

# Geschichte als Herausforderung der Jurisprudenz

Dietmar Willoweit

Die Normen und die Geschichte – das ist ein unerschöpfliches Thema nicht nur für Juristen und Rechtshistoriker, sondern auch für Philosophen, Historiker und Sozialwissenschaftler. Der historisch gebildete Jurist alter Schule ist gewohnt, mit Karl Friedrich von Savigny zwischen der „ungeschichtlichen“ Schule der Jurisprudenz und deren Forderung nach einem vernünftigen Gesetz einerseits und der „geschichtlichen“ Schule mit dem Programm einer auf historischem Material gegründeten Wissenschaft vom Recht andererseits zu unterscheiden. Hinter diesem Gegensatz, den Savigny in einer bestimmten historischen Situation – unmittelbar nach dem Abschluß der revolutionären Veränderung Europas durch Napoleon – in das allgemeine Bewußtsein hob, verbirgt sich indessen ein prinzipielles Problem: das Spannungsverhältnis zwischen Normativität und Geschichtlichkeit. Ihm entkommt der Jurist auch dann nicht, wenn er niemals gelernt hat, diese Frage zu reflektieren und ihre Konsequenzen zu überdenken. Die folgenden Überlegungen versuchen, einen immanenten Widerspruch allen juristischen Denkens zu skizzieren. Zwei gegenläufige Phänomene bestimmen in moderner Zeit den Umgang mit der Rechtsordnung und zugleich den Gang der Rechtsgeschichte. Einerseits versucht der Staat durch Rechtssetzung die Normbildung in seiner Hand zu monopolisieren und zugleich das geltende Recht zu fixieren. Andererseits unterläuft der rasche geschichtliche Wandel der politischen und sozialen Verhältnisse diesen Anspruch permanent. Beide Aspekte zusammen genommen, spiegeln nicht zuletzt auch die Krise des Rechtsdenkens im 20. Jahrhundert wider. Denn der Konflikt scheint kaum lösbar ohne Berücksichtigung inhaltlicher Qualitäten des Rechts, über die zu urteilen dem Juristen „als solchem“ – ein Diktum aus dem späten 19. Jahrhundert – nur in engen Grenzen möglich ist. Die Rechtsgeschichte seit dem Ende des Mittelalters läßt sich als Problemgeschichte der beiden widersprüchlichen Tendenzen deuten und verstehen.

## Gesetzesrecht contra Rechtsgewohnheit

### *Rechtsgeltung – die Genese eines modernen Begriffs*

Der Schlüssel zum Verständnis unseres Themas liegt in der Tatsache, daß unsere moderne Vorstellung von der Geltung des Rechts sich erst in der Neuzeit durchgesetzt hat. Danach ist Voraussetzung für die Geltung einer Rechtsnorm, daß sie von einer dazu berufenen Autorität in Kraft gesetzt wurde und daher von einem bestimmten Zeitpunkt an Gehorsam fordert. Die vorherige Rechtslage ist völlig irrelevant. In älterer Zeit war das anders. Forschungen zur mittelalterlichen Rechtsgeschichte bemühen sich seit Jahrzehnten, den damaligen, von der modernen Vorstellung offenbar abweichenden Rechtsbegriff zu verstehen. Denn im Mittelalter haben Rechtsaufzeichnungen gesetzsgleiche Autorität gewonnen, ohne jemals förmlich in Kraft gesetzt worden zu sein, wie auch umgekehrt Gesetze nur das bis dahin bekannte Recht bestätigten. Trotz mancher, nicht unberechtigter Kritik an einer romantisierenden Interpretation älterer Rechtstexte wird man daran festhalten müssen, daß im Mittelalter Recht in erster Linie aus Herkommen und Gewohnheit hervorgegangen ist und

durch sie legitimiert wurde. Diese traditionale Struktur läßt sich besonders gut an den auch damals schon bekannten Rechtssetzungsakten ablesen, z.B. an der Landrechtsgesetzgebung, der Recherchen über die in den Gerichten praktizierten Rechtsgewohnheiten vorangingen, und das noch im 16. Jahrhundert, oder an der Bestätigung zeitlich unbegrenzt erteilter Privilegien, deren rechtliche Wirksamkeit offenbar immer wieder betont werden mußte. Der Gedanke einer zweckgerichteten Rechtsänderung ex nunc war zwar nicht unbekannt, wie ein Blick auf die päpstliche Gesetzgebung und manche königliche Privilegien, z.B. die Goldene Bulle, zeigt. Aber es handelt sich eher um Ausnahmen. Die meisten Rechtsprobleme konnten die mittelalterlichen Honoratioren und selbst noch die Juristen der frühen Neuzeit schon deshalb nicht durch eine logisch korrekte „Anwendung“ gesetzlicher Vorschriften lösen, weil solche nur in geringem Umfang zur Verfügung standen. Noch die Juristen in der Spätzeit des Humanismus pflegten ihre Entscheidungen vornehmlich auf das Rechtsherkommen, jetzt des römischen Rechts, und die etablierten Autoritäten der gelehrten Welt zu stützen. Es waren die geschichtlichen Überlieferungen, die das praktische Tun der Juristen beherrschten.

Doch das historische Denken, welches der Humanismus zugleich ungemein intensiviert, leitete für die Juristen eine Epochenwende ein, die von der Rechtswissenschaft insgesamt bisher nur in Ansätzen zur Kenntnis genommen worden ist. Je genauer die historischen Räume erfaßt wurden, desto dringlicher stellte sich die Frage nach dem Verhältnis von Recht und Zeit, nach dem Beginn und dem Ende einer Rechtslage, z.B. auch nach dem kaiserlichen Gesetzgebungsakt, der einst das römische Recht, also das Recht eines offenkundig fernen und fremden Staatswesens, im Reiche eingeführt haben könnte. Wenn es einen solchen aber nicht gab, wie endgültig Hermann Conring nachwies, dann stellte sich die Frage nach der Fortgeltung einheimischer Rechtsquellen aus zum Teil sehr alter Zeit. Der längst bekannte, gelehrte Satz „lex posterior derogat leges priores“ wurde nun in die Praxis umgesetzt. Die Norm war nicht länger Ausdruck einer seit jeher herrschenden Rechtsüberzeugung, sondern Produkt eines historischen Gesetzgebers und verbindlich wegen des von ihm ausgesprochenen Geltungsbefehls. Es dauerte lange, bis sich diese Transformation des bis dahin aus sich selbst heraus verbindlichen Rechts in die nunmehr allein maßgebende Form des staatlichen Gesetzes vollendete. Noch in der späten Aufklärung sprach man unbefangen vom Gesetz als einer „Richtschnur“, von der Abweichungen erlaubt waren. Doch im 19. Jahrhundert hat der Staat, zumal in der bald dominierenden nationalstaatlichen Variante, die Regelungskompetenz über die gesamte Rechtsordnung entschlossen an sich gezogen. Was Recht ist, sollte sich aus dem Gesetz allein ergeben.

*Gesetz und „objektive“ Auslegung –  
die Eliminierung der Geschichte aus der  
Jurisprudenz*

Das neue Verständnis des Rechts als einer in Gesetzen zu regelnden Materie manifestierte sich unübersehbar in den seit dem Beginn des 19. Jahrhunderts überall üblich gewordenen Gesetzblättern, denen der jeweils neueste Stand der Rechtsordnung zu entnehmen war. Mit zunehmender zeitlicher Distanz erscheint es paradox, daß die Rechtswissenschaft gerade in dieser Epoche nochmals große Anstrengungen unternahm, um das „richtige“ Recht aus den historischen Quellen der römischen Jurisprudenz und Kaisergesetzgebung zu ermitteln. Die juristische Literatur war Schauplatz heftiger Fehden, in denen um dogmatische Wahrheiten gerungen wurde. Der junge Jurist erlernte seine Profession in erster Linie am römischen Recht, um die so gewonnenen Fähigkeiten später ohne Schwierigkeiten auch bei der Handhabung moderner Gesetze anzuwenden. Rechtsgeschichte war daher im 19. Jahrhundert noch ein integraler Bestandteil der Jurisprudenz in Deutschland. Das am 1.1.1900 in Kraft getretene deutsche Bürgerliche Gesetzbuch ist auf diesem von der Historischen Rechtsschule vorbereiteten und der

romanistischen Pandektenwissenschaft beackerten Boden entstanden. Zunächst mußte sich auch jeder, der das neue Gesetzbuch verstehen wollte, notgedrungen mit seiner langen Vorgeschichte in dickleibigen systematischen Darstellungen und zahllosen Einzelstudien des 19. Jahrhunderts auseinandersetzen. Aber die große Kodifikation, die zugleich auch symbolische Bedürfnisse der Nation gegenüber dem französischen Code Civil befriedigte, führte im Bürgerlichen Recht und damit im Zentrum der Rechtsordnung doch binnen kurzer Zeit zu einem veränderten Stil und gewandelten Verständnis des Rechts überhaupt, zumal auch zahlreiche andere Rechtsgebiete in umfassenden Gesetzeswerken geregelt worden waren. Ob im Reichsstrafgesetzbuch oder in den Prozeßordnungen, ob im Handels- oder Steuerrecht – fast überall setzte sich der kodifikatorische Wille des Gesetzgebers durch, das jeweilige Rechtsgebiet vollständig, widerspruchsfrei, abschließend in die Form von Gesetzen zu gießen. Diese Kodifikationen waren zugleich ein hervorragendes Zeugnis des nun allmählich so recht in Schwung kommenden parlamentarischen Gesetzgebers, dessen demokratische Legitimation die Verbindlichkeit des Gesetzesrechts unterstrich.

Die Kenntnis des Rechts schien sich nun in der Kenntnis der Gesetze zu erschöpfen. Dies war schon das Ideal der Aufklärung gewesen, als die großen Kodifikationen Preußens, Frankreichs und Österreichs – das Allgemeine Landrecht für die Preussischen Staaten 1794, der Code Napoléon 1804 und das Allgemeine Bürgerliche Gesetzbuch 1811 – bei etwaigen Zweifeln über die Anwendung der gesetzlichen Vorschriften allein den Gesetzgeber für zuständig erklärten. Dessen authentische Interpretation sollte den Rückgriff auf das gelehrte Rechtswissen vieler Juristengenerationen ersetzen. Dieser Versuch, die Geschichte des Rechts mit ihren zahllosen doktrinären Streitigkeiten ein für allemal loszuwerden, scheiterte. Die Vielfalt der Lebensvorgänge ließ sich ohne richterliche Auslegung der einschlägigen Normen nicht bewältigen. Das deutsche BGB verzichtete daher auf das unerreichbare Ziel, dem Gesetzgeber selbst die fortwährende Anpassung und Ergänzung seines Werkes anzuvertrauen. Statt dessen verankerten die Väter des BGB dessen Systematik so tief in der romanistischen Rechtswissenschaft des 19. Jahrhunderts, daß sie ohne diese nicht verstanden werden konnte. Es schien daher selbstverständlich, bei der Auslegung des Gesetzes den Willen des historischen Gesetzgebers möglichst weitgehend zu berücksichtigen. Damit aber blieb der tiefe historische Raum, aus dem das neue Bürgerliche Gesetzbuch hervorgegangen war, für dessen Verständnis weiterhin maßgebend. Zugleich respektierte die Rechtslehre so auch die Autorität des Gesetzgebers. Denn dessen Gebot galt als Emanation seines Willens und dieser Wille als letzter Grund

der Norm. Der Satz „Maßgebend (für die Auslegung) ist der im Gesetz zum Ausdruck gelangte Wille des Gesetzgebers“ findet sich so oder ähnlich bis in die Zeit der frühen Bundesrepublik hinein in den meisten repräsentativen Darstellungen des Zivilrechts. Daß ihm auch heute noch Bedeutung zukommt, werden nur wenige leugnen wollen. Längst aber wurde das Prinzip der historischen Auslegung und damit die prinzipielle Offenheit gegenüber der Geschichte des Rechts überlagert durch den Wunsch und die Entschlossenheit der Rechtspraktiker wie der Rechtswissenschaftler, selbst über den Sinn des Gesetzes zu entscheiden.

Das neue methodische Instrument nannte man mit einer paradoxen Begriffsbildung „objektive“ Auslegung. Nicht der Wille des Gesetzgebers, sondern der von ihm abgelöste Wille des Gesetzes selbst soll verbindlich sein. Ob es einen solchen überhaupt geben kann, auch unter Berücksichtigung des viel berufenen Normzwecks, mag hier dahinstehen. Für unsere Fragestellung interessiert, daß mit dem Prinzip der objektiven Auslegung ein Weg gefunden und beschritten wurde, auf dem sich die Jurisprudenz von den geschichtlichen Grundlagen und Vorgaben des Gesetzes emanzipieren und die Rechtsprechung in die Rolle des Gesetzgebers schlüpfen konnte. Die Geschichte des Rechts verdiente seitdem ein allenfalls antiquarisches Interesse. Nicht zufällig ist daher in der Geschichte der Bundesrepublik bis in unsere Tage eine fortschreitende Reduzierung des rechtsgeschichtlichen Lehrangebotes der Juristischen Fakultäten festzustellen. Wenn sich die Rechtspraxis – in den durch das hierarchisch aufgebaute Gerichtswesen gezogenen Grenzen – selbst dazu berufen fühlen darf, das Gesetz im Lichte eigener Überzeugungen und rechtspolitischer Ziele zu interpretieren, dann verliert die Rechtsgeschichte für den Juristen scheinbar ihren Sinn. Mehr und mehr hat sich in den letzten Jahrzehnten die Schulung des Rechtsdenkens darauf beschränkt, Techniken zur richtigen Anwendung des Gesetzes zu erlernen. Diese Fähigkeiten sind sicher wichtig. Ihre einseitige Betonung in Hinblick auf das jeweils geltende, der Interpretationsmacht des Juristen unterworfenen, Recht, hat freilich die irriige Annahme nach sich gezogen, es komme überhaupt nur noch auf die Gesetzeskenntnis und dann natürlich auf die Kenntnis möglichst vieler Gesetze an. So ist das Rechtsstudium mit immer mehr Stoff belastet worden, ohne daß es an Qualität gewinnen konnte. Das verführerische Schlagwort von der erforderlichen „Praxisrelevanz“ der Juristenausbildung trägt dazu bei, die Wissensvermittlung auf bescheidenem Niveau auszudehnen, statt zu intensivieren. So wurde an einer deutschen Juristischen Fakultät kürzlich ein Lehrstuhl für Rechtsgeschichte in einen solchen für „Anwaltsrecht“ umgewandelt – so, als ob man ein guter Anwalt

an der Universität werden könne, als ob sich Praxis anders als durch Praxis erlernen ließe.

## Geschichte contra Gesetzesrecht

### *Auslegung und Fortbildung der Gesetze als historischer Prozeß*

Im Laufe des 20. Jahrhunderts setzte sich zunehmend die Erkenntnis durch, daß auch das alltägliche Geschäft des Juristen, die „Rechtsanwendung“, ein Vorgang ist, der geschichtlichem Wandel unterliegt. Die Einsichten der Hermeneutik zerstörten die Illusion, der Richter finde sein Urteil auf Grund einer logischen Operation allein. Seine Wertvorstellung und das sich stetig verändernde politisch-soziale Umfeld spielen mit. Indem auf diese Weise die Methode der Juristen einer kritischen Reflexion unterworfen wurde, hätte die Zeitgebundenheit und Geschichtlichkeit des Rechts in die Vorstellungswelt der Juristen zurückkehren müssen. Die Selbsttäuschung der „objektiven“ Auslegung indes half über die Gefahr einer solchen Verunsicherung hinweg. Selbst offensichtliche Neuschöpfungen der Rechtsprechung, wie etwa die „Entdeckung“ des allgemeinen Persönlichkeitsrechts, konnte die herrschende Lehre als Ergebnis ihrer Gesetzesinterpretation präsentieren.

Auf diese Weise mußte man nicht zur Kenntnis nehmen, daß in der Gesellschaft selbst, trotz der außerordentlichen Regelungsdichte einer Vielzahl von Gesetzen, bis dahin unbekannte normative Ziele zur Sprache gebracht und entsprechende Verhaltensweisen praktiziert wurden. Solche neuen sozialen Normen galten und gelten zwar nicht als Recht. Aber in ihrer Entstehung spiegelt sich die Kraft der gewohnheitsmäßigen Normbildung wider, die seit jeher die Geschichte menschlicher Sozialverbände beherrscht. Der grandiose Versuch des neuzeitlichen Staates, den

*Hendrik Goltzius, Allegorische Darstellung des Verhältnisses von Justitia und Prudentia, 1583*



Strom der Rechtsbildung durch dauerhafte Barrieren der Gesetzgebung zu unterbinden, hat sich letztlich als undurchführbar erwiesen. Die Erfindung neuer juristischer Lösungen und Rechtsinstitute durch die Rechtsprechung legt davon Zeugnis ab, aber auch die Flut der Gesetzesnovellierungen und die Entstehung ganz neuer Rechtsformen, denen der Gesetzgeber hilflos gegenübersteht, wie etwa die nicht eheliche Lebensgemeinschaft. Nur am Rande sei erwähnt, daß auch die „unbegrenzte Auslegung“ des Gesetzesrechts unter einem totalitären Regime ohne die Macht gesellschaftlicher Normen, etwa rassistischer Art, kaum denkbar gewesen wäre. Gewiß tragen Gesetze selbst zur Ausrichtung gesellschaftlicher Prozesse bei. Zum Stillstand bringen können sie die mit ihnen verbundene Normbildung nicht.

Die Geschichte hat das nationale Gesetzesrecht vollends durch das Projekt der Europäischen Union eingeholt, in welcher die Politik nicht nur einen bisher nie da gewesenen Staatenverbund schaffen, sondern mit einer partiellen Rechtseinheit Verhältnisse wieder herstellen möchte, wie sie im alten Europa mehrere Jahrhunderte lang gegeben waren. Das wird auch inhaltlich ohne Rückgriff auf die gemeinsame europäische Rechtstradition des *ius commune* schwerlich möglich sein. Denn wenn es darum geht, in den zu vereinheitlichenden oder anzulegenden Rechtsmaterien spezifische Besonderheiten des nationalen Rechts abzubauen, dann wird sich der gemeinsame Nenner neuer Regelungen am überzeugendsten auf der geschichtlichen Ebene des gemeinen, schon in älterer Zeit gemeinsamen Rechts der meisten europäischen Nationen finden lassen.

*Der Blick von außen – Perspektiven einer historischen Wissenschaft vom Recht*

Eugen Ehrlich, einer der Begründer der Rechtssoziologie als akademisches Fach vor rund hundert Jahren, bescheinigte der Rechtsgeschichte, sie sei die einzige wirkliche Wissenschaft vom Recht, während es sich bei der Jurisprudenz um nichts anderes als eine „Kunstlehre“ handele. Ehrlich meinte damit, daß zu seiner Zeit ausschließlich die Rechtshistoriker das Recht als eine stets präsente Erscheinung der Soziallebens von außen betrachteten, objektiviert also als Untersuchungsgegenstand, nicht darauf bedacht, aktuelle Rechtsprobleme lösen zu wollen. Diese heute selbstverständlich gewordene Unterscheidung, die ohnehin von der geschichtswissenschaftlichen Methodik geboten war, hat eine konsequente Historisierung des Forschungsgegenstandes „Recht“ zur Folge gehabt. Zunehmend interessierte nicht mehr die Vorgeschichte des geltenden Rechts, sondern dessen Bedeutung und Schicksal im Laufe der Menschheitsgeschichte. Damit eröffneten sich ungewohnte Einblicke in die Rechtsgeschichte der mittelalterlichen und frühneuzeitlichen Gesellschaft. Das Ge-

richtswesen z.B. entpuppte sich als ein höchst flexibler Mechanismus, der vielfach mit genossenschaftlichen Strukturen nicht nur den gemeinen Mann mit einbezog, sondern auch die Sanktionen wohl zu dosieren verstand. Die Durchsetzung des öffentlichen Strafanspruchs und die damit einhergehende Herausbildung des Legalitätsprinzips gehören einer bestimmten, relativ späten historischen Epoche an, dem späten 16. und frühen 17. Jahrhundert, als die konfessionalisierten Staaten Europas Rechtgläubigkeit und gute Sitte mit drakonischen Mitteln zu sichern versuchten. Bis dahin diente die öffentliche Strafe im wesentlichen nur dazu, offensichtlich sozialschädliches Verhalten zu ahnden, während der private, auch gewalttätige Konflikt von den Beteiligten und Betroffenen weitgehend selbst reguliert wurde.

Forschungen dieser Art, die ihren Blick auf die Geschichte des Rechts richten, ohne zugleich den Nutzen der modernen Jurisprudenz im Auge zu haben, sind für die Wissenschaft unverzichtbar. Und die Erfahrung zeigt, daß an diesem Forschungsprozeß auch weiterhin Juristen mitwirken müssen, weil nur sie – wie Kirchen- und Wirtschaftshistoriker auch – an einem professionellen Dialog mit den Fachkollegen vergangener Generationen interessiert sind. Dabei findet die Geschichte des Rechts als wichtiger Faktor der politischen und Sozialgeschichte zunehmend das Interesse auch der Allgemeinhistoriker. Rechtsgeschichte als Wissenschaft in diesem Sinne ist im Begriff, sich zu einer internationalen Disziplin zu entwickeln, über deren Schicksal nicht an deutschen Juristenfakultäten entschieden wird. Noch besteht die Chance, den Anschluß an diesen in die Zukunft weisenden Forschungstrend nicht zu verlieren.

*Anschrift des Verfassers:*

Prof. Dr. Dietmar Willoweit  
Universität Würzburg  
Institut für deutsche und bayerische  
Rechtsgeschichte  
Domerschulstraße 16  
97070 Würzburg

**Literatur**

- Harold J. Berman, *Recht und Revolution* (engl. 1983), dt. 2. Aufl. Frankfurt am Main 1991  
Helmut Coing, *Europäisches Privatrecht*, Bd. I-II, München 1985/89  
Hans Hattenhauer, *Europäische Rechtsgeschichte*, 3. Aufl. Heidelberg 1999  
Karl Larenz / Claus Wilhelm Canaris, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, 3. Aufl. Berlin 1995  
Jan Schröder, *Recht als Wissenschaft. Geschichte der juristischen Methode vom Humanismus bis zur historischen Schule (1500-1850)*, München 2001  
Franz Wieacker, *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit*, Göttingen 1967  
Dietmar Willoweit (Hrsg.), *Die Begründung des Rechts als historisches Problem* (Schriften des Historischen Kollegs, Kolloquien 45), München 2000