

Wozu Rechtsgeschichte?

Von Professor Dr. Klaus F. Röhl, Bochum

A. Das Elend der Rechtsgeschichte

Obwohl kein Historiker, mußte ich doch gelegentlich im Referendarexamen Rechtsgeschichte als Wahlfach prüfen. In der letzten Prüfung dieser Art fragte ich die tapfere Kandidatin, ob es eigentlich immer so gewesen sei wie nach Art. 31 GG, daß das Recht der größeren territorialen Einheit Vorrang genieße. Da eine brauchbare Antwort nicht zu erhalten war, brachte ich die Sprache vorsichtig auf *Savigny*. Das Gesicht der Kandidatin leuchtete. Der Name kam ihr bekannt vor. Was es mit dem Gemeinen Recht auf sich hatte, konnte sie allerdings nicht erklären. Trotz dem Prüfungsthema durchhaltend, wagte ich noch einen Versuch und zitierte die salvatorische Klausel der *Carolina*¹. Die Kandidatin mochte nicht leugnen, auch davon schon einmal gehört zu haben, und provozierte damit die Bitte nach einer zeitlichen Einordnung der *Carolina*. Ihre Antwort: Die müsse wohl von Karl dem Großen stammen. Über ähnliche Erfahrungen kann wohl jeder Prüfer berichten.

Alle Jahre wieder, wenn ich die traditionelle Vorlesung zur Geschichte der Rechtsphilosophie halte, denke ich laut und leise nach über die Frage: Wozu Geschichte, Rechtsgeschichte² oder gar Geschichte der Rechtsphilosophie? Nun hat eine neue Ausbildungsdiskussion begonnen³, und alle scheinen sich darin einig zu sein: Fort von den Details des positiven Rechts und hin zu den Grundlagen, und das heißt nicht zuletzt, zu den geschichtlichen Grundlagen des Rechts. Daher will ich meine unmaßgeblichen Überlegungen nicht länger für mich und die wenigen Studenten meiner Vorlesung behalten. Meine These: Die Rechtsgeschichte hat als Regelfach des juristischen Studiums ausgedient. Sie ist, um eine Formulierung Nietzsches aufzugreifen, „kostbarer Erkenntnis-Überfluß und Luxus“⁴.

Wer es unternimmt, am Sinn der Geschichte als Ausbildungsfach zu zweifeln, berührt ein Tabu. Die Bedeutung der Geschichte wird überall beschworen, vom Bundeskanzler ebenso wie von den juristischen Prüfungsordnungen. Wenn es überhaupt eine Begründung gibt, dann meistens die, wir könnten unsere Gegenwart nur verstehen, wenn wir unsere Vergangenheit kennten. Wir brauchen uns hier nicht auf die Debatte einzulassen, was denn unter „Verständnis“ zu verstehen sei⁵. Die Voraussetzung ist schlechthin unerfüllbar. Wir — das sind die Durchschnittsjuristen, mich eingeschlossen — können unsere Vergangenheit nicht hinreichend kennen. Trotz aller Bemühungen wird das Wissen um die (Rechts-)geschichte so bruchstückhaft und verzerrt bleiben, daß es eher schädlich als nützlich ist. Selbst wenn die Ergebnisse nicht immer so skurril sind, daß junge Juristen die Weimarer Reichsverfassung in das 18. Jahrhundert datieren und Goethe als Autor in Betracht ziehen, lassen sich brauchbare Geschichtskennntnisse nicht mehr voraussetzen und durchsetzen. Die Geschichte schrumpft zu wenigen großen Symbolen — französische Revolution, Auschwitz, Hiroshima — die bei Bedarf dazu dienen müssen, Gefühle und Stimmungen zu mobilisieren. Rechtsgeschichte reduziert sich auf den Namen *Savignys* und das

Datum des Inkrafttretens des BGB. Mit dem Grundgesetz beginnt eine neue Zeitrechnung.

Die „neue Ausbildungsdiskussion“ gewinnt ihren spezifischen Akzent aus der Europäisierung der Märkte, aus der Konvergenz von Ost und West, ja, wenn man so will, aus der Globalisierung des Rechtsdenkens. Die Erinnerung an die Zeit des Gemeinen Rechts wird beschworen⁶. Der junge Jurist soll die gemeinsamen Grundlagen der europäischen Rechtskultur erfahren und sich so für ein neues *jus commune* bereit-

¹ Die *Carolina* oder CCC, die Peinliche Halsgerichtsordnung Kaiser Karls V., wurde auf dem Augsburger Reichstag 1532 beschlossen. Peinlich kommt von *poena* = Strafe und meint Leibes- und Lebensstrafen. Es handelt sich bei diesem Gesetz um das Werk eines bedeutenden Juristen, des Freiherrn Johann von Schwarzenberg und Hohenlandsberg, kurz Schwarzenberg genannt. Schwarzenberg war ein Zeitgenosse Luthers. Er war Hofrichter in Bamberg. Aus seiner Feder stammt unmittelbar nur die *Constitutio Criminalis Bambergensis*, also die Bamberger Halsgerichtsordnung von 1507, die aber im wesentlichen von der *Carolina* übernommen wurde.

Die *Carolina* gilt als ein bedeutendes Denkmal nicht nur der Rechtsgeschichte, sondern auch der deutschen Sprache. Sie markiert den Beginn der wissenschaftlichen Behandlung des Strafrechts in Deutschland. Die *Carolina* war ein fortschrittliches Gesetz, das sich nicht länger mit der bloßen Benennung des Täters als Mörder, Totschläger, Dieb, Brenner usw. begnügte, sondern erstmals die Tatbestände des Verbrechens umschrieb. Sie setzte an die Stelle der Zufallshaftung das Schuldprinzip und schuf mit dem Inquisitionsprozeß, d. h. mit dem Grundsatz der Erforschung der Wahrheit von Amts wegen, eine verfahrensrechtliche Vorkehrung gegen polizeiliche und landesherrliche Willkür. Zur Verurteilung verlangte sie grundsätzlich ein Geständnis oder zwei „genugsame“ Tatzeugen. Zugleich beschränkte sie die Folter auf den Fall, daß jedenfalls Indizien schon bewiesen waren.

Hier interessiert die sog. salvatorische Klausel in der Vorrede der CCC. In dieser Vorrede — heute würden wir von einem Einführungsgesetz sprechen — wurde allen Untertanen des Reichs befohlen, sich in Strafsachen „inn bedeckung der groß und ferligkeyt der selben“ nach den Normen der *Carolina* zu richten. Es wurde aber die Klausel beigefügt: „Doch wollen wir (d. h. der Kaiser) durch diese gnedige erinnerung Churfürsten, Fürsten und Stenden; an jren alten wolhergebrachten rechtmessigen unnd billichen gebreuchen nichts benommen haben“. Altes Landrecht konnte also weiter gelten, sofern es sich, an Geist und Inhalt der *Carolina* gemessen, als wohlhergebracht, rechtmäßig und billig erwies. Heute ist das Verhältnis zwischen Bund und Ländern genau umgekehrt. Art. 31 GG bestimmt: „Bundesrecht bricht Landesrecht.“

² Die übliche Antwort hat knapp und klar und mit nützlichen Literaturhinweisen *Adolf Laufs* formuliert in dem Artikel „Wahlfachgruppe: Rechtsgeschichte“, JuS 1976, 63 ff.

³ Zuletzt etwa *Dietmar Willoweit* / *Bernhard Großfeld*, Juristen für Europa, JZ 1990, 605 ff; *Hassemer/Kübler* und *Hensen/Kramer*, Welche Maßnahmen empfehlen sich — auch im Hinblick auf den Wettbewerb zwischen Juristen aus den EG-Staaten — zur Verkürzung und Straffung der Juristenausbildung, Verhandlungen des 58. Deutschen Juristentages, Gutachten E und F, 1990.

⁴ *Friedrich Nietzsche*, Vom Nutzen und Nachtheil der Historie für das Leben, (1874), in: Nietzsche, Werke, Bd. 1, 1903, S. 277 ff, 279.

⁵ Dazu in diesem Zusammenhang *Franz Wieacker*, Vorbedingungen und aktuelle Grundfragen einer rechtshistorischen Methodik, ARSP Beiheft N. F. 12, 1980, S. 2 ff, 10.

⁶ *Helmut Coing*, Europäisierung und Rechtswissenschaft, NJW 1990, 937 ff; *ders.*, Von Bologna bis Brüssel, Kölner Juristische Gesellschaft Bd. 9, 1989.

machen. Doch wie soll es gelingen, diesen Anspruch auch nur halbwegs einzulösen, wo doch schon die Kenntnis der schmalen nationalen Rechtsgeschichte sich nur noch bruchstückhaft vermitteln läßt?

Im folgenden will ich die Gründe durchgehen, die sich für eine Beschäftigung der Geschichte anführen lassen. M. E. rechtfertigen sie weder einzeln noch in ihrer Gesamtheit, die Rechtsgeschichte als Studienfach beizubehalten oder gar noch zu intensivieren.

B. Geschichtstheorien

Auf die Frage, warum wir uns mit der Geschichte befassen sollten, antworten unterschiedliche Geschichtstheorien⁷. Sie werden teils ausdrücklich formuliert, teils aber auch nur implizit zugrunde gelegt. Es handelt sich auch gar nicht um Theorien im strengen Sinn, sondern um mehr oder weniger bewußte, mehr oder weniger laborierte Hintergrundannahmen. Statt von Theorien ist daher oft auch von Geschichtsphilosophie die Rede. Die klassische Geschichtsphilosophie der professionellen Historiker war und ist wohl immer noch der Historismus, auch wenn man sich verbal davon inzwischen abgesetzt hat⁸. Unter Juristen scheinen dagegen eher Vorstellungen verbreitet zu sein, die ich als pragmatische Theorien bezeichnen will. Diese und andere Theorien sollen hier kurz vorgestellt werden⁹ unter dem Gesichtspunkt, ob sie hinreichen, um der Rechtsgeschichte einen Platz im juristischen Studium zu sichern.

I. Pragmatische Theorien

Die hier sogenannten pragmatischen Theorien werden in der Regel gar nicht ausformuliert, sondern existieren mehr oder weniger bewußt nur in den Hinterköpfen der Menschen.

1. Geschichte als Unterhaltung

Geschichte ist interessant. Sie bietet reichlich Stoff zur Unterhaltung. Das gilt nicht nur für historische Romane oder Filme, sondern auch für die reale Geschichte, besonders wenn sie hinreichend populär dargestellt wird. Unser Unterhaltungsbedürfnis ist grenzenlos, und Geschichte ist sicherlich nicht das schlechteste Mittel zu seiner Befriedigung. Allein, Unterhaltung ist nicht die Aufgabe des juristischen Studiums.

2. Geschichte als Legitimation

Ganz gleich ob wir den 40. Jahrestag des Grundgesetzes feiern, ob eine Versicherung sich zu ihrem Geburtstag eine Festschrift leistet oder ob das Möbelhaus Müller mit dem 50jährigen Firmenjubiläum wirbt: stets wird die Geschichte zur Legitimation hervorgeholt; denn was solange währt, wird doch endlich gut sein. Solcher Umgang mit der Geschichte liegt nahe, ist üblich und manchmal vielleicht sogar legitim. Der Übergang zur Unterhaltung ist fließend. 2000 Jahre Bonn oder die Feiern zur zweihundertsten Wiederkehr der französischen Revolution waren vor allem ein großes Volksfest. Dafür braucht kein Jurist Rechtsgeschichte zu studieren.

3. Geschichte als Kritik

Das Gegenstück zur Legitimation mit Hilfe der Geschichte bildet eine kritische Geschichtsbetrachtung, kritisch nicht im Sinne einer Kritik an den historischen Akteuren, sondern kritisch gegenüber der Gegenwart. Solche Kritik kann sich an dem Vorbild der Psychoanalyse orientieren. Dann wird Geschichte zum „Forum kollektiver Selbstreflexion“¹⁰. Oder sie folgt dem aufklärerischen Ideal der Emanzipation als eines stets un abgeschlossenen Prozesses der Befreiung aus „selbst-

verschuldeter Unmündigkeit“. Man kann nur hoffen, daß auch Juristen ihr Fach als ein kritisches verstehen. Doch sollten sie sich dazu auf ihre eigenen Methoden besinnen.

4. Geschichte als Ritual

(Nicht nur) juristische Seminararbeiten und Dissertationen beginnen oft mit einer historischen Einleitung. In aller Regel ist sie für die nachfolgenden Erörterungen so überflüssig wie ein Kropf. Doch aller Anfang ist schwer. Da ist es ein bewährtes Rezept, mit historischen Reminiscenzen zu beginnen, anstatt medias in res zu gehen. So ist die historische Einleitung zum Ritual geworden. Heute wird sie teilweise durch eine sozialwissenschaftliche Einleitung verdrängt. Auch diese dient meistens nur dazu, die Anlaufschwierigkeiten zu überbrücken. Juristische Rituale gibt es genug. Es ist nicht notwendig, sie durch die Rechtsgeschichte als Studienfach zu zementieren.

5. Geschichte als Theorieersatz

Der Rechtswissenschaft fehlt es weitgehend an Theorien, die diesen Namen verdienen. Was Theorie genannt wird, sind häufig nur Vorschläge für die Lösung bestimmter Entscheidungsprobleme. Als Aushilfe dienen für die innerdisziplinäre Verständigung vielfach Versatzstücke aus der Rechtsgeschichte oder, häufiger noch, aus der Geschichte der Rechtswissenschaft. Man redet von Interessenjurisprudenz, erwähnt die Namen von *Ihering* und *Heck*, und die Beteiligten wissen, oder meinen, in etwa zu wissen, wovon der andere redet. Die Situation ist in der Soziologie nicht anders. Mangels einer gemeinsamen Theorie müssen insbesondere die Gründerväter *Durkheim*, *Marx* und *Weber* erhalten, damit das Gespräch eine gemeinsame Basis hat. Die Verwendung historischer Versatzstücke als Theorieersatz ist sinnvoll, ja unentbehrlich. Sie ist aber wohl kaum gemeint, wenn man fordert, das juristische Studium auf den geschichtlichen Grundlagen des Rechts aufzubauen.

6. Geschichte als Steinbruch

Fraglos am weitesten verbreitet ist die Steinbruchtheorie der Geschichte¹¹. Sie geht einher mit der Frage: Was kann man aus der Geschichte lernen? Bei Bedarf sucht man nach einem passenden Brocken, nach historischen Beispielen oder Anleitungen. Eine spezifisch juristische Version dieser Theorie ist die historische Auslegung, die von Fall zu Fall die Gesetzesmaterialien bemüht. Solchen Umgang mit der Geschichte hat *Savigny* verächtlich der „in Ermangelung eines anderen Ausdrucks“ von ihm sogenannten „ungeschichtlichen Schule“ der Rechtswissenschaft zugeschrieben.

„Wer die mannichfaltigen Ansichten und Methoden, die von jeher unter den deutschen Juristen herrschend gewesen sind, genau betrachtet, wird finden, daß die sich auf zwey Hauptclassen, die Juristen selbst also auf zwey Schulen, zurückführen lassen... Die eine dieser Schulen ist durch den Namen der geschichtlichen hinlänglich bezeichnet: für die andere dagegen ist ein positiver Name kaum zu finden möglich, indem sie in sich nur in dem Widerspruch gegen die erste eins ist, außerdem aber in den verschiedensten und widersprechenden

⁷ Dazu aus der Sicht der Rechtsgeschichte *Marcel Senn*, Rechtshistorisches Selbstverständnis im Wandel, Zürich 1982; *Oexle*, Rechtsgeschichte und Geschichtswissenschaft, Akten des 26. Deutschen Rechtshistorikertages, 1987, S. 77 ff.

⁸ Vgl. z. B. *Wolfgang J. Mommsen*, Die Geschichtswissenschaft jenseits des Historismus, 1971.

⁹ Die Darstellung folgt teilweise *Helmut Seiffert*, Einführung in die Wissenschaftstheorie 2, 1979, S. 43 ff. Hilfreich war auch *Bergmann/Kuhn/Rüsen/Schneider* (Hrsg.), Handbuch der Geschichtsdidaktik, Bd. 1, 2. Aufl. 1980.

¹⁰ Vgl. *Senn* aaO (Fn. 7) S. 17.

¹¹ Das bestätigt *Wieacker* aaO (Fn. 5).

