faktischen Überzeugungen in der Bevölkerung möchte man in Staaten mit innerer und äußerer Volkssouveränität direkt applaudieren. Gleichwohl bleibt auch auf dieser Stufe die Frage nach dem richtigen Recht, also nach einem vorpositiven und von Überzeugungen, Meinungen, Auffassungen abstrahierten Rechtsbegriff bei Savigny unbeantwortet. Der naheliegende Einwand, wie denn z.B. der Gesetzgeber mit einer irrenden, d.h. unrechtlichen Überzeugung im Volke umzugehen hat, wie er unterschiedliche Überzeugungen über denselben Gegenstand zu vermitteln hat¹⁵ und das Problem des Minderheitenschutzes bleiben hier offen. Hier wäre in der Tat nach Savigny ein vorpositiver Bestimmungsgrund des Rechts als materiale Vorgabe von Regelungen zu verneinen, alleiniges Kriterium richtigen Rechts wäre die Überzeugung im Volk und deren genaue Abbildung in der Arbeit des Gesetzgebers. Diese Vorstellung scheint aus heutiger Sicht ein Fortschritt gegenüber einseitiger Rechtsetzung absolutistischer oder diktatorischer Regierungen zu sein, die Probleme pluralistischer Verfassungsstaaten (die Savigny nicht vor Augen haben konnte) werden damit hingenommen nicht gelöst.

¹⁵ Das klarste Beispiel sind die Positionen, die zum Schwangerschaftsabbruch und § 218 StGB vertreten werden, die einander z.T. unversöhnlich gegenüberstehen.

c) *Abgrenzung zum ungeschichtlichen Vernunftrecht*¹⁶

Die ungeschichtlichen Schulen der Philosophie und des Naturrechts beantworten die Frage: Wie steht das Werden des Rechts zum Sein des Rechts? – damit, daß jedes Zeitalter seine eigene Rechtswirklichkeit frei und willkürlich, d.h. unabhängig vom vorangegangenen Zeitalter hervorbringt, je nach Kraft der Einsicht in guter oder schlechter Qualität. Demgegenüber beantwortet die Historische Rechtsschule diese Frage so:

„... was als einzeln angesehen werden kann, ist, von einer anderen Seite her betrachtet, Glied eines höheren Ganzen. So ist jeder Mensch notwendig zugleich zu denken als Glied einer Familie, eines Volkes, eines Staats: jedes Zeitalter eines Volks als die Fortsetzung und Entwicklung aller vergangenen Zeiten; und eine andere als diese Ansicht ist deshalb einseitig, und, wenn sie sich allein geltend machen will, falsch und verderblich. Ist aber dieses, so bringt nicht jedes Zeitalter für sich und willkürlich seine Welt hervor, sondern es tut dieses in unaufhörlicher Gemeinschaft mit seiner Vergangenheit. Dann also muß jedes Zeitalter etwas Gegebenes anerkennen, welches jedoch notwendig und frei zugleich ist: frei, weil es ebensowenig von irgendeiner fremden besonderen Willkür (wie der Befehl des Herrn an seine Sklaven) ausgegangen ist, sondern vielmehr hervorgebracht von der höheren Natur des Volkes als eines stets werdenden, sich entwickelnden Ganzen. Von jenem höheren Volke ist ja auch das gegenwärtige Zeitalter ein Glied, welches in jenen und mit jenen Ganzen will und handelt, so daß, was von jenen Ganzen gegeben ist, auch von jenem Gliede frei hervorgebracht genannt werden darf. Die Geschichte ist dann nicht mehr bloß Beispielsammlung, sondern der einzige Weg zur wahren Erkenntnis unserer eigenen Zustände“.

„Die geschichtliche Schule nimmt an, der Stoff des Rechts sei durch die gesamte Vergangenheit der Nation gegeben, doch nicht durch Willkür, so daß er zufällig dieser oder ein anderer sein könnte, sondern aus dem innersten Wesen der Nation selbst und ihrer Geschichte hervorgegangen. Die besonnene Tätigkeit jedes Zeitalters aber müsse darauf gerichtet werden, diesen mit innerer Notwendigkeit gegebenen Stoff zu durchschauen, zu verjüngen, und frisch zu erhalten.“

Der Wert des Studiums vergangener Zeiten darf nicht überschätzt werden. Auch die vergangenen Zeitalter haben nur ein bestimmtes Niveau rechtlicher Reflexion hervorgebracht, und wie weit die Grundsätze, welche die damalige Rechtswirklichkeit leiteten, auf heutiges übertragbar sind, bedarf jeweils gesonderter Prüfung. So ist die Behauptung, im römischen Privatrecht sei schon für alle Zeiten gültig das Privatrecht einer jeden denkbaren bürgerlichen Gesellschaft den Grundsätzen nach beschlossen gewesen, es komme nur darauf an, sie zu reformulieren, irrig.

¹⁶ Aus „Die Historische Schule in der Rechtswissenschaft“ (Einleitungsaufsatz Bd. 1 der „Zeitschrift für historische Rechtswissenschaft“ 1815). Auch hier wird im Indikativ kompiliert.

Andererseits liegt der Wert des Studiums des römischen Rechts darin begründet, daß mit diesem das kulturelle Erbe und damit ein zeitumspannender Bestandteil des aktuellen Rechtsverständnisses erschlossen und damit erstens für das Verständnis des heutigen Rechts fruchtbar und zweitens die Bestimmung des Niveaus des eigenen Rechtsdenkens möglich wird.¹⁷

3. Besprechung

Mit ungeschichtlicher Rechtsphilosophie kann zur Zeit der Veröffentlichung dieser Thesen nur die kantische gemeint gewesen sein, die hegelsche, welche die Weltgeschichte und die Geschichtlichkeit des Rechts in der Rechtsphilosophie verortete,¹⁸ lag damals noch nicht vor. Eine inhaltliche Auseinandersetzung Savignys mit den Lehren Hegels ist nicht bekannt.¹⁹ Es ist fraglich, ob der Vorwurf des fehlenden historischen Horizonts die kantische Rechtsphilosophie trifft. Diese begreift sich als eine Metaphysik der Sitten, also als eine aus der vorfindlichen Sittlichkeit abgeleitete und diese auf ihre Prinzipien a priori zurückführende Rechtslehre, deren vornehmstes Ziel es zunächst ist – und geistesgeschichtlich sein mußte – einen freiheitlichen Personenbegriff in der Rechtsphilosophie überhaupt erst zu gewinnen. Bei Kant ist vom theoretischen Konzept her der Bezug zur vorfindlichen Sittlichkeit stets präsent, die Interpretation seiner Lehre als einer nicht vermittelnden „Zwei-Welten-Theorie“, getrennt in ein Reich des Normativen und ein Reich des Faktischen, in welcher das Normative nur auf das Faktische Notwendigkeiten begründend wirke, das Faktische aber an der Generierung von Notwendigkeit keinen Anteil habe, geht fehl.²⁰

Für die Bestimmung des Rangs Savignys kann es dahingestellt bleiben, ob er die Leistungen der Rechtsphilosophie seiner Zeit zutreffend kritisierte. Entscheidender im hiesigen Zusammenhang ist die Frage, ob der Gegenstand der historischen Rechtsschule reduziert ist auf die Erforschung des Faktums des Rechts und dessen Positivität in Vergangenheit und Gegenwart mit der Besonderheit, daß das Faktum des Rechts bei

¹⁷ So bezeichnet *Wieacker* (FN 8), S. 373, das Pandektensystem und die Reste römischen Rechtsdenkens im bürgerlichen Recht als „das wichtigste naturrechtliche Vermächtnis der historischen Schule“. Das römische Recht ist durch die Rezeption in der Pandektistik im 19. Jhdt. Teil des deutschen Rechts geworden. Vgl. *Wolf* (FN 5), „Große Rechtsdenker der deutschen Geistesgeschichte“, S. 494.

¹⁸ §§ 341 ff. der Grundlinien der Philosophie des Rechts.

¹⁹ *Wolf* (FN 5), S. 488.

²⁰ Dazu im einzelnen *Verf.*, Eigentum und Sozialhilfe. Die eigentumstheoretischen Grundlagen des Anspruchs auf Hilfe zum Lebensunterhalt gem. § 11 Abs. 1 S. 1 BSHG nach der Privatrechtstheorie Immanuel Kants, Berlin 1995 – unter Aufnahme der Modalkategorien Möglichkeit, Wirklichkeit und Notwendigkeit in der Rechtsphilosophie Kants, S. 82 ff.

Savigny als die gelebte Überzeugung vom Richtigen im Volke aufgefaßt werden muß? Wenn dem so wäre, dann wäre der Fall allerdings gegeben, daß das Recht nur in seinem objektiven Entstehen belauscht, in seinem Sein erkannt und beschrieben, aber nicht subjektiv gestaltet, nach einem Sollen beurteilt, überhaupt nicht „gemacht“ werden kann.

Wahrheit und Richtigkeit des Rechts sind im Sprachgebrauch der historischen Rechtsschule tatsächlich nur vor dem Hintergrund ihres reduzierten Erkenntnisgegenstands zu bestimmen. Thematisch ist bei Savigny nicht die Legitimation des Rechts i.S. einer Letztbegründung von Rechtszwang, wie sie vor allem von Kant in der Metaphysik der Sitten geleistet wurde, sondern das Verhältnis der Tätigkeit des Gesetzgebers zu dem ihm vorgegebenen lebendigen Rechtsbewußtsein im Volke. Der Begriff eines Rechtsbewußtseins eines Volkes ist nicht verkürzt als empirischer soziologischer Befund einer aktuellen Befindlichkeit, sondern in seinem geschichtlichen Gewordensein, als geistige Tradition – Überliefertes und zu Überlieferndes – zu verstehen. Das Rechtsbewußtsein habe der Gesetzgeber aufzunehmen und systematisierend zu ordnen, wobei idealerweise die Übereinstimmung gesetzgeberischer Tätigkeit mit dem lebendigen Rechtsbewußtsein zu verwirklichen ist. Die Unterscheidung rechtskultureller Niveaus gelingt Savigny durch die Kriterien der arbeitsteiligen Ausdifferenzierung eines Rechtsstaats, der Kunst des Gesetzgebers zu maßvoller logischer Systematisierung und Abstraktion des Rechtsstoffs in Gesetzen und der höchstmöglichen Entsprechung der Gesetze zum gelebten Rechtsbewußtsein. Mit keinem Wort aber wird von Savigny die Verwirklichung transzendentalphilosophisch begründeter freier und gleicher Personalität im intersubjektiven Staatszusammenhang thematisch, wie es später z.B. in der Geschichts- und Rechtsphilosophie Hegels der Fall ist. Andererseits scheint Savigny bei der Bestimmung von Grundbegriffen des bürgerlichen Rechts – subjektives Recht, Privatautonomie, Rechtsgeschäft und Willenserklärung – ohne Rückgriff auf vernunftrechtliche Begründungen nicht ausgekommen zu sein.²¹ Diese Rückgriffe fanden jedoch in das Forschungsprogramm der Historischen Rechtsschule keine Eingang.

Savignys Lehre ist daher geschichtlich in dem Sinne, daß sie durch die Zeitalter auf den gegebenen Rechtsstoff und die gesetzten Regeln des Gesetzgebers schaut, diese Anschauung aber den eigenen – durchaus zeitlich verstandenen – Kriterien für die Unterscheidung kultureller Niveaus unterwirft. Ziel und Arbeitshypothese ist der Aufweis von Gesetzmäßigkeiten in der rechtsgeschichtlichen Entwicklung. In genau diesem reduzierten Sinn gibt Savigny einen Begriff von der „Geschichtlichkeit des Rechts“.

²¹ *Wieacker* (FN 8), S. 375/376.

Die Begriffe „Freiheit“ und „Notwendigkeit“ werden von Savigny nicht im transzendental-philosophischen Sinn subjektiver Freiheit und der Pflichtenlehre Kants verwendet. Freiheit im Sprachgebrauch der historischen Rechtsschule gründet in der Unabhängigkeit des Volkes, seine eigenen leitenden Grundsätze der Rechtsentwicklung zu formulieren, Notwendigkeit ist die genealogische Gesetzlichkeit der Rechtsentwicklung in einem Volk auf Grundlage des Axiomensystems leitender Grundsätze. Der „Volksgeist“ und das „höhere Volk“ bei Savigny sind zeitenüberspannende Sammelbegriffe für die Gesamtheit der Rechtsbewußtseinszustände eines Volkes, und stehen für den durch die Zeiten gleichbleibenden, sich hervorarbeitenden und vergehenden Charakter dieses einen Volkes. Die Person als einzelne und als teilhabende an einer Gattungssubjektivität taucht bei Savigny nicht auf. Nur die Hypothese von einer empirisch feststellbaren Gesetzmäßigkeit in diesem Entwicklungsgang macht die historische Rechtsschule zu einer – dem eigenen Anspruch nach – interkulturell anwendbaren geschichtlichen Theorie.

So gesehen sind die Grundgehalte des Vernunftrechts – insbesondere deren Durchformung von rechtlicher Freiheit in Kants kategorischem Rechtssimperativ – nicht in das Forschungsprogramm der historischen Rechtsschule integriert, werden auch nicht von ihr in Anspruch genommen, allerdings auch nicht negiert. Die historische Rechtsschule Savignys bewegt sich zum Vernunftrecht vielmehr in einem harmonischen Ergänzungsverhältnis, in dem „Freiheit“ die anthropologisch unergründliche Spontaneität der Entstehung eines Volksgeistes meint, und im Begriff der „Notwendigkeit“ die Gesetzmäßigkeit der Entwicklung einer Rechtsgemeinschaft beschlossen ist. Dieses beläßt dem Gedanken Raum, daß das Recht an einem Stufengang der Objektivationen eines zeitenüberspannenden Volksgeists teil hat, welcher allemal noch der Regulation und Korrektur durch einen normativ-vorpositiven Personenbegriff bedarf und zugänglich ist.

So ergibt sich, daß die Lehre Savignys gerade keine ungeschichtlich-metaphysische Geschichtsphilosophie vorstellt und sein will. Die Frage nach der Geschichtlichkeit des Rechts beantwortet sie mit der vermuteten empirischen Gesetzmäßigkeit der Entwicklung des Rechts in einem Volke.²² Damit hat die historische Rechtsschule ihrem eigenen programm-

²² Eine andere Deutung der leitenden Grundsätze der historischen Rechtsschule findet sich bei *Ernst-Wolfgang Böckenförde*, *Die Historische Rechtsschule und das Problem der Geschichtlichkeit des Rechts*, Probeforlesung 18. Febr. 1964 Univ. Münster, neu abgedr. in: ders., *Recht, Staat, Freiheit*, Frankfurt a.M. 1991, S. 9–41. Zentrale Ausgangsfrage der Historischen Rechtsschule sei das (rechts-)philosophische Problem: Was ist und worauf gründet sich das Recht (S. 12)? Nach dem Verständnis der historischen Rechtsschule sei ein Seinsgrund und ein Entstehungsgrund des Rechts zu unterscheiden (S. 13). Seinsgrund sei das Volk und der in ihm waltende Volksgeist als geschichtliche Größen. Entstehungsgrund sei der

matischen Entwurf nach in der Erforschung der Geschichtlichkeit des Rechts Sitz und Stimme.

III. Geschichtlichkeit des Rechts bei Kant und Hegel

1. Geschichtlichkeit des Rechts bei Kant?

Jedem, der die Formel wiederholt, erst Hegel habe die Freiheitsphilosophie Kants mit dem Aspekt ihrer Geschichtlichkeit konfrontiert und versöhnt, seine Rechtsphilosophie in die Sittlichkeit zurückgebracht und so die Trennung von Moralität und Legalität aufgehoben

Volksgeist. Das Recht habe – so deutet Böckenförde Savigny – in ihm nicht nur seinen es legitimierenden Grund, es werde auch durch ihn erzeugt; es bildet sich und lebt im gemeinsamen Bewußtsein des Volkes, in der lebendigen Anschauung der Sittlichkeit in ihrem organischen Zusammenhang. Dabei sei der von Savigny gebrauchte Volksbegriff nicht empirisch/soziologisch, sondern metaphysisch und kulturphilosophisch orientiert (S. 15). Dadurch habe das Recht und dessen Legitimation in der historischen Rechtsschule einen grundsätzlich metaphysischen Bezug (S. 16, 21 et pass.). Das Recht als überindividuelle geistige Lebensmacht bestimmt den gesellschaftlichen Wandel mit (S. 16) und sei teleologisch auf „*Anerkennung rechtlicher Freiheit und Gleichheit hin determinierte geistig kulturelle Lebensmacht*.“ (S. 21.) So soll sich nach der historischen Rechtsschule die Entsprechung von Recht und gesellschaftlicher Wirklichkeit von selbst verstehen, da diese Übereinstimmung in der wirksamen höheren Einheit des Volksgeistes aufgehoben seien. Im Kern enthalte die historische Rechtsschule in ihren metaphysischen Bezügen ungeschichtliches Rechtsdenken (S. 17).

Dieser Deutung der historischen Rechtsschule vermag man nicht zu folgen, wenn man sich allein auf die führenden Texte Savignys bezieht. Dabei ist unbestritten, daß der junge Savigny die metaphysischen Bezüge des Rechts studiert hat, im einzelnen dazu *Karl Larenz*, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, 6. Aufl., Berlin 1991, Abschn. I Kapitel 1. Als metaphysische Legitimationstheorie des Rechts im Sinne Kants – den Böckenförde, S. 20, für die historische Rechtsschule ausdrücklich in Anspruch nimmt – ist die historische Rechtsschule jedoch mißverstanden. Das Volk und der rechtsbewußtseinstragende Volksgeist sind bei Savigny eindeutig als empirische Größen auszumachen und von ihm als solche mit den vielen Vergleichen zur Organik – auch bezeichnet worden. Das Recht nach dem Sprachgebrauch der historischen Rechtsschule ist der Inbegriff der Vorstellungen vom Richtigen und Gerechten und drückt sich aus in den Sitten und Gebräuchen der Bürger eines Volkes. Insoweit ist die Übereinstimmung von Recht und Volksgeist begrifflich bei Savigny tatsächlich angelegt, aber nicht ungeschichtlich, sondern – der Theorie nach – stets an faktische geschichtliche Zustände anknüpfend. Herzustellen und zu bewirken ist die Übereinstimmung des Regierens des Volkes (durch sich selbst, durch den Souverän) mittels Gesetzes mit dem kollektiven Rechtsbewußtsein. In diesem überindividuellen Rechtsbewußtsein ist die moralische Person und ein Begriff praktischer Gattungssubjektivität kantischer Prägung nicht präsent und läßt sich auch durch Interpretation – in Ermangelung irgendwelcher Anhaltspunkte in den Texten Savignys – nicht erdeuten. Hier ist es Aufgabe des Souveräns, dem Rechtsbewußtsein in seinem Werden und Gewordensein nachzuspüren, es „frisch zu erhalten“ und im Wege maßvoller begrifflicher Abstraktion in Gesetzestexte umzusetzen. Damit ist der Sinn der historischen Rechtsschule nach ihren Programmschriften erschöpft. Sie fordert ein das Werden des Rechts beobachtendes Rechtsdenken, welches eine vernunftrechtliche und damit gattungssubjektiv begründete Legitimation des Rechts zwar nicht ausschließt, diese aber eindeutig programmatisch nicht mit

ben,²³ ist der achte Lehrsatz der „Idee zu einer allgemeinen Geschichte in weltbürgerlicher Absicht“ entgegenzuhalten: „Man kann die Geschichte der Menschengattung im großen als die Vollziehung eines verborgenen Plans der Natur ansehen, um eine innerlich – und zu diesem Zwecke, auch äußerlich – vollkommene Staatsverfassung zu Stande zu bringen, als den einzigen Zustand, in welchem sich alle Anlagen in der Menschheit völlig entwickeln kann.“²⁴ Der Lauf der Geschichte ist der Idee nach zu deuten als ein teleologisch orientierter Prozeß zur Herstellung einer Weltfriedensordnung nach weltstaatlichen Grundsätzen unter föderativen Prinzipien.²⁵

Die Wirklichkeitsdimension dieser Interpretation als Aufweis eines geschichtsbewegenden Prinzips läßt sich am Begriff der „Idee“ im kantischen Sprachgebrauch näher bestimmen. Die Idee freiheitlicher Geschichtsteleologie ist rechtsphilosophisch. Dieser transzendente Begriff von einem unbedingten, eine Totalität geschichtlicher Phänomene umfassenden Endzweck der Geschichte überschreitet die Erfahrung (ist transzendental), kann also nicht unmittelbar an den geschichtlichen Ereignissen aufgewiesen werden, ist ein letztlich sich selbst deutender Akt der Vernunft, die für sich praktisch ist. In dieser Idee eines regulativen, nicht konstitutiven Begriffs einer Geschichte in menschenrechtswirklicher Absicht ist der oberste Gesichtspunkt der Verarbeitung und Systematisierung des verstandesmäßig ausgebreiteten Geschichtsmaterials vorgegeben als normatives Deutungsschema, als heuristische Fiktion, durch deren Anlegung an die geschichtliche Erfahrung neue Erkenntnisse sich ergeben mögen. Da Geschichte der Inbegriff menschlicher Handlungen und ihrer Bezüge ist, und Moralität und Recht als normative Prinzipien in diesen Handlungen objektive praktische Realität haben,²⁶ läßt sich folgern, daß diese Idee, welche die geschichtlichen Phänomene zur Totalität ihrer rechtlichen Bedingungen zusammenfaßt, ebenfalls in der Geschichte objektive praktische Realität hat und sich nicht nur in einer heuristischen Fiktion erschöpft.

²³ Im Anschluß an *Joachim Ritter*, *Moralität und Sittlichkeit*. Zu Hegels Auseinandersetzung mit der kantischen Ethik, in: Manfred Riedel (Hrsg.), *Materialien zu Hegels Rechtsphilosophie*, Bd. 2, Frankfurt a.M. 1975, S. 227, 238.

²⁴ *Immanuel Kant*, Idee zu einer allgemeinen Geschichte in weltbürgerlicher Absicht, Werkausgabe Weischedel, Frankfurt 1977, Bd. XI, S. 33, 45.

²⁵ *Kant* (FN 24), S. 33, 41–45; *ders.*, *Metaphysik der Sitten*, Rechtslehre, § 61, Werkausgabe Weischedel, Frankfurt a.M. 1977, Bd. VII, S. 474; *ders.*, *Zum ewigen Frieden*. Ein philosophischer Entwurf, Zweiter Definitivartikel, Werkausgabe Weischedel, Frankfurt 1977, Bd. XI, S. 208 ff.

²⁶ Ein Aufweis, der in seinen einzelnen Begründungsstufen hier nicht zu entwickeln ist, der in der praktischen Philosophie *Kants* jedoch geleistet ist, siehe: Kritik der praktischen Vernunft, §§ 1 bis 8.

Die Wendung der historischen Rechtsschule gegen die naturrechtliche Rechtsbegründung wird vor dem Hintergrund dieser transzendental ausgewiesenen Geschichtsteleologie bei Kant unverstänlich und kann die Lehre Kants von der Geschichtlichkeit des Rechts nicht gemeint haben. Die Idee einer allgemeinen Geschichte in weltbürgerlicher Absicht bei Kant ist immer und stets bezogen auf die Erfahrungstatsachen der Geschichte und gewinnt sich erst aus diesen. Diese konzeptionelle Vorgabe setzt immer und stets voraus, daß der Rechtswissenschaftler sich immer und stets der geschichtlichen Tatsachen nicht nur in ihrer vorliegenden Faktizität, sondern auch in ihrem Werden und Gewordensein versichert. Insofern ist im Übergang von der kantischen Rechtsphilosophie zur historischen Rechtsschule keine Differenz aufzuweisen bis auf diese, daß die historische Rechtsschule die Legitimationsproblematik und die Letztbegründung des Rechts aus ihrem Forschungsprogramm ausblendet. Dieses jedoch ist ein Grundunterschied.

2. Geschichtlichkeit des Rechts bei Hegel

Aus dem einfachen Textbefund der anthropologischen Schriften Kants wird für eine Verhältnisbestimmung zu den Schriften Hegels festzuhalten sein, daß bei Kant die Rechtlichkeit des Geschichtsverlaufs im Sinne einer „Als-Ob-Geschichtsteleologie“ stets mitgedacht wurde, was der Originalität der Gedanken Hegels zu demselben Thema manch einen Abbruch tut. Diese Feststellung ist für die Behandlung des Themas ohne weiteren Erkenntniswert, relativiert aber die Rolle Hegels als Kronzeugen des sich in der Geschichte verwirklichenden Weltgeistes.

Nach Hegel ist die Philosophie der Geschichte nichts anderes als die denkende Betrachtung derselben, d.h., daß die Vernunft sich die Geschichte zum Gegenstand nimmt: „Der einzige Gedanke, den die Philosophie mitbringt, ist aber der einfache Gedanke der Vernunft, daß die Vernunft die Welt beherrsche, daß es also auch in der Weltgeschichte vernünftig zugegangen sei.“²⁷ Die Vernunft wird hierfür als Totalbegriff personalen Erkenntnis- und Praxisvermögens genommen,²⁸ in welchem die materialen Bedingungen von Erkenntnis, Praxis und Geschichte nur in Beziehung auf die Vernunft und den sich in der Weltgeschichte entwickelnden Geist – also als abgeleitetes – begriffen werden.²⁹ Was aber bedeutet diese Redeweise, die Geschichte sei ein „Stufengang der Entwicklung des Prinzips, dessen Gehalt das Bewußtsein der Freiheit ist“³⁰

²⁷ G. W. F. Hegel, Vorlesungen über die Philosophie der Geschichte, Werkausgabe Moldenhauer/Michel, Bd. 12, S. 20.

²⁸ Ebd., S. 21.

²⁹ Ebd., S. 29.

³⁰ Ebd., S. 77.

was meint die Rede von einem sich verwirklichenden Weltgeist? Das Wesen des Geistes sei die Freiheit, sagt Hegel,³¹ was nichts anderes heißt: Freiheit ist der Begriff,³² unter dem allein wir einen Geist denken können, unter nur dem ein immaterieller Fluchtpunkt praktisch-philosophisches Denkens möglich und gegeben ist. Folgerichtig nimmt die gesamte Rechtsphilosophie Hegels von dem Begriff der Freiheit ihren Ausgang – das hat sie mit der kantischen gemein – und schließt die Rechtsphilosophie in den §§ 341 ff. der „Grundlinien der Philosophie des Rechts“ mit dem Begriff einer sich total-transpersonal verwirklichenden Freiheit ab. „Die Weltgeschichte ist der Fortschritt im Bewußtsein der Freiheit – ein Fortschritt, den wir in seiner Notwendigkeit zu erkennen haben.“³³ Das Bewußtsein des Geistes – individuell und überindividuell – von seiner Freiheit und die Verwirklichung der Freiheit ist der absolute Endzweck der Welt,³⁴ so, wie diese vom Menschen nur begriffen werden kann, und dieser Zweck findet seine vollendete Ausbildung in der rechtlichen Organisation zwischenmenschlicher Bezüge, im Staat.³⁵ Dieser ist nicht nur äußere Notwendigkeit gegen das persönliche Handeln (die Selbstverwirklichung), sondern innerer notwendiger, d. h. diesem (dieser) immanenter Zweck.³⁶

³¹ Ebd., S. 30.

³² Hinsichtlich des Inhalts des Begriffs der (Willens-)Freiheit, seiner Verwirklichung im personalen Zwecksetzen und seiner inter- und transpersonalen Aufhebung im Rechtsbegriff ist auf die §§ 4–29 der „Grundlinien der Philosophie des Rechts“, Werkausgabe Moldenhauer/Michel, Bd. 7, S. 46–81, zu verweisen.

³³ Hegel (FN 27), S. 32.

³⁴ Hegel (FN 32), § 129, S. 243.

³⁵ Ebd., § 260, S. 406: „Der Staat ist die Wirklichkeit der konkreten Freiheit; die konkrete Freiheit aber besteht darin, daß die persönliche Einzelheit und deren besondere Interessen sowohl ihre vollständige Entwicklung und die Anerkennung ihres Rechts für sich (im Systeme der Familie und der bürgerlichen Gesellschaft) haben, als sie durch sich selbst in das Interesse des Allgemeinen Teils übergehen, teils mit Wissen und Willen dasselbe, und zwar also ihren eigenen substantiellen Geist anerkennen und für dasselbe als ihren Endzweck tätig sind, so daß weder das Allgemeine ohne das besondere Interesse, Wissen und Wollen gelte und vollbracht werde, noch daß die Individuen bloß für das letztere als Privatpersonen leben und nicht zugleich in und für das Allgemeine wollen und eine dieses Zwecks bewußte Wirklichkeit haben. Das Prinzip der modernen Staaten hat diese ungeheure Stärke und Tiefe, das Prinzip der Subjektivität sich zum selbständigen Extrem der persönlichen Besonderheit vollenden zu lassen und zugleich es in die substantielle Einheit zurückzuführen und so in ihm selbst diese zu erhalten.“

³⁶ Ebd., § 261. Diese Bestimmungen sind systematisch im inneren Staatsrecht zu verorten, verhalten sich jedoch begründend zur Souveränität des Staates nach außen, sind also konstitutiv für das äußere Staatsrecht; ebd., §§ 321–329. Der nach dem inneren und äußeren Staatsrecht folgende dritte Teil des Staatsrechts, „Die Weltgeschichte“, §§ 341 ff., schließt den Prozeß der Verallgemeinerung der Person in Weltrechtsperspektive – in einem Totalbegriff der Verrechtlichung – ab. Ohne Zweifel nimmt Hegel in seinem dritten Abschnitt des Staatsrechts, der das „Innen“ und „Außen“ in dialektischer Dreischrittlichkeit zu einem „Über“ führt,

„Die Weltgeschichte ist (...) die Auslegung und Verwirklichung des allgemeinen Geistes“.³⁷ Staaten, Völker und Individuen sind in diesem Gemächte in dem Recht ihrer Besonderheit aufgehoben, die Phänomene der Geschichte, uns durch die Geschichtsschreibung nahegebracht, sind in ihrer „bunten Wirklichkeit“³⁸ Bewegungen und Ausdrucksformen in diesem Prozeß.

Die einzelnen Staaten, Völker enthalten auf ihrem Entwicklungsniveau, welches gegenwärtig ihre Stufe ist, die Idee des Weltgeistes in sich als ihr absolutes Recht gegen andere Völker und Staaten im äußeren Staatsrecht, gegen die Totalität und in der Totalität der Weltgeschichte. Die geographische und anthropologische Existenz eines Volkes ist die erste, natürliche und ursprüngliche Tatsache. Durch die Geschichtsphilosophie ist die Existenz vor dem Deutungsschema eines Stufengangs in den Objektivationen der Freiheit auf ihr geisteskulturelles Niveau hin bewertbar. Durch die denkende Betrachtung der Geschichte eines Volkes bekommt dieses im immanenten Aufweisgang seine tiefere Deutung und Auslegung freigelegt durch eine sich selbst deutende und auslegende betrachtende Vernunft.

An dieser Stelle muß ein vorsichtiger Referent der hegelischen Rechtsphilosophie im ausgehenden 20. Jahrhundert vor dem Hintergrund der stellenweise mißverständlichen, mißverstandenen und nicht zu verstehenden Formulierungen Hegels aus seinem System zum Aufweisgang einer freiheitlich-menschenrechtsverwirklichenden Weltgeschichte aufsteigen. Die seltsamen Ausführungen Hegels zum Volk, welches in seiner Entwicklung und in seiner Zeit Epoche zu machen habe und in der Zeit nur einmal Epoche machen könne, demgegenüber alle anderen Völker rechtlos seien, § 347, und zum germanischen Reich als Endpunkt der Geschichte, markiert durch die zu sich selbst kommende Subjektivität im reformierten Christentum, § 358 der „Grundlinien der Philosophie des Rechts“, legen jede Distanzierung auf Grundlage des von Hegel selbst vorgetragenen Anspruchs und der von ihm selbst entwickelten menschenrechtsverwirklichenden Perspektive nahe. Festzuhalten bleibt das Bild vom Staate, worin das Selbstbewußtsein die Wirklichkeit eines

alle fragwürdigen Bestimmungen seines äußeren Staatsrechts, namentlich das Recht der Staaten zum Krieg, die Rechtlosigkeit im Krieg und das nur unzureichend abgeleitete Verhältnis zwischen personaler Wehrpflicht und dem Recht der Besonderheit gegen diese, auf. Diese nicht nur systematisch, sondern vor allem inhaltlich vor dem Anspruch der Rechtsphilosophie Hegels bedeutsamen unzureichenden Bestimmungen sind hier nicht weiter zu untersuchen, der reduzierte Gegenstand der Untersuchung, die Geschichtlichkeit des Rechts, läßt es zu, diese Aspekte in seinem Verfolg auszublenden.

³⁷ Ebd., § 342.

³⁸ Ebd., § 341.

substantiellen Wissens und Wollens in geschichtlicher Entwicklung und als ideale Wesenheit als Versöhnung der Natur und der ideellen Welt erfährt, oder: im Staat zu sich kommt.³⁹

IV. Schlußbemerkungen

Die Weltgeschichte als Verwirklichungsmedium des Geistes ist der Schlußstein von Rechtsphilosophie bei Hegel. Sie schließt theoretisch die denkende, d.h. philosophisch rechtswissenschaftliche Betrachtung der Idee des Rechts, des Begriffs des Rechts und dessen Verwirklichung ab. Es sind – trotz aller von Hegel beanspruchter Differenzen zur kantischen Konzeption – keine Einwände dagegen ersichtlich, bei den Formulierungen Hegels, welche den Entwicklungsgang der Freiheit in der Menschheitsgeschichte und die menschenrechtsverwirklichende Perspektive dieser als einfach Faktizitäten vorstellen, von der grundsätzlichen Einmütigkeit mit Kant in der Bestimmung der Geschichtsleologie auszugehen, die Kant mit dem Attribut „objektiver praktischer Realität“ versehen hat. Auch bei Hegel ist nicht von einem einfach aufweisbaren Faktum eines Ursache/Wirkungs-Zusammenhangs zwischen personaler Freiheit und geschichtlichen Phänomenen auszugehen,⁴⁰ sondern der Befund eines Stufengangs der Weltgeschichte im Bewußtsein der Freiheit beruht auf den Feststellungen einer sich selbst auslegenden und sich selbst in die Geschichte legenden allgemeinen Vernunft, die in dem, was sie denkend betrachtet und sich als eigene Handlung (als solche ist die Geschichte für die Vernunft) aneignet, sich selbst erkennt und auf den Begriff bringt. Beiden ist die Idee einer Geschichte in menschenrechtsverwirklichender Absicht ein Moment der Wirklichkeit.

Die Stellung einer historischen Rechtsschule nach der Konzeption Savignys hat Hegel gültig verortet in der Positivität des Rechts. „Das Recht ist positiv überhaupt a) durch die Form, in einem Staat Gültigkeit zu haben, und diese gesetzliche Autorität ist das Prinzip für die Kenntnis desselben, die positive Rechtswissenschaft. b) Dem Inhalte nach erhält dieses Recht ein positives Element aa) durch den besonderen Nationalcharakter eines Volkes, die Stufe seiner geschichtlichen Entwicklung, und den Zusammenhang aller der Verhältnisse, die der Naturnotwendigkeit angehören; bb) (...)“⁴¹ Damit ist der Forschungsgegenstand der historischen Rechtsschule auch der-

³⁹ Ebd., § 360.

⁴⁰ Obwohl die Formulierungen *Hegels*, ebd., §§ 341ff., eine solche Deutung nahelegen, wäre damit der Gegenstand der Rechtsphilosophie nur verkürzt mit einer solchen Sichtweise wiedergegeben.

⁴¹ Ebd., § 3.

jene der philosophischen, die sich ihres Gegenstands, des Prozesses, den das Recht in der Wirklichkeit durchmacht, zunächst nur dadurch versichern kann, daß sie das Recht in seinem objektiven Entstehen belauscht, in seinem Sein erkennt und beschreibt als ersten Schritt philosophischer Rechtskenntnis. Die Begriffe der historischen Rechtsschule sind von denen moderner Rechtsstatsachenforschung überholt worden. Die normativen Anweisungen Savignys an den Gesetzgeber stellen sich gegenüber dem normativen Deutungsschema der Systemzusammenhänge Kants und Hegels als bloße Regieanweisungen für ein gutes Regieren (auf der Stufe von Kunstfertigkeiten) dar. Zur Beschreibung des rechtlichen Niveaus eines Volkes oder eines Staates stellt sich umgekehrt die Perspektive einer Weltgeschichte in menschenrechtsverwirklichender Absicht kantischer oder hegelischer Prägung als reicher, begriffsmächtiger und teleologisch eindeutiger dar als die subjektlosen Ausführungen Savignys zur qualitativen Einordnung gesetzgeberischer Formulierungskunst und dem Beruf einer Zeit zur Gesetzgebung.

Die vorgestellten Grundsätze zu einer freiheitlichen Geschichtsleologie bleiben jedoch eigenartig abgehoben, wenn sie nicht auf konkrete geschichtliche Phänomene bezogen werden. Dieser Bezug geschieht durch Interpretation geschichtlicher Vorgänge anhand dieser Idee mit objektiver praktischer Realität. Ein materialer Gegenstand zur Geschichtsinterpretation ist uns mit den Hinwendungen osteuropäischer Staaten zum pluralistischen Parlamentarismus gegeben. Das positive Recht und die Vorstellungen von Rechtlichkeit befinden sich offensichtlich in vielen Staaten im Übergang. Hierbei wäre es sicher nur einfallbezogen zu bewerten, ob ein konkreter Übergang von einem Staat zum anderen, von einem positiven Recht zum anderen mit der Emphase des Stufengangs der Objektivation eines Weltgeistes auszuzeichnen ist. Jedoch kann auf Grundlage des bis hierher zur Geschichtlichkeit des Rechts und zur Rechtlichkeit der Geschichte Erarbeiteten festgehalten werden, daß der eigentliche Maßstab zur normativen Deutung der Übergänge in der Bundesrepublik Deutschland, der ehemaligen DDR und der Staaten in Osteuropa nach dem Beginn der „Perestroika“ 1986 der Idee zu einer allgemeinen Geschichte in weltbürgerlicher Absicht zu entnehmen ist. „Überdem muß die sonst rühmliche Umständigkeit, mit der man jetzt die Geschichte seiner Zeit abfaßt, doch einen jeden auf die Bedenklichkeit bringen: wie es unsere späten Nachkommen anfangen werden, die Last von Geschichte, die wir ihnen nach einigen Jahrhunderten hinterlassen möchten, zu fassen. Ohne Zweifel werden sie die der ältesten Zeit, von der ihnen die Urkunden längst erloschen sein dürften, nur aus dem Gesichtspunkt dessen, was sie interessiert, nämlich desjenigen, was Völker und Regierungen in weltbürgerlicher

Absicht geleistet oder geschadet haben, schützen.“⁴² Diese Absicht geht auf die Verwirklichung des Menschenrechts und personaler Freiheit in weltrechtlicher Perspektive, das ist der Maßstab.

Inhalt

Editorial: Kann Variabilität des Rechts die Stabilität eines Rechtssystems gewährleisten? (Werner Krawietz) 261

I. Neuer Konstitutionalismus und Transformation des Rechts

Péter Paczolay, Constitutional and Legal Change During the Transition from Socialism to Democracy in Hungary 265

Miklós Szabó, New Constitutionalism Based on an Old Notion. The Rule of Law in the Mirror of the Decisions of the Hungarian Constitutional Court 291

Péter Szilágyi, Verfassungsstaatlichkeit und Veränderung des Rechts in Ungarn 305

András Tamás, Constitutionalism and Changing Law 329

II. Nationalstaat, Macht und Recht im geschichtlichen und konstitutionellen Kontext

Agnes Kartag-Odri, Putting the Crisis and History into Constitutional Context 341

Mihály Samu, Verwirklichung der Volksmacht im Rechtsstaat 349

Gerald Süchting, Geschichtlichkeit des Rechts bei Friedrich Carl von Savigny 365

III. Rechtsordnung, Rechtsänderung und Legitimation des Rechts

Michael Köhler, Begriff der freiheitlichen Rechtsverfassung 387

Hubert Rottleuthner, Rechtssoziologie und Rechtsstaatlichkeit 401

Csaba Varga, Changing of Paradigms in the Understanding of Judicial Process 415

Antal Visegrádý, Judicial Practice as an Element of Legal Development 425

Fortsetzung 4. Umschlagseite

⁴² Schlußwort des Essays „Idee zu einer allgemeinen Geschichte in weltbürgerlicher Absicht“ (FN 1), S. 50.