

S
a.c.
3.50

CARL SCHMITT

DIE LAGE
DER EUROPÄISCHEN
RECHTS-
WISSENSCHAFT



INTERNATIONALER UNIVERSITÄTS-VERLAG
TÜBINGEN

Arendt
K
218
.E9
S33

INHALT

	Seite
1. Die geschichtliche Tatsache einer europäischen Rechtswissenschaft	7—10
2. Die Wissenschaft des Römischen Rechts als Trägerin einer europäischen Rechtswissenschaft	10—14
3. Die Krisis der gesetzestaatlichen Legalität. Erstes Stadium; 19. Jahrhundert: Die Möglichkeit einer Unterscheidung von Gesetz und Gesetzgeber	14—18
4. Die Krisis der gesetzestaatlichen Legalität. Zweites Stadium; 20. Jahrhundert: Der motorisierte Gesetzgeber	18—21
5. Savigny als Paradigma der ersten Abstandnahme von der gesetzestaatlichen Legalität	21—28
6. Die Rechtswissenschaft als letztes Asyl des Rechtsbewußtseins	29—32

19. Jahrhunderts war das, was man „Völkerrecht“ nannte, mit „europäischem Völkerrecht“, sogar mit einem „jus publicum Europaeum“ identisch. Für die Betrachtungsweise des staatsbezogenen Positivismus dagegen zerfallen Völkerrecht und innerstaatliches Recht dualistisch (bzw. pluralistisch) nach innen und nach außen in zwei absolut getrennte und isolierte Rechtsquellen, innerstaatliches Gesetz auf der einen, zwischenstaatliche Vereinbarung auf der anderen Seite. Dem Positivismus des innerstaatlichen Gesetzes entspricht der Positivismus des zwischenstaatlichen Vertrages. Die Trennung von Innen und Außen, von innerstaatlichem und zwischenstaatlichem Recht ist so absolut, daß — wie Heinrich Triepel in seinem Buche „Völkerrecht und Landesrecht“ (1899) folgerichtig lehrt — zwischen Innen und Außen volle und reine Beziehungslosigkeit besteht, so daß, formal gesehen, nicht einmal ein Konflikt zwischen den beiden Rechtskreisen möglich ist. Man spricht allerdings von einer „Transformation“ der völkerrechtlichen Verpflichtung in innerstaatliches Recht. Aber alle solche Transformationen, Umschaltungen, Inkorporationen, Geltungserstreckungen oder wie man es nennen will, sind dann in Wirklichkeit nur innerstaatliche Scheinbrücken über dem Abgrund, der Innen und Außen voneinander trennt.

Die von Heinrich Triepel in dem oben genannten Buche des Jahres 1899 entwickelte dualistische Lehre der Beziehungslosigkeit zwischen Innen und Außen ist durchaus herrschend geworden. Für unser Thema „Europäische Rechtswissenschaft“ bedeutet sie eine glatte Verneinung seines juristischen Vorhandenseins selbst in völkerrechtlicher Hinsicht. Denn entweder befaßt sich der Jurist mit dem innerstaatlichen Recht eines Landes, dann ist sein staatsbezogener Blick ausschließlich nach innen gerichtet und kann unmöglich den Abgrund überwinden, der Innen und Außen dualistisch trennt oder er hat es mit dem Völkerrecht, genauer: mit den Normen des Rechts zwischen staatlicher Beziehungen zu tun, dann sind es immer wieder nur einzelne Staaten, deren Wille durch gegenseitige Verträge, Vereinbarungen oder Gewohnheiten die Normen des positiven zwischenstaatlichen Rechts schafft. Niemals kommt es zu einer konkreten Ordnung. Daß es gerade europäische Staaten sind, die sich durch Verträge und Vereinbarungen zueinander in Rechtsbeziehungen setzen, ist positivistisch gesehen bloß Zufall. Die Verträge und Vereinbarungen eines europäischen Staates mit anderen europäischen Staaten haben für den Positivisten in formaler Hinsicht nichts juristisch Spezifisches gegenüber den Verträgen und Vereinbarungen mit nichteuropäischen Staaten. Nachdem der europäische Geist vom 17. bis zum 19. Jahrhundert ein spezifisch europäisches Völkerrecht entwickelt hatte, wurde jetzt, um die Wende des 19. zum 20. Jahrhundert, das Völkerrecht in zahllose und unterschiedslose zwischenstaatliche Beziehungen von fünfzig bis sechzig Staaten der ganzen Erde, d. h. in eine räumlich lose Allgemeinheit aufgelöst.

Ein solcher Vertrags- oder Gesetzespositivismus ist natürlich bestenfalls so viel und schlechtenfalls so wenig wert, wie die zwischenstaatlichen Verträge und die innerstaatlichen Gesetze, an die er sich anhängt. Im übrigen bedeutet er rechtswissenschaftlich nicht mehr als eine normativistische Fiktion, deren Wert, wie überhaupt der Wert des ganzen, für das 19. Jahrhundert kennzeichnenden weltanschaulichen Positivismus relativ und zeitgebunden ist. Er läßt die inhaltlich-sachliche Bedeutung des Rechts, die den politischen, sozialen und wirtschaftlichen Sinn der konkreten Ordnungen und Institutionen, absichtlich außer acht und kann schon aus diesem Grunde nicht beanspruchen, ein Monopol der juristischen Denkweise zu besitzen und das letzte Wort zu unserem Thema zu sprechen. Gerade eine rechtswissenschaftliche Deutung und Systematisierung muß auf den sachlichen Gehalt der Normen und auf den spezifischen Sinn der Institutionen achten. Sachlich betrachtet ergibt sich aber ein ganz andere

Bild als bei jener formal-positivistischen Auseinanderreißung von Innen und Außen. Nach ihrem Sinn und Inhalt stimmen wesentliche Begriffe und Institutionen der europäischen Völker in auffälliger Weise überein. Hier gibt es eine sehr starke Gemeinschaft europäischen Rechts, die als solche bis vor kurzem auch eine unmittelbar politische Bedeutung hatte.

Im Zusammenleben der Völker, im praktischen Völkerrecht, galt während des ganzen letzten Jahrhunderts die Anpassung an einen bestimmten, typisch europäischen Standard des Rechts in Kodifikation, Gesetzgebung und Justiz als die unumgängliche Voraussetzung für die Aufnahme in die Völkerrechtsgemeinschaft. Als zivilisiert galt ein Staat erst dann, wenn er sich dem gemeinsamen Rechts- und Justizstandard Europas angepaßt hatte. Nur unter dieser Voraussetzung sind im 19. Jahrhundert nichteuropäische Staaten als Mitglieder der Völkerrechtsgemeinschaft anerkannt worden. Die Lehre von der völkerrechtlichen Anerkennung hatte dadurch eine inhaltliche Bedeutung; sie konnte damals von Lorimer mit Recht als die Grundlage des Völkerrechts bezeichnet werden. Das war im Jahre 1884, zur Zeit Bismarcks, des „letzten Staatsmannes des europäischen Völkerrechts“. Inzwischen hat sich das Rechtsinstitut der völkerrechtlichen Anerkennung in einem völlig nihilistischen Opportunismus zu einem freibleibenden, rein faktischen und taktischen Verhalten verflüchtigt.³⁾ Noch auf der Konferenz von Lausanne, 1922/1923, haben die europäischen Mächte gegenüber der Türkei in der Frage der Abschaffung der sogenannten Kapitulationen wenigstens grundsätzlich daran festgehalten, daß ein Staat, um als voll souverän anerkannt zu werden, dem Standard des in Europa entwickelten Rechts und seiner Justiz entsprechen müsse.⁴⁾ Eine am 12. Januar 1926 in Peking zusammengetretene Kommission zur Untersuchung der Exterritorialität in China forderte in ihren Vorschlägen für die Rechtssicherheit in China im Grunde nur die volle Europäisierung der chinesischen Gesetzgebung und Justiz.⁵⁾ Die Maßstäbe, nach denen beurteilt wird, ob ein politisches Gebilde wirklich „Staat“ oder „staatsreif“ ist, sind eben aus der Normalvorstellung eines europäischen Staates abgeleitet.⁶⁾ Was unter dem Gesichtspunkt eines positivistisch aufgefaßten „formalen Geltungsgrundes“ als eine juristisch uninteressante, zufällige Übereinstimmung oder Parallelität der gesetzlichen Bestimmungen erscheint, wird für eine sachlich-inhaltliche, rechtswissenschaftliche Betrachtung zu einer echten europäischen Gemeinschaft, deren gemeinsames Recht Züge eines echten common law trägt und auch durch die großen Verschiedenheiten der germanischen, angelsächsischen, lateinischen und sonstiger Rechtskreise nicht aufgehoben ist.

³⁾ Vgl. dazu den Schluß der Abhandlung von Peter Stierlin, Die Rechtsstellung der nichtanerkannten Regierung im Völkerrecht (Zürcher Studien zum Internationalen Recht, herausgegeben von H. Fritzsche und D. Schindler, Nr. 3, Zürich 1940), Seite 200 über die Bedeutung der mexikanischen sog. Estrada-Doktrin. Die Formulierung Lorimers „la doctrine de reconnaissance fondement de droit international“ findet sich in der Revue de Droit International et de Législation Comparée, Band XVI (1884), Seite 333 f. Die Bezeichnung Bismarcks als des „letzten Staatsmannes des europäischen Völkerrechts“ stammt von Julius Goebel, The Struggle for the Falkland Islands, Yale University Press, 1927, Seite 192; dieses Buch ist weit über sein spezielles, im Titel genanntes Thema hinaus für die Geschichte des europäischen Völkerrechts von Bedeutung.

⁴⁾ So entstand neben der Aufhebung der „Kapitulationen“ in Artikel 28 des Lausanner Vertrages vom 24. Juli 1923 eine von den türkischen Delegierten unterzeichnete „Deklaration über die Verwaltung der Justiz“, die zwar von der Nationalversammlung in Ankara nicht ratifiziert wurde, aber doch dazu führte, daß die Türkei eine Kodifikation des Bürgerlichen Rechts übernahm, die genau dem Vorbild des Schweizer Bürgerlichen Rechts vom 10. Dezember 1907 entsprach. Weitere gesetzgeberische Reformen des bürgerlichen Rechts folgten ebenfalls dem Schweizer Vorbild, während das Strafgesetzbuch von 1926 fast wörtlich dem italienischen Strafgesetzbuch entspricht. Die türkische Kodifikation des Strafprozesses hielt sich an deutsche und italienische Regelungen, die des Zivilprozesses an das Vorbild des Schweizer Kantons Neuchâtel.

⁵⁾ Roy Hidemichi Akagi, Japans Foreign Relations, Tokyo, 1936, Seite 403.

⁶⁾ Das zeigte sich noch in den Anforderungen für die „Staatsreife“, wie sie bei der Aufnahme von Irak in den Genfer Völkerbund formuliert worden sind; vgl. A. v. Verdross, Völkerrecht, 1937, Seite 65, Anmerkung.

liche System Otto Meyers z. B., das selber wiederum stark vom französischen Verwaltungsrecht beeinflusst war, konnte in Italien durch V. E. Orlando rezipiert werden, weil es ganz in diesem konstitutionellen System stand. In engem, gleichzeitigem Zusammenhang sowohl mit der Entwicklung der Pandektistik wie mit der Rezeption des Konstitutionalismus stehen dann zahlreiche Übereinstimmungen und gegenseitige Beeinflussungen, die sich auf die Kodifikationen des Zivilrechts, des Strafrechts und des Prozeßrechts, des Strafverfahrens und des Zivilprozesses beziehen. Über die vielen staatlichen Grenzen hinweg ist es hier zu einer Gemeinsamkeit der Denkweise gekommen, die jeden wissenschaftlich gebildeten Juristen eines europäischen Staates in den Stand setzt, sich in der Rechtswelt eines anderen Staates zurechtzufinden. Die gemeinsame Entwicklung geht auch in modernen Bildungen weiter. Das neue Wirtschafts- und Arbeitsrecht dringt in irgendeiner Form bei allen Völkern durch, und nirgendwo kann sich ein europäisches Volk der hier sich manifestierenden Gemeinsamkeit eines europäischen Rechts und einer europäischen Rechtswissenschaft entziehen.

3

DIE KRISIS DER GESETZESSTAATLICHEN LEGALITÄT

Erstes Stadium;

19. Jahrhundert: Die Möglichkeit einer Unterscheidung von Gesetz und Gesetzgeber.

Trotzdem befindet sich die europäische Rechtswissenschaft in einer schwierigen und kritischen Lage. Ich möchte hier weder über das naheliegende Thema der Auswirkungen des Weltkrieges sprechen, noch in die leeren Formeln positivistischer Fiktionen ausweichen, sondern mich an das, wenn ich so sagen darf, innere und immanente rechtswissenschaftliche Problem halten. Was heute als schwere Krisis der Rechtswissenschaft und des Rechtes selbst offenkundig wird, hat, wie jede große wissenschaftliche Erscheinung, tiefere Ursachen und ist nicht erst in diesem Augenblick entstanden. Auch hier gilt das Wort des Dichters:

Wer hub es an? Wer brachte den Fluch?
Von heut ist's nicht, und nicht von gestern,
Und die zuerst das Maß verloren, unsere Väter,
Wußten es nicht, und es trieb ihr Geist sie.

Die Krisis der europäischen Rechtswissenschaft beginnt vor hundert Jahren mit dem Sieg des gesetzlichen Positivismus. Der revolutionäre Ausbruch des Jahres 1848 bezeichnet auch hier die große Wegscheide. Unsere Väter und Großväter warfen ein überlebtes Naturrecht beiseite und sahen in dem Übergang zu dem, was sie „Positivismus“ nannten, einen großen Fortschritt von der Illusion zur Wirklichkeit. Schon die historische Schule hatte mit etwas schiefen Fronten gegen das alte Naturrecht gekämpft. Aber ihre gleich noch zu erörternde Lehre von den wissenschaftlichen Quellen des Rechts, vom Gewohnheitsrecht und vom Völkerrecht, ließ den reinen, staatlichen Gesetzespositivismus nicht aufkommen. Die eigentliche Wendung trat mit dem Jahre 1848 ein. Sie fand ihr geflügeltes Wort in dem Satz Windscheids aus seiner Greifswalder Universitätsrede des Jahres 1854: „Der Traum des Naturrechts ist ausgeträumt.“¹⁶⁾

¹⁶⁾ Die Stelle klingt im Zusammenhang nicht so apodiktisch-positivistisch wie der zum geflügelten Wort gewordene isolierte Satz. Sie lautet: „Es gibt für uns kein absolutes Recht. Der Traum des Naturrechts ist ausgeträumt, und die titanenhaften Versuche der neueren Philosophie haben den Himmel nicht gestürmt.“ Dem Wort vom „Traum

Vermutlich glaubte der Romanist und Pandektist Windscheid mit diesem Satz sehr realistisch und wohl auch sehr positivistisch zu sein, obwohl er, gerade als Romanist und Pandektist, eines reinen d. h. staatsbezogenen Setzungspositivismus kaum fähig war und die eigentliche Gefahr gar nicht begriff. Denn der Stil der damaligen Gesetzgebung ließ die heute aktuelle Problematik noch kaum erkennen. Deshalb war Windscheid auch noch nicht imstande, die eigentlich kritische Frage, das Verhältnis von Rechtswissenschaft und moderner Gesetzgebungsmethode, mit der beunruhigenden Klarheit zu sehen, mit der sie unserm Bewußtsein seit dem ersten Weltkrieg deutlich geworden ist.

Doch ist bereits in der Mitte des 19. Jahrhunderts ein erstes scharfes Signal der kritischen Lage ertönt. Ein Vortrag, der 1847 in Berlin gehalten wurde und 1848 im Druck erschien, sprach schon in seinem Titel der Jurisprudenz den Charakter und Wert einer Wissenschaft ab: „Über die Wertlosigkeit der Jurisprudenz als Wissenschaft“. Die Signalwirkung eines solchen Titels war um so stärker, als der Verfasser selbst ein angesehenener Jurist war, der damalige Staatsanwalt von Kirchmann, der sich später hauptsächlich philosophischen Arbeiten widmete. Seine Art zu argumentieren besteht, trotz mancher Hinweise auf die Überlegenheit der Naturwissenschaft, keineswegs in der naiven Übertragung der Methoden des naturwissenschaftlichen Positivismus auf die Rechtswissenschaft, eine Übertragung, an der andere, spätere Thesen von der „Unwissenschaftlichkeit der Rechtswissenschaft“ leiden¹⁷⁾ und die manche Juristen des 19. Jahrhunderts veranlaßt hat, die Rechtswissenschaft als „Wissenschaft“ preiszugeben, um sie wenigstens als „Kunst“ oder „Technik“ zu retten. Zahlreiche Widerlegungsversuche und heftige Diskussionen knüpfen immer von neuem an jenen merkwürdigen Vortrag Kirchmanns an und zeigen, daß die Unruhe, die er vor hundert Jahren hervorgerufen hat, noch immer anhält. Noch im Jahre 1938 ist in Deutschland eine neue Ausgabe seines Vortrages veranstaltet worden, deren Einleitung die unverminderte Aktualität der Darlegung Kirchmanns hervorhebt.¹⁸⁾

Worin besteht nach diesem Vortrag die Wertlosigkeit der Jurisprudenz als Wissenschaft? Die entscheidende Antwort liegt in dem Satz: „Drei berichtigende Worte des Gesetzgebers und ganze Bibliotheken werden zu Makulatur“. Diese Antwort ist mit einer zuspitzenden Veränderung: „Ein Federstrich des Gesetzgebers und ganze Bibliotheken werden Makulatur“ ein geflügeltes Wort geworden. Noch härter und gröber klingt ein anderer, im gleichen Zusammenhang stehender Satz: „Das positive Gesetz macht den Juristen zum Wurm im faulen Holz.“ Niemals, meint Herr von Kirchmann, werde die Wissenschaft das Gesetz einholen. Der Kernpunkt unserer kritischen Lage wird dadurch sofort sichtbar. In der Tat: Was bleibt von einer Wissenschaft übrig, deren Sinn und Zweck nichts anderes ist als die kommentierende und interpretierende Begleitung fortwährend wechselnder, positiver Anordnungen von staatlichen Stellen, die ihrerseits doch wohl selber am besten wissen und sagen können, was ihr eigentlicher Wille und was der Sinn und Zweck ihrer Anordnungen ist?

des Naturrechts“ hat Walter Schönfeld (in dem Titel eines Aufsatzes des Archivs für die zivilistische Praxis 1932, Neue Folge 15, Seite 1 ff.) die Formulierung „Der Traum des positiven Rechts“ entgegengesetzt. Schönfelds Aufsatz ist von rechtsgeschichtlicher Bedeutung. Aber der Gesetzespositivismus des 19. Jahrhunderts war eigentlich niemals ein Traum, sondern nur ein erst optimistisch-illusionistischer, schließlich nur noch qualvoller „Wille zur Wirklichkeit“.

¹⁷⁾ Am radikalsten das Buch von Anders Wilhelm Lundstedt (Uppsala), „Die Unwissenschaftlichkeit der Rechtswissenschaft“, Berlin-Grünwald, 1932, der im übrigen die Haltlosigkeit des reinen Normativismus richtig sieht (Seite 182).

¹⁸⁾ Die Werthlosigkeit der Jurisprudenz als Wissenschaft. Eine Rede des Staatsanwalts Julius Hermann v. Kirchmann aus dem Jahre 1847, herausgegeben und eingeleitet von Gottfried Neeße, Stuttgart-Berlin, 1938.

veröffentlichte, maßgebende Text, erschien als eine in sich geschlossene, unpersönliche, objektive Größe, zum Unterschied von den bloßen Materialien und Motiven des Gesetzes, in denen sich die persönlichen Meinungen der an der Gesetzgebung beteiligten Menschen in einer oft widerspruchsvollen Weise äußerten. So kam es zu einer scharfen Unterscheidung des objektiven Willens des Gesetzes von dem subjektiven Willen der vielen Gesetzesverfasser oder der Gesetzgeber. Wille des Gesetzes und Wille des Gesetzgebers (im Sinne des Urhebers des Gesetzes) konnten zueinander in Gegensatz gebracht werden.

Die Unterscheidung von objektivem Gesetz und subjektiver Meinung des Urhebers des Gesetzes wurde praktisch von größter politischer Bedeutung in solchen Ländern, in denen die gesetzgebende Körperschaft, das Parlament, in mehrere verschiedenartige Parteien zerspalten war. Hier wurde der Gesetzgeber, d. h. die gesetzgebende Körperschaft, zu einer Größe von problematischer Einheit. Das Gesetz wurde zum Mehrheitsbeschuß einer in sich gespaltenen, gesetzgebenden Körperschaft; dieser Beschluß aber war in allen wichtigen Fällen ein schwieriger, oft in sich selbst unklarer Kompromiß der in sich heterogenen Parteikoalitionen, die dem Gesetz die wechselnden parlamentarischen Mehrheiten verschafften. Das ist die typische Situation des Gesetzgebers in einem pluralistischen Parteienstaat. Im Deutschen Reich war sie seit Bismarcks Entlassung 1890, eigentlich schon seit 1878, fortwährend gegeben, weil der Deutsche Reichstag seit dem Ende der nationalliberalen Mehrheit keine Mehrheitspartei mehr kannte. Die Mehrheit bildete sich, auf dem Wege des Kompromisses, von Fall zu Fall und von Gesetz zu Gesetz, oft aus ganz entgegengesetzten Motiven. In Frankreich haben Demokraten diesen Zustand mit juristischer Bewußtheit kritisiert.²⁰⁾ In anderen europäischen Ländern trat eine ähnliche Problematik zutage, die in Staaten mit nationalen und völkischen Parteien, wie in Österreich-Ungarn, zu offenen Obstruktionskrisen führte. Hier mußte das Gesetz in aller Schärfe zu einer einheitlichen, von seiner Entstehung losgelösten, objektiven Größe isoliert und verselbständigt werden, wenn es nicht in seinem einheitlichen „Willen“ von den inneren Gegensätzen der gesetzgebenden Körperschaft zerstört werden sollte. Das Gesetz als unpersönliche, objektive, gegenüber seinen „Motiven“ verselbständigte und isolierbare Größe wird zu einer Brücke über dem Abgrund innerpolitischer Zerrissenheit. In der objektiven, von allen parteipolitischen Widersprüchen gereinigten Norm verkörpert sich sozusagen die objektive Vernunft der politischen Einheit. Die Rechtswissenschaft aber wird, neben der richterlichen Praxis, zu einem wichtigen, unentbehrlichen Träger und Sprecher dieser objektiven Vernunft, dieser in sich folgerichtigen Einheit des Gesetzeswillens, der dem in sich gespaltenen Willen der vielen, an der Gesetzgebung beteiligten Faktoren selbständig entgentritt.²¹⁾

In einer solchen Lage erhält ein Satz, der sonst vielleicht paradox oder spitzfindig klingt, eine ganz konkrete, praktische Bedeutung: Das Gesetz ist klüger als der Gesetzgeber. Große Juristen haben ihn zitiert, sogar in der auffallenden Steigerung:

²⁰⁾ Maxime Leroy, La Loi, Essay sur la théorie de l'autorité dans la démocratie, Paris 1908, besonders Seite 324.

²¹⁾ Die rechtswissenschaftliche Erörterung dieser Distinktion von Gesetz und Gesetzesverfasser beginnt für die Neuzeit mit einigen Lehrsätzen C. G. Wächters aus dem Jahre 1835. Die wenige Jahre später erschienene Abhandlung von Robert Mohl „Über die Benutzung der ständischen Verhandlungen zur Auslegung von Gesetzen“ (Archiv des Criminalrechts 1843, auch in der 1860 erschienenen Sammlung von Mohls Aufsätzen „Staatsrecht, Völkerrecht, Politik“ abgedruckt) enthält bereits ein vollständiges Repertorium der Argumente und Gesichtspunkte. Der um 1900 einsetzenden umfangreichen Literatur zu dem Thema „Gesetz und Richter“, dem ganzen Methodenstreit und der von den Praktikern des Zivil- oder Strafrechts geführten „Freirechtswegung“ fehlte, von wenigen Ausnahmen abgesehen, der Sinn für verfassungsrechtliche Zusammenhänge; hier zeigte sich die Verengung eines zivilistischen Gesetzespositivismus in der ganzen gefährlichen Ahnungslosigkeit ihrer Isolierung der positiven Norm.

Das Gesetz ist stets klüger als der Gesetzgeber.²²⁾ Ein solcher Satz bringt, wenn auch vielleicht auf eine nicht ganz höfliche Weise, eine Selbstbindung des Gesetzgebers zum Ausdruck und begründet dadurch die Möglichkeit einer Rechtswissenschaft, die sich zwar positivistisch dem jeweils geltenden Gesetz unterwirft, gleichzeitig aber doch im Namen desselben objektivierten und von seinen subjektiven Motiven isolierten Gesetzes zu sprechen weiß. Die Unterscheidung von Gesetz und Gesetzgeber — in dem oben entwickelten Sinne des Gegensatzes von objektivem Gesetzeswillen und subjektiven Beweggründen der an der Gesetzgebung beteiligten Menschen — gewährte der Rechtswissenschaft einen bedeutenden Spielraum für ihre Kommentierung und Interpretierung. Sie gab den Juristen gegenüber einem immer problematischer werdenden Gesetzgeber, nämlich gegenüber einer in sich zerrissenen gesetzgebenden Körperschaft, eine neue, eigene Autorität und eine fast legislatorische Würde. Die Rechtswissenschaft repräsentierte die Einheit des Rechtswillens gegenüber der Vielheit egoistischer Parteien und Fraktionen. Sobald sie freilich die schmale Brücke dieses Positivismus der isolierten und gesetzten Norm verließ, geriet sie entweder in die naturalistischen Zweckbetrachtungen Iherings oder, wie die Strafrechtswissenschaft Franz von Liszts, in einen soziologischen Positivismus hinein, wodurch ihr Wesen als Rechtswissenschaft von einer anderen Seite her wiederum gefährdet war.

4

DIE KRISIS DER GESETZES-STAATLICHEN LEGALITÄT

Zweites Stadium; 20. Jahrhundert: Der motorisierte Gesetzgeber.

Die für die Rechtswissenschaft in mancher Hinsicht günstige Lage des 19. Jahrhunderts hat sich seit dem ersten Weltkrieg geändert. Seit 1914 haben alle großen geschichtlichen Ereignisse und Entwicklungen in allen europäischen Ländern dazu beigetragen, daß das Verfahren der Gesetzgebung immer schneller und summarischer, der Weg des Zustandekommens einer gesetzlichen Regelung immer kürzer, der Anteil der Rechtswissenschaft immer kleiner wurde. Krieg und Nachkrieg, Mobilmachung und Demobilmachung, Revolution und Diktatur, Inflation und Deflation haben, trotz aller sonstigen Verschiedenheiten, in allen europäischen Ländern zu dem gleichen Ergebnis geführt, daß das Verfahren der Gesetzgebung immer mehr vereinfacht und immer mehr beschleunigt wurde. Es ergingen immer neue und immer weitere Ermächtigungen, durch welche die gesetzgebenden Körperschaften die Befugnis übertrugen, Dekrete und Verordnungen mit Gesetzeskraft zu erlassen. Das „Dekret“, die „Verordnung“, verdrängte das Gesetz. Verfassungsrechtliche Bedenken gegen die Ermächtigungspraxis waren überall vorhanden und lagen auch nahe. Denn schließlich sind die gesetzgebenden Körperschaften durch die Verfassung dazu berufen, selber Gesetze zu machen und nicht dazu, andere Stellen zur Gesetzgebung zu ermächtigen; sie sollen, wie schon Locke, der rechtsphilosophische Begründer des modernen Verfassungsrechts, gesagt

²²⁾ Rudolf Sohm sagt in seinem Aufsatz: „Die deutsche Rechtsentwicklung und die Kodifikationsfrage“ in Grünhuts Zeitschrift für das Privat- und öffentliche Recht der Gegenwart, 1874, Band I, Seite 277: „Es kommt hinzu, daß das Gesetzbuch stets besser, weiser, klarer, inhaltreicher ist als die Gedanken seines Gesetzgebers, und sei er der vortrefflichste. Das ist die Bedeutung der Rechtswissenschaft, daß sie das Gesetz nicht bloß wiedergibt, sondern bereichert, entfaltet. Auch unser Bürgerliches Gesetzbuch, von der Gesamtkraft der deutschen Wissenschaft veredelt und vergeistigt, wird noch um ein bedeutendes besser, treffender und gedankenreicher als der Verstand derjenigen, welche es erzeugen.“ Eccius sagt in seiner Einleitung zu den letzten Auflagen Förster-Eccius: „Das Gesetz ist stets klüger als sein Verfasser.“ Karl Binding, „Die Normen und ihre Übertretung“, I (2. Auflage), 1890, Seite 203, Anmerkung 6 meint, daß „das Gesetz oft klüger als der Gesetzgeber“ sei.

Aber auch hier entstanden, wie in anderen Ländern, kunstvolle Unterscheidungen von vereinfachter Gesetzgebung und zulässiger Delegation, mit denen das konstitutionalistische Gewissen beschwichtigt und wenigstens einige Hemmungen und Abgrenzungen eingeschaltet werden sollten. Alles vergebens. In Frankreich wie in anderen Ländern, bei Kriegführenden und Neutralen, bei Siegern und Besiegten, in parlamentarisch regierten Staaten wie in sogenannten Diktaturen war der Zwang, die gesetzlichen Bestimmungen den schnell sich ändernden Verhältnissen anzupassen, allzu stark und unwiderstehlich. Der Warnruf des Lord Chief Justice von England, des Lord Hewart, gegen den „New Despotism“ (1928) hat nichts an der Sache geändert. Noch Mitte Mai 1944 ist im englischen Parlament die beunruhigende Frage der „Executive Powers“ erörtert worden, ohne daß zu den Argumenten und Gesichtspunkten der früheren Erörterung dieser Frage in Deutschland, Frankreich oder andern europäischen Ländern auch nur ein einziger neuer Gesichtspunkt sichtbar geworden wäre. Was H. von Kirchmann vor beinahe hundert Jahren vorausgesagt hatte, daß die Wissenschaft das positive Gesetz niemals werde „einholen“ können, traf ein, und zwar noch weit über jede Erwartung hinaus. Die Gesetzgebungsmaschine steigerte ihr Tempo in ungeahntem Ausmaße, und die positivistisch-rechtswissenschaftliche Kommentierung und Interpretierung vermochte ihr kaum zu folgen. An die Stelle des von Professoren der Rechtswissenschaft geschriebenen, wissenschaftlichen und systematischen Kommentars war schon lange vor der vollen Entfesselung der Dekrete in wachsendem Umfang der von Praktikern oder Referenten der Ministerien verfaßte praktische Kommentar getreten, wobei auch hier zahlreiche Praktiker und Referenten ihre ausgezeichnete rechtswissenschaftliche Bildung keineswegs verleugneten.

Man hat von der Verordnung gesagt, sie sei das „motorisierte Gesetz“. Soll nun die Wissenschaft dieser Entwicklung nacheilen und sich ebenfalls zu „motorisieren“ suchen? Jeder wissenschaftlich denkende Jurist wird die innere Unmöglichkeit eines solchen Mitlaufens empfinden. Aber mit der Motorisierung des Gesetzes zur bloßen Verordnung war der Höhepunkt der Vereinfachungen und Beschleunigungen noch nicht einmal erreicht. Neue Beschleunigungen ergaben sich aus der Marktordnung und der staatlichen Lenkung der Wirtschaft mit ihren zahlreichen übertragbaren Ermächtigungen und Unterermächtigungen an verschiedenartige wirtschaftslenkende Stellen, Verbände und Beauftragte. So ist denn gerade in diesem Bereich in Deutschland neben den Begriff der „Verordnung“ noch der der „Anordnung“ getreten. Die Anordnung ist „die elastischste Form der Gesetzgebung“ und übertrifft die Verordnung hinsichtlich der Schnelligkeit des Zustandekommens und der Einfachheit der Bekanntgabe. Wie die Verordnung ein „motorisiertes Gesetz“, so konnte die Anordnung eine „motorisierte Verordnung“ genannt werden.²⁴⁾ Hier hört der Spielraum einer selbständigen, rein gesetzpositivistischen Rechtswissenschaft von selber auf. Das Gesetz verwandelt sich in ein Mittel der Planung.²⁵⁾ der Verwaltungsakt in einen Lenkungsakt. Bei einer von der zuständigen Stelle erlassenen, nicht öffentlich bekanntgegebenen, sondern oft nur den unmittelbar Betroffenen mitgeteilten, ohne weiteres abänderbaren und ganz an die schnell wechselnde Lage der Dinge sich anpassenden Anordnung ist es nicht mehr

²⁴⁾ Das geschieht in einem überaus wichtigen Aufsatz von Ministerialrat Rieger „Rückblick und Ausblick auf die Form der wirtschaftlichen Gesetzgebung“ im Ministerialblatt des RWM vom 28. 1. 1941, Seite 18; dazu Werner Weber in der Zeitschrift für die gesamte Staatswissenschaft, Band 102, Seite 116 f.; Kurt Emig in der „Deutschen Rechtswissenschaft“ 7. Band (1942), Seite 220 f., und W. Gäthgens „Die rechtlichen Grundlagen der Waren-Bewirtschaftung“, in „Probleme der gelenkten Wirtschaft“, herausgegeben von der Wirtschafts-Hochschule Berlin, 1942, Seite 52: „Die Anordnung als die elastischste-Form der Gesetzgebung“.

²⁵⁾ „Das Gesetz als Mittel der Planung“ behandelt die Berliner Habilitationsschrift von Georg Daskalakis aus Athen (1938).

möglich, zwischen die Anordnung und den Anordnungsgeber, zwischen die Maßnahme und denjenigen, der die Maßnahme trifft, zwischen Lenkungsakt und Lenkungsstelle eine selbständige dritte Größe einzuschalten, wie das im 19. Jahrhundert zwischen Setzung und Setzer, Gesetz und Gesetzgeber immer noch möglich gewesen war. Es kann einen guten Sinn haben, zu sagen, daß das Gesetz klüger ist als der Gesetzgeber; es ist aber etwas ganz anderes, zu behaupten, daß eine nach Lage der Sache ergangene Lenkungsmaßnahme klüger sei als die anordnende, über die Lage der Sache am besten informierte Lenkungsstelle.

5

SAVIGNY ALS PARADIGMA DER ERSTEN ABSTANDNAHME
VON DER GESETZESSTAATLICHEN LEGALITÄT

So ist zweifellos eine kritische Situation der Rechtswissenschaft aus der Entwicklung der Rechtsetzungsmethoden entstanden. Die Rechtswissenschaft kann sich nicht mit den motorisierten Verordnungs- und Anordnungsmethoden in einen Wettlauf einlassen, bei dem sie allerdings den Atem verlieren müßte. Sie hat sich vielmehr darauf zu besinnen, daß sie zum letzten Asyl des Rechtes selbst geworden ist. Sie muß sich auf ihre eigentliche Aufgabe besinnen und die in dem Übermaß der gesetzlichen Setzungen verlorengelungene Einheit und Folgerichtigkeit des Rechtes selbst zu wahren suchen. Dazu bedarf es nicht atemloser Eile, sondern im Gegenteil innerer Sammlung, ruhigster Beobachtung und gründlichster Forschung.

An einem großen Beispiel läßt sich erkennen, was die Selbstbesinnung auf die eigene Aufgabe und Würde zu leisten vermag. Ich meine das Beispiel Savignys und seine bekannte Schrift aus dem Jahre 1814 „Vom Beruf unserer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft“. Diese Schrift, zu der als Fortsetzung auch der wesentliche, an großen Gedanken überreiche Aufsatz „Stimmen für und wider neue Gesetzbücher“ aus dem Jahre 1816 gehört,²⁶⁾ betrifft gerade unser Thema. Die Schrift ist nicht in ihren zeitgebundenen Thesen, wohl aber in ihrer Grundhaltung heute aktueller als zur Zeit ihrer Entstehung. In einem tieferen Sinn ist sie auch aktueller und, richtig verstanden, positiver als der Vortrag Kirchmanns mit seiner positivistischen, um nicht gleich zu sagen nihilistischen Abwertung der Jurisprudenz als Wissenschaft.

Wenn wir von Europa sprechen, ist es zweckmäßig, konkrete Namen zu nennen und eine Liste der großen Europäer aufzustellen, damit der Begriff einen bestimmten Inhalt bekommt und nicht bloß ein vieldeutiges Programm bleibt. Ich glaube, wenige Namen verdienen mit besserem Recht in eine Liste der großen Europäer aufgenommen zu werden als der Name Friedrich Carls von Savigny. Dieser Sohn einer Familie des reichsdeutschen Adels in Lothringen kam, wie Goethe und wie der Reichsfreiherr vom Stein, aus dem alten Reich. Er war Jurist und Historiker von europäischer Wirkung und europäischem Ansehen, Erneuerer der Wissenschaft des römischen Rechts und zugleich ein Verkünder der Lehre vom Volksgeist als dem Schöpfer des Rechts und der Sprache. Er war der Führer einer, in ihrem Sinn und Ursprung keineswegs nur römisch-rechtlichen historischen Schule, und zugleich der Begründer des modernen internationalen Privatrechts,²⁷⁾ ein Gelehrter von umfassendem Wissen und zugleich ein vornehmer

²⁶⁾ Der Aufsatz enthält eine Auseinandersetzung mit weiteren Aufsätzen Thibauts, ferner mit Feuerbach, B. W. Pfeiffer und anderen; er ist in der „Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft“, Band 3 Heft 1 (1816) veröffentlicht und der zweiten Auflage der Schrift „Vom Beruf unserer Zeit“ (1828) als Beilage angefügt.

²⁷⁾ Max Gutzwiller, Der Einfluß Savignys auf die Entwicklung des Internationalen Privatrechts, Freiburg (Schweiz) 1923.

Herr und ein Mann von Welt. Es ist für uns kein Zufall, daß es gerade Savigny war, der durch seine Schrift vom Jahre 1814 „Vom Beruf unsrer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft“ den ersten Ansatz zu einer Antwort der Rechtswissenschaft nicht nur für die damalige Zeit, sondern noch mehr, vorwegnehmend, auch für die verschärfte Problematik der heutigen Lage gegeben hat.

Der Streit um die Bewertung Savignys ist seit Jahrzehnten nicht zur Ruhe gekommen. Die Nachrufe, die seinem Tode (1862) folgten, waren noch ganz von dem unmittelbaren Eindruck der großen Persönlichkeit bestimmt. „Seinesgleichen werden wir nicht wieder sehn“, schrieb Rudorff damals, und selbst Ihering blieb in seinem arg journalistischen Nachruf noch sehr respektvoll. Solange die Pandektenwissenschaft ihren alten Platz wahrte, galt der große Name als sakrosankt. Das änderte sich im neuen Jahrhundert. „Was ist uns Savigny?“ hat ein Vertreter der damaligen Freirechtsbewegung vor 30 Jahren gefragt, und die Antworten scheinen immer negativer zu werden.²⁸⁾ Die Siege freilich, die einige Germanisten in Weiterführung ihres alten Streites mit den Romanisten über Savigny feierten, waren nur posthume Angelegenheiten des 19. Jahrhunderts und versetzten die von Savigny selbst mitbegründete germanistische Rechtswissenschaft in ein merkwürdiges Bündnis mit heterogenen und wenig germanistischen Freirechtlern und Soziologen. Doch hält auch in den letzten Jahren die negative Bewertung an. Immer mehr vermißt man an Savigny und seiner Lehre den Aktivismus der Tat und stieß man sich an seiner allzu passiven Art der reinen Kontemplation. Gerade mit seiner Schrift aus dem Jahre 1814 hat Savigny für eine weitverbreitete Auffassung praktisch ja weiter nichts getan, als daß er die Kodifikation des deutschen bürgerlichen Rechts um fast ein Jahrhundert aufhielt, wobei er aber diese Kodifikation schließlich doch nicht verhindern konnte. Demnach hätte er in der rechtsgeschichtlichen Entwicklung einfach auf der falschen Seite gestanden; seine „historische“ Tendenz hätte nur einen lebensfremden, antiquarischen und reaktionären Sinn, weil sie der zur staatsgesetzlichen Kodifikation drängenden geschichtlichen Entwicklung hemmend in den Weg trat. Im Ganzen gesehen hätte er mit seinem zunächst unbestreitbaren Erfolg nur einen kurzfristigen Sieg davongetragen, nämlich den Sieg eines Professors der Rechtswissenschaft über die Gesetzesreferenten der hohen Ministerialbürokratie. Das aber ist ein Sieg, der einem Gesetzespositivisten nur Mißtrauen einflößen und ihm nur als ein sehr bedenklicher Pyrrhussieg erscheinen kann.

Diese, wie gesagt, weit verbreitete Auffassung ist aus der Perspektive des späteren 19. Jahrhunderts entstanden, das nur noch eine gesetzsespositivistische Rechtswissenschaft gelten ließ und in dieser handwerksmäßigen Verengerung den Fortschritt des Rechts mit der steigenden Promptheit der Gesetzgebungsmaschine verwechselte. Damals ahnte man noch nichts von der verfassungsrechtlichen Problematik der Begriffe Gesetz und Gesetzgeber, Legalität und Legitimität. Man sprach vom „Gesetz“ als der schönsten Sache der Welt und bemerkte immer nur negativ, daß Savigny den Beruf der Zeit für die Gesetzgebung verneinte. Man achtete nicht darauf, daß seine Abhandlung eine existentielle Besinnung der Rechtswissenschaft auf sich selbst, daß sie ein großer Aufruf zur Rechtswissenschaft als der Hüterin des nicht nur gesetzten

²⁸⁾ Hans Thieme, Der junge Savigny, in der Zeitschrift „Deutsche Rechtswissenschaft“, Band 7 (1942), Seite 53 f. Auch in dem noch nicht veröffentlichten zweiten Teil der Arbeit von Hans Schneider über den preußischen Staatsrat (vgl. den veröffentlichten Aufsatz Hans Schneiders über die Entstehung des Preußischen Staatsrechts 1806—1817 in der Zeitschrift für die gesamte Staatswissenschaft, Band 102, 1942, Seite 480), der zum ersten Male Savignys Mitwirkung bei der Gesetzgebungsarbeit des preußischen Staatsrats auf Grund archivalischer Quellen darstellt, erscheint der große Jurist fast wie ein passiver Spiegel, in dem sich die Gegensätze, die er mit vorsichtigem Pro und Contra bis zur Entscheidungslosigkeit balanciert, einfach reflektieren. Über Savignys Mißerfolg als Gesetzgeber vgl. weiter unten im Text.

Rechts war, während seine Kritik der gesetzestaatlichen Kodifikationen nur den Sinn hatte, den Beruf zur Rechtswissenschaft klarzustellen, die Würde eines Rechtsstandes zu retten und eine ganz bestimmte Gefahr zu beschwören.

Einen durchaus existentiellen Sinn hatte vor allem Savignys Lehre von den Quellen des Rechts, durch die er dem Wort und dem Bild von der Quelle eine neue, starke Bedeutung gegeben hat. Man versteht Savigny selbst und seine spezifischen Begriffe von „Historisch“ wie von „Positiv“ nur, wenn man sein Wort und sein Bild von der Quelle in einer für den Existenzkampf der Rechtswissenschaft wesentlichen Besonderheit ernst nimmt. Das Recht als konkrete Ordnung läßt sich nicht von seiner Geschichte loslösen. Das wahre Recht wird nicht gesetzt, sondern entsteht in einer absichtlosen Entwicklung. Was wahres Recht ist, bestimmt sich demnach heute in der konkreten geschichtlichen Existenzform des Juristentums, in welchem das Wachstum zum Bewußtsein kommt. Der rechtswissenschaftliche Begriff des Positiven ist bei Savigny an eine von Juristen gehütete, besondere Art von Rechtsquelle gebunden, in der das Recht in spezifischer Weise seinen Ursprung als etwas Gegebenes, nicht Gesetztes hat. Der spätere Positivismus kennt überhaupt keinen Ursprung und keine Heimat mehr. Er kannte nur entweder Ursachen oder hypothetisch gesetzte Grundnormen. Er will das Gegenteil eines absichtlosen Rechts; und seine letzte Absicht ist Beherrschung und Berechenbarkeit.²⁹⁾ Ein Wort wie „Quelle“ ist für einen solchen Positivismus höchstens eine unverbindliche Metapher für einen irgendwie gesetzten Geltungsgrund. Im übrigen muß es ihm sinnlos, wenn nicht komisch erscheinen, von einer „Quelle“ zu sprechen. Für Savigny dagegen und seine historisch-positive Auffassung vom Recht ist die Quelle im vollen Sinn der echten Herkunft und der echten Heimat wirklich eine Quelle. Sie ist weder eine Zisterne für eine vorwissenschaftliche Kadijustiz, noch eine Kanalisationsanlage für raum- und rechtlose Planungen.³⁰⁾

Ich möchte einen Augenblick bei Savignys Lehre von den Quellen des Rechts verweilen, weil alles darauf ankommt, den richtigen Abstand zum Legalitäts-Monopol des Gesetzesstaates zu gewinnen. Der große Gelehrte kennt selbstverständlich die Unterscheidung der verschiedenen Bedeutungen, in denen der Ausdruck „Rechtsquelle“ gebraucht wird und hat das in seinem „System des heutigen Römischen Rechts“³¹⁾ ausführlich dargelegt. Es gibt für ihn Rechtsquellen im Sinne von Rechtsinstituten und gültigen Regeln und Rechtsquellen im Sinne der reinen geschichtlichen „Quellen der Rechtswissenschaft“. Das klingt heute wie eine Trivialität; aber mit gelassener Selbstverständlichkeit fügt er hinzu, daß „beide Bedeutungen in den allermeisten Fällen in der Tat zusammentreffen“. Er bemerkt, daß die meisten Schriftsteller, ohne diese genauere Unterscheidung, von den erhaltenen Büchern — vom Corpus Juris und von den deutschen Rechtsbüchern des 13. und 14. Jahrhunderts — als von „Rechtsquellen“ sprechen; aber mit derselben Ruhe fährt er fort: „Diese Schriftsteller sind deshalb nicht zu tadeln“. Die Rechtswissenschaft ist eben selbst die eigentliche Rechtsquelle. Das Gesetz ist ihr nur Stoff, den sie womöglich gestaltet und veredelt; die wissenschaftliche Form, die sie allein zu geben vermag, sucht eine dem

²⁹⁾ Das spricht der oft zitierte Satz Auguste Comte's, des Begründers des Positivismus als Religion und Weltanschauung, in seinem typischen Schluß mit fast naivem Legismus aus: voir pour savoir; savoir pour prévoir; prévoir pour régler!

³⁰⁾ Die Formulierung „raum- und rechtlose Planung“ orientiert sich an der bedeutenden und fruchtbaren Lehre von Francisco Javier Conde, dessen politische Theorie die drei Bestimmungen des Begriffes der politischen Realität, nämlich Plan, Raum und Recht aufgestellt und an den großen geschichtlichen Formen der griechischen Polis, des Imperium Romanum, der Civitas Christiana und des modernen Staates entwickelt hat (in „Teoria y Sistema de las Formas Politicas“, Madrid 1944).

³¹⁾ Band I (1840), zweites und drittes Kapitel, Seite 13 ff.

Gesetzesstoff innewohnende Einheit zu enthüllen und zu vollenden und erzeugt dadurch „ein organisches Leben, das bildend auf den Stoff selbst zurückwirkt“. Savigny kennt den Wert eines guten Gesetzes, aber er weiß erstens, daß das Gesetz nur eine von mehreren Erscheinungsformen des Rechtes konkreter Ordnungen ist, und zweitens daß Wesen und Wert des Gesetzes in seiner Stabilität und Dauer liegt, oder, wie Johannes Popitz es einmal mit einer gewissen eleganten Skepsis formuliert hat: in seiner „relativen Ewigkeit“. Nur dann hat die Selbstbindung des Gesetzgebers und mit ihr die Unabhängigkeit des gesetzgebundenen Richters einen Halt. Die Erfahrungen der französischen Revolution hatten gezeigt, welcher Setzungs-Organ ein entfesselter Pouvoir législatif fähig ist, und die Behandlung der Professoren des Rechts durch Napoleon war ein Symptom für den Zusammenhang aller dieser Fragen mit der Lage der Rechtswissenschaft. Ebenso wenig aber konnte damals für Deutschland ein von der Rechtspraxis durch Präjudizien getragenes Fallrecht, ein case law, in Betracht kommen. So war es die Rechtswissenschaft, die durch diese Lehre von den historischen Quellen zu einer spezifischen Autorität, zu einer autonomen Trägerin der Rechtsentwicklung und zur Seele eines deutschen Juristenstandes erhoben werden sollte. Die Entwicklung war dabei als ein ruhiges Wachstum gedacht, das durch die fortwährende Bezugnahme auf solche Quellen seine Kontinuität bewahrte und vor Willkür geschützt blieb, während auf der anderen Seite der unerschöpfliche Reichtum der historischen Quellen und die Fülle ihrer aktuellen Verwertbarkeiten die Möglichkeit zu allen notwendigen Änderungen und Erneuerungen des Rechts in sich enthielt.³²⁾

Unter dem Aspekt, der sich mit diesem Hochziel Savignys eröffnet, stellt sich die Lage der europäischen Rechtswissenschaft im großen folgendermaßen dar: England ist das Beispiel für die Herrschaft eines Rechtsstandes von Praktikern; hier findet ein ständisches Gebilde die Quelle des Rechts in den von diesem Rechtsstand selbst gesetzten, getragenen und gewahrten „Präzedenzfällen“. Darin hat der Jurist eines solchen Landes die ihm wesensgemäße Grundlage seiner beruflich-ständischen Existenz als Rechtswahrer. Diese „Regel und Herrschaft des Rechts“, diese „rule of law“, ist eine geschlossene Ordnung und bedeutet als solche die Herrschaft eines nicht-staatlichen Berufsstandes; sie ist weder Normativismus noch etwa das, was später auf dem Kontinent mit der Zusammensetzung „Rechtsstaat“ bezeichnet wurde. Es handelt sich wesentlich gerade um ein ständisches, d. h. nicht-staatliches Gebilde, das in der Society fundiert ist und in diesem Sinne, gesellschaftlich, beruflich und in seiner spezifischen Rechtsquelle eben einen „Stand“ und nicht einen „Staat“ bildet. Der geschichtliche Gegenbegriff zu diesem Rechtsstand ist der kontinentale Gesetzesstaat. Frankreich, das Land der Legisten, lieferte das Beispiel einer positivistischen Vergesetzlichung des Rechts zur staatlichen Kodifikation. Die typische Rechtsquelle ist hier das staatliche Gesetz. Staat und Gesetz gehören in spezifischer Weise zusammen. Der zentralisierte Gesetzesstaat schließt einen ihm gegenüber selbständigen Rechtsstand aus, während

³²⁾ Eine herrliche Stelle in Savignys Abhandlung lautet: „Ich will noch das höhere Ziel hinzufügen, dessen Möglichkeit auf demselben Wege (nämlich in dem wissenschaftlichen Charakter des deutschen Juristenstandes) liegt. Ist einmal Rechtswissenschaft auf die hier beschriebene Weise Gemeingut der Juristen geworden, so haben wir in dem Stand der Juristen wiederum ein Subjekt für lebendiges Gewohnheitsrecht, also für wahren Fortschritt, gewonnen; von diesem Gewohnheitsrecht war unser Gerichtsgebrauch ein kümmerliches Surrogat, am kümmerlichsten der Gerichtsgebrauch der Juristenfakultäten. Der historische Stoff des Rechts, der uns jetzt überall hemmt, wird dann von uns durchdrungen sein und uns bereichern. Wir werden dann ein eigenes nationales Recht haben, und eine mächtig wirksame Sprache wird ihm nicht fehlen. Das Römische Recht können wir dann der Geschichte übergeben, und wir werden nicht bloß eine schwache Nachahmung römischer Bildung, sondern eine eigene und neue Bildung haben. Wir werden etwas Höheres erreicht haben als bloß sichere und schnelle Rechtspflege: Der Zustand klarer, anschaulicher Besonnenheit, welcher dem Recht jugendlicher Völker eigen zu sein pflegt, wird sich mit der hohen wissenschaftlichen Ausbildung verzweigen.“

es einen „Gesetzesstand“ natürlich überhaupt nicht geben kann.³³) Im Gesetzesstaat wird der Richter zu einem staatlichen, das staatliche Gesetz anwendenden Beamten, dem eine nicht-staatliche, in der bürgerlichen Gesellschaft wurzelnde „freie“ Advokatur gegenübersteht. In Deutschland aber ist durch Savigny der erstaunliche Versuch gemacht worden, der Rechtswissenschaft die Bedeutung der eigentlichen Rechtswahrerin zu verleihen. Den englischen Praktikern einer reichgewordenen Society und den französischen Legisten eines zentralisierten Gesetzesstaates tritt mit Savigny das wissenschaftliche Rechtswahrertum eines europäischen Reiches entgegen. Nur in diesem existentiellen Sinne — nicht als eine von Historikern getragene Geschichtswissenschaft, aber auch nicht als ein Positivismus irgendwie „gesetzter“ Maßnahmen — ist Savignys Idee der „Quelle“ zu begreifen, und nur daraus ergibt sich das, was er selbst (nicht die den späteren positivistischen Begriffswandlungen folgende sogenannte historische Schule) unter den Worten „historisch“ und „positiv“ verstanden hat.³⁴) Dieser typisch deutsche Versuch, eine nicht „setzende“, sondern die Entwicklung zum Bewußtsein bringende Rechtswissenschaft zur Trägerin und Hüterin des Rechts und zum Kern eines echten Rechtsstandes zu erheben, ist im 19. Jahrhundert und am 19. Jahrhundert gescheitert. Das vermindert seine europäische Bedeutung nicht und hebt seine Aktualität nicht auf.

Wir müssen, um Mißdeutungen abzuwehren, ausdrücklich betonen, daß hier nicht etwa ein „Zurück zu Savigny“ proklamiert werden soll. Savignys Aufruf zur Rechtswissenschaft aus dem Jahre 1814 ist für uns nur ein paradigmatisches Ereignis, an das wir uns erinnern, um die heutige Lage der europäischen Rechtswissenschaft richtig zu verstehen. Wir wissen, daß es keine Restauration vergangener Situationen gibt. Eine geschichtliche Wahrheit ist nur einmal wahr. Der Begriff des Historischen selbst unterliegt Wandlungen und Umdeutungen und seine Realisierungen auf den verschiedenen Gebieten des geistigen Lebens nehmen sehr verschiedene Gestalt an. Während der staatliche Gesetzespositivismus um die Wende vom 19. zum 20. Jahrhundert in Deutschland jede Erörterung sachlicher Probleme als „unjuristisch“ ablehnte und sich dadurch aller geistigen Macht beraubte, konnte auf dem Gebiet der Wirtschafts- und Sozialwissenschaft eine von Gustav von Schmoller geführte historische Schule die deutsche Rechts- und Staatsauffassung in bedeutendster Weise beeinflussen.

Aber auch abgesehen von dieser inneren Wandelbarkeit, die zur Idee und zum Begriff des Geschichtlichen selbst gehört, sind wir inzwischen durch so viele kritische Situationen hindurchgegangen, daß heute unser Wissen von den historischen Quellen unendlich weiter und tiefer ist als zur Zeit Savignys. Die in der Geschichte des römischen Rechts selbst fließenden „Quellen“ haben sich unendlich erweitert. Der Horizont hat sich nicht nur äußerlich ausgedehnt, sondern auch mit einem neuen Sinn für

³³) Gesetz und Staat sind die rechtsgeschichtlich sich entsprechenden Begriffe. Es gibt deshalb nur einen Rechtsstand und nur einen Gesetzesstaat. „Rechtsstaat“ ist eine deutsche Prägung des 19. Jahrhunderts und liegt kurz vor 1848, also in dem kritischen Punkt der Aufspaltung des unproblematischen Rechts in Legalität und Legitimität, hinter den wir von heute nur künstlich zurückgehen können. Die deutsche Sprache hat öfters juristisch versagt. Auch das Wort „Gesetzgeber“ ist nicht glücklich, weil es die klärende Differenzierung von „Setzen“ und „Geben“ kombiniert und verwischt.

³⁴) Ich möchte Savignys eigene Kennzeichnung seiner „strengen historischen Methode der Rechtswissenschaft“ hier im Wortlaut wiederholen, weil sie leider in Vergessenheit geraten zu sein scheint: „Der Charakter derselben (nämlich dieser historischen Methode der Rechtswissenschaft) besteht nicht, wie einige meiner Gegner unbegreiflicherweise gesagt haben, in ausschließender Anpreisung des Römischen Rechts, auch nicht darin, daß sie die unbedingte Beibehaltung irgend eines gegebenen Stoffes verlangte, was sie vielmehr gerade verhüten will. Ihr Bestreben geht vielmehr dahin, 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 auch noch der Geschichte angehört“.

verharmlost werden. Man kann gewiß nicht behaupten, daß der überwältigende Inhalt der Beweisführung den überwältigenden Erfolg Savignys verständlich mache. Ich finde das Geheimnis seiner großen äußeren und inneren Wirkung in etwas ganz anderem. Sein Aufruf war die erste bewußte Distanzierung zur Welt der Setzungen. Seine Bedeutung liegt nicht in einer Argumentation, sondern in der geistigen Situation, die seinem Hauptargument, seiner Lehre von der absichtlosen Entstehung des Rechts, erst die geschichtliche Größe gibt, weil sie die Rechtswissenschaft zum Gegenpol des bloß faktischen Setzungsrechtes macht, ohne das Recht in die Bürgerkriegsparolen des Naturrechts zu werfen.

Darum halten wir es auch nicht für eine Widerlegung, wenn immer wieder auf den bekannten Mißerfolg hingewiesen wird, der Savigny nach 1840 betroffen hat. Der Mißerfolg, ja ein wahrer Absturz trat ein, als er den Boden, auf dem er groß und berühmt geworden war, verließ und die Ebene scheinbar größerer Wirkungsmöglichkeiten betrat. Er glaubte die wohlgemeinten Vorschläge seines Königs Friedrich Wilhelm IV. nicht ablehnen zu dürfen und wurde 1842 Minister für Gesetzesrevision, im Oktober 1847 außerdem Präsident des preußischen Staatsrats und des Staatsministeriums. Die liberalen Feinde Savignys haben sich an seinem Mißerfolg mit Hohn und Spott geradezu geweidet. Ihr Triumph wäre wohl noch lärmender gewesen, wenn sie das ganze Material über die Einzelheiten dieser gesetzgebenden Tätigkeit des Mannes gekannt hätten, dessen bisherige Überlegenheit gerade darin bestanden hatte, seinem Zeitalter den Beruf zur Gesetzgebung abzusprechen und es auf die Rechtswissenschaft zu verweisen. Wir wissen heute, daß Savigny, unmittelbar vor dem Ausbruch der Revolution von 1848, mit großer Eile eine Vereinfachung und Beschleunigung der Gesetzgebung betrieben hat, und zwar auf Kosten der Mitwirkungsbefugnisse eben des Staatsrates, dessen Präsident er war.³⁸⁾

In der Tat eine unglückliche Rolle! Aber man darf sie nicht nur biographisch sehen. Savigny wurde durch das Wohlwollen seines Königs in derselben Weise geschichtlich zu einer Unglücksfigur, wie es der große Philosoph Schelling geworden ist, der 1841 von München nach Berlin berufen wurde. Mit der Berliner Vorlesung Schellings vom Winter 1841/42 — deren epochale Bedeutung als Untergangssymptom Sören Kierkegaard, Jacob Burckhardt, Friedrich Engels, Bruno Bauer, Michael Bakunin und wohl auch Max Stirner sofort erkannten — beginnt die geistige Katastrophe einer Generation, ja eines ganzen Zeitalters deutscher idealistischer Philosophie und Theologie. Es ist keine zufällige Parallele, daß die Katastrophe einer Generation und eines Zeitalters deutscher Rechtswissenschaft in analoger Weise mit der Gesetzgebungstätigkeit Savignys begann, dessen „System des heutigen Römischen Rechts“ der junge Lorenz Stein um dieselbe Zeit in den deutschen Jahrbüchern mit der ganzen Unbarmherzigkeit

macht, daß der deutsche Gesetzgeber des 19. Jahrhunderts die Sprache des Volkes verloren hat und eine Schulsprache spricht. Beyerle beachtet aber nicht, daß ein modernes Staatsgesetz kein „Spiegel“ im mittelalterlichen Sinne sein kann. Savigny selbst war zweifellos ein Meister der deutschen Sprache. Das Problem der Sprache und der Wissenschaftlichkeit des modernen Gesetzgebers (für Verordnungen und Reglements erlaubt Beyerle, Seite 210, ausdrücklich Wissenschaftlichkeit und eine Fachsprache) scheint mir auch durch Beyerles Aufsatz noch nicht gelöst. Doch halte ich seine sprachkritische Bemerkung zu dem Wort „Gesetzbuch“ für treffend, weil der Begriff „Gesetz“ wesentlich dem „Staat“ zugeordnet ist (Seite 216, Anmerkung; vgl. oben, Anmerkung 33).

³⁸⁾ Hans Schneider macht in seiner (oben, Anmerkung 28) erwähnten Abhandlung über den preußischen Staatsrat zu der Verordnung vom 6. Januar 1848 betr. die Vereinfachung der Beratungen des preußischen Staatsrates folgende Bemerkung: „Kein anderes Gesetz von Bedeutung hat Savigny mit weniger Aufwand an Arbeit und Zeit ganz aus eigener Initiative geschaffen.“ Über Savignys Tätigkeit als Justizminister: Stölzels Darstellung in „Brandenburg-Preußens Rechtsverwaltung und Rechtsverfassung“, Band 2, Berlin 1888, Seite 535 ff.

der neuen Generation zerriß.³⁹⁾ Es handelt sich also hier, vor 1848, nicht um das Einzelschicksal eines Mannes und um einen sozusagen privaten Selbstwiderspruch, in den er hineingeriet, sondern um eine geistesgeschichtliche Gesamt-Katastrophe, in der das Schicksal eines großen deutschen Juristen mit dem eines großen deutschen Philosophen zusammentrifft. Es war ein Augenblick des Zusammenbruchs alter und des Aufbruchs neuer Kräfte, der dem revolutionären Ausbruch des Jahres 1848 unmittelbar voranging. Dagegen gehört jener Aufruf zur Rechtswissenschaft aus dem Jahre 1814 in einen wesentlich andern geistesgeschichtlichen Moment. Im übrigen wollen wir als Juristen nicht vergessen, daß Savigny sich mit dem 1849 erschienenen achten Band seines „System des heutigen Römischen Rechts“, d. h. mit der Begründung des modernen Internationalen Privatrechts, wieder zu sich selbst und zu seiner europäischen Größe zurückgefunden hat. Er hat damit eine Leistung erbracht, die als ein Werk ungebrochener rechtsschöpferischer Kraft jede Gesetzeskodifikation der folgenden Zeit bei weitem überragt.

Die folgenden Generationen gesetzessystematischer Juristen des 19. und 20. Jahrhunderts konnten Savignys Aufruf zur Rechtswissenschaft überhaupt nicht, nicht einmal als ein historisches Phänomen richtig verstehen. Sie waren nicht mehr in der Lage, sich von der Welt der bloßen Setzungen zu distanzieren; ja, sie waren nicht einmal in der Lage, wahre Erfahrungen zu machen. In dem Sicherheitsgefühl ihres Positivismus ahnten sie nicht einmal die Möglichkeit der existenziellen Krisen, die sich durch die Aufspaltung des Rechts in Legalität und Legitimität bekundeten. Erst als das „Gesetz“, das sie in kritiklosen Verallgemeinerungen für den festen Boden des positiven Rechts gehalten hatten, plötzlich in eine rapide Bewegung geriet und ihr Dogma „Gesetz ist Gesetz“ ebenso problematisch wurde wie ihr Satz „Mark ist Mark“, wurden sie unruhig. Aber ihre positivistischen Methoden schlossen die echte Selbstbesinnung aus. Daß Savignys Name immer noch pietätvoll weitergenannt, sein Leben immer noch liebevoll erforscht und seine Leistung immer noch respektvoll gepriesen wurde, hatte mancherlei Gründe. Doch das Wesentliche konnte einem setzungspositivistischen Zeitalter nicht mehr zum Bewußtsein kommen, und das Wesentliche ist, daß hier ein Repräsentant europäischen Geistes, in einem großartigen Moment und mit genialem Blick, in der Vergesetzlichung die Gefahr der Mechanisierung und Technisierung des Rechts erkannt hatte, zwanzig Jahre bevor diese Gefahr durch den ersten Diagnostiker der Gesamtkrisis Europas, den großen französischen Historiker Alexis de Toqueville, in seinem Buch „La Démocratie en Amérique“ (1835) festgestellt wurde, hundert Jahre bevor sie in einer schweren Krisis allgemein zum Bewußtsein kam und berühmte Autoren wie Max Weber und Oswald Spengler die schlimme Erkenntnis verbreiteten. Savigny argumentiert in der Weise, daß er von der Kindheit, der Jugend und dem Alter der Völker spricht. Er sieht es als Zeichen der Jugendlichkeit eines Volkes an, daß die Wissenschaft das Rechtsleben führt und die Quellen hütet. Er stellt diese Rechtswissenschaft ganz auf sich selbst, sowohl gegen Theologie und Philosophie wie gegen das bloße Handwerk der Gesetzeskunde. Das ist der Sinn seiner „historischen“ Richtung und seines Zurückgehens auf das römische Recht und die reinen Quellen. Damit hat er, weit über den zeitgebundenen Inhalt seiner Argumentation hinaus, und ebenso weit über den Mißerfolg seiner eigenen gesetzgeberischen Bemühungen hinaus, die geschichtliche Lage der europäischen Rechtswissenschaft in ihrem Kern richtig erkannt.

³⁹⁾ Deutsche Jahrbücher für Wissenschaft und Kunst (Fortsetzung der Hallischen Jahrbücher) 1841, Nr. 92 (Seite 365 f.): „Der Begriff des Staates fordert nämlich ein Recht, das ihm eigen ist.“ „Das ganze System des Pandektenrechts beruht auf einer von der unserigen ganz verschiedenen Auffassung der Hauptbegriffe des Privatrechts.“

DIE RECHTSWISSENSCHAFT ALS LETZTES ASYL
DES RECHTSBEWUSSTSEINS

Die Lage der europäischen Rechtswissenschaft ist nämlich, wenn wir sie in ihren großen, die Jahrhunderte umfassenden Horizonten sehen, immer durch zwei Gegensätze bestimmt gewesen: den der Rechtswissenschaft zur Theologie, Metaphysik und Philosophie auf der einen und zu einer bloß technischen Normenkunde auf der anderen Seite. Im Kampf mit der Theologie und in Absetzung von den theologischen Fakultäten hat sich die europäische Rechtslehre seit dem 12. Jahrhundert als selbständige Rechtswissenschaft entwickelt. Gegen diese Seite verteidigt Savigny die Rechtswissenschaft, indem er die im philosophischen Naturrecht des 17. und 18. Jahrhunderts säkularisierte Theologie, wie auch das System der Philosophie Hegels als eine Gefahr für die innere Autonomie der Rechtswissenschaft erkennt. Zugleich aber hat er auf der anderen Seite den Positivismus der bloßen Setzung von Setzungen, der bloßen Sollens-Regel, als einen wissenschaftsfeindlichen Faktor bekämpft und die Gefahr des Gesetzespositivismus der napoleonischen Kodifikationen erkannt. Beiden hält er den „Positivismus der historischen Quelle“ entgegen, um die Rechtswissenschaft sowohl vor bloßer Philosophie wie auch vor „bloßem Handwerk“ zu retten. In der Selbstauflieferung an Theologie und Philosophie würde die Rechtswissenschaft aufhören, in spezifischer Weise eine eigene, autonome Wissenschaft zu sein; sie würde in anderen Fakultäten aufgehen und das Ergebnis eines halben Jahrtausends preisgeben. Sie wäre dann nicht mehr „positiv“ in einem geschichtlichen, ihre Eigenart bestimmenden Sinn dieses vieldeutigen, auch von Savigny gern gebrauchten Wortes. In der Unterwerfung unter die bloße Legalität eines nur gesetzten Sollens würde sie ihre Würde als Wissenschaft überhaupt verlieren und zu dem nicht einmal mehr besonders nützlichen Instrument eines technischen Prothesen-Betriebes herabsinken, der die Erde als tabula rasa einer raum- und rechtlosen Planung behandelt. Dann würde die Rechtswissenschaft nicht nur keine „Fakultät“ mehr bilden, sie hätte überhaupt ihren akademischen Charakter verloren. Sie würde nicht mehr an eine Universität gehören, vorausgesetzt, daß diese Institution den Sinn bewahrt, der ihr als einer konkreten Ordnung europäischen Geisteslebens geschichtlich zukommt.

Die europäische Rechtswissenschaft ist das erstgeborene Kind des modernen europäischen Geistes, des neuzeitlichen „occidentalen Rationalismus“. Erst später sind die modernen Naturwissenschaften ihr gefolgt. Die ersten Bahnbrecher dieses Rationalismus waren die Legisten, große Revolutionäre, die denn auch das Schicksal der echten Revolutionäre erfahren haben. Im 12. und 13. Jahrhundert ist in einer Wiedergeburt des römischen Rechts in den Städten Nord- und Mittelitaliens die „Glosse“ zum Corpus juris entstanden, in chaotischen Zeiten, die keineswegs dem Sekuritätsideal des 19. Jahrhunderts entsprachen, die aber gerade dadurch den Menschen die Unentbehrlichkeit einer aus wissenschaftlichen Quellen sich nähernden Rechtswissenschaft zum Bewußtsein brachten. In heftigen Kämpfen mit Kirche und Theologie hat sich die Rechtswissenschaft während des 13. und 14. Jahrhunderts als „Fakultät“ durchgesetzt und in den tumultuarischen Zuständen einer sich auflösenden Feudalzeit gehalten. Das 16. Jahrhundert, das die Blüte einer humanistischen Rechtswissenschaft erlebte, war zugleich eine Zeit blutiger konfessioneller Bürgerkriege. Große Juristen dieser Epoche wurden die Opfer eines intoleranten Fanatismus, wobei jede Seite ihre Märtyrer des Rechts aufzuweisen hatte, wie John Story auf der Seite des alten, Donel-

lus und Albericus Gentilis auf der Seite des neuen Glaubens. Ein typischer Jurist dieser Zeit, der Schöpfer des modernen Staatsrechts und des Begriffs der Souveränität, Jean Bodin, ist während der konfessionellen Bürgerkriege des 16. Jahrhunderts, in der Bartholomäusnacht von 1572, dem Tod durch Mörderhand nur durch ein Wunder entgangen. Niemand darf sagen, daß der geistige Mut, der zur Rechtswissenschaft wie zu jeder andren Wissenschaft gehört, der Rechtswissenschaft in dieser Schreckenszeit konfessioneller Bürgerkriege gefehlt habe.

Seit dem 19. Jahrhundert ist die Lage der europäischen Rechtswissenschaft durch die Aufspaltung des Rechts in Legalität und Legitimität bestimmt. Die Gefahr, die heute dem rechtswissenschaftlichen Geist Europas droht, kommt nicht mehr aus der Theologie und nur noch gelegentlich aus einer philosophischen Metaphysik, sondern aus einem entfesselten Technizismus, der sich des staatlichen Gesetzes als seines Werkzeuges bedient. Jetzt hat sich die Rechtswissenschaft nach einer anderen Seite hin zu behaupten. Der wissenschaftliche Jurist ist kein Theologe und kein Philosoph, er ist aber auch keine bloße Funktion eines irgendwie „gesetzten“ Sollens und seiner Setzung von Setzungen. Wir haben uns also gegen eine subalterne Instrumentalisierung zu wehren, wie wir uns in anderen Zeiten gegen die Abhängigkeit von der Theologie gewehrt haben. Nach beiden Seiten hin bleiben wir Wissenschaft und Jurisprudenz. Das ist die Wirklichkeit unserer geistigen Existenz, die wir uns nicht von außen durch methodologische, psychologische oder allgemein philosophische Kategorien zerreden lassen. Denn wir erfüllen eine Aufgabe, die keine andere Form oder Methode menschlicher Betätigung uns abnehmen kann. Wir können uns die wechselnden Machthaber und Regime nicht nach unserem Geschmack aussuchen, aber wir wahren in der wechselnden Situation die Grundlage eines rationalen Mensch-Seins, das der Prinzipien des Rechts nicht entbehren kann. Zu diesen Prinzipien gehört eine auch im Kampf nicht entfallende, auf gegenseitiger Achtung beruhende Anerkennung der Person; Sinn für Logik und Folgerichtigkeit der Begriffe und Institutionen; Sinn für Reziprozität und für das Minimum eines geordneten Verfahrens, eines due process of law, ohne den es kein Recht gibt.⁴⁰⁾ Darin, daß wir diesen unzerstörbaren Kern allen Rechts gegenüber allen zersetzenden Setzungen wahren, liegt die Würde, die in unsere Hand gegeben ist, heute in Europa mehr als zu irgendeiner anderen Zeit und in irgendeinem anderen Teil der Erde. Der von Praktikern eines Rechtsstandes getragene Traditionalismus englischer Art war großen neuen Problemen geistig nicht mehr gewachsen. Die Vergesetzlichung des Rechts im französischen Stil und seine Verwandlung in staatliche Legalität und in einen Funktionsmodus der staatlichen Justiz und Verwaltung enthielt die Gefahr der Erstarrung oder, für Deutschland als das am stärksten industrialisierte Land, die Gefahr der Mechanisierung, Technisierung und Termitisierung; ihr Schicksal ereilte sie in den steigenden Motorisierungen der Gesetzgebungsmaschine. Das Wort von der todbringenden Gesetzhlichkeit, von der „*légalité qui tue*“, spricht die Gefahren dieser Zersetzung des Rechts in dem Netz immer neu „gesetzter“ Sollensvorschriften aus. So bleibt uns wirklich nur der Aufruf zur Rechtswissenschaft als der letzten Hüterin der absichtlosen Entstehung und Entwicklung des Rechts.

⁴⁰⁾ Die Formel „*due process of law*“, die in der Praxis der Gerichte der Vereinigten Staaten von Amerika eine zentrale Bedeutung erhalten hat, ist europäischen Ursprungs (Hermann von Mangoldt, Rechtsstaatsgedanke und Regierungsform in den Vereinigten Staaten von Amerika, die geistigen Grundlagen des amerikanischen Verfassungsrechts, Essen 1938, Seite 13). Sie ist, in unserer Sprechweise ausgedrückt, eine „institutionelle Garantie“, keine status-quo-Garantie; denn seit dem Hurtado-Fall (1884) steht in der Praxis des Supreme Court fest, daß „*due process of law*“ ein Minimum an Form und Verfahren, nicht einfach traditionalistisch das alte Verfahren des Common law bedeutet; vgl. Commons, *the legal foundations of Capitalism*, New York 1924, Seite 33; Rodney L. Mott, *Due Process of Law*, Indianapolis 1926, Seite 246.

Bentham und John Austin zitiere, viele Beispiele und Parallelen zu jenem Ausspruch des französischen Zivilrechtslehrers finden, der sich vom Recht abwendet, um in die *sécurité* des bürgerlichen Gesetzbuchs und des positivistischen Normativismus zu flüchten. Für Deutschland haben wir ein derbes Beispiel naivsten Gesetzespositivismus an dem Buch von Karl Bergbohm „Jurisprudenz und Rechtsphilosophie“ aus dem Jahre 1892. Aber gerade in Deutschland gab es auch noch die starken geistigen Reserven, durch deren Kraft der Name Savignys zu einem Symbol werden konnte. Den Ursprung dieses Symbols dürfen wir nicht vergessen, und seine künftige Aktualität wollen wir nicht preisgeben.

Vor über hundert Jahren, als Savigny seine Abhandlung schrieb und veröffentlichte, war die Gefahr eines leeren, legalitären Technizismus noch nicht entfernt so groß wie heute im Zeitalter des motorisierten Gesetzes und der motorisierten Dekrete. Um s größer und bewunderungswürdiger ist die geistige Kraft, die nötig war, um die Gefahr damals schon zu erkennen und Abstand zu nehmen von dem beginnenden Zeitalter, das mit der Aufspaltung des Rechts in Legalität und Legitimität einsetzte und mit der restlosen Verwandlung der historischen in die revolutionäre Legitimität endete.⁴⁵⁾ Nur unter diesem großen Aspekt wird das Arcanum des Aufrufs von 1814 erkennbar. Wer es begreift, wird unsere Beschwörung der Namen Savigny und Bachofen verstehen und nicht mißdeuten. In einer Zeit, in der die Legalität zu einer vergifteten Waffe geworden ist, die eine Partei der andern in den Rücken stößt, wird die Rechtswissenschaft zum letzten Asyl des Rechtsbewußtseins. In einer solchen Zeit der äußersten Erprobung ist sie auch vor der Gefahr der Historisierung geschützt, der sie in einem Jahrhundert der Sekurität verfallen muß. Auch im Terror der Vernichtungsmittel, die eine moderne Naturwissenschaft jedem Machthaber an die Hand gibt, wird eine restlos auf sich selbst zurückgeworfene Rechtswissenschaft die geheimnisvolle Krypta zu finden wissen, in der die Keime ihres Geistes vor jedem Verfolger geschützt sind. Dieses Vertrauen, und nicht etwa ein Programm für Ausgrabungen und Editionen schöpfen wir aus Savignys Aufruf, der für uns zum Dokument der ersten Abstandnahme geworden ist. Die europäische Rechtswissenschaft braucht nicht mit den Mythen vom Gesetz und Gesetzgeber eines gemeinsamen Todes zu sterben. Besinnen wir uns wieder auf unsere Leidensgeschichte, denn unsere Kraft wurzelt in unserm Leidvertrauen. So wird der Genius uns nicht verlassen, und es wird sich zeigen, daß selbst die Sprachverwirrung besser sein kann als die babylonische Einheit.

BARD COLLEGE LIBRARY

Arendt
K 218 .E9 S33

Die Lage der europäischen Rec



35131000361412

⁴⁵⁾ „Revolutionäre, die es nicht verstehen, die illegalen Kampfformen mit allen (von Lenin selbst unterstrichen) legalen zu verbinden, sind äußerst schlechte Revolutionäre.“ So Lenin in der Schrift „Der Radikalismus, die Kinderkrankheit des Kommunismus“ (deutsch 1920, Seite 74). Dazu die philosophische Darlegung von Georg Lukacs aus dem Jahre 1920 über Legalität und Illegalität, abgedruckt in „Geschichte und Klassenbewußtsein, Studien über marxistische Dialektik“, Berlin 1923, Seite 261—275, ein Aufsatz, der wichtiger und aktueller ist, als die große Masse der seit 1920 erschienenen Schriften zur Rechtsphilosophie und zum Naturrecht, weil er die Frage richtig unter die Begriffe „Legalität und Legitimität“ gestellt hat.