

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).

Formen auftritt, und sich bald als Philosophie und Naturrecht, bald als gesunden Menschenverstand ankündigt. Wir wollen sie daher in Ermangelung eines anderen Ausdrucks die ungeschichtliche Schule nennen . . .¹²

Noch bevor er seine Gegenposition darstellt, spürt man, wie wenig *Savigny* von solcher punktuellen Geschichtsverwendung hält:

„Dieses also ist die allgemeine Frage: in welchem Verhältniß steht die Vergangenheit zur Gegenwart, oder das Werden zum Seyn? Und hierüber lehren die einen, daß jedes Zeitalter sein Daseyn, seine Welt, frey und willkürlich selbst hervorbringen, gut und glücklich, oder schlecht und unglücklich, je nach dem Maaße seiner Einsicht und Kraft. In diesem Geschäft sei auch die Betrachtung der Vorzeit nicht zu verachten, indem von ihr gelernt werden könne, wie sie sich bei ihrem Verfahren befunden habe; die Geschichte sei also eine moralisch-politische Beispiel-Sammlung. Aber diese Betrachtung sei doch nur eine von vielen Hülfkenntnissen, und das Genie könne auch ihrer wohl entraten.“

Die Geschichte als moralisch-politische Beispielsammlung — sollte das gemeint sein, wenn in der neuen Ausbildungsdebatte eine Renaissance der Rechtsgeschichte gefordert wird?

7. Geschichte zur Identitätsbildung

Oft ist davon die Rede, Geschichtsbewußtsein sei notwendig zur Ausbildung einer eigenen Identität. Dabei wird nicht immer ganz klar, ob eine individuelle oder eine nationale Identität gemeint ist. Vermutlich denkt man an beides.

Es ist sicher richtig, daß jedes Individuum seine Identität aus seiner Lebensgeschichte bezieht, und daß in diese Lebensgeschichte auch die Begegnung mit der politischen und der Rechtsgeschichte eingeht. Persönlichkeitsbildung ist indessen in erster Linie die Aufgabe der Erziehung in Elternhaus und Schule. Die Rolle des Geschichtsunterrichts in der Schule ist problematisch genug. Die Universität kommt hier jedenfalls zu spät. Es ist im übrigen nicht einzusehen, warum nur Juristen (und andere Geisteswissenschaftler) auf der Universität das Privileg der Persönlichkeitsbildung durch Geschichte genießen sollten, Ingenieure, Physiker oder Mediziner davon aber ausgesperrt bleiben.

Es ist wohl zutreffend, daß auch eine größere Gruppe und sogar eine Nation eine Gemeinsamkeit des Denkens, Handelns und Fühlens, und damit, wenn man so will, ihre Identität, nicht nur aus der gemeinsam erlebten, sondern auch aus der gemeinsam erinnerten Geschichte nimmt. Das ist ein großes Thema, das wir jüngst im sog. Historikerstreit durchdekliniert haben. Aber die Ausbildung einer nationalen — vielleicht auch europäischen oder gar Weltbürgeridentität — ist kaum das Ziel der juristischen Ausbildung. Vor allem aber, solches Geschichtsbewußtsein kann nicht die Juristenausbildung vermitteln, sondern dafür sind die Institutionen der Allgemeinbildung verantwortlich. Immerhin mag für die „Identität“ der Juristenprofession ihre eigene Geschichte wichtig sein. Hier wird sie, wie bereits erwähnt, zum Theoriensatz.

II. Wertende Geschichtstheorien

Aus einer ganz anderen Perspektive gehen wertende Theorien an die Geschichte heran. Fortschrittstheorien stellen den Gang der Geschichte als einen Wandel zum Besseren dar. Verbreiteter scheinen Verfallstheorien zu sein. Jeder junge Mensch kennt die Erzählungen der Älteren, die dem Motto folgen, früher sei alles anders und besser gewesen. Es handelt sich um das alte, deshalb aber kaum ehrwürdige Denkmuster von der Vertreibung aus dem Paradies oder von dem Verlust des goldenen Zeitalters.

Fortschritts- und Verfallstheorien lassen sich auch kombinieren, so daß ein ständig sich wiederholender Kreislauf

(Zyklus) des Auf und Ab entsteht. Im Altertum hatten schon Aristoteles und später Pausanias (empirische) Kreislauftheorien der Verfassung entwickelt. Cicero deutete den Kreislauf der Verfassungen wertend als einen solchen von Fortschritt und Verfall. Eine modernere Zyklustheorie stammt von dem Geschichtsphilosophen *Oswald Spengler* (1880–1936). Er entwarf eine „Morphologie der Weltgeschichte“, indem er den Formenwandel der als Großorganismen verstandenen Kulturen und ihrer „Lebensstile“ beschrieb. Ihr Verlauf sei durch das organologische Schema von Blüte, Reife und Verfall bestimmt, dem sie mit deterministischer Notwendigkeit unterlägen. Sein Buch, mit dem bezeichnenden Titel „Der Untergang des Abendlandes“ (1. Aufl. 1918), beschrieb den Untergang der europäisch-abendländischen Kultur und stilisierte Afrika zum Land der Zukunft.

Niemand kann sich einer wertenden Betrachtung der Geschichte völlig entziehen. Indessen kann auch darin keine Aufgabe des juristischen Studiums gefunden werden.

III. Der Historismus

Die Bezeichnung „Historismus“ wird nicht ganz eindeutig verwendet¹³. In der Regel versteht man darunter aber wohl eine Betrachtungsweise, die die jeweilige historische Situation „um ihrer selbst willen“ betrachtet. Alle historischen Entwicklungsstufen sind nur vorübergehend und alle haben den gleichen Wert- und Geltungsanspruch. Eine vergleichende Geschichtswissenschaft wird daher ausgeschlossen. Jede historische Situation muß in ihrer Einzigartigkeit gewürdigt werden. Diese Vorstellung hat Leopold von Ranke klassisch formuliert:

„Jede Epoche ist unmittelbar zu Gott und ihr Wert beruht gar nicht auf dem, was aus ihr hervorgeht, sondern in ihrer Existenz selbst . . .“¹⁴.

In diesem Sinne hat später Friedrich Meinecke den Historismus definiert als „als die Ersetzung einer generalisierenden Betrachtung geschichtlich-menschlicher Kräfte durch eine individualisierende Betrachtung“¹⁵. Dabei zeigt sich die Individualität historischer Ereignisse in ihrer je eigenen Entwicklung im unaufhörlichen, unabgrenzbaren und gesetzlosen Fluß der Geschichte. Einen anderen Akzent setzte *Ernst Troeltsch*, indem er die „grundsätzliche Historisierung alles unseres Denkens über den Menschen, seine Kultur und seine Werte“ betonte¹⁶. Methodisch verbindet sich mit solchem Historismus heute nicht selten eine existentialistische Hermeneutik, wie sie durch die Namen *Heideggers* und *Gadammers* repräsentiert wird. Diese Verbindung ist jedoch keineswegs notwendig und scheint sogar praktisch einigermaßen folgenlos zu sein¹⁷.

Der klassische Historismus ist fraglos von erheblichem intellektuellen Reiz. Man kann ihm sogar politische Aktualität abgewinnen, wenn man — mit *Popper*¹⁸ — daraus die Konsequenz zieht, daß alle Generationen den gleichen Anspruch haben, in Betracht gezogen zu werden, so daß keine zugunsten der Wohlfahrt ihrer Kinder geopfert werden darf. Auch das ist aber wohl nicht gemeint, wenn von Geschichte als Bestandteil

¹² *Friedrich Carl von Savigny*, Ueber den Zweck dieser Zeitschrift, Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft, 1, 1815, S. 1 ff.

¹³ Näher *Oexle* aaO (Fn. 7) S. 96 ff.

¹⁴ Über die Epochen der neueren Geschichte, Nachdruck Darmstadt 1954, S. 7.

¹⁵ Die Entstehung des Historismus (1936), in: Meinecke, Werke, 4. Aufl. 1965, Bd. 3, S. 2.

¹⁶ Der Historismus und seine Probleme (1922), Gesammelte Schriften Bd. 3, 1977, S. 102.

¹⁷ *Wieacker* aaO (Fn. 5) S. 10 ff.

¹⁸ Utopie und Gewalt, in: Neustüss (Hrsg.), Utopie, 1968, S. 324.

juristischer Ausbildung die Rede ist. Allerdings ist auch die klassische, die historische Rechtsschule, wie sie durch Savigny begründet worden ist, eine in diesem Sinne historistische. Sie ist für das Selbstverständnis der Jurisprudenz so wichtig geworden, daß Savigny hier noch einmal ausführlich zitiert werden mag¹⁹:

„Nach der Lehre der Anderen giebt es kein vollkommen einzelnes und abgesonderts menschliches Daseyn: vielmehr, was als einzeln angesehen werden kann, ist, von einer anderen Seite betrachtet, Glied eines höheren Ganzen. So ist jeder einzelne Mensch nothwendig zugleich zu denken als Glied einer Familie, eines Volkes, eines Staates: jedes Zeitalter eines Volkes als die Fortsetzung und Entwicklung aller vergangenen Zeiten; und eine andere als diese Ansicht ist eben deshalb einseitig, und wenn sie sich allein geltend machen will, falsch und verderblich. Ist aber dieses, so bringt nicht jedes Zeitalter für sich und willkürlich seine Welt hervor, sondern thut dieses in unauf löslicher Gemeinschaft mit der ganzen Vergangenheit. Dann also muß jedes Zeitalter etwas Gegebenes anerkennen, welches jedoch nothwendig und frey zugleich ist; nothwendig, insofern es nicht von der besonderen Willkühr der Gegenwart abhängig ist; frey, weil es eben so wenig von einer fremden Willkühr (wie der Befehl des Herren an seinen Sklaven) ausgegangen ist, sondern vielmehr hervorgebracht von der höhern Natur des Volkes als eines stets werdenden, sich entwickelnden Ganzen. Von diesem höheren Volke ist ja auch das gegenwärtige Zeitalter ein Glied, welches in jenem und mit jenem Ganzen gegeben ist, auch von diesem Gliede frey hervorgebracht genannt werden darf. Die Geschichte ist dann nicht mehr bloß Beyspielsammlung, sondern der einzige Weg zur wahren Erkenntniß unsers eigenen Zustandes.

Wer auf diesem geschichtlichen Standpunkte steht, urtheilt ferner über das entgegengesetzte Verfahren also. Es ist nicht etwa die Rede von einer Wahl zwischen Gutem und Schlechtem, so daß das Anerkennen eines Gegebenen gut, das Verwerfen desselben schlecht, aber gleichwohl möglich, wäre. Vielmehr ist dieses Verwerfen des Gegebenen der Strenge nach ganz unmöglich, es beherrscht uns unvermeidlich, und wir können uns nur darüber täuschen, nicht es ändern. Wer sich so täuscht, und seine besondere Willkühr auszuüben meynt, wo nur jene höhere gemeinsame Freyheit möglich ist, giebt seine edelsten Ansprüche selbst auf: ein Knecht, der sich einen König wähnt, da er ein freyer Mann seyn könnte. . . .

Wenden wir diese allgemeine Darstellung des Gegensatzes zwischen geschichtlicher und ungeschichtlicher Ansicht auf die Rechtswissenschaft an, so wird es nicht schwer seyn, den Charakter der zwei oben erwähnten Schulen zu bestimmen. Die geschichtliche Schule nimmt an, der Stoff des Rechts sei durch die gesammte Vergangenheit der Nation gegeben, doch nicht durch Willkühr, so daß er zufällig dieser oder ein anderer seyn könnte, sondern aus dem innersten Wesen der Nation selbst und ihrer Geschichte hervorgegangen. Die besonnene Thätigkeit jedes Zeitalters aber müsse darauf gerichtet werden, diesen mit innerer Nothwendigkeit gegebenen Stoff zu durchschauen, zu verjüngen, und frisch zu erhalten. — Die ungeschichtliche Schule dagegen nimmt an, das Recht werde in jedem Augenblick durch die mit der gesetzgebenden Gewalt versehenen Personen mit Willkühr hervorgebracht, ganz unabhängig von dem Rechte der vorhergehenden Zeit, und nur nach bester Überzeugung, wie sie der gegenwärtige Augenblick gerade mit sich bringe. Daß also in irgend einem Augenblick nicht das ganze Recht neu und von dem vorigen völlig verschieden eingerichtet wird, kann diese Schule nur daraus erklären, daß der Gesetzgeber zur rechten Ausübung seines Amtes zu träge war, er müßte denn zufälligerweise die Rechtsansichten des vorigen Augenblicks auch jetzt noch für wahr gehalten haben. — Wie durchgreifend der Widerstreit dieser Schulen sey, wird Jeder inne werden, wenn er die Anwendung dieser Grundsätze auf das Einzelne versuchen will. Das Geschäft der gesetzgebenden Gewalt, das des Richters, besonders die wissenschaftliche Behandlung des Rechts — alles wird von Grund aus anders, je nach der einen oder anderen Ansicht. In der Wirklichkeit finden sich so schneidende Gegensätze in der Ausführung nicht, vielmehr sehen einander die Erzeugnisse beider Schulen oft noch ganz leidlich ähnlich; das kommt aber daher, weil in der Wirklichkeit oft nur nach einem unmittelbaren Gefühl gehandelt, Grundsatz und Consequenz aber vergessen wird. . . .“

Indessen hat *Thibaut* längst die auch heute noch gültige Antwort formuliert:

„Die Masse des Positiven und Historischen ist zu ungeheuer. Der gewöhnliche Jurist kann diese Masse nur nothdürftig mit dem Gedächtniß festhalten, aber nie geistvoll verarbeiten. Daraus entsteht dann eine Hölzernheit und Aengstlichkeit, welche Schauern erregt, und am Ende liegt immer ein alter Tröster im Hintergrunde, woraus mechanisch der nöthige Rath geschöpft wird.“²⁰

Schlimmer noch. Der „gewöhnliche“ Jurist kann nicht einmal mehr Teile der Rechtsgeschichte in Erinnerung behalten. Vielleicht hilft ihm künftig JURIS mit einer Geschichtsdatenbank JURHISTOR.

„Der Computer vergißt nichts: Kein Gesetz keine Verordnung, keinen Erlaß, keinen Aufsatz, kein Urteil und keinen Beschluß. Alles bleibt jederzeit abrufbar, kann auf das heute wirken.“

Doch auch das ist keine Lösung. Zutreffend fährt *Großfeld* fort:

„Der Computer macht uns wieder bewußt, welche heilende Kraft, welche freiheitsschützende Wirkung das Vergessen hat, nicht nur für den einzelnen und ein Volk, sondern auch für die Rechtsordnung.“²¹

IV. Sozialwissenschaftliche Geschichtstheorien

1. Geschichte als Kausalwissenschaft

Im Gegensatz zum Historismus und den wertenden Geschichtstheorien stehen sozialwissenschaftliche Theorien der Geschichte. Am deutlichsten ist das, wenn die Geschichte als kausalgesetzlicher Verlauf verstanden wird, als reines Ursache — Wirkungsgefüge. Dann versucht man, einzelne historische Ereignisse kausal zu erklären, also zu fragen, welche Ursachen zu gerade diesem bestimmten Verlauf der Geschichte geführt haben können. Ältere Autoren verwiesen dazu auf Geographie und Klima; etwas jüngere bevorzugten ökonomische Erklärungen. Von *Montesquieu* etwa stammt die Vorstellung, eine Republik könne sich nur auf einem kleinen, dicht bevölkerten Territorium entwickeln. Ein großräumiges, dünn besiedeltes Gebilde dagegen verlange nach einer Despotie. In der Mitte zwischen beidem sei eine Monarchie die angemessene Staatsform. So wird die Entstehung der stadtstaatlichen Demokratie des griechischen Altertums aus den landschaftlichen Gegebenheiten Griechenlands erklärt. In dem Streit um die amerikanische Bundesverfassung beriefen sich die Gegner der Republik auf *Montesquieu*²². Auch dem Klima billigte *Montesquieu* einen erheblichen Einfluß auf die sozialen Verhältnisse einer Gesellschaft zu. Dieser Gedanke wurde im 18. Jahrhundert aufgegriffen, um zu belegen, daß das römische Recht für Deutschland unangemessen sei. *Montesquieu* dient hier — ganz im Sinne der Steinbruchtheorie — nur als historisches Beispiel für eine sozialwissenschaftliche Geschichtsbetrachtung. Die Betonung geographischer und klimatischer Variablen bildet nur einen Extremfall, den wir heute so nicht mehr akzeptieren. Auch rein ökonomische Erklärungen haben mit dem Niedergang des Marxismus ihre Anziehungskraft verloren. Damit sind aber nur bestimmte Theorien, nicht jedoch die kausale Geschichtsbetrachtung als solche überholt. Sieht man die innerwissenschaftliche Aufgabe der Geschichtswissenschaft darin, Ereignisse der Vergangen-

¹⁹ Gewürdigt werden kann Savigny hier nicht. Dazu etwa *Böckenförde*, Die historische Rechtsschule und das Problem der Geschichtlichkeit des Rechts, in: *Böckenförde*, Staat, Gesellschaft, Freiheit, 1976, S. 9 ff.

²⁰ Über die Nothwendigkeit eines allgemeinen bürgerlichen Rechts für Deutschland, Heidelberg 1811, hier zitiert nach *Stern* (Hrsg.) *Thibaut und Savigny*, Darmstadt 1955, S. 47.

²¹ *Bernhard Großfeld*, Computer und Recht, Juristenzeitung 1984, 696 ff, 697.

²² So der Governor von New York, *Clinton*, in seinen sog. *Cato-Letters*; dagegen *Hamilton* im *Federalist Letter* Nr. 9, in: *The Federalist*, hrsg. von *Benjamin Fletcher Wright*, Cambridge, Massachusetts 1961, S. 126.

heit mit Hilfe gegenwärtig noch existierender Zeugnisse (kausal) zu erklären, so geht das letztlich nur induktiv, d. h. indem man bestimmte Regelmäßigkeiten unterstellt. Dann wird sogar die Methode des Sinnverstehens, die im Kontext des Historismus eher zu einer existentialistischen Hermeneutik gerät, zu einer empirischen oder — das bedeutet an dieser Stelle dasselbe — sozialwissenschaftlichen Methode²³. Wenn man allerdings einer sozialwissenschaftlichen Geschichtsbeurteilung das Wort redet — wie *Hans Albert, Lawrence M. Friedman* und wohl auch *Franz Wieacker* — dann verliert die Geschichte ihre Besonderheit, um deretwillen sie anscheinend bislang gerade auch im Kontext der juristischen Ausbildung betrieben wird. Dann entwickelt sich Geschichte zu einer speziellen, rückwärts gewandten Rechtssoziologie mit der Folge, daß unter Relevanzgesichtspunkten der Schwerpunkt mehr und mehr in die jüngste Vergangenheit rückt.

2. Der Historizismus

Historizismus ist die kritisch gemeinte Bezeichnung für solche Theorien, die sich nicht mit einfachen Kausalgesetzen zufrieden geben, sondern in der Geschichte spezifische Trends oder Gesetze aufweisen und von diesen ausgehend Aussagen für die Zukunft machen wollen. Oder, wie es *Wieacker*²⁴ formuliert, die Absicht rechtshistorischer Forschung könne auch auf die Bestätigung apriorischer Glaubenslehren oder Ideologien zielen, z. B. der thomistischen analogia entis oder des dialektischen Materialismus. Das prominenteste Beispiel ist der Marxismus. Diesen Theorien hat Popper mit seinem Buch „Das Elend des Historizismus“ den Namen gegeben. Solche Theorien werden dem Elend der Juristenausbildung nicht steuern können.

3. Evolutionstheorien

Evolutionstheoretische Interpretationen der Geschichte haben eine gewisse Ähnlichkeit mit den Fortschritts- und Verfallstheorien. Sie wollen jedoch nicht die Geschichte bewerten, sondern einen naturgesetzlichen Verlauf beschreiben. Vorbild ist natürlich die Evolutionstheorie von *Charles Darwin* (*The Origin of Species*, 1859), wonach alle Tier- und Pflanzenarten sich im Laufe biologischer Epochen in andere umgebildet haben. Evolutionstheorien der Geschichte gehen davon aus, daß auch die Geschichte und mit ihr die Gesellschaft einen irreversiblen, gerichteten Verlauf nehme. So ist heute die Vorstellung weit verbreitet, daß sich die Gesellschaft von einer segmentierten über eine hierarchisch geschichtete zu einer funktional differenzierten hin entwickelt habe. Die aktuelle Diskussion geht darum, wie sich die gegenwärtige „post-moderne“ Gesellschaft an diese Entwicklung anschließt.

Eine solche evolutionstheoretische Betrachtungsweise der Gesellschaft wird indessen bisher eher der Soziologie bzw. Rechtssoziologie zugerechnet als der Geschichte. Selbst neige ich unentschlossen dazu, die Geschichte des Rechtsdenkens mit Hilfe der Forschungen von *Piaget* und *Kohlberg* evolutionär zu interpretieren. Doch solche Deutungen sind vorläufig so vage, daß sie das juristische Studium nicht fundieren können.

C. Konsequenzen für die Ausbildungsdiskussion

Fragt man, welche von diesen möglichen Geschichtstheorien von denen bemüht werden, die sich für die Rechtsgeschichte als Fach des juristischen Studiums stark machen, so gibt es kaum eine explizite Antwort. Wollte man auf einer Antwort bestehen, so dürften die Rechtshistoriker selbst eher einer historistischen Grundauffassung zuneigen. Sie antworteten damit in der Tradition der historischen Rechtsschule.

Zwar mag *Wieacker*²⁵ Recht haben, wenn er schreibt, in der Regel sei rechtshistorisches Interesse durch „lebensweltliche“ Interessen geleitet gewesen wie dem Interesse am Beweis historischer Rechtstitel oder dem Wunsch nach besserem Verständnis eines Gesetzes oder eines anderen Rechtstextes aus seiner Vorgeschichte; eine solche Nutzenanwendung sei seit der frühen Neuzeit das stärkste Motiv für die Ausbildung selbständiger historischer Disziplinen geworden. Aber die realen Motive und das theoretische Selbstverständnis müssen nicht übereinstimmen.

Die Antwort der an der neuen Ausbildungsdiskussion beteiligten Reformen auf die Frage nach ihrer Geschichtstheorie fiele wohl im Sinne der Steinbruchtheorie aus. Eine explizite Antwort in diesem Sinne hat, freilich schon bevor die neue Debatte begann, *Dieter Grimm*²⁶ gegeben: Rechtsdogmatik sei auf Rechtsgeschichte angewiesen, denn Normen seien nicht nur historischen Ursprungs, sie blieben auch während ihrer Geltung stets historischem Wandel ausgesetzt. Rechtsanpassung sei Daueraufgabe und verlange zunächst eine systematische Erforschung der Entstehungsbedingungen des geltenden Rechts. Diese dürften freilich nicht auf die Gesetzesmaterialien beschränkt werden, sondern müßten eine Analyse des Sozialbereichs einschließen. Sodann sei zu prüfen, ob die maßgeblichen Entstehungsbedingungen sich während der Geltungsdauer des Gesetzes geändert und zu einem Funktionswandel der Norm geführt hätten. Eine solche für die Anwendung und Reform des geltenden Rechts notwendige Vergewisserung könne nicht von historisch ungeschulten Juristen miterledigt werden. Das erforderliche, jederzeit verfügbare Wissen über die Herkunft des geltenden Rechts lasse sich nur von einer selbständigen und spezialisierten Disziplin bereitstellen. Interessant ist an dieser Begründung zweierlei. Erstens fordert sie keineswegs eine breite rechtsgeschichtliche Ausbildung für jeden Juristen, sondern den spezialisierten Rechtshistoriker. Zweitens zieht sie ganz ausdrücklich eine naheliegende Konsequenz aus der Steinbruchtheorie: Soll Rechtsgeschichte nur noch ganz unmittelbar praktischen Zwecken dienen, so muß sie „aufhören, sich überwiegend antiquarisch zu definieren“. Dann interessiert in der Tat nur noch eine gegenwartsnahe Rechtsgeschichte, die bei der unmittelbaren Vorgeschichte des geltenden Rechts einsetzt. Solche Rechtsgeschichte ist, wie *Grimm* durchaus nicht verkennt, von Rechtssoziologie kaum noch zu unterscheiden. *Grimm* fügt dann zwar noch einen Zweckfreiheitsvorbehalt an — natürlich so möchte man sagen, denn es gehört sich einfach nicht, sich vorbehaltlos zur Steinbruchtheorie zu bekennen, seit *Savigny* sie abgekanzelt hat —, aber den mag der Leser kaum mehr ernst nehmen.

Ein Problem, auf das wir in diesem Zusammenhang noch gar nicht richtig aufmerksam geworden sind, ist die Enge unseres Geschichtsbildes, das immer noch die abendländische Völkergemeinschaft in den Mittelpunkt rückt. In dieser Zeit der Globalisierung müßte ein Geschichtsunterricht Unterricht in Weltgeschichte sein. Die „Weltgeschichte des Rechts“ ist zwar bereits (von *William Seagle*) einmal geschrieben worden. Doch ob sie lehrfähig ist, wage ich zu bezweifeln. In der aktuellen Ausbildungsdiskussion wird immerhin die Bedeu-

²³ Zur Geschichte als spezieller Sozialwissenschaft gerade auch im Blick auf das Recht *Hans Albert*, *Critical Rationalism: The Problem of Method in Social Sciences and Law*, *Ratio Juris* 1, 1988, 1 ff, 8; *Lawrence M. Friedman*, *Sociology of Law and Legal History*, *Sociologia del Diritto* XVI, 1989, 7 ff; *Wieacker* aaO (Fn. 5) S. 10 ff.

²⁴ AaO (Fn. 5) S. 2.

²⁵ AaO (Fn. 5) S. 2.

²⁶ Rechtsgeschichte als Voraussetzung von Rechtsdogmatik und Rechtspolitik, *ARSP Beiheft* 13 N. F., 1980, 17 ff; *ders.*, *Rechtswissenschaft und Geschichte* in: *ders.* (Hrsg.), *Rechtswissenschaft und Nachbarwissenschaften* II, 1976, S. 9 ff.

tung der Geschichte des europäischen Privatrechts betont²⁷. In Deutschland ist davon aber wohl nur eine neue, europäische Weihe für die Geschichte des römischen Rechts zu erwarten.

Nach einer eigenen Stellungnahme befragt, verhehle ich nicht meine Sympathie für eine im Sinne des Historismus zweckfreie Rechtsgeschichte. Ich bezweifle auch nicht, daß die Geschichte unser Vorverständnis prägt, ohne daß wir nichts verstehen. Jeder hat deshalb Geschichte. Allein die Frage ist, ob man zu diesem Zweck Geschichte unterrichten darf. Dazu müßte der Geschichtsunterricht entweder vollständig sein oder eine „objektive“ Auswahl treffen. Beides ist unmöglich.

Die Geschichte ist eine Wissenschaft für sich wie Physik, Jurisprudenz und Zellbiologie. Vom Zellbiologen verlangt man keine Geschichtskennntnisse und vom Juristen keine Kenntnisse der Zellbiologie. Vom Physiker erwartet niemand, daß er in der Mediävistik zu Hause ist, und beim Mediävisten rechnet niemand auf spezifische Kenntnisse der Physik. So sollte man auch vom Juristen keine besonderen Kenntnisse der Rechtsgeschichte verlangen, ebensowenig wie man vom Historiker aktuelle Rechtskenntnisse fordert.

Die Beibehaltung der Rechtsgeschichte als Pflichtfach der juristischen Ausbildung ließe sich nur mit Zwecküberlegungen, also im Rahmen der Steinbruchtheorie, begründen. Zwecküberlegungen dieser Art rechtfertigen es aber kaum noch, mehr als die Rechtsgeschichte der neueren Neuzeit zur Kenntnis zu nehmen. Strafrechtsgeschichte lohnt sich so gut wie gar nicht. Die Privatrechtsgeschichte brauchte kaum vor der Kodifikation des BGB einzusetzen. Im Verfassungsrecht bleibt es vielleicht sinnvoll, mit der Virginia Bill of Rights von 1776 und der französischen Erklärung der Bürger- und Menschenrechte zu beginnen²⁸. Im übrigen genügen punktuelle historische Erklärungen zum besseren Verständnis einzelner Begriffe oder Institutionen. Das alles kann im Rahmen der dogmatischen Fächer geleistet werden. Ein Beispiel für die sinnvolle Verwendung der Rechtsgeschichte ist Weigands Vortrag über die Entwicklung des Sachenrechts auf der Zivilrechtslehrertagung 1989²⁹. In der Tat läßt sich der aktuelle Zustand des Sachenrechts nur verstehen, wenn man ihn mit dem Sollzustand aus der Zeit der Schaffung des BGB vergleicht. Doch das ist eben nur ein Griff in den Steinbruch, wenn auch nach einem großen und nützlichen Brocken. Das Beispiel zeigt zugleich, wie Rechtsgeschichte für das juristische Studium allein noch sinnvoll ist, nämlich integriert in die

Dogmatik des geltenden Rechts. Zur Verzierung von Fest- und Feiertagsveranstaltungen mag sie ihren Platz behalten. Als Studien- und Prüfungsfach dagegen hat Rechtsgeschichte keine Zukunft mehr³⁰.

Geschichte belehrt uns über die Relativität — oder wie man heute sagt, die Kontingenz — aller politischer und gesellschaftlichen Situationen. Sie zeigt uns, daß keine Situation naturnotwendig ist, wie sie ist, sondern daß alles anders sein könnte und vielleicht sogar durch unsere Anstrengung veränderbar ist. In dieser Funktion war Geschichte lange unentbehrlich, weil nur sehr wenige Menschen in der Lage waren, ihren eigenen Lebenskreis zu verlassen und die persönliche Erfahrung anderer Gesellschaften und Kulturen zu machen. Heute reisen schon die Schüler um die Welt. Die Medien berichten aus aller Herren Länder, die multikulturelle Gesellschaft steht auf dem Programm. Was wir täglich aus telekonkreter Anschauung erfahren, ist von der Rechtsphilosophie theoretisch vorweggenommen worden. Sie hat das Naturrecht zerstört und uns zu Relativisten oder „kritischen Rationalisten“ gemacht. Um auch noch den Relativismus zu relativieren, brauchen wir nicht auf Thomas zurückzugreifen (was ich persönlich fraglos vorziehe), sondern uns nur kurz an den Ayatollah Chomeni zu erinnern. Wir ersetzen heute die Reise in die Vergangenheit durch eine Reise um die Welt. Touristen beklagen indessen schon lange, daß es überall auf der Welt das gleiche Essen und die gleichen Andenken gibt. Es läßt sich nicht ausschließen, daß im Zeitalter der Globalisierung auch Kultur und Recht sich angleichen, bis es keine Alternativen mehr zu geben scheint. Dann in der Tat müßten wir zurück in die Vergangenheit, um zu erkennen, daß die Dinge nicht so sein müssen, wie sie sind.

²⁷ *Willoweit/Großfeld* aaO (Fn. 2) S. 608.

²⁸ Entschieden anders *Michael Stolleis*, Vom Nutzen der Historie vor 1806, JuS 1989, 871 ff.

²⁹ AcP 190 [1990] 112 ff.

³⁰ Um Mißverständnissen vorzubeugen: Ich will keineswegs die Rechtsgeschichte durch Rechtssoziologie ersetzen. Auch die Rechtssoziologie hat als selbständiges Fach keinen Platz in der Juristenausbildung. Was sie uns an wichtigen Einsichten gebracht hat (und hoffentlich noch bringen wird), muß in die Dogmatik diffundieren und ist dort gut „aufgehoben“. Ich sehe also die Lösung mit *Willoweit* und *Großfeld* (aaO — Fn. 2 — S. 609) in einer „begrenzten Integration historischer und theoretischer Fächer“ in das Studium des geltenden Rechts.