

Akademievorträge

Woher kommt das Recht? Antrittsrede

(Festvortrag in der öffentlichen Sitzung am 29. Mai 2008)

CHRISTIAN STARCK

I. Identität von Recht und Staat?

Wenn man das Recht in den Gesetzen verkörpert sieht, scheint die Antwort leicht zu sein. Gesetze werden vom staatlichen Gesetzgeber erlassen. So kommt das Recht also vom Staat. Das gilt auch für kommunale Satzungen, die in irgendeiner Weise auf staatlicher Ermächtigung beruhen. Diese Wendung unserer Frage nach der Herkunft des Rechts zum Gesetzesbegriff, d. h. die Suche des Rechts im Gesetz, ist Ausdruck der neuzeitlichen Vergesetzlichung des Rechts. Danach ist die Gesetzgebung Merkmal der Souveränität des Staates, der durch Gesetze die gesellschaftlichen Verhältnisse zu verändern und zu reformieren bestrebt ist. Konzentrierten Ausdruck findet diese Tendenz in Art. 6 der französischen Erklärung der Menschen- und Bürgerrechte von 1789: „La loi est l'expression de la volonté générale. Tous les citoyens ont droit de concourir personnellement, ou par leur représentants à sa formation.“ Das Gesetz ist Ausdruck des allgemeinen Willens. Alle Bürger haben das Recht, selbst oder durch ihre Repräsentanten an seiner Bildung mitzuwirken. Der Staat in Gestalt der Nationalversammlung, die die Bürger repräsentiert, gibt also die Gesetze und bestimmt damit das Recht.

Hans Kelsen hat in Überspitzung dieser neuzeitlichen Auffassung Recht und Staat geradezu identifiziert. Der Staat schafft nicht nur das Recht,



Christian Starck, Professor des Öffentlichen Rechts an der Georg-August-Universität Göttingen, O. Mitglied der Göttinger Akademie seit 1982, seit 2008 deren Präsident

sondern ist seinerseits begrifflich ein System von Rechtsnormen.¹ Ist der Staat ein Normensystem, könne er nur die positive Rechtsordnung sein, weil neben dieser die Geltung einer anderen Ordnung ausgeschlossen sein müsse.

Nun wissen wir aber, dass auch die Europäische Union Recht setzt, und zwar unmittelbar in den Mitgliedstaaten geltende Verordnungen (Art. 249 Abs. 2 EGV) und zielsetzende Richtlinien, die in die Rechtsordnungen der Mitgliedstaaten umgesetzt werden müssen (Art. 249 Abs. 3 EGV). Diese europäische Rechtssetzung kann aber auf den Staat zurückgeführt werden. Denn die Mitgliedstaaten haben mittels eines völkerrechtlichen Vertrages Hoheitsrechte auf die Europäische Union übertragen. Das ist für Deutschland in Art. 23 Abs. 1 Satz 2 GG geregelt. Solange die Europäische Union kein Staat ist, erzeugt sie das Recht auf Grund der Ermächtigung der Mitgliedstaaten.² Das gilt auch für die vertraglich vorgesehene Rechtsfortbildung durch den Europäischen Gerichtshof, der die Aufgabe hat, bei der Auslegung und Anwendung des Vertrages das Recht zu wahren. Rechtsfortbildung und Richterrecht gibt es auch innerstaatlich und ist in den Prozessgesetzen ausdrücklich vorgesehen.

Auch das Völkerrecht, das zum größten Teil Vertragsrecht ist, kann auf den Staat zurückgeführt werden, der am Vertragsschluss beteiligt war.³ Das völkerrechtliche Gewohnheitsrecht wird als Ausdruck einer allgemeinen, als Recht anerkannten Übung bezeichnet (Art. 38 Nr. 1 lit. b IGH-Statut). Auch hier sind es die Staaten als Völkerrechtssubjekte, die ein bestimmtes Verhalten als rechtmäßig anerkennen und damit Völkerrecht generieren.

Die Überlegungen zum Europarecht und zum Völkerrecht haben die Antwort auf die Frage, woher das Recht kommt, nicht verändert. Das Recht kommt vom Staat entweder unmittelbar durch staatliche Gesetzgebung bzw. Vertragsschluss mit anderen Staaten oder mittelbar durch Ermächtigung nach unten auf infrastaatliche Einheiten oder nach oben auf suprastaatliche Ebene. Die Verbindung von Recht und Staat ist – wie wir gesehen haben – etatistisch in dem Sinne, dass der Staat Schöpfer allen Rechts ist. Wir lesen dazu bei Hans Kelsen 1960 in der 2. Auflage der Reinen Rechtslehre folgendes (S. 200 f.): Eine Rechtsnorm gelte deshalb, „weil sie in einer bestimmten, und zwar in letzter Linie in einer von einer Grund-

¹ Hans Kelsen, *Allgemeine Staatslehre*, Berlin 1925, S. 16 f.

² Christian Starck, *Der Vertrag über eine Verfassung für Europa*, in: *Festschrift für Volkmar Götz*, 2005, S. 73, 75 ff.; *ders.*, *Allgemeine Staatslehre in Zeiten der Europäischen Union*, in: *liber amicorum Jost Delbrück*, 2005, S. 711, 719 ff.; Claus Dieter Classen, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, *Kommentar zum Grundgesetz*, Band 2, 5. Aufl. 2005, Art. 23 Rdnr 23 ff.

³ Hans Kelsen, *Reine Rechtslehre*, 2. Aufl. 1960, S. 324 f., auch zum Folgenden.

norm bestimmten Weise erzeugt ist.“ Konsequenterweise fügt Kelsen an: „Daher kann jeder beliebige Inhalt Recht sein. Es gibt kein menschliches Verhalten, das als solches, kraft seines Gehalts, ausgeschlossen wäre, Inhalt einer Rechtsnorm zu sein. Deren Geltung kann nicht darum verneint werden, weil ihr Inhalt dem einer anderen Norm widerspricht, die nicht zu der Rechtsordnung gehört, deren Grundnorm der Grund der Geltung der in Frage stehenden Norm ist. Die Grundnorm einer Rechtsordnung ist nicht eine materielle Norm“. Deshalb könne man aus der Grundnorm nicht den Inhalt, sondern nur den Geltungsgrund einer Rechtsnorm ableiten.

Rechtstheoretisch lässt sich also zu Rechtsordnungen von demokratischen Verfassungsstaaten und Diktaturen gleich welcher Provinienz Äquidistanz halten. Vor 1989, in der Zeit der Ost-West-Spaltung, konnte auf dieser Grundlage rechtstheoretisch, d. h. neutral, über Rechtsordnungen gesprochen werden⁴. Heute ließen sich die Rechtsgeltung in Nordkorea und die in Frankreich auf Grundlage der Reinen Rechtslehre erklären, ohne dass inhaltliche Unterschiede des Rechts bedeutsam wären. Die Frage „Woher kommt das Recht?“ hat eine formale Antwort gefunden. Diese mag zur Lösung bestimmter Probleme der Geltung von Recht genügen.

Das Problem der Geltung des Rechts ist damit aber nicht erschöpft. Denn die Geltung des Rechts lässt sich nicht allein normlogisch erklären. Der juristische Geltungsbegriff hat auch soziologische und moralische Aspekte. Dabei geht es vor allem um die Akzeptanz und Wirksamkeit des Rechts.⁵ Dafür muss man den Inhalt des Rechts in den Blick nehmen.

Unser Thema wirft nach dem bisher Gesagten folgende Fragen auf: Besteht wirklich eine Identität von Recht und Staat? (II). Schaffen nicht auch Private Recht? (III). Dann erhebt sich die rechtskulturelle Frage, woher das Recht seinem Inhalt nach kommt. So wird z. B. Recht aus anderen Rechtsordnungen rezipiert (IV). Betrachtet man das Handwerk der Gesetzgebung, zeigen sich vielschichtige Einflüsse auf den Inhalt des Rechts (V). Schließlich wird der Inhalt des Rechts von Rechtsgrundsätzen bestimmt, die tiefe historische Wurzeln haben (VI).

⁴ Dazu treffend *Joachim Hruschka*, Vorpositives Recht als Gegenstand und Aufgabe der Rechtswissenschaft, in: JZ 1992, S. 429, 430.

⁵ Vgl. dazu *Heinrich Henkel*, Einführung in die Rechtsphilosophie, 2. Auflage 1977, S. 543 ff.; *Reinhold Zippelius*, Rechtsphilosophie, 5. Auflage 2007, S. 18 ff.; *Kurt Seelmann*, Rechtsphilosophie, 1994, S. 48 ff.; *Robert Alexy*, Begriff und Geltung des Rechts, 1992, S. 139 ff.

II. Dialektik von Recht und Staat

1. Literarische Beispiele

Wenn man die philosophische und die juristische Literatur zum Verhältnis von Recht und Staat durchsieht, zeigt sich entgegen der Reinen Rechtslehre einerseits eine gewisse Eigenständigkeit beider Größen und andererseits, dass sie aufeinander angewiesen sind. Damit wendet sich die Frage den inhaltlichen Problemen des Rechts zu. Zwei Beispiele: Blaise Pascal (1623–1662) hat in seinem Spätwerk „Pensées“ kurz und klar zum Ausdruck gebracht:⁶ „La justice sans la force est impuissante; la force sans la justice est tyrannique“. Recht ohne Macht ist ohnmächtig; Macht ohne Recht ist tyrannisch.⁷ Mehr als 300 Jahre später hat der schweizerische Jurist Dietrich Schindler (1890–1948) deutlicher auf den Staat bezogen geschrieben⁸: „Das Recht legitimiert den Staat, und der Staat gibt dem Recht die Macht.“ Bei dem Recht, das den Staat legitimiert, handelt es sich nicht nur um das vom Staat gesetzte Recht. Vielmehr erscheint das Recht als eigenständige Größe in Gestalt von Rechtsgrundsätzen, die sich im Laufe der Geschichte bewährt haben und anerkannt worden sind. Schindler zeigt, dass Recht in dieser doppelten Gestalt – als positives Recht und als Rechtsgrundsatz – einerseits und andererseits Macht dialektische Momente eines Ganzen sind.

2. Grundgesetz und andere Verfassungen

Die These von Schindler – 1932 formuliert – wird bestätigt, wenn man das Grundgesetz unter dem Gesichtspunkt der Legitimation des Staates befragt. In Art. 1 Abs. 2 bekennt sich das Deutsche Volk „zu unverletzlichen und unveräußerlichen Menschenrechten als Grundlage jeder menschlichen Gemeinschaft, des Friedens und der Gerechtigkeit in der Welt.“ Damit anerkennt das Grundgesetz den überstaatlichen Charakter der Rechtsgrundsätze, die in den Menschenrechten zum Ausdruck gebracht worden sind, und folgt der französischen Erklärung der Menschen- und Bürgerrechte von 1789, die an diese Rechte „erinnert“. Art. 20 Abs. 3 GG bindet die Gesetzgebung an die verfassungsmäßige Ordnung und die vollziehende Gewalt und die Rechtsprechung „an Gesetz und Recht“.

Zusammenfassend spricht Art. 28 Abs. 1 Satz 1 im Hinblick auf die Länder von „den Grundsätzen des republikanischen, demokratischen und

⁶ Pensées, hrsg. v. Ernest Havet, Paris o.J., Artikel VI Nr. 8, nach anderen Ausgaben Nr. 298 oder Nr. 257.

⁷ Statt vieler anderer Autoren vgl. *Otto von Guericke*, Johannes Althusius und die Entwicklung der naturrechtlichen Staatstheorien, 3. Aufl. 1913, S. 305 ff., 317 ff.

⁸ *Dietrich Schindler*, Verfassungsrecht und soziale Struktur, 1932, zitiert nach der 3. unveränderten Aufl. 1950, S. 19, 118 f.

sozialen Rechtsstaates im Sinne dieses Grundgesetzes“. In Art. 79 Abs. 3 ist eine Änderung des Grundgesetzes verboten, durch die u. a. die in den Artikeln 1 und 20 niedergelegten Grundsätze berührt werden. In Deutschland hat es also die Verfassung als höchste Norm des positiven Rechts übernommen, die Legitimation des Staates positiv-rechtlich zu bestimmen und damit festzulegen.

Rechtsstaat ist folglich nicht der Staat, weil er Recht erzeugt, sondern der Staat, der bei der Erzeugung von Recht an Rechtsgrundsätze formeller und materieller Art gebunden ist. Diese sind weitgehend im Grundgesetz als Verfassungsrecht normiert, sind also positives Recht höherer Ordnung.

Was am Beispiel des Grundgesetzes gezeigt worden ist, gilt auch für andere Staaten, die sich in neueren Verfassungen als Demokratien und Rechtsstaaten konstituieren und die Menschenrechte anerkennen.⁹ Auch diese Staaten erheben nicht den Anspruch, über den Inhalt des Rechts völlig ungebunden zu bestimmen, sondern stellen sich unter bestimmte Rechtsgrundsätze, wie sie in den Menschenrechten und den Grundsätzen des demokratischen Rechtsstaats zum Ausdruck kommen. Auch Staaten ohne geschriebene Verfassung wie Großbritannien oder ohne ausdrückliche Bezugnahme auf Rechtsgrundsätze in ihrer Verfassung anerkennen die Rule of Law, die Menschenrechte oder einzelne Grundsätze von natural justice¹⁰ etwa im Recht des gerichtlichen Verfahrens: Niemand darf Richter in eigener Sache sein (*nemo iudex in causa sua*) und das rechtliche Gehör vor Gericht (*audiatur et altera pars*).

Die Beispiele der hier genannten demokratischen Verfassungsstaaten zeigen, dass sie ähnliche Rechtsordnungen haben, insbesondere gleichen Rechtsgrundsätzen verpflichtet sind. Die Europäische Gemeinschaft, die 1957 als Wirtschaftsgemeinschaft gegründet worden ist, war von Anfang an auch Rechtsgemeinschaft. Sie konnte nur gegründet und ins Werk gesetzt werden, weil den Mitgliedstaaten Rechtsgrundsätze gemeinsam sind, auf deren Grundlage Gemeinschaftsrecht geschaffen werden konnte. Das gilt für die sechs Gründerstaaten, aber auch für viele der später der Europäischen Gemeinschaft beigetretenen Staaten, die nach der Überwindung autoritärer oder kommunistischer Diktaturen die die Europäische Gemeinschaft bestimmenden Rechtsgrundsätze übernommen haben.

⁹ Vgl. z. B. Präambel der französischen Verfassung (1958), Art. 1, 2 portugiesische Verfassung (1976), Art. 1 spanische Verfassung (1978), Präambel und Art. 2 slowenische Verfassung (1991), Art. 1 slowakische Verfassung (1992), Präambel und Art. 2 polnische Verfassung (1997), Art. 1 finnische Verfassung (1999).

¹⁰ *H. W. R. Wade/C. F. Forsyth*, *Administrative Law*, 7. ed., Oxford 1994, S. 463 ff.; *P. P. Craig*, *Administrative Law*, 3. ed., London 1994, S. 326 ff.

III. Rechtserzeugung durch Private

Recht entsteht auch aus Verträgen, wie wir gesehen haben, aber nicht nur aus Verträgen, bei denen der Staat Vertragspartner ist. Die Identifikation von Staat und Recht stimmt nicht. Damit werden wir auf weitere Rechtsquellen verwiesen: den Vertrag, der mit Freiheit in Verbindung steht, und das Gewohnheitsrecht.

1. Privatautonomie und Gewohnheitsrecht

Durch Vertrag wird zwischen den Parteien ein Sachverhalt rechtlich geregelt, der einen Einzelfall, eine Beziehung oder sich wiederholende Einzelfälle oder eine dauerhafte Beziehung darstellt. Mit Verträgen werden künftige Lebensverhältnisse rechtlich gestaltet. Grundlage der Rechtserzeugung durch Vertrag ist die Freiheit der Person, die hier als Vertragsautonomie wirkt. In diesem Begriff kommt zum Ausdruck, dass durch Verträge selbst, d. h. eigenständig zwischen den Parteien, Recht erzeugt wird. Das Verfahren der Konsensgewinnung kann verschieden ausgestaltet sein. Inhaltlich werden durch Vertrag Austausch von Gütern und Leistungen, gemeinsame Tätigkeiten in Vereinen und Handelsgesellschaften oder Normen – z. B. in Tarifverträgen (§ 1 Abs. 1 TVG), Vereinssatzungen (§ 25 BGB), Satzungen von Gesellschaften (z. B. § 23 AktG) und allgemeine Geschäftsbedingungen – vereinbart¹¹.

Die in der Vertragsautonomie verbürgte Bürgerfreiheit steht unter dem Gesetz¹². Man unterscheidet zwischen Gesetzen, die die Freiheit sichern oder überhaupt erst ermöglichen¹³, und Gesetzen, die die Freiheit beschränken. So enthalten das Vereinsrecht und das Gesellschaftsrecht Verfahren, Organisation und Rechtsformen, in denen Privatrechtssubjekte gemeinsame Ziele verwirklichen können, die sie autonom im Einzelnen rechtlich ausgestalten. Zum Ausgleich verschiedener Mächtigkeit der Vertragsschließenden enthält das Gesetz zwingende Normen. Bei Gefahr der Überrumpelung des Vertragspartners werden z. B. Widerrufsrechte gewährleistet. Sittenwidrige Rechtsgeschäfte sind nichtig (§ 138 Abs. 1 BGB). Damit wird die reale Vertragsfreiheit gesichert. Selbst wenn der Staat gesetzlich auf die Vertragsgestaltung Einfluss nimmt, insbesondere Grenzen zieht, bestimmen die Vertragspartner Inhalt und Geltung des vertraglich vereinbarten Rechts.

¹¹ Grundlegend *Ferdinand Kirchhof*, Private Rechtssetzung, 1987, S. 181 ff.

¹² Zum gesetzlich gezähmten Vertrag siehe *Christian Starck*, Gesetz und Vertrag, in: Behrends/Starck (Hrsg.), Gesetz und Vertrag II, 2005, S. 9, 14 ff.

¹³ *Christian Starck*, in: v. Mangoldt/Klesin/Starck, Kommentar zum Grundgesetz, 5. Aufl. Band 1, 2005, Art. 1 Rn. 287.

Die neuzeitliche Vergesetzlichung des Rechts hat dazu geführt, dass Gewohnheitsrecht stark zurückgedrängt worden ist. Im Privatrecht, um das es hier geht, hat es aber noch einen gewissen Platz, etwa im Arbeitsrecht, im Nachbarrecht und im Handelsrecht in Gestalt von Handelsbräuchen (§ 346 HGB), die als Ergänzung von Verträgen bedeutsam sind.

2. Aspekte der Globalisierung

Die Vertragsfreiheit ist ein Globalisierungsmotor. Transnationale wirtschaftliche Rechtsbeziehungen werden vertraglich geregelt, und dabei wird das zugrundeliegende staatliche Recht frei gewählt, oder es wird versucht, eigenständig Recht zu bilden, und daraus entstehende Streitigkeiten werden Schiedsgerichten unterworfen¹⁴. Die dafür notwendigen Verfahrensregelungen werden von der International Chamber of Commerce mit Sitz in Paris (ICC) in Anlehnung an das Schweizerische Recht entwickelt. Die Schiedsgerichte entfalten ihre eigene Spruchpraxis, bilden das Recht fort und haben ihre eigenen Publikationsorgane.¹⁵ Manche sprechen schon von einer dritten Rechtsordnung neben staatlichem und Völkerrecht und prophezeien eine weltumspannende entstaatlichte Zivilrechtsordnung, die sie schon in der *lex mercatoria*, der *lex sportiva* und der *lex technica* zu erblicken meinen. Private Rechtssetzung als Ausdruck der Freiheit bedarf staatlicher Gewährleistung. Das gilt auch auf globaler Ebene.¹⁶ Wichtig in unserem Zusammenhang ist aber die Einsicht in den Einfluss international handelnder Privater auf den Inhalt der Rechtsordnung. Das stellt einen weiteren Baustein für die Antwort auf die Frage dar, woher das Recht kommt.¹⁷

Die bisherigen Darlegungen relativieren die Vorstellung, dass der Inhalt des Rechts vom Staat kommt, in doppelter Weise. (1) Der Staat ist bei der Erzeugung von Recht an Rechtsgrundsätze gebunden. Diese Bindung wird z. T. allerdings in Verfassungen, also im positiven Recht zum Ausdruck gebracht. (2) Das innerstaatlich erzeugte Recht entspringt z. T. Verträgen, die Privatpersonen schließen und dabei von ihrer Vertragsfreiheit Gebrauch machen, oder dem privat generierten Gewohnheitsrecht. Das staatliche Gesetz steckt einen rechtlichen Rahmen ab, ist aber nicht eigentliche Quelle

¹⁴ *Horst Eidenmüller*, Forschungsperspektiven im Unternehmensrecht, in: JZ 2007, S. 487, 488 ff.; *Klaus Peter Berger*, Formalisierte oder „schleichende“ Kodifizierung des transnationalen Wirtschaftsrechts 1996, S. 66 ff.

¹⁵ z. B. *International Business Lawyer*, Hrsg. v. der International Bar Association.

¹⁶ *Johannes Hellermann*, Private Standardsetzung im Bilanzrecht – öffentlich-rechtlich gesehen, in: NZG 2000, S. 1097, 1100.

¹⁷ *Gregor Bachmann*, Private Rechtsordnung, 2006, S. 37 f.; *Matthias Herdegen*, Internationales Wirtschaftsrecht, 6. Aufl., 2007, S. 22 f.; *Anne Röthel*, *Lex mercatoria, lex sportiva, lex technica – Private Rechtssetzung jenseits des Nationalstaates?*, in: JZ 2007, S. 755 ff.

des privatautonom gesetzten Rechts z. B. über Lohnstarife, die Einzelheiten des Innenlebens einer Handelsgesellschaft oder eines Vereins und so fort.

IV. Rezeption aus anderen Rechtsordnungen

Im Folgenden wollen wir Maßstäbe für staatliches Recht näher betrachten, die dessen Inhalt beeinflussen. Zunächst folgen drei Beispiele für Rezeptionsvorgänge durch Rechtsdogmatik, Gesetzgebung und Rechtssprechung.

1. Französisches Verwaltungsrecht in Deutschland

In Frankreich hat der Conseil d'Etat, der im Rahmen der Verwaltungsorganisation Gerichtsfunktion ausübt, im 19. Jahrhundert das französische Verwaltungsrecht „in stetiger zielbewußter Arbeit geschaffen und ausgebildet“ und „ein wundervolles Kunstwerk, dem römischen Zivilrecht nicht unebenbürtig“, hervorgebracht. Otto Mayer, von dem dieses Zitat stammt¹⁸, hatte 1886 sein Werk „Theorie des Französischen Verwaltungsrechts“ veröffentlicht, das seine spätere, für die Praxis maßgebende Bearbeitung des deutschen Verwaltungsrechts¹⁹ methodisch und inhaltlich beeinflusst hat. Dabei sind zentrale Begriffe wirkungsmächtig ins deutsche Recht überführt worden: Gesetz und Rechtssatz, Gesetzesvorbehalt, Verwaltungsakt, öffentliche Anstalt, öffentlich-rechtliches Eigentum, öffentlich-rechtliche Entschädigung u. a. Damit wurde das deutsche Verwaltungsrecht der bis dahin gültigen zivilrechtlichen Begrifflichkeit weitgehend entzogen.²⁰ Da das allgemeine Verwaltungsrecht nicht kodifikationsreif war, fand die Rezeption durch Rechtsdogmatik und dieser folgend durch die Rechtsprechung statt.

2. Deutsches Verfassungsrecht in Japan

Für das „Woher des Rechts“ gibt es noch eine andere Grundkonstellation. Das ist der Wunsch, die Gesellschaft zu modernisieren, indem das Recht eines anderen Staates, dessen Gesellschaft weiter entwickelt ist, rezipiert wird. Solche Rezeptionsvorgänge sind zu allen Zeiten und weltweit zu beobachten.²¹ Um dieses Phänomen in seiner Globalität zu verdeutlichen, greife ich das Beispiel Japans Ende des 19. Jahrhunderts auf. 1868 fand eine Umwälzung des politischen Systems in Japan statt, dessen Herrschaftssystem in

¹⁸ Otto Mayer, Rezension zu G. Jèze, Das Verwaltungsrecht der französischen Republik, 1913, in: AöR 32 (1914), S. 275, 277.

¹⁹ Otto Mayer, Deutsches Verwaltungsrecht, 2 Bände, 1895 und 1896.

²⁰ Dazu ausführlich Erk Volkmar Heyen, Otto Mayer. Studien zu den geistigen Grundlagen seiner Verwaltungswissenschaft, 1981.

²¹ Vgl. Rainer Grote, Rechtskreise im öffentlichen Recht, in: AöR 126 (2001), S. 10 ff.

der Auseinandersetzung mit den seefahrenden Westmächten versagt hatte. Die Erneuerung (*ishin*) der gesamten japanischen Gesellschaft wurde rechtlich abgesichert. Japanische Juristen, die in Europa studiert hatten, wurden konsultiert, europäische und amerikanische juristische Werke wurden ins Japanische übersetzt, vor allem die Bücher von Hermann Schulze²² und Ludwig von Rönne²³ über deutsches und preußisches Staatsrecht. Dadurch erkannten die Japaner die Vorbildlichkeit der oktroyierten preußischen Verfassung von 1850 und der süddeutschen Verfassungen für die japanische Situation. England hatte keine geschriebene Verfassung und konnte deshalb nicht als Modell dienen, ebenso wenig wie die republikanischen Verfassungen der USA und Frankreichs. Die Eignung der deutschen Verfassungen für eine Teilrezeption wurde vor allem darin gesehen, dass sie zumeist vom Fürsten oktroyiert, d. h. gewährt worden waren, der über der Verfassung stehend gedacht war. Die deutschen Fürsten verstanden sich von Gottes Gnaden. Der Tenno, der himmlische Kaiser, führte seine Abstammung auf die Sonnengöttin Amaterasu zurück. Die 1889 in Kraft getretene Verfassung des Kaiserreichs Groß-Japan, im Westen als Meiji-Verfassung bezeichnet, ist mit Unterstützung zweier deutscher Juristen²⁴ verfasst worden, die den monarchischen Konstitutionalismus vertraten, der zur politischen Situation Japans passte.²⁵

Einige aus dieser Grundkonzeption der Verfassung folgenden Regelungen, z. B. über die Gesetzgebung, das Budgetrecht, den Kaiser, das Parlament (zwei Häuser), die monarchische Regierung sowie die Rechte und Pflichten der Japaner, zeigen markante Übereinstimmungen mit den deutschen Verfassungen.

3. Europäisches Verfassungsdenken in Taiwan

Bleiben wir in Asien, und betrachten wir einen modernen Rezeptionsvorgang als weiteres Beispiel für das „Woher des Rechts“. Die chinesische Verfassung von 1947, die heute in Taiwan gilt, enthält keine Garantie der Menschenwürde. Allerdings findet sich in Art. 10 Abs. 6 der Zusatzbestimmungen zur Verfassung (1991–2000) eine besondere Garantie der Würde der Frauen. Danach muss der Staat ihre persönliche Sicherheit schützen, geschlechtliche Diskriminierung bekämpfen und die tatsächliche Gleichheit der Geschlechter fördern. In zahlreichen Auslegungen der Hohen Richter –

²² *Hermann Schulze*, Das Preußische Staatsrecht. Auf der Grundlage des Deutschen Staatsrechts dargestellt, 2 Bände, 1872, 1877.

²³ *Ludwig von Rönne*, Das Staatsrecht der Preußischen Monarchie, 1856, 2. Aufl. 1864.

²⁴ *Albert Mosse* und *Hermann Roesler*.

²⁵ Vgl. ausführlicher *Christian Starck*, Deutsches Verfassungsrecht in Japan, in: Jahrbuch der Akademie der Wissenschaften zu Göttingen 2005, S. 95 ff. mit Literatur (S. 100).

einer Art Verfassungsgericht – wird in dem Würdeartikel hauptsächlich eine Bestärkung des verfassungsrechtlichen Gleichheitssatzes gesehen.²⁶ In der Auslegung Nr. 603 vom 28.9. 2005 ist dann jedoch allgemein von der Personenwürde die Rede; es ging um das Recht auf Privatsphäre, das in der Verfassung nicht ausdrücklich geschützt ist. Die Würde des Menschen wird von den Hohen Richtern als Argument benutzt, um ein Recht auf Privatsphäre begründen und schützen zu können. Damit erweist sich die Menschenwürde als ein ungeschriebener Grundsatz jeder „freien und demokratischen Verfassungsordnung“, wie es in der Auslegung heißt. In dieser Auslegung zeigt sich etwas substanziiell Neues, und zwar eine neue Rezeption europäischen Verfassungsdenkens. Mehr als ein Drittel der damals amtierenden 15 Hohen Richter hat in Deutschland studiert und wurde dort promoviert, nach der letzten Richterwahl sind es sieben.

Solche Rezeptionsentscheidungen des Gesetzgebers oder des Verfassungsgerichts sind nicht die Regel. Gleichwohl sind sie zusammen mit Rezeptionen durch die Rechtsdogmatik besonders eindrucksvolle Antworten für die Fragestellung, woher das Recht kommt.

V. Das Handwerk der Gesetzgebung

Weitere Einblicke in das Woher des Rechts gewinnen wir, wenn wir uns das Handwerk der Gesetzgebung genauer ansehen. Dabei werde ich nicht auf die ja zum Staat gehörende Ministerialverwaltung eingehen, die bekanntermaßen die meisten Gesetzentwürfe erstellt, auch nicht auf die jetzt durch die Kritik des Bundesrechnungshofs bekannt gewordene Tätigkeit von Lobbyisten der Verbände bei der Herstellung von Gesetzentwürfen für die Regierung. Vielmehr möchte ich drei Aspekte beleuchten, die mir besonders wichtig erscheinen: die Beratung des Gesetzgebers, die Wirkung der Rechtsdogmatik auf die Gesetzgebung und die Bedeutung der Stufenordnung des positiven Rechts für die Gesetzgebung.

1. Beratung des Gesetzgebers

Die Inhalte des Rechts kommen von der Rechtspolitik, die eine Regierung verfolgt und für die sie eine Mehrheit im Parlament benötigt. Wir wissen, dass Gesetzentwürfe zu komplizierten Materien häufig mit Hilfe von Sachverständigen erarbeitet werden. Das nennt man Politikberatung. Im Februar hat die Gemeinsame Wissenschaftskonferenz (GWK)

²⁶ Abgedruckt in: The Republic of China. Constitutional Court. Reporter: “Second Edition” Interpretations Nr. 365 vom 23.9.1994, Nr. 372 vom 24.2.1995, Nr. 400 vom 12.4.1996.

von Bund und Ländern die Leopoldina zur Deutschen Nationalakademie erhoben und ihr die Aufgabe der Politikberatung übertragen. Die Berlin-Brandenburgische Akademie der Wissenschaften hat am 16. April 2008 „Leitlinien Politikberatung“ veröffentlicht. Anforderungen und Angebote sind also vorhanden. Über die Probleme und Schwierigkeiten wissenschaftlicher Politikberatung ist hier nicht zu sprechen.

In der Geschäftsordnung des Deutschen Bundestages ist eine Enquete-Kommission vorgesehen (§ 56), die gesetzgeberische Entscheidungen über umfangreiche und bedeutsame Sachkomplexe vorbereitet. Die Kommission setzt sich aus Sachverständigen und aus Bundestagsabgeordneten zusammen. Für Technikfolgenabschätzung ist ein besonderer Ausschuss zuständig (§ 56a), der Institutionen außerhalb des Bundestages beauftragen kann. In beiden Fällen geht es vor allem um wissenschaftliche Analysen und Beratungen etwa für die Gesetzgebung auf Gebieten der Arzneimittel, der Lebensmittel, schädlicher Immissionen, des Strahlenschutzes, der Gentechnik, der Geräte- und Produktsicherheit, des Schutzes vor Infektionen, der Organtransplantation, Kernenergie usw. Information über einen Gegenstand der Beratung kann auch durch Anhörung von Sachverständigen und Interessenvertretern in einem Bundestagsausschuss stattfinden. Solche Sitzungen sind öffentlich, damit die Öffentlichkeit erfährt, wer welchen Rat gegeben hat.

Informierte Gesetzgebung ist heute die Regel. Deliberation und Öffentlichkeit genügen für gute Gesetzgebung nicht mehr.²⁷ Es leuchtet unmittelbar ein, dass die zuverlässige Erfassung der sozialen Wirklichkeit, auf die das Gesetz ordnend und steuernd einwirken soll, und die Kenntnis der voraussichtlichen Wirkungen der beabsichtigten Regelungen den Inhalt des Gesetzes beeinflussen. Bekommt der Gesetzgeber darüber zuverlässige Informationen vermittelt – eventuell auch durch Betroffene und Lobbyisten – und verarbeitet er diese, wird er missglückte Gesetze weitgehend vermeiden können.²⁸

²⁷ Vgl. *Christian Starck*, Der Gesetzesbegriff des Grundgesetzes, 1970, S. 158, 160, 162; *Edwin Loebenstein*, Fachwissen und Rechtssetzung, in: Schäffer (Hrsg.), Theorie der Rechtssetzung, 1988, S. 167, 192 ff; Methoden und Möglichkeiten der Verknüpfung technisch-, natur-, medizinisch-wissenschaftlichen Sachverständes mit der Gesetzgebung und Umsetzung derartiger Erkenntnisse in der Rechtsetzung; *Fritz Ossenbühl*, Die Not des Gesetzgebers im naturwissenschaftlich-technischen Zeitalter (Nordrhein-Westfälische Akademie der Wissenschaften, Vorträge G 367, 2000; *Georg Müller*, Elemente einer Rechtssetzungslehre, 2006, S. 230 ff.

²⁸ Beispiele für das Gegenteil bei *Diederichsen/Dreier (Hrsg.)*, Das mißglückte Gesetz. 8. Symposium der Kommission „Die Funktion des Gesetzes in Geschichte und Gegenwart“, 1987.

2. Wirkungen der Rechtsdogmatik

Die mit oder ohne sachverständige Beratung entstandenen und in Geltung gebrachten Gesetze bedürfen der rechtswissenschaftlichen Aufbereitung durch die Rechtsdogmatik. Gustav Radbruch nannte die Rechtsdogmatik die „Wissenschaft vom geltenden, nicht vom richtigen Recht, vom Rechte, das ist, nicht vom Rechte, das sein soll“²⁹. Die Rechtsdogmatik wird zumeist im Sinne Radbruchs als eine Wissenschaft betrachtet, die der Gesetzgebung nacharbeitet, d. h., die gegebenen Gesetze nach allgemeinen Gesichtspunkten interpretiert, harmonisiert, Widersprüche durch systematische Interpretation ausgleicht, Regeln aufstellt, dadurch die Gesetzesanwendung rationalisiert und berechenbar macht und die gleichmäßige Handhabung des Rechts fördert. Zur Antwort auf die Frage, woher das Recht kommt, gehört deshalb die Rechtsdogmatik, weil sie inhaltlich mitbestimmt, was als Recht gilt, insbesondere, wenn die Dogmatik von der Rechtsprechung aufgenommen wird.

Bereits diese Aufgabenstellung der intra legem tätigen Rechtsdogmatik zeigt, dass diese mit Wissen ausgestattet ist, das der jeweils aktuellen Gesetzgebung vorausliegt und dieser bei der Festlegung des Inhalts des Rechts zugute kommen kann. Dies hat Okko Behrends wie folgt umschrieben: „Der Gesetzgeber erreicht für seine Regelungen einen großen Zuwachs an Geltungsintensität, wenn er sich auf bewährte Dogmatik stützt und dies im Gesetz in geeigneter Form deutlich macht. Die für die Rechtsanwendung erforderliche Kommunikation mit den rechtsanwendenden Instanzen, den Gerichten wie den beratenden Anwälten, empfängt durch die Dogmatik ein verlässliches Medium.“³⁰ Viele Grundbegriffe unserer Rechtsordnung, die in alter und in neuer Gesetzgebung verwendet werden, beruhen auf gründlicher rechtsdogmatischer Durcharbeitung und Präzisierung: Vertrag, Eigentum, Schadensersatz, Entschädigung, Schuld und Strafe, Gesetz, Gesetzesvorbehalt, Verhältnismäßigkeitsprinzip. Begriffe, Formen und Institute, die dogmatisch entwickelt worden sind, besitzen zumeist ein größeres Beharrungsvermögen als vom Gesetzgeber spontan erfundene Bauelemente. Gesetzgebung ohne rechtsdogmatische Vorarbeiten und Systematisierungen hätte ein rechtskulturell sehr niedriges Niveau und würde den rechtsstaatlichen Anforderungen an Überschaubarkeit und Verlässlichkeit des Rechts nicht gerecht.

Das Bündnis von Gesetzgebung und Dogmatik beschränkt sich nicht auf überkommene Dogmatik. Diese ist nicht immer bewährt; sie kann ver-

²⁹ Gustav Radbruch, *Rechtsphilosophie*, hrsg. von Dreier und Paulson, 2. Aufl. 2003, S. 106.

³⁰ Okko Behrends, *Das Bündnis zwischen Gesetz und Dogmatik und die Frage der dogmatischen Rangstufen*, in: Behrends/Henckel (Hrsg.), *Gesetzgebung und Dogmatik*, 1988, S. 9.

baut, verkompliziert und verkrustet und den neuen Herausforderungen an das Recht nicht mehr gewachsen sein. Neue dogmatische Figuren, die in das Rechtssystem passen, können erforderlich sein, um dem Gesetzgeber zu helfen, verlässliche und wirksame Regelungen zu erlassen. Gute Gesetzgebung muss, wie wir im Abschnitt über die Beratung gesehen haben, die der beabsichtigten Regelung zugrundeliegenden Tatsachen kennen, so auch ökonomische Gesetzmäßigkeiten und naturwissenschaftliche und technische Entwicklungen.³¹

Das bisher über Rechtsdogmatik Gesagte ist durchaus relativ zu Ort und Zeit der Gesetzgebung zu verstehen. Rechtsdogmatik ist keine Gerechtigkeitslehre. Sie macht da, wo sie wirksam ist, das Recht berechenbar und garantiert ein Mindestmaß an Gleichheit i. S. der Abwesenheit von Willkür sowie Unparteilichkeit. Rechtsdogmatik systematisiert und stabilisiert das positive Recht sowohl in seiner Entstehung als auch in seiner Anwendung und hält es durch immanente Kritik widerspruchsfrei. Somit ist die Rechtsdogmatik ein wichtiger Faktor, der den Inhalt des Rechts mitbestimmt.

3. Stufenordnung des positiven Rechts

Der Vorrang der Verfassung vor dem Gesetzesrecht verlangt noch einige zusätzliche Bemerkungen über das Woher des Rechts. Die Gesetzgebung ist an die verfassungsmäßige Ordnung gebunden (Art. 20 Abs. 3 GG). Die Grundrechte binden die Gesetzgebung als unmittelbar geltendes Recht (Art. 1 Abs. 3 GG). Der Vorrang der Verfassung wirkt sich rechtsdogmatisch so aus, dass die Verfassungsrechtsdogmatik – freilich nur, soweit die Verfassung als Rahmenordnung reicht³² – die Dogmatik des einfachen Rechts beherrscht. Das kann man an zwei Beispielen verdeutlichen.

(1) Das rechtsdogmatisch aus den Grundrechten als unmittelbar geltendem Recht (Art. 1 Abs. 3 GG) und aus dem Rechtsstaatsprinzip folgende Verhältnismäßigkeitsprinzip³³ stellt keine beliebig änderbare oder gar verzichtbare dogmatische Figur dar; vielmehr hat es teil am Vorrang der Verfassung. Danach müssen Eingriffe in die Grundrechte zum Schutze der Rechte Dritter oder eines Gemeinwohlgutes geeignet, erforderlich und proportional sein. Damit ist ein wesentlicher Faktor benannt, der den Inhalt des Rechts bestimmt.

³¹ *Christian Starck*, Überlegungen zur Gesetzgebungslehre, in: Zeitschrift für Gesetzgebung 3 (1988), S. 1, 14 ff.

³² *Christian Starck*, Die Verfassungsauslegung, in: Handbuch des Staatsrechts, Bd. VII, 1992, S. 205 ff.

³³ *Peter Lerche*, Übermaß und Verfassungsrecht, 1961, passim; *Christian Starck*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, Kommentar zum Grundgesetz, Band. 1, 5. Aufl. 2005, Art. 1, Rn. 277 ff.

(2) Das Verständnis der Grundrechte als subjektiver Rechte hat dazu geführt,

- dass für die Beseitigung der Folgen eines rechtswidrigen Verwaltungsaktes der sog. Folgenbeseitigungsanspruch rechtsdogmatisch als grundrechtlicher Schutzanspruch konstruiert worden ist,³⁴
- dass das Bundesverfassungsgericht aus dem allgemeinen Persönlichkeitsrecht jüngst das „Grundrecht auf Gewährleistung der Vertraulichkeit und Integrität informationstechnischer Systeme“ abgeleitet hat.³⁵

Diese Beispiele zeigen, wie von der höheren Ebene des Verfassungsrechts aus rechtsdogmatische Neukonstruktionen auf der Ebene des einfachen Gesetzesrechts stattgefunden haben.

VI. Wurzeln abendländischer Rechtsgrundsätze

Die abendländischen Rechtsgrundsätze beruhen vor allem auf dem römischen Recht und dem der lateinischen Kirche, wie Franz Wieacker und viele andere in umfangreichen Werken im Einzelnen dargestellt haben.³⁶ Die römisch-rechtliche Tradition und die diese z. T. verarbeitende christliche Tradition haben die Rechtsordnungen der europäischen Staaten und deren Abkömmlinge einander verbindend geprägt. Es geht dabei um die Wurzeln der schon erwähnten Rechtsgrundsätze, wie sie etwa in Art. 6 Abs. 1 EUV zusammengefasst sind. Damit betreten wir ein weites Feld, das hier nicht abgesprochen werden kann. Ich beschränke mich auf drei Beispiele.

1. Wirkung des römischen Rechts

Das römische Recht wirkt in zahlreichen Institutionen und Grundbegriffen der nationalen Privatrechtsordnungen fort und stellt heute eine wichtige Grundlage der Europäisierung des Privatrechts dar.³⁷ Das wichtigste Erbe, das wir den Römern verdanken, ist wohl die Verwissenschaftlichung des

³⁴ BVerwG, DÖV 1971, S. 857 mit Anm. von *Otto Bachof*; *Fritz Ossenhühl*, Staatshaftungsrecht, 5. Aufl. 1998, S. 287 ff.

³⁵ BVerfGE 120, 274, 302ff.

³⁶ *Franz Wieacker*, Privatrechtsgeschichte der Neuzeit, 2. Aufl. 1967, S. 26 ff.; *Rudolph v. Ihering*, Geist des römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung, 6. Aufl. 1907, S. 1 ff.; *Paul Koschaker*, Europa und das römische Recht, 3. Aufl. 1958, S. 1 ff., 16 ff.; *Michel Villey*, La formation de la pensée juridique moderne, 1975, S. 105 ff.; *Peter Stein/John Shand*, Legal Values in Western Societies, 1974; *Harold J. Berman*, Recht und Revolution, 1991, S. 199 ff.; *J. H. H. Weiler*, Ein christliches Europa. Erkundungsgänge, 2004, passim.

³⁷ Vgl. die Beispiele bei *Reinhard Zimmermann*, Römisches Recht und europäische Kultur, in: JZ 2007, S. 1, 3 ff.

Rechts nach der Wiederentdeckung des *Corpus Iuris Civilis* im Mittelalter.³⁸ In seiner spätantiken Durcharbeitung vermittelt es universelles juristisches Grundwissen, eine Art juristische Grammatik, wie Franz Wieacker zu sagen pflegte. Das römische Recht lehrt die genaue Feststellung der Sache, über die zu entscheiden ist, und die Argumentation, die jede voreilige Einseitigkeit vermeidet sowie plausible, rationale und somit verallgemeinerbare Entscheidungen anstrebt, die der Gerechtigkeit dienen. Diese wird symbolisiert durch die Waage der *Iustitia* und ihren scharfen Blick auf die Sache, um die es geht. Die Binde vor den Augen bedeutet nur, dass ohne Ansehen der Person zu entscheiden ist.

2. Ursprung der Menschenrechte

Wir sind gewöhnt, die Menschenrechte auf Revolution und Gesetzgebung zurückzuführen und sie als Errungenschaften der Aufklärung zu betrachten, die gegen den monarchischen Absolutismus und gegen die – wenigstens in Frankreich – mit diesem eng verbundene Kirche durchgesetzt werden mussten. Das trifft zu, wenn man damit die Epoche der ersten katalogartigen Formulierungen der Menschenrechte meint. Der geistige Ursprung der Menschenrechte liegt jedoch im Menschenbild des Christentums mit seinen biblischen und antiken Wurzeln.

Grundlage für Würde und Freiheit jedes einzelnen Menschen ist die biblisch-christliche Auffassung, dass Gott den Menschen nach seinem Ebenbild geschaffen hat.³⁹ Hierin wurzelt auch die rechtliche Gleichheit der Menschen. Ernst Troeltsch hat diesen dem Freiheitsgedanken zugrundeliegenden christlichen Individualismus tiefgreifend analysiert und wie folgt beschrieben⁴⁰: „Das Individuum, das Gottes Kind ist, darf sich als unendlich wertvoll betrachten [. . .]. Nicht an die naturhafte Individualität, sondern an einen erst in der Gottesgemeinschaft zu gewinnenden Wert ist gedacht. Es ist begreiflich, dass ein solcher Individualismus ein schlechthin radikaler, auch alle Naturschranken und Unterschiede durch das Ideal des religiösen Seelenwertes überwindender ist, und ebenso begreiflich ist, dass ein solcher Individualismus nur auf dieser religiösen Grundlage überhaupt möglich ist. Nur die Gottesgemeinschaft gibt dem Individuum diesen Wert, [. . .].“

Diese im Zitat angedeuteten theologischen Grundsätze haben den Freiheitsbegriff geformt, der im Laufe der Zeit auf die weltlichen Verhältnisse gewirkt hat. Die einzelnen Stufen der Entwicklung können hier nicht nach-

³⁸ Franz Wieacker (Anm. 39), S. 500.

³⁹ Genesis 1, 27; Epheser 4, 24.

⁴⁰ Ernst Troeltsch, *Die Soziallehren der christlichen Kirchen und Gruppen*, 1912, S. 39; ähnlich: Stein/Shand (Anm. 39), S. 114 ff.; Peter Koslowski, *Gesellschaft und Staat*, 1982, S. 58 ff., 66 ff.; Louis Dumont, *Individualismus*, 1991, S. 27 ff.

gezeichnet werden. Ich verweise auf meinen Beitrag „Menschenrechte – aus den Büchern in die Verfassungen“ zur Ringvorlesung „Der Mensch und seine Rechte“ aus dem Sommersemester 2003.⁴¹ Dazu gibt es keine parallele Entwicklung in anderen Kulturen.

3. Ursprung der Gewaltenteilung

Die Gewaltenteilung hat Wurzeln in der Konzeption der gemischten Verfassung, die in der Antike in verschiedenen Variationen entwickelt worden ist. Sie hat wesentliche Impulse aus der christlichen Lehre von der Erbsünde bekommen, wie sie von Augustinus lehrmäßig entwickelt⁴² und von Thomas von Aquin allgemein als *corruptio naturae* verstanden worden ist, die zu einem Mangel an ursprünglicher Gerechtigkeit (*defectus originalis iustitiae*) geführt hat.⁴³ Die Erbsündenlehre beherrschte wirkmächtig die Lehre von der Politik. Friedrich II. von Hohenstaufen führte in den Konstitutionen von Melfi (1231) unter Anspielung auf die Erbsünde aus, dass die göttliche Vorsehung den Völkern Fürsten gegeben habe, um die Verbrechen zu zügeln.⁴⁴

Den Machtmissbrauch der Fürsten vor Augen, haben John Locke und Montesquieu die Vorteile der Gewaltenteilung philosophisch entwickelt und empirisch unter Beweis gestellt. Die Väter der amerikanischen Verfassung haben noch eine im Ansatz theologische Begründung für die Gewaltenteilung geliefert. 1788 schreibt James Madison im *Federalist* (Nr. 51): „If men were angels, no government would be necessary. If angels were to govern men, neither external nor internal controuls on government would be necessary.“ Nach diesen einleitenden Sätzen wird dann die Gewaltenteilung im Einzelnen dargelegt.

Da der Rechtsgrundsatz der Gewaltenteilung für die effektive Garantie der vorhin behandelten Menschenrechte so wichtig ist, heißt es zutreffend in Art. 16 der französischen Erklärung der Menschen- und Bürgerrechte, gewissermaßen abschließend lehrmäßig: „Toute société dans laquelle la garantie des droits n'est pas assurée, ni la séparation des pouvoirs déterminée, n'a point de constitution.“

⁴¹ Hrsg. v. Georg Nolte u. Hans-Ludwig Schreiber, 2004, S. 9–27.

⁴² *De civitate Dei* XIII 14, 23; XXI 12.

⁴³ *Summa Theologiae* I–II qu. 82, 3.

⁴⁴ *H. Conrad/Th. v. d. Lieck-Buyken/W. Wagner (Hrsg.), Die Konstitutionen Friedrichs II. von Hohenstaufen für sein Königreich Sizilien, 1973, S. 3–5.*

VII. Schlußbemerkungen

1. Rechtskultur: Geschichte, Empirie und Dogmatik

Die Antwort auf die Frage, woher das Recht kommt, hat sich als sehr weitläufig erwiesen. Weitläufig, weil – wenn auch nur beispielhaft – unerwartet viele Fährten sichtbar gemacht werden konnten und deutlich wurde, dass es weitere Ursprünge gibt, die uns die Rechtsgeschichte und die Rechtsvergleichung lehren können. Diese Disziplinen sind wichtig, um unser geltendes Recht und dessen kulturelle Verwurzelung besser zu verstehen, insbesondere um zu erkennen, dass es z.T. auf langen Erfahrungen und tiefen anthropologischen Einsichten beruht. Weiter hat sich gezeigt, dass gutes Recht auf gründlicher Kenntnis der geregelten Sachverhalte beruht und praktikabel gestaltet ist. Schließlich hat sich zu Gunsten der Rechtsgelehrsamkeit erwiesen, dass es ein Bündnis von Gesetzgebung und Rechtsdogmatik gibt, das die Rechtsordnung stabilisiert und erst im vollen Sinne darstellt. Verarbeitete Geschichte, Empirie und Dogmatik stellen die Rechtskultur dar.

2. Nochmals Recht und Staat

Nachdem wir uns über das Woher der Inhalte des Rechts eine gewisse Einsicht verschafft haben, möchte ich zum Schluss noch einmal auf die Rolle des Staates zurückkommen. Der Staat ist nicht immer der Schöpfer des Inhalts des Rechts. Dieser ist vielfältig voraus- oder fremdbestimmt. Die unverzichtbare Aufgabe des Staates ist es aber, das Recht in Geltung zu setzen und zu sichern.