

Uwe Wesel

Zur Methode der Rechtsgeschichte*

I. Über die allgemeine Situation der Rechtsgeschichte

In seiner Privatrechtsgeschichte der Neuzeit schreibt *Franz Wieacker*: »Die Veränderung, welche die eigentliche Entdeckung der Rechtsgeschichte und ihre Emanzipation von der Rechtsdogmatik im Bewußtsein der Rechtswissenschaft selber hervorgerufen haben, ist gar nicht zu übersehen«. Und er fährt fort: »In Gang gesetzt durch die historische Rechtsschule, hat sie paradoxerweise zugleich das Programm einer geschichtlichen Rechtsdogmatik als positive Wissenschaft endgültig zu Grabe getragen.«¹

In der Tat, das Ergebnis ist paradox. Die Rechtsgeschichte beginnt ihre Arbeit am Beginn des 19. Jahrhunderts mit dem Programm der historischen Schule. Sie versteht sich als geschichtliche Rechtswissenschaft. Recht wird im Gegensatz zum nach ihrer Meinung unhistorischen Vernunftrecht des 18. Jahrhunderts bestimmt als das Ergebnis einer geschichtlichen Entwicklung. Allein aus ihr kann es abgeleitet und festgestellt werden. Der Jurist muß danach auch und eigentlich in erster Linie Historiker sein. Nur in Kenntnis der historischen Entwicklung des Rechts kann er im Einzelfall die richtige Entscheidung treffen. Damit hat es begonnen. Und wo stehen wir heute?

Wir haben auf der einen Seite eine zur selbständigen Wissenschaft entwickelte und hoch spezialisierte Rechtsgeschichte mit einer überwältigenden Menge von historischen Informationen über Recht. Auf der anderen Seite steht eine von ihr völlig getrennt arbeitende Rechtswissenschaft und Rechtspraxis mit einer inzwischen ebenfalls unübersehbar gewordenen Menge von Informationen über das Recht der Gegenwart, in denen zwar das Recht der Vergangenheit zu einem großen Teil mit enthalten ist, aber als historische Substanz weder erkannt noch reflektiert wird. Rechtsgeschichte und Rechtswissenschaft sind getrennt. Die Entwicklung der Rechtsgeschichte war von Anfang an – seit dem Siegeszug der historischen Schule – verbunden mit einer Enthistorisierung des Rechts. Das Ergebnis ist paradox². Wo ist die Erklärung?

Diese Entwicklung im Recht ist kein besonderes Problem der Jurisprudenz. Sie ist Teil eines allgemeinen Prozesses, den *Joachim Ritter* 1961 analysiert hat³. Er hat beschrieben, wie den – historischen – Geisteswissenschaften beim Aufbau der bürgerlichen Gesellschaft die Aufgabe zugefallen ist, durch eine totale

¹ Vollständiger Text der auf dem 20. Deutschen Rechtshistorikertag in Tübingen am 1. Oktober 1974 in verkürzter Form vorgetragenen wissenschaftlichen Mitteilung.

² *Franz Wieacker*, Privatrechtsgeschichte der Neuzeit, (2. Aufl. 1967) S. 423.

³ Ebenso, »Paradoxie«, im allgemeinen Zusammenhang des Historismus, *Franz Schnabel*, zitiert bei *Joachim Ritter*, nächste Anm., S. 39 A. 35.

⁴ *Joachim Ritter*, Die Aufgabe der Geisteswissenschaften in der modernen Gesellschaft. In: Jahresschrift 1961 der Gesellschaft zur Förderung der Westfälischen Wilhelms-Universität zu Münster, S. 29–35. Dazu: *Helmut Schelsky*, Einsamkeit und Freiheit (1963) S. 280–283 und *Jürgen Habermas*, Zur Logik der Sozialwissenschaften (1967) S. 20 f.

Historisierung das Verhältnis der Menschen zu ihrer Vergangenheit zu relativieren und zu ästhetisieren. Sie waren das Organ der Gesellschaft, das ihre Geschichtslosigkeit kompensierte, die verhaltensregelnden Fesseln der Tradition löste, eine Distanz zur Vergangenheit schaffte, die das Handeln von den Bindungen an die Tradition freisetzte und es enthistorisierte. Diese durch den Historismus bewirkte Enthistorisierung ermöglichte erst die Entwicklung der modernen Industriegesellschaft, denn nur so konnten die Natur- und Handlungswissenschaften mit ihren Techniken der Naturbeherrschung und der Steuerung des sozialen Lebens die Rolle der Orientierung im Handeln übernehmen. Der Historismus hatte die Funktion, die Verdrängung der Geschichte aus dem Handeln wissenschaftlich zu legitimieren, die Menschen aus der Geschichte freizusetzen, sie verfügbar zu machen und dem modernen Produktionsprozeß zuzuführen. Am Ende dieser Entwicklung standen auf der einen Seite die Geisteswissenschaften, deren historisches Denken keinen Handlungsbezug hat, und auf der anderen die Natur- und Sozialwissenschaften, deren Handlungstechniken keinen Bezug zur Geschichte haben. Erst seit einiger Zeit bewegen sich beide wieder aufeinander zu.

Die Enthistorisierung hat aber noch eine andere, eine ideologische Funktion. Sie dient der Aufrechterhaltung des gesellschaftlichen Status quo. Nachdem das Bürgertum seine ökonomische Herrschaft weitgehend durchgesetzt hatte, kompensierte es seit der Mitte des letzten Jahrhunderts seinen Verzicht auf die politische Macht mit der Darstellung der Geschichte. Sie konnte ihm nur noch Erinnerung sein an jenen gemeinsamen Kampf, mit dem ihm die Durchsetzung der ökonomischen Herrschaft gelungen war, und an die alten und ältesten Zeiten, in denen Bürgerfreiheit sich im Keim entwickelt hatte oder in denen die antike Republik eine ehrwürdige Legitimation für die Gegenwart darstellte. Der Kampf war nun zu Ende. Jede Weiterentwicklung wäre eine Bedrohung der bürgerlichen Wirtschaftsform gewesen, eine Bedrohung des endlich allgemein anerkannten freien bürgerlichen Eigentums an den Produktionsmitteln und des freien Arbeitsvertrages. Also waren die Verhältnisse der bürgerlichen Produktion im Selbstverständnis der Bürger unabänderlich geworden, bestimmt durch Naturgesetze, unabhängig vom Einfluß der Zeit. »Es sind ewige Gesetze«, schreibt *Marx* im »Elend der Philosophie«, »welche stets die Gesellschaft zu regieren haben. Somit hat es eine Geschichte gegeben, aber es gibt keine mehr.«⁴

Die Bedeutung der Enthistorisierung in der Entwicklung des Rechts im 19. Jahrhundert hat *Georg Lukács* dargestellt. In seiner Schrift über »Geschichte und Klassenbewußtsein« beschreibt er, wie die bürgerliche Klasse in ihrer revolutionären Periode, im Kampf um das Naturrecht, noch davon ausgegangen war, daß die Rationalität des Rechts zugleich seinen Inhalt bestimmt. Erst nachdem sie wenigstens teilweise gesiegt hatte und die Arbeiterklasse als Gefahr für die Zukunft erkannt war, habe das bürgerliche Recht die von der historischen Schule entwickelte Auffassung übernommen, daß der Inhalt des Rechts etwas rein Faktisches sei, unerfaßbar von seinen formalen Kategorien. Vom Naturrecht bleibe nur noch der Gedanke erhalten, daß das formelle System des Rechts einen lückenlosen Zusammenhang bilde. Seine inhaltliche Rationalität werde beseitigt, Recht zu einem formalen Kalkulationssystem, mit dessen Hilfe man die notwendigen juristischen Folgen von Handlungen exakt errechnen könne, enthistorisiert, inhaltlich mysteriös, gehe den

⁴ *Karl Marx*, Das Elend der Philosophie, MEW 4.139.

Juristen als solchen nichts an, und die wirkliche Grundlage der Rechtsentstehung, die Änderung der Machtverhältnisse der Klassen, verschwinde und verschwinde in der Verklärung ewiger, historischer Kulturwerte⁵.

Die Rechtsgeschichte hat diese Entwicklung ohne Widerspruch hingenommen. Sie hat die Enthistorisierung entweder bereitwillig akzeptiert oder – und das wohl zu einem beachtlichen Teil – sie überhaupt nicht wahrgenommen. Methodenfragen haben für sie seit dem Programm der historischen Schule keine große Rolle gespielt, nur Nebenfragen wurden diskutiert – wie die des begrifflichen Instrumentariums in der Germanistik, der Interpolationen in der Romanistik – oder die eigene Bedeutungslosigkeit beklagt. Im Gegensatz zu anderen Wissenschaften, die von gegensätzlichen Auffassungen in Methodenfragen stark erschüttert wurden, teilte man sich die Provinzen, schied sich in eine germanistische und in eine romanistische Abteilung, und im übrigen herrschte über die Grundlage der wissenschaftlichen Arbeit ein unbewußter *tacitus consensus omnium*. Methodenfragen zu diskutieren, die die Grundlage der Wissenschaft betrafen, war unfein, galt als unhistorisch, gehörte nicht zum Fach. Man mußte dafür philosophisch werden. Das lehnte man ab. Man hielt es mit *Friedrich Engels*, der in der Einleitung zur englischen Ausgabe der »Entwicklung des Sozialismus« mit einer gewissen Sympathie den Satz zitiert: *The proof of the pudding is in the eating*⁶. Nur wenige Ausnahmen bestätigen die Regel.

Die am meisten imponierende ist *Gerhard Dulckeit*, in seiner »Philosophie der Rechtsgeschichte« (1950). Er ist Hegelianer. Recht ist für ihn der objektivierte freie Wille und Rechtsgeschichte die Verwirklichung dieses Begriffs des Rechts, die Verwirklichung dieses objektivierten freien Willens. Sie geht vor sich als die logische Entwicklung der allgemeinsten Voraussetzungen des freien Willens. Diese Voraussetzungen sind das Eigentum, die Verantwortung und die – möglichst freie – Bindung in der Gemeinschaft. Rechtsgeschichte geht somit vor sich in drei dialektischen Stufen, die von der Außenwelt des Rechts (Eigentum) nach innen (Verantwortung) und wieder nach außen (Gemeinschaftsverhältnisse) führt, also vom Eigentum nach innen zu den subjektiven Elementen des Rechts, die sich danach entwickeln, wie Vorsatz und Fahrlässigkeit, und dann wieder nach außen zu den Gemeinschaftsverhältnissen der Familie, des wirtschaftlichen Zusammenlebens und des Staates. Eine großartige Konstruktion. Ähnlich, wenn auch nicht mit dieser gedanklichen Schärfe, hatte sich kurz vorher *Heinrich Mitteis* geäußert⁷. Sie blieben wieder für viele Jahre die einzigen, die sich – nach dem Schrecken des letzten Krieges, nach dem „Versagen“ der Wissenschaft im Faschismus – zum Problem geworden waren.

Im übrigen war die Rechtsgeschichte – ohne methodische Reflexion – damit beschäftigt, die juristischen Quellen des historischen Rechts zu ordnen und herauszugeben, sein formales Regelwerk soweit wie möglich zu erschließen und auf seine Ursprünge zurückzuführen. Sie ist vorwiegend formale Textkritik und formale Interpretation, vorgenommen mit minutiöser Akribie und subtilem Geschick auf dem höchsten Niveau der wissenschaftlichen Präzision im Detail. Dieser bewunderswerten Rationalität ihrer Techniken, ihres Handwerkszeugs, steht allerdings gegenüber eine ebenso bewunderswerte Irrationalität im Bewußtsein über die methodische Grundlage und das Ziel dieser Wissenschaft, ein Bewußtsein, das mehr eine Stimmung ist, ein Gefühl vom Recht als einer

⁵ *Georg Lukács*, *Geschichte und Klassenbewußtsein* (1923, Ndr. 1970) S. 204–207

⁶ *Friedrich Engels*, Einleitung zur englischen Ausgabe der »Entwicklung des Sozialismus von der Utopie zur Wissenschaft«, MEW 22.296.

⁷ *Heinrich Mitteis*, *Vom Lebenswert der Rechtsgeschichte*, 1947. Eine neuhegelianische Position schon: *Walther Schönfeld*, *Vom Problem der Rechtsgeschichte*, 1927.

eigenständigen geistigen Größe der abendländischen Geschichte, wie das Schöne, Gute und Wahre. Mit diesem mehr oder weniger unbewußten Idealismus verbinden sich häufig positivistische Stimmungen. In Erinnerung an *Max Weber* geht man davon aus, daß Wissenschaft nicht politisch werden darf, sondern nur festzustellen hat, was ist, also, was in den Quellen steht.

Nur vereinzelt, in letzter Zeit allerdings zunehmend, findet sich sozialgeschichtliches Denken, wie es heute in der allgemeinen Geschichte etwa von *Hans-Ulrich Wehler* vertreten wird. So hat *Wolfgang Kunkel* immerhin schon 1952 eine Abhandlung über die »Herkunft und soziale Stellung der römischen Juristen« geschrieben. Ganz selten sind Arbeiten auf der Grundlage einer bewußten und konsequenten materialistischen Geschichtsauffassung. Die bekannteste ist *Francesco de Martinos* »Storia della costituzione romana«⁸.

Aber es überwiegt auch heute noch der unbewußte Idealismus, dessen verbale Spuren in der Regel zu finden sind in den Einleitungen zu Lehr- und Handbüchern⁹. Wenn man bedenkt, was hier, in der zweiten Hälfte des 20. Jahrhunderts, auch im akademischen Unterricht unseren jungen Juristen noch zugemutet wird, dann erinnert man sich an *Julius Langbehn*, den Rembrandtdeutschen, der in ähnlichem Zusammenhang – allerdings in die falsche Richtung – den Seufzer ausgestoßen hat: »Die jetzige deutsche Jugenderziehung ist eine Art von bethlehemischem Kindermord.«¹⁰ Wen wundert es, daß die Kinder seit einiger Zeit kaum noch bereit waren, nach Bethlehem zu kommen?

II. Die methodischen Lehren Franz Wieackers

Den Vorwurf der Theorielosigkeit muß man jedoch für die Gegenwart einschränken. Es ist das große Verdienst *Franz Wieackers*, die methodologische Redlichkeit der Disziplin erhalten zu haben. In mehreren Abhandlungen hat er in den letzten Jahren mit bewundernswerter Hartnäckigkeit immer wieder diese Frage behandelt, im Prinzip zwar die einmal eingeschlagene Richtung eingehalten, aber seine Haltung im Laufe der Zeit auch leicht verändert¹¹. Ich werde versuchen, das Wesentliche wiederzugeben.

Wieacker meint, der Rechtshistoriker dürfe wertende, geschichts- oder rechtsphilosophische Vorentscheidungen nicht treffen, sondern müsse vorurteilslos an seine Arbeit gehen. Deshalb lehnt er zum Beispiel *Dulckerts* hegelianisches System ab. Das ist die Entscheidung für den Positivismus, also für eine Tatsachenforschung, die sich auf die Ermittlung der äußeren Erscheinungen der Wirklichkeit beschränkt: Rechtsgeschichte als Wirklichkeitswissenschaft. In seinen ersten beiden Abhandlungen geht er dabei – im Anschluß an *Sten Gagnér*¹²

⁸ *Francesco de Martino*, Storia della costituzione romana, 5 Bände (1951–1967). Vgl. dazu *Wolfgang Kunkel*, SZ 72 (1955) S. 297–301 und SZ 77 (1960) S. 370–375. Weitere Werke sind genannt bei *Max Kaser*, Das römische Privatrecht, Erster Abschnitt (2. Aufl. 1971) S. 10 A. 14. Zu ergänzen sind noch: Marxistische Beiträge zur Rechtsgeschichte. Wissenschaftliche Schriftenreihe der Humboldt-Universität zu Berlin 1968, hg. v. *H. Küntschke*, *J. Melzer*, *H. Schröder*, *W. Sellnow*.

⁹ Nachweise bei: Arbeitsgruppe (*T. Blanke*, *G. Böhme*, *T. Huth*, *U. Mückenberger*, *E. Stamm*, *R. Wahsner*, *H. Wrobel*), Kritik der bürgerlichen Rechtsgeschichte, KJ 1973, S. 109–129.

¹⁰ Rembrandt als Erzieher. Von einem Deutschen (11. Aufl. 1890) S. 94.

¹¹ Der gegenwärtige Stand der Disziplin der neueren Privatrechtsgeschichte, *Eramon Maridakis* (1963) S. 339–366 (Eramion); Notizen zur rechtshistorischen Hermeneutik. Nachrichten der Akademie der Wissenschaften in Göttingen, philosophisch-historische Klasse, 1963 (Notizen); Bemerkungen zur rechtshistorischen Hermeneutik. In: Das Problem der Interpretation. Mainzer Universitätsgespräche 1964, hg. von *H. Müller* und *P. Schneider*, S. 5–13 (Bemerkungen); Privatrechtsgeschichte der Neuzeit (2. Aufl. 1967) S. 13–25 (PGN); Artikel »Rechtsgeschichte« in: *Das Fischer Lexikon, Recht* (1971) S. 137–152 (Fischer-Lexikon).

¹² Zu *Sten Gagnér* vgl. *Eramion* S. 345 A. 25, 354.

– von neopositivistischen Vorstellungen aus, die er in dieser klaren Form dann später wohl wieder aufgegeben hat zugunsten eines nicht genauer beschriebenen allgemeinen Positivismus.

Auf der Grundlage seines positivistischen Verbots philosophischer Vorentscheidungen stellt *Wieacker* dann die Frage nach dem Verhältnis von Geschichte und Rechtsgeschichte. Was unterscheidet diese Disziplin von der allgemeinen Geschichte? Gibt es eine methodische Eigenständigkeit der Rechtsgeschichte? Die Hegelianer, *Gerhard Dulckeit* und vor ihm schon *Walter Schönfeld*, hatten es leicht. Für sie ergab sich die Eigenständigkeit der Rechtsgeschichte aus der Selbständigkeit der Rechtsidee gegenüber dem absoluten Geist. Allgemeine Geschichte war die Entwicklungsgeschichte des absoluten Geistes, Rechtsgeschichte die der Rechtsidee. Das sind jedoch philosophische Vorentscheidungen, die *Wieacker* nicht akzeptiert. Für ihn ergibt sich die Eigenständigkeit aus der Notwendigkeit der Rechtserfahrung. Anders als der Historiker der allgemeinen Geschichte muß der Rechtshistoriker als Jurist eine eigene Erfahrung von Recht haben, ohne die er die Rechtsgeschichte nicht verstehen kann, so wie ein Kunsthistoriker ein Kunstdenkmal anders interpretiert als ein normaler Historiker, weil er eben eigene Erfahrung von Kunst hat.

Diese Lösung zeigt, welches die andere Grundlage seiner methodischen Überlegungen ist. Es ist die Lösung *Diltheys*, der, nachdem *Kant* in der Kritik der reinen Vernunft die Frage beantwortet hatte, wie reine Naturwissenschaft möglich ist, die Antwort suchte auf die Frage, wie sind historische Geisteswissenschaften möglich. Seine Antwort lautete: durch eigene geschichtliche Erfahrung, also durch die historische Identität des Subjekts. »Auch ich bin historisch.«¹³ Dementsprechend lautet *Wieackers* Begründung für die Eigenständigkeit der Rechtsgeschichte: »Auch ich denke juristisch«.

Nachdem er in dieser Weise das Gebiet der Disziplin eingegrenzt hat, wendet er sich den Methoden der rechtshistorischen Arbeit zu, auch hier auf der Grundlage der geisteswissenschaftlichen Hermeneutik, und zwar in sehr starker Anlehnung an *Hans-Georg Gadamer*.

Gadamer steht in der Nachfolge *Diltheys* und *Heideggers*¹⁴. Seine Hermeneutik ist die konsequente Vollendung der bisherigen Entwicklung in der Auffassung des historischen Geistes seit *Hegel*. Dieser Geist steht bei *Hegel* noch außerhalb des historischen Einzelgeschehens, ist objektiv, wird aber im weiteren Verlauf der Entwicklung der deutschen idealistischen Philosophie – über *Dilthey*, *Husserl*, *Jaspers* und *Heidegger* – immer stärker in den einzelnen historischen Prozeß mit einbezogen, immer stärker mit subjektiven Elementen angereichert. Auf dem Weg der Philosophie seit *Hegel* hat sich die Objektivität fortschreitend verengt, ist das Hegelsche Denken immer stärker versubjektiviert, sind die außerhistorischen Bezüge immer weiter verdrängt worden, und dieser Weg endet bei *Gadamer* in einer totalen Subjektivität des historischen Geistes. War es bei *Hegel* noch der absolute objektive Geist und bei *Dilthey* das Leben, die die Orientierung gaben für die Beurteilung in der Geschichte, und war es bei *Jaspers* und dem frühen *Heidegger* die Existenz, so ist Geschichte für *Gadamer* nur noch in sich selbst begründet, wird das erken-

¹³ Zu *Dilthey* vorzüglich: *Hans-Georg Gadamer*, *Wahrheit und Methode* (2. Aufl. 1965) S. 205–215. Dort auch S. 211 f. zur Intentionalität, auf die sich *Wieacker* bezieht mit der »Intention auf Recht«, z. B. Notizen S. 8–10. *Wieackers* Begründung der Eigenständigkeit: *Erman* S. 356–360, Notizen S. 5–10, PGN S. 15 f.

¹⁴ *Hans-Georg Gadamer*, *Wahrheit und Methode*, 2. Aufl. 1965. Eine sehr gute Darstellung bei: *Walter Schulz*, *Philosophie in der veränderten Welt* (1972) S. 531–541.

nende Subjekt selbst zum wesentlichen Teil der Geschichte, die durch den interpretatorischen Akt des Erkennens aufgenommen und weitergeführt wird.

Diesen aktiven Teil des Verstehens nennt *Gadamer* Applikation. Und darin besteht seine eigentliche Leistung, nämlich in der Feststellung, daß jedes Verstehen handlungsbezogen ist, daß jede Interpretation historischer Zeugnisse notwendig verbunden ist mit Überlegungen zum eigenen Handeln in der Gegenwart, oder, wie *Habermas* es formuliert, mit der Artikulierung eines handlungsorientierenden Selbstverständnisses¹⁵. Der historische Prozeß ist für ihn die sich immer wieder neu vollziehende Applikation im historischen Verstehen, Handeln immer reflektiert am Bisherigen. Und so ergibt sich im ständigen Aufgreifen und Umformen des Vorgelegten die Wirkungsgeschichte des menschlichen Geistes.

Wirkungsgeschichte ist für *Gadamer* die notwendige Ergänzung zum Begriff der Applikation, ist die ununterbrochene Abfolge von Applikationen im historischen Prozeß, für den Rechtshistoriker leicht verständlich, wenn er daran denkt, wie ein juristischer Text immer wieder neue Wirkungen gehabt hat, von seiner Entstehung etwa in der römischen Kaiserzeit, über das Mittelalter, die Glosse, bis in die Neuzeit, den *Usus modernus*, das Pandektenrecht und bis in die modernen Kodifikationen des Zivilrechts, und dabei regelmäßig die Interpretation der folgenden Zeit auf der der jeweils vorangehenden aufbaut.

Mit dieser neuen Hermeneutik wird die alte Konzeption der Geisteswissenschaften entscheidend verändert, ergibt sich ein neues Verhältnis von Theorie und Praxis. Die neue Hermeneutik ist handlungsbezogen. Die bisherigen Geisteswissenschaften waren rein kontemplativ, ästhetisch. Die Handlungsorientierung ergab sich aus der Verengung des objektiven zum subjektiven Geist. Erst der subjektive Geist wurde selbst wieder Träger von Handlung. Wie wichtig diese Veränderung für die Geisteswissenschaften sein kann, erkennt man, wenn man an ihre Rolle bei der Enthistorisierung der sogenannten Handlungswissenschaften denkt, die *Joachim Rutter* so klar beschrieben hat. Die Enthistorisierung war auch die Folge der objektivistischen Haltung der Geisteswissenschaften. Sie ist durch *Gadamer* überwunden worden. Deshalb erklärt er auch ausdrücklich, seine Hermeneutik sei universal, sei nicht nur eine neue Grundlage für die Geisteswissenschaften (die damit eine neue Handlungsorientierung erhalten), sondern beanspruche auch Geltung für das Verstehen in den Sozialwissenschaften (für die dadurch die historische Dimension eröffnet wird).

Im übrigen ist die Hermeneutik *Gadamers* mit ihrer Beschreibung des technischen *Procedere* des historischen Verstehens als tastende, hin- und hersuchende, rückbeziehende und immer wieder sich erneut vergewissernde und prüfende Methode – auf ihrem Weg von einem Teil des Textes zum Ganzen und von diesem wieder zurück zu seinem Teil, so wie er für die Hermeneutik schon von *Dilthey* beschrieben worden war – im übrigen ist diese Methode klar entgegengesetzt der unhistorischen, grammatisch-systematischen Methode des frühen *Wittgenstein*, der ein strenger Logiker ist. Der Archetyp dieses suchenden und tastenden Verstehens ist wegen ihrer Abstraktion von der historisch-zeitlichen Distanz die Übersetzung aus einer fremden lebenden Sprache, der »hermeneutische Grenzfall«, wie sie *Habermas* genannt hat¹⁶.

Wieacker übernimmt nun für die Rechtsgeschichte diese Vorstellungen *Gadamers* zum Teil, zum Teil ergänzt er sie durch besondere Techniken, die nach

¹⁵ *Jürgen Habermas*, *Zur Logik der Sozialwissenschaften* (1967) S. 170.

¹⁶ *Jürgen Habermas*, (Anm. 15) S. 152.

seiner Auffassung speziell für die rechtshistorische Arbeit notwendig sind, und zum Teil lehnt er *Gadamer*s Vorstellungen entschieden ab. Er übernimmt die übersetzende Methode des Verstehens, sozusagen die *inventio* der Hermeneutik, und ergänzt sie durch die zusätzliche Forderung der Typenbildung. Er übernimmt die Vorstellung der Wirkungsgeschichte. Aber er lehnt es ab, im rechtshistorischen Verstehen eine Applikation zu sehen.

Er übernimmt die hermeneutische *inventio*. In ihrer Methode des Tastens, Hin- und Hersuchens und einer ständig rückbeziehenden Prüfung erkennt er die Arbeitsweise des Rechtshistorikers. Er ergänzt diese Methode durch die Forderung nach Typenbildung, die sich für ihn aus seiner positivistischen Prämisse ergibt. Die Prämisse führt zur Forderung nach einem begrifflichen Instrumentarium, das variabel ist und experimentell überprüft werden kann. Wie verstehe ich das juristische Problem in einem alten Text, wenn man damals möglicherweise grundsätzlich anders strukturierte Denkformen hatte als heute? Es ist das besonders in der rechtshistorischen Germanistik bekannte Problem der angemessenen Begriffsbildung. *Wieacker* geht wieder aus von der eigenen Erfahrung. Sie zeige, daß es eine zwar große, aber letztlich doch begrenzte Zahl von Typen juristischer Problemlösungen gäbe, Rechtsbegriffe, Rechtsinstitute, die überall und immer wieder auftauchen, zum Beispiel das Institut der Ehe, des Hausverbandes, des Hausvermögens, der Erbfolge, des Eigentums usw. Er vermeidet es ausdrücklich bewußt, sie – das ist die Terminologie *Max Webers* – als Idealtypen zu bezeichnen. Er nennt sie Sachstrukturen, in Anlehnung an *Welzels* »Sachlogische Strukturen«. Mit diesem Instrumentarium muß der Rechtshistoriker versuchen, die historischen Zeugnisse zu verstehen.

Dieses Instrumentarium versteht *Wieacker* als eine Art positivistisches Handwerkszeug. Es sei keine philosophische Vorentscheidung, wenn der Rechtshistoriker sich mit ihm an die Arbeit mache, um festzustellen, ob es dem historischen Material angemessen sei. Er sieht das in Analogie zu einem naturwissenschaftlichen, physikalischen Experiment. Hier ist seine Annäherung an den Neopositivismus, aber auch der Einfluß *Poppers* zu spüren, wenn er davon ausgeht, endgültige Sicherheit über das Gelingen dieses hermeneutischen Experiments, wie er es ausdrücklich nennt, werde es nie geben, sondern nur eine sehr hohe Wahrscheinlichkeit dafür, daß man etwas richtig verstanden habe¹⁷.

Für die Typenbildung hat *Wieacker* später noch eine andere Begründung gegeben. Er räumt ein, daß Rechtsgeschichte wie jede Geschichtswissenschaft historisch-individualisierend vorgehen müsse, nicht normativ-dogmatisch wie die Rechts- und Sozialwissenschaften. Sie sei aber Geschichte von – mindestens möglicherweise – normativ verlaufenden Prozessen. Deshalb brauche sie ähnlich wie die Sozial- oder Wirtschaftsgeschichte auch typische Deutungsmodelle, mit anderen Worten: Modelle, die etwa in der Mitte liegen zwischen dem Individuellen der historisch-individualisierenden Geisteswissenschaften und dem Allgemeinen der normativ-dogmatischen Handlungswissenschaften¹⁸.

Er übernimmt von *Gadamer* weiter den Begriff der Wirkungsgeschichte. Für die sich auf einem alten juristischen Text überlagernden Interpretationen, von denen die meisten in irgendeiner Form auf den jeweils vorhergehenden aufbauen, ist dieser Begriff ja in der Tat sehr geeignet, zum Beispiel auch dafür,

¹⁷ Notizen, S. 13–18. Allerdings spricht er im Gegensatz zu *Popper* auch von »Verifizieren«: Bemerkungen S. 6.

¹⁸ Fischer-Lexikon S. 16. Diese Rückertsche Unterscheidung von Geschichte und Sozialwissenschaften ist aber nun wirklich überholt, vgl. *Hans-Ulrich Wehler*, *Geschichte als Historische Sozialwissenschaft* (1973) S. 13 und Anm. 12 auf S. 37.

den schon von *Betti* formulierten »Kanon der Autonomie« des Textes noch präziser zu formulieren, also das Gebot, eine Quelle nur aus den Vorstellungen ihrer eigenen Zeit zu verstehen und nicht aus ihrer Wirkungsgeschichte. Aber, und das ist nun, wie man leicht erkennt, für das Selbstverständnis der Disziplin von einiger Bedeutung, nach anfänglichem Zögern weigert sich *Wieacker* anzunehmen, rechtshistorisches Verstehen sei mit Applikation verbunden. Es ist für ihn nur kontemplativ, nicht applikativ¹⁹.

Diese Weigerung ist bemerkenswert. Einmal muß es natürlich vom Standpunkt der *Gadamer*schen Hermeneutik auf den ersten Blick unmöglich erscheinen, Wirkungsgeschichte ohne Applikation anzunehmen. Darauf würde *Wieacker* zu Recht erwidern, die Wirkungsgeschichte sei von ihm ja auch nur akzeptiert worden für die Geschichte der juristischen Zeugnisse, die selbst zur Rechtsanwendung gehören. Im Bereich der Rechtsanwendung gäbe es selbstverständlich auch für ihn Applikation, aber für die geschichtliche Betrachtung der Entwicklung dieser Rechtsanwendung weder Applikation noch Wirkungsgeschichte. Sie sei rein kontemplativ. Er weigert sich also insgesamt, für das rechtshistorische Verstehen die Substanz der *Gadamer*schen Hermeneutik, nämlich Wirkungsgeschichte und Applikation, zu übernehmen. Gerade am Beispiel der Rechtsgeschichte hat *Gadamer* allerdings seine Vorstellungen entwickelt. Sehen wir uns seine Gründe an.

Gadamer beruft sich auf einen Vortrag *Ernst Forsthoffs* aus dem Jahre 1940 über »Recht und Sprache«²⁰. Darin erklärt *Forsthoff*, es gäbe in der Jurisprudenz keinen Unterschied zwischen dogmatischem und historischem Denken. Der Fehler der historischen Schule sei es nur gewesen, philologisch, antiquarisch zu denken und – in subjektiver Auslegung – mehr am ursprünglichen Willen des Gesetzgebers interessiert zu sein als an einer sinnvollen Anwendung des Gesetzes in der Gegenwart. Grundsätzlich sei ihr Programm richtig gewesen. Recht könne nur historisch verstanden werden, auch für seine dogmatische Anwendung. Was Recht ist, könne man nur verstehen aus seiner Entwicklung, in der sich im geschichtlichen Wandel der ursprüngliche Sinngehalt eines Rechtssatzes verändert habe bis zu seiner gegenwärtigen Bedeutung.

Diesen Gedanken ergänzt *Gadamer* in die andere Richtung. Nicht nur dann gehe es um Applikation, wenn der Rechtsdogmatiker von der Vergangenheit her in die Gegenwart denkt, um zu erkennen, was Recht ist und wie er zu entscheiden hat, sondern auch, wenn der Rechtshistoriker von der Gegenwart her in die Vergangenheit sieht. Ihm gehe es zwar nur um den ursprünglichen Sinn. Aber er kann ihn nicht erkennen, ohne sich den Wandel der Verhältnisse bewußt zu machen. Auch er muß tun, was der Richter tut: unterscheiden den ursprünglichen Sinngehalt des Gesetzes und den heutigen, in dessen Vorverständnis er als Gegenwärtiger lebt. Auch *Gadamer* sieht selbstverständlich einen Unterschied in der Tätigkeit des dogmatischen Juristen und des Rechtshistorikers. Aber dieser Unterschied ist für ihn nicht grundsätzlicher Natur, sei nicht qualitativ, sondern eher quantitativ und von der jeweiligen Blickrichtung her zu sehen. Entscheidend sei, daß auch historische Erkenntnis nur so vor sich gehen könne, daß in jedem Fall die Vergangenheit in ihrer Kontinuität mit der Gegenwart gesehen wird. Dieses Verhältnis von Vergangenheit und Gegenwart

¹⁹ Wirkungsgeschichte: *Eramon* S. 359 f., *Notizen* S. 4, 8–10. Autonomie des Textes: *Eramon* S. 362 f., *Notizen* S. 10. Applikation: anfängliches Schwanken in *Eramon* S. 357 A. 54 und S. 359 f., Ablehnung seit *Notizen* S. 9, 12.

²⁰ *Gadamer* (Anm. 13) zur Applikation: S. 292–323, zur juristischen und rechtshistorischen Hermeneutik: ab S. 307 *Ernst Forsthoff*, *Recht und Sprache* (Ndr. 1964) S. 1–17

in der juristischen Hermeneutik ist für ihn nun kein Sonderfall, sondern ein Modell für alles Verstehen, das immer ein historisches ist. Jede Umsetzung im Verstehen ist eine Vermittlung mit der Gegenwart.

Schon vor *Wieacker* hatte dieser Grundsatz der Hermeneutik *Gadamer*s seine Gegner gefunden. *Emilio Betti* war der erste. Er ist unter den Rechtshistorikern derjenige, der sich am meisten mit methodischen Fragen befaßt hat. Von Anfang an haben ihn Auslegungsfragen interessiert, und später hat er sich fast ausschließlich mit der allgemeinen Methodik der Geisteswissenschaften beschäftigt. Er ist Hegelianer, Objektivist, und steht in entschiedenem Gegensatz zu der subjektivistischen Existenzphilosophie *Jaspers*’, *Heideggers* und *Gadamer*s. Selbstverständlich muß er sich gegen die Annahme von Applikation im historischen Verstehen erklären. Selbstverständlich steht für ihn der objektive Geist außerhalb des historischen Getümmels. Alles andere, das ist seine Begründung, würde der subjektiven Willkür Tür und Tor öffnen²¹. *Alfred Heuss*, der Göttinger Historiker, hat ihm zugestimmt. Denn die Gleichsetzung von historischem und dogmatischem Verstehen würde bedeuten, das menschliche Leben schon in seiner Gegenwart zu historisieren²².

Wieacker kann diese Begründung nicht übernehmen. Das würde sein Verbot philosophischer Vorentscheidungen verletzen. Er gibt eine eigene Begründung. Und leitet sie ab aus seiner – sehr vorsichtig formulierten und im Grunde nur vorläufig konzipierten, aber doch eindeutigen – Rechtstheorie. Recht ist für ihn, in enger Anlehnung an *Hans Welzel*, ethisch begründet, letztlich doch auch überpositiv, übergeschichtlich, und zwar begründet im persönlichen Gewissen und damit in der individuellen Verantwortung²³. Also lautet seine Begründung für die Ablehnung der Applikation in der Rechtsgeschichte: Der Rechtshistoriker teilt mit dem Rechtsdogmatiker zwar das Interesse an Recht, nicht aber dessen Verantwortung. Er habe nicht dessen Verantwortung für die Richtigkeit im praktischen öffentlichen Handeln des Juristen der Gegenwart²⁴.

Die Interpretationstätigkeit des Rechtshistorikers ist also kontemplativ. Sie besteht darin, mit dem Instrumentarium der historischen Typen, der Sachstrukturen, das Material der Geschichte abzutasten und immer wieder das eigene Begriffsinventar zu überprüfen. Aber was ist nun das Ergebnis, wenn es nicht die Applikation sein darf? Das Ergebnis – und das ist nicht ohne Bedeutung für die Beurteilung dieser Methode – beschreibt *Wieacker* mit den folgenden Worten: »Im fortschreitenden Gelingen solcher Interpretationen, vielleicht erst in der Arbeit vieler Generationen, vergewissern wir uns möglicherweise zunehmend einer außergeschichtlichen oder übergeschichtlichen Rechtserfahrung – und das ist das Glück, das der Rechtshistoriker in den besten Stunden seiner Arbeit erfährt.«²⁵

Soweit die Zusammenfassung der methodischen Lehren *Franz Wieackers*. Es ist noch nachzutragen, daß er zuletzt (1971) in der Rechtsgeschichte auch einen Teil der Sozialgeschichte gesehen hat. Insoweit sei sie die Geschichte der Vergesellschaftungsformen, Besitzverfassungen, sozial anerkannten Verhaltensregeln und ihrer sozialpsychologischen Voraussetzungen²⁶. Das könnte eine gewisse

²¹ *Emilio Betti*, Die Hermeneutik als allgemeine Methodik der Geisteswissenschaften (1962) S. 48–52. In seinem letzten großen Werk, Allgemeine Auslegungslehre als Methodik der Geisteswissenschaften, 1967, ist er darauf nicht noch einmal eingegangen. Vgl. dort S. 492 A. 4.

²² *Alfred Heuss*, Zur Hermeneutik des historischen und juristisch normativen Satzes, Studi Betti 1 (1962) S. 151–172, vgl. bes. S. 159.

²³ PGN S. 609–619.

²⁴ Notizen S. 12.

²⁵ Bemerkungen S. 13, Vgl. Notizen S. 19 und 22.

²⁶ Fischer-Lexikon S. 137 f.

Abkehr bedeuten von seinem bisher stark geistesgeschichtlichen Programm. Sicher ist das nicht. Und ausführlicher hat er dazu noch nicht wieder Stellung genommen.

In diesen letzten drei Jahren aber haben sich andere geäußert, teils zustimmend, teils kritisch. Die Erschütterungen im Selbstverständnis der Wissenschaft durch die Studentenrevolte der sechziger Jahre hatten mit der üblichen Phasenverschiebung schließlich auch die Rechtsgeschichte erreicht. Eine kurze Schilderung in der zeitlichen Reihenfolge:

Zustimmung hat *Wieacker* bei *Max Kaser* gefunden. In die zweite, 1971 erschienene Auflage seines Handbuchs zum römischen Privatrecht hat er einen kurzen Abschnitt über methodische Fragen aufgenommen. Darin führt er aus, Rechtsgeschichte könne sich nicht nur auf die Beschreibung der äußeren Tatsachen des Rechtslebens beschränken, sondern müsse auch ihre Ursachen untersuchen. Aber sie habe sich, und hier beruft er sich auf *Wieacker*, von geschichts- oder rechtsphilosophischen Vorentscheidungen freizuhalten²⁷. Und ein wesentliches Element der Methode *Wieackers*, der Gedanke von Sachstrukturen, ist von *Theo Mayer-Maly* bestätigt worden. Sie sind für ihn allerdings von vornherein zeitlos, übergeschichtlich, tauchen immer wieder auf, weil das Reservoir juristischer Konstruktionsmöglichkeiten notgedrungen begrenzt sei.²⁸

Dieter Simon stellt fest, Rechtsgeschichte habe sozialgeschichtliche Bedingungen für die Rechtsentwicklung aufzuzeigen, wenn man ihre Aufgabe im Hinblick auf eine Gesellschaftstheorie bestimme, neigt also dazu, ihre Aufgabe für die Zukunft nicht so sehr in der Dogmengeschichte, sondern im wesentlichen in der Sozialgeschichte zu sehen. Er widerspricht *Wieacker* in der Bestimmung des Gegenstandsbereichs. Die sehr persönliche Erfahrung des rechtshistorisch arbeitenden Juristen von Recht sei dafür kein ausreichendes Kriterium. Nur das, was von einer historischen Gesellschaft selbst jeweils als Recht angesehen worden ist, könne auch von der Rechtsgeschichte nur als historisches Recht bezeichnet werden. Und er ergänzt diese Abgrenzung dann durch die Forderung, Rechtsgeschichte habe aber auch zu untersuchen das gesamte zur Verfügung stehende nomologische (das heißt: regelhafte, in Regeln zu fassende) Wissen über Ordnungs- und Organisationssysteme menschlicher Gesellschaft, also auch Gegenstände, die wir heute als rechtliche betrachten, die man damals aber nicht als Recht angesehen hat²⁹.

In einer ausführlichen, in einigen Einzelheiten angreifbaren, im Grunde aber richtigen »Kritik der bürgerlichen Rechtsgeschichte«, die sich natürlich auch gegen die Auffassungen *Franz Wieackers* wendet, hat nun 1973 eine *Arbeitsgruppe* von Juristen aus Gießen und Frankfurt die bisherige geistesgeschichtlich-idealistische Arbeitsweise in der Rechtsgeschichte ideologiekritisch angegriffen³⁰. Sie haben auf die Enthistorisierung hingewiesen, die mit dieser Methode verbunden ist, und gefordert, durch eine materialistische Geschichtstheorie auch hier die notwendige historische Orientierung im Handeln wiederherzustellen. Diese neue Rechtsgeschichte habe zur Aufgabe die radikale Rückgewinnung eines Bewußtseins von den historischen und damit auch von den gegenwärtigen Bedingungen und Möglichkeiten kollektiver emanzipatorischer Praxis innerhalb der sozialistischen Bewegung. Diese Aufgabe könne sie nur

²⁷ *Max Kaser*, Das römische Privatrecht (Anm. 8) S. 10.

²⁸ *Theo Mayer-Maly*, Die Wiederkehr von Rechtsfiguren, JZ 1971 S. 1–3.

²⁹ *Dieter Simon*, Artikel »Rechtsgeschichte« in: Handlexikon zur Rechtswissenschaft, hg. v. Axel Görlitz (1972) S. 8, 315 f.

³⁰ Anm. 9.

dadurch erfüllen, daß sie nicht weiter die Idee eines überzeitlichen und übergeschichtlichen unwandelbaren Rechts verfolge, sondern die Gegenwart als geschichtliche Etappe begreife, die in Wandlung begriffen und bewußter solidarischer Veränderung zugänglich sei.

Ähnlich hat sich – in einer sehr persönlich gefaßten und eher wissenschaftssoziologisch orientierten Kritik – *Hans Erich Troje* geäußert. Er fragt den Rechtshistoriker, wie er es eigentlich rechtfertige, die Frage nach der Unterdrückung von Unterdrückten nicht zu stellen. Diese Art von Rechtsgeschichte mache die Unterdrückten jedenfalls nicht frei³¹.

Peter Landau hat die Frage untersucht, ob für *Karl Marx* Rechtsgeschichte überhaupt als Einzelwissenschaft möglich ist. In sehr gründlicher Interpretation besonders der »Grundrisse der Kritik der politischen Ökonomie« – dem Rohentwurf des »Kapitals« aus den Jahren 1857 und 1858 – stellt er fest³²: Für *Marx* gibt es Ungleichzeitigkeiten, Disproportionen, wie er sie nennt, in der Entwicklung der materiellen Produktion und der Produktionsverhältnisse. Und außerdem sind bei gleicher Entwicklung der Produktivkräfte verschiedene gesellschaftliche und rechtliche Lösungen in der Gestaltung der Produktionsverhältnisse möglich. Damit kommt *Peter Landau* zu dem Schluß: Auch für *Marx* ist Rechtsgeschichte als selbständige Disziplin möglich.

Ich komme zum Schluß dieses Überblicks. Und berichte von einer eher schon praktischen Konsequenz der bisherigen Entwicklung, die mir typisch zu sein scheint. Sie besteht in der Ergänzung eines Adjektivs in der letzten Auflage des Lehrbuchs der Deutschen Rechtsgeschichte von *Mitteis* und *Lieberich*. In der 12. Auflage von 1972 hieß es: »Sie (die Rechtsgeschichte, U. W.) zeigt, unter welchen politischen und sozialen Bedingungen sich die Rechtsnormen bilden und wie diese selbst wieder auf den Geschichtsverlauf zurückwirken, wie die Geschichte oft nichts anderes ist als die Verwirklichung des Rechts«. Dieser Satz war in der Kritik der Arbeitsgruppe zitiert und – in seinem weiteren Kontext – angegriffen worden. In der 13. Auflage von 1974 hat *Lieberich* das Wort »wirtschaftlichen« ergänzt, so daß es jetzt die politischen, wirtschaftlichen und sozialen Bedingungen sind, unter denen sich Rechtsnormen bilden. Immerhin. Wir werden uns im folgenden die Frage zu stellen haben, ob das genügt.

III. Kritik der Lehren Wieackers

Überlegungen für die Zukunft haben einzusetzen in der Kritik der Gegenwart. Sollen wir so arbeiten, wie *Franz Wieacker* es formuliert hat? Es gibt dagegen viele Bedenken.

Seine Lehre ist die Kombination positivistischer, hermeneutischer, idealtypisch-strukturalistischer und idealistischer Elemente. Läßt sich das eigentlich methodisch alles miteinander vereinbaren? Da ist zunächst das Nebeneinander von positivistischen Forderungen und idealistischen Vorstellungen.

Auf der einen Seite fordert *Wieacker*, Rechtsgeschichte habe sich von philosophischen Vorentscheidungen freizuhalten. Sei sie Wirklichkeitswissenschaft. Für den Rechtshistoriker gäbe es kein Zurück hinter einen illusionslosen Neopositivismus.

Auf der anderen Seite steht das methodische Ziel, sich im hermeneutischen Experiment zunehmend einer außergeschichtlichen oder übergeschichtlichen

³¹ *Hans Erich Troje*, *Rechtsgeschichte: Was können wir tun?* in: *Recht und Politik* 1974, S. 10–17

³² *Peter Landau*, *Karl Marx und die Rechtsgeschichte*, TR 41 (1973) S. 361–371.

Rechtserfahrung zu vergewissern, indem Problemstrukturen in Sicht kommen, die – in einem bedingten Maße, aber immerhin – der Geschichtlichkeit enthoben sind. Das fortschreitende Gelingen dieses Vergewisserns ist für *Wieacker* jenes Glück, das der Rechtshistoriker in den besten Stunden seiner Arbeit erfährt. Also: Wenn er nicht feststellen kann, daß es übergeschichtliche Rechtserfahrungen gibt, dann hat er Pech. Denn übergeschichtliche Rechtserfahrung ist gut.

Der Positivismus hat in diesem Zusammenhang die Aufgabe, die empirische Erforschung der Einzelfragen zu legitimieren. Die idealistische Konzeption betrifft den übergreifenden Entwicklungszusammenhang, der sich aus dem Begriff des Geistes selbst ergibt. *Wieacker* schreibt dazu: »Im Lichte dieser Forderung sind die Geschichtsmetaphysik Hegels, Schellings und Croces, die Idealtypik Max Webers und die Hermeneutik Bettis (mehr oder weniger revisionsbedürftige) Fassungen ein und desselben unverzichtbaren Problems der Rechtsgeschichte.« Und er ergänzt, ohne diesen idealistischen Zusammenhang sei die empirische, positivistische Forschung vollkommen nutzlos³³.

Es ist ein ganz normaler Idealismus, die Überzeugung, daß es Vorstellungen, Ideen von Recht und Gerechtigkeit gibt, die allen Menschen zu allen Zeiten gemeinsam gewesen sind und, das ist natürlich nicht so ganz unwichtig, gemeinsam bleiben werden. Es ist allerdings, nach so vielen Erfahrungen des Scheiterns idealistischer Geschichtskonzeptionen und nach der Konfrontation mit der Herausforderung der materialistischen Geschichtsauffassung, es ist ein Idealismus, der formuliert ist auf der letzten noch übriggebliebenen und stark differenzierten Position, nachdem die anderen aus intellektueller Redlichkeit schon längst geräumt werden mußten. Ein Idealismus mit schlechtem Gewissen. Ein Idealismus, der im Grunde einsieht, daß er historisch am Ende ist, der aber trotzdem nicht aufgeben will. *Wieacker* sagt es selbst ausdrücklich: »Wer immer wieder die Abhängigkeit geltenden Rechts von historischen, politischen und sozialen Zufällen erfährt, wird leicht daran verzweifeln, in ihm noch geschichtliche Erscheinungen der Gerechtigkeit selbst zu erkennen und schließlich in ihrem Feldzeichen nur mehr den bekannten ›Fetzen Tuch‹ sehen. Nur ein beständig aktiver praktischer Rechtsglaube wird von diesen Ermüdungserscheinungen der Wirklichkeitserfahrung bewahren.«³⁴

Es spricht also alles für eine Desillusionierung, gegen die unsichtbare Flagge. Aber die Desillusionierung ist schlecht. Sie ist eine Gefahr. Deshalb muß man glauben. Für den Rechtshistoriker jedenfalls, schrieb er in den hermeneutischen Notizen, gibt es kein Zurück hinter einen illusionslosen Neopositivismus. Desillusionierung ist schlecht. Illusionsloser Neopositivismus ist gut. Ist da nicht ein Widerspruch? Rechtsgeschichte ist positivistische Wirklichkeitswissenschaft. Ist da nicht schon wieder einer? Positivismus und Idealismus lassen sich eben nicht miteinander vereinbaren. Das Ergebnis ist häufig, wie hier, ein Idealismus mit kulturpessimistischen Nuancen. Und Kulturpessimismus ist bekanntlich, und nicht die Desillusionierung, eine wirkliche Gefahr³⁵.

Aber nicht nur der idealistische Grundgedanke der Methode *Franz Wieackers* ist mit seiner positivistischen Forderung nach einem Verzicht auf philosophische oder rechtsphilosophische Vorentscheidungen unvereinbar. Auch sein hermeneutischer Ansatz widerspricht dem.

Das zeigte sich schon bei der Abgrenzung der Rechtsgeschichte zur allgemeinen

³³ Eranion S. 355.

³⁴ PGN S. 570 f.

³⁵ *Fritz Stern*, Kulturpessimismus als politische Gefahr, 1963. Vgl. noch PGN S. 25.

Geschichte. Für *Wieacker* ergibt sich ihre Eigenständigkeit aus der Notwendigkeit von Rechtserfahrung für das rechtshistorische Verstehen, also aus einer Anwendung und Übertragung der *Diltheyschen* Hermeneutik der historischen Geisteswissenschaften auf den Sachbereich Recht. *Diltheys* Begründung für die Möglichkeit geisteswissenschaftlicher Erkenntnis – das erkennende Subjekt bezieht sich auf einen Objektbereich, mit dem es die Strukturen der Subjektivität teilt – wird auf die spezielle Situation der Geschichte des Rechts übertragen, übrigens in einer für diese Hermeneutik durchaus zulässigen Weise. Und es ist dies selbstverständlich auch eine für eine rechtshistorische Methodik grundsätzlich mögliche Entscheidung. Aber es ist eine philosophische Vorentscheidung, nämlich darüber, daß Recht eine rein geistige, ideale Qualität hat. Das ergibt sich aus der Annahme der Subjektidentität zwischen Rechtshistoriker als verstehendem und dem historischen Recht als dem verstandenen Geist. In Anknüpfung an idealistische Traditionen kann diese besondere Stellung von Subjekt und Objekt bei *Dilthey* so gedeutet werden, als begegnete der Geist in den Objektivationen des Geistes sich selbst³⁶. Übertragen auf die Rechtsgeschichte bedeutet es: Das Recht ist eine Objektivation des Geistes. Recht kann aber, philosophisch gesehen, durchaus etwas anderes sein. Zum Beispiel Produkt der materiellen Produktionsverhältnisse³⁷. *Wieackers* hermeneutische Abgrenzung ist also nicht nur eine philosophische, sondern auch noch eine rechtsphilosophische Vorentscheidung. Beides ist dem wirklichkeitswissenschaftlichen Rechtshistoriker verboten. Der hermeneutische Ansatz *Wieackers* ist mit seiner positivistischen Forderung nicht vereinbar.

Wir haben davon auszugehen, daß *Wieacker* diese Widersprüche kennt, und deshalb die Frage zu stellen, warum er sie in Kauf nimmt. Wo ist der Grund für diese methodologische Kontamination? Einen Hinweis auf die Antwort gibt eine andere Eigenheit seiner Methode, die mit dieser Widersprüchlichkeit in enger Beziehung steht, nämlich die teilweise außerordentlich starke Unklarheit und bisweilen irreführende Unschärfe in der Darstellung seiner methodischen Entscheidungen.

Er beruft sich auf die Hermeneutik *Gadamers*. Aber seine Hermeneutik ist – nach der Ablehnung von Wirkungsgeschichte und Applikation im historischen Verstehen – nicht die *Gadamersche*, sondern, wie gezeigt, die von *Wilhelm Dilthey* (den er nicht nennt). Er beruft sich für seine Typenbildung auf die sachlogischen Strukturen bei *Hans Welzel*. Seine Sachstrukturen stehen aber den Idealtypen *Max Webers* viel näher als den sachlogischen Strukturen *Welzels*. Jene haben wie bei *Wieacker* experimentellen, heuristischen Charakter, sind von vornherein nur Denkmodelle, die immer wieder überprüft werden müssen³⁸. Diese aber haben ontologischen Charakter, auch als Schranke für den Gesetzgeber³⁹, stehen also außerhalb jeglichen Experiments. *Wieacker* beruft sich auf den Neopositivismus und erhärtet diesen Hinweis durch seine naturwissenschaftliche Terminologie bei der Beschreibung des hermeneutischen Experiments⁴⁰. In Wirklichkeit aber ist er mit seiner suchenden und tastenden Methode vom Physikalismus der Wiener Schule ebensoweit entfernt wie *Gada-*

³⁶ *Jürgen Habermas*, (Anm. 15) S. 96.

³⁷ *Karl Marx*, Das Kapital, Band 1, MEW 23.643 A. 73.

³⁸ Die Lehre der Idealtypen ist entwickelt in dem 1904 geschriebenen Aufsatz über »Die ›Objektivität‹ sozialwissenschaftlicher und sozialpolitischer Erkenntnis« in: *Max Weber*, Gesammelte Aufsätze zur Wissenschaftslehre (3. Aufl. 1968) S. 190–214.

³⁹ *Hans Welzel*, Naturrecht und materiale Gerechtigkeit (2. Aufl. 1955) S. 197

⁴⁰ Notizen S. 15–17

mers Hermeneutik von der grammatisch-logischen Methode des frühen Wittgenstein.

Diese Unschärfe hat ihren Grund. Ein Mann, der wie kein anderer seines Faches die Schwierigkeiten sieht, die sich bisher jedem klar formulierten Versuch einer einheitlichen positivistischen oder idealistischen Wissenschaftstheorie entgegengestellt haben, zögert bei der Formulierung seiner eigenen Position. Er sieht die Einwände und beschränkt sich auf Andeutungen. Er sieht die Problematik einer eindeutigen Entscheidung für eine idealistische Geschichtsauffassung und differenziert sie in hermeneutische Teilentscheidungen (Abgrenzung zur allgemeinen Geschichte) und sehr vorsichtig formulierte allgemeine idealistische Vorstellungen (allmähliches Vergewissern einer überzeitlichen Rechtserfahrung). Um den Weg dorthin möglichst objektiv zu gestalten, wird gegen idealistische Übertreibungen in großen kreisenden Linien für die wissenschaftliche Technik eine positivistische Barriere aufgestellt (hermeneutisches Experiment), die nebenbei im Ernstfall auch noch dazu dienen kann, unter Hinweis auf ihr Verbot philosophischer Vorentscheidungen jeden Angriff auf den eigentlichen Inhalt der Lehre zunächst einmal im Namen der objektiven Wissenschaft abzuwehren. Wissenschaftslogisch ist diese Kombination nicht möglich. Wissenschaftshistorisch hat sie große Vorgänger. Ich meine vor allem *Max Weber*, mit dem *Wieacker* mehr verbindet, als er auf den ersten Blick ahnen läßt.

Mit *Max Weber* verbindet ihn nicht nur die Entscheidung für eine heuristische Typenbildung. Sie hat im übrigen bei beiden ähnliche Gründe. *Max Weber* versuchte, mit seinen Idealtypen das Abgleiten der Sozialwissenschaft in naturwissenschaftliche Gesetzesgläubigkeit und in geisteswissenschaftliches Individualisieren zu vermeiden. Sie sind für ihn ein Kompromiß, ebenso wie sie für *Wieacker* der Ausweg sind aus dem vermeintlichen Dilemma eines Gegensatzes von Gesetzmäßigkeit des Rechts und individuellem Charakter der Geschichte. Mit *Max Weber* verbindet ihn darüber hinaus die Entscheidung für die Wertfreiheit (Verbot von philosophischen Vorentscheidungen) auf der einen Seite und eine letztlich idealistische Grundposition auf der anderen. Beiden gemeinsam ist die pessimistische Neigung zu methodischer Unschärfe. Mit *Max Weber* verbindet ihn das Bewußtsein von den Schwierigkeiten bei der Verteidigung seiner Grundentscheidung für eine idealistische Geschichtsauffassung. Beide haben das methodische Konzept, unhaltbar gewordenen idealistische Positionen zu räumen, und die Überzeugung von der Notwendigkeit des Widerstands gegen die materialistische Geschichtsauffassung, mit der sich beide übrigens nie direkt, sondern immer nur indirekt auseinandergesetzt haben. Und mit *Max Weber* verbindet ihn die Ablehnung jeglicher Handlungsorientierung in der Wissenschaft.

Die Ablehnung der *Gadamerschen* Applikation durch einen Rechtshistoriker ist im Grunde genommen schwer zu verstehen, zumal dann, wenn auch für ihn die Enthistorisierung der Rechtswissenschaft ein Mißerfolg der Rechtsgeschichte ist. Die Hermeneutik *Gadamers* ist eine imponierende Spätkonstruktion des deutschen Idealismus, konsequent in der Vollendung einer immer tiefer in die Subjektivität führenden Entwicklung und bewundernswert in der Wiederherstellung einer traditionsgebundenen Handlungsorientierung. *Bettis* Ablehnung ist konsequent. Er ist Objektivist. *Wieackers* Begründung dagegen, der Rechtshistoriker habe nicht die Verantwortung für die Richtigkeit im praktischen öffentlichen Handeln des Juristen der Gegenwart, kann kaum überzeugen. Haben wir diese Verantwortung wirklich nicht? Zu welchem Zweck halten wir Lehrveranstaltungen in Rechtsgeschichte? Und aus welchem Grunde sind wir

der Meinung, sie müsse wieder stärker in die Ausbildung von Juristen integriert werden? Gibt es eine stärkere Verantwortung für die Richtigkeit im praktischen öffentlichen Handeln des Juristen der Gegenwart als die Verantwortung derjenigen, die diese Juristen ausbilden?

Es gibt in der Tat sehr starke Bedenken gegen die Übernahme der Gedanken *Gadamer*s in die Rechtsgeschichte. Aber sie richten sich gegen die bisherige geisteswissenschaftliche Hermeneutik als Ganzes. Die Einwände sind bekannt⁴¹. Ich fasse sie kurz zusammen. Die Hermeneutik bewirkt einen Rückzug in die Innerlichkeit, der der öffentlichen Verantwortung des Rechtshistorikers widerspricht. Hermeneutik als Nacherleben, Hineinversetzen, Hineinvertiefen ist verbunden mit dem Fehlen jeglicher allgemeiner Kriterien für das Verstehen geschichtlicher Zusammenhänge, mit dem Fehlen von Kriterien, die außerhalb dieser subjektiven Reflexion liegen. Sie gehört in den nicht mehr herstellbaren sozialen Zusammenhang des sehr persönlichen Verhältnisses von Meister und Schüler, in dem der Schüler der Autorität des Meisters folgend bereit ist, sich in dessen Erfahrungen einzuleben. Es ist ein Verstehen, das zwar in dieser Form durch den einen Schüler nachvollziehbar, aber nicht allgemein nachprüfbar ist und damit ungeeignet für Forschung und Lehre an unseren heutigen Hochschulen, in denen Wissenschaft nicht mehr Privatangelegenheit des einzelnen ist, sondern als öffentliche Gemeinschaftsaufgabe betrieben wird. »Es ist in diesem Zusammenhang«, schreibt *Ernst Forsthoff* über die Hermeneutik, »nicht ohne Interesse, daß in der griechischen Antike der Hermeneus nicht sowohl Ausleger und Erklärer als vor allem Kündler, Herold war und als solcher das Vorrecht der Unverletzlichkeit genoß.«⁴² Es ist dieser Verkündungscharakter der Hermeneutik, der sie für uns in dieser Form unbrauchbar macht. Wissenschaft ist Produktivkraft geworden, hat Steuerungsfunktionen erhalten für Wirtschaft und Gesellschaft und ist nicht mehr unverletzliche Weissagung.

Es kommen andere Bedenken hinzu. Die bisherige Hermeneutik ist wesentlich rückwärtsgewendet, traditionsgebunden, konservativ, indem sie Vorstrukturen des Verstehens (*Heidegger*), Vorurteile (*Gadamer*) als legitime Bedingungen des Denkens anerkennt, die die Gewichte zwischen Autorität und Vernunft zu sehr zugunsten der Autorität verschieben. Die Einsicht in die Vorurteilsbedingtheit des Verstehens dient zur Rehabilitierung des Vorurteils als solchen und ist nicht Anlaß zur Kritik. Es fehlt überhaupt ein Bezugssystem, das eine Kritik ermöglicht, das den Zusammenhang in der Tradition als solchen überschreitet und es erlaubt, Überlieferung zu kritisieren. *Marx* und *Engels* haben gezeigt, wie stark Ideologien das Selbstverständnis bestimmen. Die Hermeneutik bleibt bei diesem Selbstverständnis stehen. Ihr genügt es, über die Sprache das jeweilige historische Selbstverständnis hermeneutisch zu ermitteln. Sprache ist aber auch ein Herrschaftsinstrument, dient auch der Legitimation wirtschaftlicher und politischer Macht und ist insoweit ideologisch. Es genügt also nicht festzustellen, was das historische Subjekt von sich selber dachte. Der Historiker muß dieses Selbstverständnis auch ideologiekritisch untersuchen und fragen, welche wirtschaftlichen und gesellschaftlichen Bedingungen es zur Voraussetzung hat. Niemand hat das so klar und einfach beschrieben wie *Marx* und *Engels* in der

⁴¹ Z. B. *Jürgen Habermas* (Anm. 15) S. 173–180; ders., Der Universalitätsanspruch der Hermeneutik, in: Hermeneutik und Dialektik. Hans-Georg Gadamer zum 70. Geburtstag, Hg. v. R. Bubner, K. Cramer, R. Wichl, Band 1 (1970) S. 73–103, *Albrecht Wellmer*, Kritische Gesellschaftstheorie und Positivismus (1969), S. 42–53; *Walter Schulz*, Philosophie in der veränderten Welt (1972) S. 165 f., 522.

⁴² *Ernst Forsthoff*, Recht und Sprache (1940, Ndr. 1964) S. 3.

»Deutschen Ideologie«⁴³: »Während im gewöhnlichen Leben jeder Shopkeeper sehr wohl zwischen dem zu unterscheiden weiß, was jemand zu sein vorgibt, und dem, was er wirklich ist, so ist unsre Geschichtschreibung noch nicht zu dieser trivialen Erkenntnis gekommen. Sie glaubt jeder Epoche aufs Wort, was sie von sich selbst sagt und sich einbildet.« Die bisherige Hermeneutik bietet für solche Untersuchungen keine Möglichkeiten. Sie genügt noch nicht einmal den Mindestanforderungen, die sich aus den Abwandlungen der Lehren von *Marx* und *Engels* etwa durch *Kelsen*, *Topitsch* oder *Mannheim* ergeben. Eine materialistische Hermeneutik, die das leisten könnte, steht erst in den Anfängen.⁴⁴

Neben der Hermeneutik steht in *Wieackers* Methode der Positivismus. Und es ist nicht zu leugnen, daß auch er in der bisherigen Praxis der Rechtsgeschichte tatsächlich eine entscheidende Rolle gespielt hat. *Wieacker* befindet sich hier wieder in enger Nachbarschaft zu *Max Weber* und seiner Forderung nach Wertfreiheit, die durch das heuristische Instrument der Idealtypen ergänzt wird. Aber es erscheint bei ihm noch fast das gesamte übrige Spektrum der Spielarten des neueren Positivismus. Er nennt selbst ausdrücklich den Neopositivismus. Mit seinen Sachstrukturen nähert er sich auch dem Strukturalismus der Nachkriegszeit, wie er sich in struktureller Anthropologie, Linguistik und politischer Systemtheorie entwickelt und ebenfalls bei *Mayer-Maly* Sympathien gefunden hat. Und schließlich nähert er sich mit seiner Beschreibung des hermeneutischen Experiments im Verfahren des trial and error dem kritischen Rationalismus von *Popper* und *Albert*. Diesen verschiedenen Spielarten gemeinsam ist der auch von *Wieacker* erhobene Anspruch, voraussetzungslose Wissenschaft darzustellen. Sie versuchen, Geistes- und Sozialwissenschaften von metaphysischer Spekulation zu befreien und nach dem Muster der Naturwissenschaften zu strukturieren mit dem Ziel der Exaktheit der wissenschaftlichen Erkenntnis durch Nachprüfbarkeit, Wiederholbarkeit, Intersubjektivität und möglichst weitgehende Ausschaltung des Qualitativen zugunsten des Quantitativen und Berechenbaren. Sie erheben alle den Anspruch, unpolitisch zu sein, sind grundsätzlich induktiv, analytisch, experimentell und unsystematisch, weil sie bewußt auf einen übergreifenden Zusammenhang verzichten. Sie stehen damit im Gegensatz zu Idealismus und Materialismus, die beide in ihrem Selbstverständnis politisch sind und grundsätzlich deduktiv, synthetisch, historisch und systematisch. Der methodische Positivismus ist in allen seinen Spielarten unhistorisch. Das gilt im Endergebnis auch für Poppers Theorie der Randbedingungen⁴⁵ und ist für uns als Rechtshistoriker der erste schwerwiegende Einwand.

Ohne Zweifel hat der historische Positivismus in der Vergangenheit seine Verdienste gehabt, auch und besonders in der Rechtsgeschichte. Wir haben ihm zu verdanken eine nun fast vollständige Sammlung und Sichtung des unmittelbar juristischen historischen Materials, ohne die wir nicht weiterarbeiten könnten und auf der wir aufbauen müssen. Aber, und das ist nur eine andere Formulierung der eben getroffenen Feststellung, der Positivismus sei unhistorisch, er hat sich weitgehend nur an den äußeren Erscheinungen orientiert, wie *Wieacker* es ja auch ausdrücklich formuliert hat. Das hat nicht nur zur Folge, daß man eben nur die Teile in der Hand hat und nicht das einigende Band, sondern das hat auch noch eine andere Folge.

Die Beschränkung historischer Arbeit auf die Feststellung der äußeren Erscheinungen führt nämlich notwendigerweise zur Selbsttäuschung über die Möglich-

⁴³ MEW 3.49.

⁴⁴ *Hans Jörg Sandkühler*, *Praxis und Geschichtsbewußtsein* (1973) S. 398–407

⁴⁵ Vgl. *Walter Schulz* (Anm. 14) S. 84–86.

keit, philosophische Vorentscheidungen zu vermeiden. Wissenschaft wird zur Ideologie. Wir kennen das aus der praktischen Jurisprudenz. Der juristische Positivismus lebte von der Illusion, der Jurist könne Entscheidungen treffen ohne eigene Wertungen im Wege rein logischer Deduktion aus dem System der Rechtsnormen. Diese Illusion haben wir inzwischen überwunden, ohne allerdings bis jetzt zu wissen, woher der Jurist denn nun die Kriterien für die notwendigen eigenen Entscheidungen nehmen soll.

Ähnlich ist es in der allgemeinen Geschichte. Langsam wird sich auch dort das Bewußtsein durchsetzen, daß man ohne eigene philosophische Vorentscheidungen nicht feststellen kann, wie es nun eigentlich gewesen ist⁴⁶. In den Sozialwissenschaften ist der Streit um den Positivismus schon seit vielen Jahren im Gange⁴⁷. Und die dort von positivistischer Seite vorgeschlagenen Lösungen haben längst nicht mehr die alte Überzeugungskraft der *Weberschen* Wertfreiheit, die noch einmal für immerhin mehr als ein halbes Jahrhundert die Diskussion beenden konnte. Sie entschwinden für die historische Arbeit in die sehr formalistische und praktisch nutzlose Theorie *Poppers* von den sogenannten Randbedingungen⁴⁸.

Und so bleibt auch hier als entscheidender – zweiter – Einwand gegen das Programm des Positivismus die schon von Herbert Marcuse formulierte meisterhafte Kritik an *Max Weber*, daß eben die angeblich reine wertfreie wissenschaftliche Begriffsbildung gar nicht möglich ist und immer schon mit unbewußter philosophischer und politischer Wertsetzung verbunden gewesen ist. *Marcuse* hat das gezeigt an einem der abstraktesten der von *Max Weber* benutzten Begriffe, an seiner »Rationalität«⁴⁹. Er hat gezeigt, welches die politische Funktion solcher angeblich wertfreien abstrakten wissenschaftlichen Begriffe ist, nämlich philosophisch-politische Apologetik, ideologische Verteidigung des politischen Status quo. Die Rationalität bei *Max Weber* dient der Apologie des Konkurrenzkapitalismus, die sich im Fortgang der Analyse – in »Wirtschaft und Gesellschaft« – zur politischen Denunziation und Anklage entwickelt unter dem schützenden Dach des Postulats wissenschaftlicher Wertfreiheit. Wissenschaft wird zur Ideologie, weil sie sich nicht selbst ideologiekritisch in Frage stellt.

Ob Wertfreiheit oder illusionsloser Neopositivismus: Das gleiche gilt auch für die Rechtsgeschichte. Die Beschränkung auf die Ermittlung und ordnende Sichtung des formalen Bestandes abstrakter Normen in einer historischen Zeit und ihrer jeweiligen Veränderung im geschichtlichen Wandel muß in gleicher Weise mindestens ebenso ideologisch und apologetisch bleiben, solange man davon absieht, die dahinter liegenden sozialen Konflikte zu analysieren, solange man nur die juristischen Erscheinungen betrachtet und nicht das gesellschaftlich Wesentliche, nur die Form und nicht den Inhalt, solange man, mit anderen

⁴⁶ Jetzt auch Ansätze bei *Hans-Ulrich Wehler* (Anm. 18) S. 57 f., 69 f., 72 und in manchen der Beiträge der von ihm herausgegebenen Sammelbände: *Geschichte und Psychoanalyse* (1971), *Geschichte und Soziologie* (1973) und *Geschichte und Ökonomie* (1973).

⁴⁷ *Theodor W. Adorno* u. a., *Der Positivismusstreit in der deutschen Soziologie* (1969). Ein vorzüglicher Bericht – auch über die Fortsetzung auf der Frankfurter Tagung 1969 – bei *Walter Schulz* (Anm. 14) S. 158–178. Sehr klar, auf dem Stand von 1967: *Margherita von Brentano*, *Die unbescheidene Philosophie. Der Streit um die Theorie der Sozialwissenschaften*, *Das Argument*, Heft 43 (1967) S. 102–116.

⁴⁸ *Walter Schulz* (Anm. 14) S. 84–87.

⁴⁹ Sein 1964 auf dem Heidelberger Soziologentag gehaltener Vortrag in: *Herbert Marcuse*, *Kultur und Gesellschaft*, Band 2 (1965) S. 107–129 (»Industrialisierung und Kapitalismus im Werk Max Webers«).

Worten, vergißt, daß das Recht ebensowenig eine eigene Geschichte hat wie etwa die Religion⁵⁰. Ein Beispiel soll das verdeutlichen.

Es würde keineswegs ausreichend sein, bei der Darstellung der Entwicklung der Vertragsfreiheit im 19. Jahrhundert nur zu beschreiben, wie sie sich gegen feudale Bindungen und merkantil-absolutistische Reglementierungen zu Beginn des Jahrhunderts allmählich durchgesetzt und bis zum Ende des Jahrhunderts behauptet hat. Eine positivistische Geschichtsschreibung hätte in der Tat nur die einzelnen Regelungen darzustellen, ihre Veränderung und deren zeitlichen Ablauf zu beschreiben, wie also und wann und wo im allgemeinen Vertragsrecht, im Arbeits-, Miet-, Boden- und Gewerbebereich alte Bindungen und staatliche Reglementierung aufgehoben worden sind und privatvertragliche Freiheit hergestellt wurde. Dies allein würde dem Programm einer wirklichkeitswissenschaftlichen Rechtsgeschichte entsprechen, die sich nur an den eindeutigen Fakten orientiert, als die man die äußeren Erscheinungen einer angeblich eigenständigen Rechtsentwicklung betrachtet: Die Darstellung einer fortschreitenden Entwicklung der Freiheit im Vertragsrecht.

Aber nicht einmal *Franz Wieacker* ist in seiner eigenen rechtshistorischen Arbeit bereit, diese methodische Forderung zu erfüllen. Er schildert den Hintergrund und soziale Konflikte⁵¹. Die Pandektenwissenschaft sei insofern ein Werkzeug zur Aufrechterhaltung gesellschaftlichen Unrechts gewesen. Die Vertragsfreiheit hätte zur Folge gehabt die bewußte und ausdrückliche Unterprivilegierung der Lohnarbeit. Dieses Unrecht sei jedoch nicht zurückzuführen auf die romanistischen Ursprünge des Pandektenrechts. Die Pandektenwissenschaft habe vielmehr unabhängig davon notwendigerweise allgemein dem Geist der Zeit unterlegen. Man könne ihr aber den Vorwurf machen, daß sie den Mißbrauch des abstrakten Privatrechts nicht verhindert habe.

Die Urteile *Wieackers* sind zum Teil unzutreffend. Das war nicht ein Mißbrauch abstrakten Rechts. Das war seine normale Funktion. Der abstrakte Charakter des römischen Privatrechts beruhte doch gerade darauf, daß unter römischen Bürgern schon in republikanischer Zeit sich die Momente der einfachen Warenwirtschaft entwickelt hatten. Deshalb wurde es auch als Rechtsform der modernen bürgerlichen Warenwirtschaft rezipiert. Idealisierter Ausdruck dieser modernen Warenwirtschaft war eine Dreieinigkeit gerade von abstrakten Freiheitsrechten, nämlich des Eigentums, der Freiheit und der Gleichheit, die in dieser Form auch zuerst von den italienischen, englischen und französischen Ökonomen des 17. und 18. Jahrhunderts formuliert worden sind⁵².

Eine erschöpfende Untersuchung und Darstellung der Vertragsfreiheit – die *Wieacker* übrigens dort nicht beabsichtigte – hätte diesen Hintergrund zu untersuchen und darzustellen, und auch das millionenfache namenlose Leid, das diese Freiheit den Arbeitern und Bauern gebracht hat, und die wirtschaftliche Funktion der sogenannten Bauernbefreiung⁵³. Und in der Tat könnte man an dieser Stelle dann auch noch die Frage stellen, ob hier nicht doch in gewisser Weise von diesen Arbeitern und Bauern wie von den Bürgern eine überzeitliche oder übergeschichtliche Erfahrung von Recht gemacht, oder ob nur ein Jahrhundert lang, wie *Wieacker* meint, abstraktes Recht mißbraucht worden ist. Ob der Zweck dieser Abstraktion nicht von vornherein doch gerade gewesen ist,

⁵⁰ *Karl Marx und Friedrich Engels*, Die deutsche Ideologie, MEW 3.63.

⁵¹ PGN S. 442 f.

⁵² *Karl Marx*, Grundrisse der Kritik der politischen Ökonomie (Rohentwurf), Ndr. o. J. (1967) S. 915 f.

⁵³ Eine sehr gute Darstellung jetzt bei *Andreas Kaiser*, Zum Verhältnis von Vertragsfreiheit und Gesellschaftsordnung während des 19. Jahrhunderts, Diss. Berlin 1972.

das in eine juristische Form zu bringen, was das Kommunistische Manifest schon 1848 als ihren Inhalt beschrieben hat: »Die Bourgeoisie, wo sie zur Herrschaft gekommen, hat alle feudalen, patriarchalischen, idyllischen Verhältnisse zerstört. Sie hat die buntscheckigen Feudalbande, die den Menschen an seinen natürlichen Vorgesetzten knüpften, unbarmherzig zerrissen und kein anderes Band zwischen Mensch und Mensch übriggelassen als das nackte Interesse, als die gefühllose bare Zahlung.«⁵⁴ Selbstverständlich hatte die neue Freiheit auch ihre positive Bedeutung, war sie Teil der Weiterentwicklung der Produktivkräfte, war sie damit auch Ursache der später einsetzenden relativen Verbesserung der Lage der Arbeiter. Und es ist durchaus möglich und wahrscheinlich, daß sie im Einzelfall damals schon für manchen bisher leibeigenen Bauern eine Erlösung gewesen ist. Aber sie war eben auch, und das darf jedenfalls nicht verschwiegen werden, das außerordentlich wirksame Instrument einer vorher nicht bekannten Ausbeutung der Arbeiter und der freigesetzten Bauern durch das Kapital.

Entscheidend bleibt: Die positivistische Beschränkung rechtshistorischer Arbeit auf die Feststellung des formalen Bestandes abstrakter Normen, auf die Darstellung der äußeren Erscheinungen des Rechts, hier also auf die Darstellung der einzelnen Rechtsinstitute und die zeitliche Abfolge ihrer Veränderung in der allmählichen Durchsetzung der Vertragsfreiheit wäre auf jeden Fall ideologisch und apologetisch. Wir kommen nicht darum herum, gleichzeitig die zugrunde liegenden wirtschaftlichen Interessen und sozialen Konflikte zu analysieren und festzustellen, wem das formale Regelwerk im Endergebnis genützt und wem es geschadet hat. Die Analyse sozialer Konflikte aber ist ohne eine mindestens wertbeziehende Interpretation, ohne philosophische oder rechtsphilosophische Vorentscheidungen nicht möglich. Also ist die positivistische Forderung irreführend. Niemand bestätigt das deutlicher als *Franz Wieacker* selbst. Methodisch bestätigt er es mit einer konservativ-idealistischen Grundeinstellung, die neben seiner positivistischen Forderung steht, auf philosophische Vorentscheidungen zu verzichten. Und praktisch bestätigt er es, wie das Beispiel der Vertragsfreiheit zeigt, in seiner eigenen rechtshistorischen Arbeit.

IV. Vorschläge für die Zukunft

Nachdem wir nun festgestellt haben, daß der illusionslose Positivismus eine Illusion gewesen ist, müssen wir uns fragen, welche andere methodische Grundlage wir für unsere Arbeit finden können.

Wir stehen zunächst vor der Alternative einer idealistischen oder materialistischen Methode, also vor der Frage, ob wir für unsere künftige Arbeit methodisch davon ausgehen wollen, daß das Verhalten, das die Geschichte gestaltet, von Ideen bestimmt ist, genauer gesagt: vom »Fortschritt des menschlichen Geistes«, und daß diese Ideen wiederum auf dem Wege rein geistiger Prozesse den handelnden Personen eingegeben werden⁵⁵, die im Fall der Entstehung und Veränderung von Recht noch, wie wir gesehen haben, von einer besonderen Qualität sind, oder ob wir den materiellen Produktionsprozeß als Grundlage der gesamten Geschichte, die jeweiligen ökonomischen Verhältnisse als die

⁵⁴ *Karl Marx und Friedrich Engels*, Manifest der Kommunistischen Partei, MEW 4.464.

⁵⁵ *Joseph A. Schumpeter*, Geschichte der ökonomischen Analyse (1965) S. 545.

reale Grundlage ansehen sollen, aus der der gesamte Überbau der rechtlichen und politischen Einrichtungen sowie der religiösen, philosophischen und sonstigen Vorstellungen eines jeden Zeitabschnitts in letzter Instanz zu erklären ist⁵⁶, also wie *Karl Marx* es in der wohl bekanntesten Zusammenfassung des historischen Materialismus 1859 im Vorwort zur »Kritik der Politischen Ökonomie« formuliert hat: »Es ist nicht das Bewußtsein der Menschen, das ihr Sein, sondern umgekehrt ihr gesellschaftliches Sein, das ihr Bewußtsein bestimmt.«⁵⁷

Es gibt im übrigen scheinbar noch eine dritte Möglichkeit. Als Beispiel sei die theoretische Position *Hans-Ulrich Weblers* genannt⁵⁸. Er sieht die von *Marx* und *Engels* entwickelte materialistische Geschichtsauffassung an als die bisher beste Forschungs- und Erklärungsstrategie zur Erfassung der wechselseitigen Verschränkung von Produktivkräften und Produktionsverhältnissen, Gesellschaft und Wirtschaft, Herrschaft und Ideologie. Diese Verschränkung sei jedoch so eng, daß man es offen lassen könne, und logischerweise auch offen lassen müsse, ob in diesem Prozeß das entscheidende Agens der Geschichte wirklich im Ökonomischen zu sehen sei. Man kann dies als ein Konglomerat von materialistischen und idealistischen Ansätzen bezeichnen. Es ist eine pluralistische Methode. In ähnlicher Form findet sie sich auch schon bei *Max Weber*.

Auch *Max Weber* sieht die starken Einflüsse ökonomischer Bedingungen auf Kultur und Gesellschaft. Seine Lösung für die entschiedene Bekämpfung der materialistischen Geschichtsauffassung besteht darin, daß er die Suprematie des Ökonomischen bestreitet und die Meinung vertritt, es gebe außer den ökonomischen noch zahllose andere Determinanten. Er nennt politische und religiöse, klimatische und geographische⁵⁹. Die beiden letzten hat man aber ohnehin zum Bereich der materiellen Produktion, also zum ökonomischen Bereich zu zählen. Wir können sie vernachlässigen. Sein berühmtestes Beispiel stammt aus dem Bereich der Religion. Es ist nicht nur zur Beurteilung *Max Webers* wichtig. Es ist sozusagen die cause célèbre der idealistischen Geschichtsauffassung geworden, seit siebzig Jahren immer wieder genannt als – im Grunde einziger ernsthafter – Einwand gegen die materialistische. Sehen wir sie uns etwas genauer an.

In seinem Aufsatz »Die protestantische Ethik und der Geist des Kapitalismus« hat er die These vertreten, der von *Calvin* geprägte asketische Protestantismus habe entscheidenden Einfluß gehabt auf die von ihm als Rationalisierungsprozeß verstandene Entwicklung des modernen Kapitalismus⁶⁰. Ideen können also in entscheidender Weise Produktivkräfte und Produktionsverhältnisse beeinflussen und verändern, nicht nur umgekehrt. Das ist seine These. Ich nenne nur einen Einwand, der allein schon zeigt, wie fragwürdig sie ist.

Er stammt von *Jürgen Kocka* und ist grundsätzlicher, methodologischer Natur⁶¹. *Max Weber* sieht die Wirklichkeit als ein Chaos von Kausalbeziehungen, als »heterogenes Kontinuum«. Sie kann für ihn nur dadurch strukturiert werden, daß durch sehr persönliche Entscheidung und aufgrund sehr

⁵⁶ *Friedrich Engels*, Anti-Dühring, MEW 20. 25.

⁵⁷ MEW 13, 8 f.

⁵⁸ *Hans-Ulrich Webler* (Anm. 18) S. 54, 72.

⁵⁹ In der »Objektivität« (Anm. 38) S. 166–170.

⁶⁰ *Max Weber*, Gesammelte Aufsätze zur Religionssoziologie, 1. Band (2. Aufl. 1972) S. 17–206.

⁶¹ *Jürgen Kocka*, Karl Marx und Max Weber im Vergleich, in: Geschichte und Ökonomie, hg. v. *Hans-Ulrich Webler* (1973) S. 60–62, 66. Vgl. noch *Leo Strauss*, Naturrecht und Geschichte (1956) S. 60–62.

persönlicher Wertideen die Auswahl des Wesentlichen getroffen wird⁶². Da nun die Stoffauswahl durch Wertentscheidung bedingt wird, ist es allerdings das Ergebnis mindestens teilweise auch. So jedenfalls hier. *Max Weber* bewegt sich von vornherein nur im begrenzten Rahmen der Untersuchung des Puritanismus und seiner Tendenz zum asketischen Leistungsprinzip. Daneben steht aber, von ihm nicht behandelt, der Pietismus, der auf den gleichen religiösen Ideen, auf der gleichen protestantischen Ethik beruht, aber gerade nicht zu nüchterner Askese und Arbeitsethos geführt hat wie der Puritanismus. Zur Erklärung dieses Unterschieds müsste *Weber* nun weitere Gründe für das Umschlagen calvinistischer Religiosität in weltoffene Tüchtigkeit suchen. Diese Gründe müssten jedenfalls außerhalb der gemeinsamen Grundlage der protestantischen Ethik liegen und erklären, wie sie einmal in aktives wirtschaftliches Handeln und das andere Mal in die passive Innerlichkeit führen kann.

Nichts liegt näher als die Annahme, daß es eben doch ökonomische Ursachen gewesen sind, die den Ausschlag gegeben haben für die Verbreitung des Calvinismus. Er breitete sich aus, weil er auch als direkte Legitimation des kapitalistischen Leistungsprinzips dienen konnte, weil also der Satz: »Ich will, dieweil ich kann«, den *Jacob Fugger* der Ältere schon vorher in weltlicher Prosa gesprochen hatte, nun endlich erhoben worden war in die Sprache der protestantischen Ethik. Die *cause célèbre* der idealistischen Geschichtsauffassung endet doch wohl eher mit dem gelungenen Anscheinsbeweis des Gegenteils. Aber sehen wir uns um im eigenen Bereich der Rechtsgeschichte. Bestimmt hier das Bewußtsein das Sein oder das gesellschaftliche Sein das Bewußtsein? Zwei Beispiele sollen das verdeutlichen.

Nehmen wir die Vertragsfreiheit im 19. Jahrhundert. Hat die Vertragsfreiheit allein als Idee die phantastische Entwicklung der Produktivkräfte in diesen einhundert Jahren verursacht? Oder war das Prinzip der Vertragsfreiheit die notwendige Folge und Ursache zugleich der seit langem angelegten Entwicklung von Produktivkräften und Produktionsverhältnissen? Wenn es die Idee war, die hier allein die Ursache gesetzt hat, dann ist schwer einzusehen, warum dann die fürchterlichen Folgen für Millionen von Arbeitern und Bauern nicht ideell mitbedacht worden sind und die Idee sich nicht insofern einfach hätte einschränken können im Angesicht so großen Leides. Wenn es aber die Entwicklung der Produktivkräfte war, die hier die treibende Kraft gewesen ist, der Aufbau von Großindustrie und Großlandwirtschaft, dann war das Elend die notwendige »Abstinenz«, nämlich die Anspannung der Kraft von Millionen bei äußerster Verknappung des Konsums zugunsten der Investition, dann war es die Voraussetzung für die stürmische Industrialisierung, und die Vertragsfreiheit war nur das unerläßliche juristische Instrument zu ihrer Durchsetzung, das mit der Idee der Freiheit zugleich das gesellschaftliche Unrecht ideologisch verdeckte.

Oder denken wir an die Rezeption des römischen Rechts. Warum hat am Ende des Mittelalters, zu Beginn der Neuzeit, das römische Recht fast überall in Europa die einheimischen Rechte verdrängt? Das war ein sehr langwieriger und komplexer Vorgang, und es ist nicht leicht, eine einfache Antwort zu geben. *Wieacker* sieht in ihm im wesentlichen einen Prozeß der Verwissenschaftlichung des Rechtswesens. Die Rezeption ist für ihn die erfolgreiche Durchsetzung der rationalen, überregionalen und unparteiischen Rechtspflege, die damals in die Hände von juristischen Fachleuten kam, die von örtlichen und

⁶² In der »Objektivität« (Anm. 38) S. 172–185.

ständischen Interessen weitgehend unabhängig und durch ihre formale geistige Technik dem weniger rationalen, weniger berechenbaren alten Recht überlegen waren. Diese wissenschaftliche Rationalität sei es gewesen, durch die das römische Recht seine Überlegenheit begründete⁶³.

Wirtschaftliche Gründe dagegen hätten keine Rolle gespielt. Diese Meinung sei früher teilweise vertreten worden. Danach habe sich das römische Recht durchgesetzt, weil es den Verkehrserfordernissen einer zunehmenden Differenzierung des sozialen und wirtschaftlichen Lebens an der Schwelle der Neuzeit besser entsprochen habe als das mittelalterliche Recht. Das sei jedoch falsch und überholt. Denn das römische Recht sei nicht eigentlich wirtschaftsfreundlich gewesen, jedenfalls nicht in höherem Maße als das alte deutsche Recht. Es sei aber in einem höheren Maße rational, fortgeschritten und biegsam gewesen, und darin habe seine Überlegenheit bestanden⁶⁴.

Die Frage ist nicht so ganz unwichtig. Auch *Wieacker* weiß das. Es geht immerhin um einen Prozeß, den man als den wichtigsten bezeichnen kann in der europäischen Rechtsentwicklung der Neuzeit, der sich über mehrere Jahrhunderte erstreckte, sich in seinen Anfängen im 12. Jahrhundert entwickelt und sich erst im 15. und 16. Jahrhundert vollendet hat. *Wieacker* stellt fest: Wirtschaftliche Gründe waren es nicht. Es war die Rationalität, die wissenschaftliche Qualität, mit anderen Worten: Es war die formale geistige Überlegenheit, also ein geistiger Vorgang. Die idealistische Geschichtsauffassung ist gerettet. Die materialistische wird der ewigen Verdammnis anheimgegeben: Sie ist längst überholt.

Wir stoßen hier allerdings auf einen interessanten Begriff. Eigentlich haben wir ihn schon lange erwartet, seitdem wir in methodischen Fragen eine sehr weitgehende Übereinstimmung mit *Max Weber* gefunden haben: die Rationalität. Sie ist die zentrale Kategorie seiner Darstellung von »Wirtschaft und Gesellschaft«. Sie hat bei beiden eine ähnliche Funktion. Bei *Max Weber* ist sie eine sehr formale und angeblich wertfreie wirtschaftliche Kategorie, die in Wirklichkeit die Wertentscheidung für die Verteidigung des Konkurrenzkapitalismus verdeckt. Bei *Franz Wieacker* ist sie eine sehr formale, geistige und juristische Kategorie, die in Wirklichkeit die Erkenntnis der wirtschaftlichen Ursachen dieses Vorganges verdrängt. Wichtiger als diese Gemeinschaft ist hier allerdings, daß *Max Weber* im Gegensatz zu *Wieacker* den ökonomischen Charakter dieser Kategorie erkannt hat.

Seit *Max Weber* wissen wir, daß Rationalität eine fundamentale wirtschaftliche Funktion hat, daß Berechenbarkeit und Vorsehbarkeit auch und gerade im Recht für die Entwicklung von Großhandel und Manufaktur, Großindustrie und Großlandwirtschaft von entscheidender Bedeutung waren. Können wir, unter Berufung auf die Eigenständigkeit der Rechtsgeschichte, einfach daran vorbeigehen? Ist es nicht auch für uns selbstverständlich, daß die damals in der mittelalterlichen Gesellschaft und besonders in den Städten einsetzende Entwicklung zu einer kapitalistischen Form der Produktionsverhältnisse der Grund gewesen ist für die Aufnahmebereitschaft gegenüber einem in dieser rationalen Form strukturierten römischen Recht, einer Aufnahmebereitschaft übrigens, die *Wieacker* als solche erkennt und die er besonders in den Städten feststellt⁶⁵. Die Rationalität, insofern hat *Wieacker* recht, war Bedingung der Assimilation des römischen Rechts. Grundlage dieser Assimilation aber war die in der mittel-

⁶³ PGN S. 123–152, vgl. bes. S. 131 f., 148, 151.

⁶⁴ PGN S. 150 f.

⁶⁵ PGN S. 143 f.

terlichen Gesellschaft im Keim angelegte Entwicklung zur kapitalistischen Wirtschaft. Die Übernahme des römischen Rechts hatte nur den Vorteil, daß hier in ausgearbeiteter Form schon ein wissenschaftliches Recht vorhanden war, das sonst erst von den Juristen des ausgehenden Mittelalters selbst mühselig hätte geschaffen werden müssen⁶⁶. Das römische Recht war, wie *Friedrich Engels* es in einem Brief an *Karl Kautsky* formuliert hat, vollendetes Recht der einfachen, vorkapitalistischen Warenproduktion, die aber auch die Rechtsverhältnisse der kapitalistischen Periode meist einschließt: »Also, was unsere Städtebürger bei ihrem Aufkommen brauchten, und im heimischen Gewohnheitsrecht nicht fanden.«⁶⁷ Auch bei konservativen Wirtschaftshistorikern würden wir nur kopfschüttelnder Verwunderung begegnen, wenn wir ihnen erklärten: Wirtschaftliche Gründe für die Rezeption des römischen Rechts hat es nicht gegeben. Es war seine Rationalität.

Lassen wir es mit diesen beiden Beispielen genügen. Sie zeigen sehr deutlich – für zwei nicht unbedeutende Abschnitte der Rechtsgeschichte – die Notwendigkeit einer Entscheidung für die materialistische Theorie. Außer dieser Evidenz von Beispielen gibt es wohl Gründe, die für die eine oder andere Lösung sprechen. Sie sind jedoch nicht wissenschaftslogischer, sondern wissenschaftspolitischer Natur, beruhen auf Wertentscheidungen, wie *Max Weber* sie genannt hat. Wir stehen eben heute vor der Erkenntnis, daß nicht nur die Stoffauswahl, sondern auch die Wahl der wissenschaftlichen Methode von Wertentscheidungen abhängt.

Wer konservativ gestimmt ist, wird sich in der Regel für die idealistische Geschichtsauffassung entscheiden, zum einen, weil sie – mindestens in der Rechtsgeschichte – auch bisher vertreten wurde, und zum anderen, weil es keine bessere ideologische Stütze gibt für die Erhaltung materieller Gesellschaftsstrukturen als den Hinweis auf ewige geistige Werte, die es zu bewahren gelte. Es gibt Ausnahmen. Es gibt konservative Wissenschaftler, die selbstbewußt sind, die Verteidigung der kapitalistischen Wirtschaftsverfassung auf den Grundlagen einer materialistischen Geschichtsauffassung zu führen, wie z. B. *Joseph Schumpeter*⁶⁸.

Wer progressiv gestimmt ist, wird sich in der Regel für die materialistische Geschichtsauffassung entscheiden, weil die Kritik des Bestehenden, die eine der Voraussetzungen ist für seine Veränderung, heute von hier aus am besten zu leisten ist. Das erklärt sich aus der ideologischen Struktur der kapitalistischen Gesellschaft, deren Entdeckung das große Verdienst von *Karl Marx* und *Friedrich Engels* ist. Nur von hier aus ist es möglich, hinter die äußeren Erscheinungen, zum Kern der Wirklichkeit vorzudringen, wie es die beiden Beispiele gezeigt haben. Im übrigen gibt es auch hier Ausnahmen. Es gibt progressiv gestimmte Wissenschaftler, die zurückschrecken vor der Entscheidung für die materialistische Geschichtsauffassung, weil dies in unserer Gesellschaft und besonders wieder heute verbunden sein kann mit erheblichen Nachteilen. Sehr schnell ist nämlich in den letzten Jahren wegen der starken Verbreitung dieser Theorie im Anschluß an die Studentenrevolte der sechziger Jahre die Forderung nach Wissenschaftspluralismus auch zum sehr persönlichen Kampfbegriff gegen ihre Vertreter geworden, indem man die Theorie als einseitig, dogmatisch oder sogar unwissenschaftlich und wissenschaftsfremd bezeichnet hat und ihren Ausschließlichkeitsanspruch beklagt. Das Notwendige dazu ist von *Margherita von*

⁶⁶ *Joseph A. Schumpeter* (Anm. 55) S. 132 f.

⁶⁷ MEW 36.167 (26. 6. 1884); vgl. noch *Joseph A. Schumpeter* (Anm. 55) S. 132 f.

⁶⁸ *Joseph A. Schumpeter* (Anm. 55) S. 544–549.

Brentano gesagt worden⁶⁹. Folge dieser Vorwürfe ist sehr leicht die Benachteiligung bei der Anstellung im öffentlichen Dienst, der in der Gegenwart die Grundlage der gesamten wissenschaftlichen Arbeit auch in der Rechtsgeschichte ist. Die zunehmende Diskussion um die sogenannte Verfassungsfeindlichkeit von sogenannten Radikalen zeigt das mit ausreichender Deutlichkeit.

Es ist allerdings die Frage des Methodenpluralismus noch abschließend zu erörtern, also die Frage zu beantworten, ob wir wirklich vor der Alternative stehen, uns endgültig für die eine oder andere Geschichtsauffassung entscheiden zu müssen. Dabei können wir außer acht lassen, daß er gegenwärtig als hochschulpolitischer Kampfbegriff verwendet wird. Er hat durchaus seriöse Vorgänger. Wir haben *Max Weber* schon genannt. Den Methodenpluralismus – besser: Methodenrelativismus – kennzeichnet das Nebeneinander der beiden Theorien, der jederzeit mögliche Wechsel von der einen zur anderen, die Beliebigkeit der Wahl. Beide werden als gleichwertig nebeneinander gestellt. Es wird der Entscheidung im Einzelfall überlassen, auf welche man als Erklärungsmodell zurückgreifen will. Oder man geht noch weiter, wie *Hans-Ulrich Wehler*, und erklärt, die Verschränkung von Wirtschaft, Politik und Kultur sei so eng, daß man Ursache und Wirkung nicht mehr auseinanderhalten könne. Auch das läuft hinaus auf eine sehr große (»Wert«-)Freiheit in der Erklärung von Einzelfällen. Wir kennen das. Wir befinden uns wieder im Positivismus. In dieser Gestalt ist er zuerst von *Max Weber* entwickelt worden, und zwar als subtilere Form der Widerlegung des marxistischen historischen Materialismus, leicht zu erklären aus der Situation in Deutschland vor dem ersten Weltkrieg, als wegen der ständig wachsenden Macht der Arbeiterbewegung eine totale Ablehnung ihrer theoretischen Lehre als taktisch unklug erscheinen mußte⁷⁰.

Wie immer im Positivismus werden auch hier die eigenen Wertentscheidungen implicit, in verdeckter und unausgesprochener Weise in die wissenschaftliche Arbeit eingebracht. Diese Widersprüchlichkeit ist ausreichend dargelegt. Es kommt hinzu die fast totale Beliebigkeit der Theoriebildung im Einzelfall. Auf der einen Seite führt sie zum dezisionistischen »Pathos der Entscheidung für die nackte Entschiedenheit« (*Karl Löwith*), auf der anderen zur allgemeinen Verfügbarkeit und Hilflosigkeit von Wissenschaft. Dezisionismus und Verfügbarkeit von Wissenschaft fanden sich auf dem spezifisch deutschen Weg in den Faschismus⁷¹. Deshalb verbietet sich uns eine Entscheidung für diese dritte Möglichkeit. Allenfalls als wissenschaftsorganisatorische Forderung ist der Pluralismus logisch einwandfrei, also die Vorstellung eines geordneten Nebeneinanders von Wissenschaftlern mit verschiedenen methodischen Ansätzen. In dieser Form richtet er sich an die Instanzen der Wissenschaftsverwaltung und fordert sie auf, dafür zu sorgen, daß bei der Zuweisung von Sach- und Personalmitteln alle methodischen Richtungen gleichmäßig berücksichtigt werden und niemand aus politischen Gründen benachteiligt wird.

Im übrigen handelt es sich auch um ein Scheinproblem. Der methodologische Pluralismus beruht nämlich auf der Annahme, idealistische und materialistische Geschichtsauffassung seien dogmatisch und nicht, wie man es für die Wissen-

⁶⁹ *Margherita von Brentano*, Wissenschaftspluralismus. Zur Funktion, Genese und Kritik eines Kampfbegriffs; *Das Argument*, Heft 66 (1971) S. 476–493.

⁷⁰ *Georg Lukács*, *Die Zerstörung der Vernunft* (1962) S. 521, 524.

⁷¹ Zum Dezisionismus vgl. den Artikel von *Hasso Hoffmann* in: *Historisches Wörterbuch der Philosophie*, hg. v. *J. Ritter*, 2. Band (1972) S. 160 f. Zur Verfügbarkeit von »wertfreier« Wissenschaft und Faschismus: *Wolfgang Fritz Haug*, *Der hilflose Antifaschismus* (3. Aufl. 1970) S. 121–135.

schaft fordert, »frei, offen, kritisch«.⁷² Diese Annahme ist falsch. Abgesehen davon, daß sich in ihr der alte Irrtum der Wertfreiheit wiederholt, darf darauf verwiesen werden, daß beide Theorien ihren methodischen Ansatz in genügender Weise ständig reflektiert und immer wieder eingeschränkt haben. Das ist für die materialistische Geschichtsauffassung noch darzustellen.

Das bisherige Ergebnis der Ausführung in diesem Abschnitt ist folgendes: Wir gingen aus von der Alternative der materialistischen und idealistischen Geschichtsauffassung auf der einen Seite und einer pluralistischen auf der anderen. Der Pluralismus erwies sich als das von uns schon vorher behandelte und abgelehnte Programm des Positivismus. Die *cause célèbre* der idealistischen Geschichtsauffassung wurde zum Anscheinsbeweis des Gegenteils. Bessere Beispiele gibt es nicht. Die beiden von uns für die Rechtsgeschichte behandelten erbrachten eine starke Evidenz für die materialistische Methode.

Es ist also an der Zeit, auch für die rechtshistorische Arbeit davon auszugehen, daß grundsätzlich richtig ist, was *Karl Marx* in seinem Abriß des historischen Materialismus, im Vorwort zur »Kritik der politischen Ökonomie« beschrieben hat⁷³, daß nämlich »Rechtsverhältnisse wie Staatsformen weder aus sich selbst zu begreifen sind noch aus der sogenannten allgemeinen Entwicklung des menschlichen Geistes, sondern vielmehr in den materiellen Lebensverhältnissen wurzeln . . .« und daß das Verhältnis von Wirtschaft und Gesellschaft kurz so formuliert werden kann:

»In der gesellschaftlichen Produktion ihres Lebens gehen die Menschen bestimmte, notwendige, von ihrem Willen unabhängige Verhältnisse ein, Produktionsverhältnisse, die einer bestimmten Entwicklungsstufe ihrer materiellen Produktivkräfte entsprechen. Die Gesamtheit dieser Produktionsverhältnisse bildet die ökonomische Struktur der Gesellschaft, die reale Basis, worauf sich ein juristischer und politischer Überbau erhebt und welcher bestimmte gesellschaftliche Bewußtseinsformen entsprechen. Die Produktionsweise des materiellen Lebens bedingt den sozialen, politischen und geistigen Lebensprozeß überhaupt. Es ist nicht das Bewußtsein der Menschen, das ihr Sein, sondern umgekehrt ihr gesellschaftliches Sein, das ihr Bewußtsein bestimmt. Auf einer gewissen Stufe ihrer Entwicklung geraten die materiellen Produktivkräfte der Gesellschaft in Widerspruch mit den vorhandenen Produktionsverhältnissen oder, was nur ein juristischer Ausdruck dafür ist, mit den Eigentumsverhältnissen, innerhalb deren sie sich bisher bewegt hatten. Aus Entwicklungsformen der Produktivkräfte schlagen diese Verhältnisse in Fesseln derselben um. Es tritt dann eine Epoche sozialer Revolution ein. Mit der Veränderung der ökonomischen Grundlage wälzt sich der ganze ungeheure Überbau langsamer oder rascher um. In der Betrachtung solcher Umwälzungen muß man stets unterscheiden zwischen der materiellen, naturwissenschaftlich treu zu konstatierenden Umwälzung in den ökonomischen Produktionsbedingungen und den juristischen, politischen, religiösen, künstlerischen oder philosophischen, kurz, ideologischen Formen, worin sich die Menschen dieses Konflikts bewußt werden und ihn ausfechten. Sowenig man das, was ein Individuum ist, nach dem beurteilt, was es sich selbst dünkt, ebensowenig kann man eine solche Umwälzungsepoche aus ihrem Bewußtsein beurteilen, sondern muß vielmehr dies Bewußtsein aus den Widersprüchen des materiellen Lebens, aus dem vorhandenen Konflikt zwischen gesellschaftlichen Produktivkräften und Produktionsverhältnissen erklären. Eine Gesellschaftsformation geht nie unter, bevor alle Produktivkräfte entwickelt sind, für die sie weit genug ist, und neue, höhere Produktionsverhältnisse treten nie an die Stelle, bevor die materiellen Existenzbedingungen derselben im Schoß der alten Gesellschaft selbst ausgebrütet worden sind. Daher stellt sich die Menschheit immer nur Aufgaben, die sie lösen kann, denn genauer betrachtet wird sie stets finden, daß die Aufgabe nur entspringt, wo die materiellen Bedingungen ihrer Lösung schon vorhanden oder wenigstens im Prozeß ihres Werdens begriffen sind. In großen Umrissen können asiatische, antike, feudale und modern bürgerliche Produktionsweisen als progressive Epochen der ökonomischen Gesellschaftsform bezeichnet werden. Die bürgerlichen Produktionsverhältnisse sind die letzte

⁷² Nachweise bei *Margherita von Brentano* (Anm. 69) S. 478 f.

⁷³ MEW 13, 8 f.

antagonistische Form des gesellschaftlichen Produktionsprozesses, antagonistisch nicht im Sinne von individuellem Antagonismus, sondern eines aus den gesellschaftlichen Lebensbedingungen des Individuums hervordachsenden Antagonismus, aber die im Schoß der bürgerlichen Gesellschaft sich entwickelnden Produktivkräfte schaffen zugleich die materiellen Bedingungen zur Lösung dieses Antagonismus. Mit dieser Gesellschaftsformation schließt daher die Vorgeschichte der menschlichen Gesellschaft ab.«

Im Rahmen dieser Abhandlung ist die fertige Formulierung einer materialistischen Methode für die Rechtsgeschichte nicht möglich. Die bisherige Methode hat immerhin mehr als einhundertfünfzig Jahre gebraucht. Ihre Kritik steht notwendigerweise im Mittelpunkt der Formulierung einer neuen. Deren Ausgestaltung im einzelnen muß der Arbeit der Zukunft überlassen bleiben. Wir haben uns hier auf die Beschreibung des äußeren Rahmens zu beschränken.

Die materialistische Rechtsgeschichte muß das Schwergewicht ihrer Arbeit in der Erforschung des Inhalts der rechtlichen Regelungen sehen, nicht mehr wie bisher den Akzent auf ihre äußere Form legen. Rechtsverhältnisse sind in Rechtsform übersetzte soziale Machtverhältnisse⁷⁴. Ihre äußere Form kann auch durch andere Faktoren bestimmt sein, häufig durch den Inhalt oder die Form vorhergehenden Rechts. Sie kann über längere Zeit die gleiche bleiben, während ihr Inhalt und ihre Funktion sich vollständig wandeln. So konnte das neue Kredit- und Bankwesen des aufkommenden Kapitalismus ohne weiteres mit dem Instrumentarium des römischen Darlehens und *depositum irregulare* entwickelt werden. Die Rechtsinstitute blieben im wesentlichen äußerlich unverändert. Ihre wirtschaftliche Funktion hatte sich völlig verändert: Sie dienten jetzt der Erhöhung der Umlaufgeschwindigkeit des Geldes mit inflationistischer Tendenz, sofern sich die Warenmenge nicht in gleicher Weise vermehrte⁷⁵. Eine Dogmengeschichte der äußeren Form der Rechtsinstitute wird kaum eine Veränderung bemerken.

Die materialistische Theorie hat bisher manche Wandlungen durchgemacht, so wie auch die idealistische Geschichtsauffassung – von *Hegel* bis zu *Gadamer* – sich sehr verändert hat. Es handelt sich dabei immer um verschiedene Antworten auf die Frage, wie die jeweilige Grundlage – Geist oder Produktion – auf die geschichtliche Entwicklung einwirkt. Die idealistische Geschichtsauffassung hat sich dabei ziemlich gradlinig entwickelt. Im wesentlichen ist in ihr der Bereich des Objektiven, wie schon beschrieben, immer weiter eingeschränkt, das Subjektive immer stärker betont worden. Das wird zusammenhängen mit dem Zerfall des allgemeinen Konsensus in der bürgerlichen Gesellschaft seit der zweiten Hälfte des letzten Jahrhunderts. Innerhalb der materialistischen Theorie hat es eine solche ziemlich gleichmäßige Entwicklung nicht gegeben. Sie hat bis heute eher einen Zick-Zack-Kurs genommen, den wir im einzelnen nicht verfolgen können. Es ging hauptsächlich um zwei Fragen.

Zunächst wurde die Entwicklung der ökonomischen Produktion diskutiert, die Entwicklung der Basis selbst und nicht die Frage, wie sich ihre Veränderungen auf das Bewußtsein auswirken. Dabei dachte man wegen der engen Verbindung von Theorie und Praxis im Marxismus nicht so sehr an die Vergangenheit, sondern mehr an die nächste Zukunft. Es ist selbstverständlich, daß diese Diskussion in starker Abhängigkeit von der jeweiligen Situation der Arbeiterbewegung zu sehen ist. Die Lehre der Zweiten Internationale vor dem ersten Weltkrieg war geprägt durch die ruhige Zuversicht der selbstzufriedenen Führung einer ständig wachsenden Arbeitermacht. Daraus erklärt sich ihre

⁷⁴ *Gustav Radbruch*, Klassenrecht und Rechtsidee, *Zeitschrift für soziales Recht* 1 (1929) S. 75.

⁷⁵ Vgl. *Joseph A. Schumpeter* (Anm. 55) S. 402–408.

Vorstellung einer eher evolutionär deterministisch-mechanistischen Entwicklung von Wirtschaft und Gesellschaft. *Bernstein*, *Plechanow* und *Kautsky* waren sich letztlich – trotz mancher Unterschiede – darin einig⁷⁶. Erst in der revolutionären Phase um den ersten Weltkrieg hat man sich wieder besonnen auf die von *Hegel* als bürgerlich-revolutionäre Denkform entwickelte Dialektik, die von *Marx* im revolutionären Vormärz als proletarisch-revolutionäre Denkform übernommen worden war. Danach ist Geschichte auch und in erster Linie antagonistisch, wie *Marx* es im Vorwort zur »Kritik der politischen Ökonomie« beschrieben hat. Sie bewegt sich nicht immer gleichförmig, sondern wird unterbrochen von starken Erschütterungen im Kampf antagonistischer Prinzipien. Es ist das Verdienst von *Karl Korsch* und *Georg Lukács*, diesem Gedanken wieder zum Durchbruch verholfen zu haben⁷⁷.

Zum anderen ging es, damit zusammenhängend, um die Frage, wie denn nun dieses sich so oder so bewegende gesellschaftliche Sein von Produktivkräften und Produktionsverhältnissen das Bewußtsein bestimmt, wie sich aus der ökonomischen Struktur die politischen, juristischen und kulturellen Institutionen und Normen ergeben. Auch für die Geschichte des Rechts ist dieser Prozeß nicht im Bild einer einfachen Mechanik zu sehen, die sofort und allein in einer Richtung wirkt. Es gibt Verzögerungen, örtliche und zeitliche Disproportionen⁷⁸. Das Denken der Menschen ist häufig noch an vorhergehenden Formen der Produktionsverhältnisse orientiert, bleibt hängen in eingewurzelten Gewohnheiten und folgt einer möglicherweise schnelleren Entwicklung von Produktivkräften und Produktionsverhältnissen nur langsam nach. Das kann zu einem Nebeneinander führen eines fortgeschrittenen Standes der Produktion und überholten Denkformen, zu unegaln Verhältnissen. Entsprechende Disproportionen, in umgekehrter Weise begründet, kennt übrigens auch die idealistische Geschichtsauffassung. So hat *Franz Wieacker* festgestellt, daß sich die Ideen in der geschichtlichen Wirklichkeit des Rechts nicht immer rein ausgedrückt und ohne Verzögerungen und Widerstände durchgesetzt haben, und daß sich die Verzögerungen erklären aus dem Reibungswiderstand des Gedankens am zähen Stoff der äußeren Gegebenheiten⁷⁹.

Und es gibt wohl auch Rückwirkungen auf die Produktionsverhältnisse, auch und gerade von überholten oder zeitlich angemessenen juristischen Denkformen und Normen⁸⁰. Durch diese Rückwirkungen können in begrenztem Maße und besonders für kürzere Zeit auch die Produktionsverhältnisse wieder beeinflusst, erhalten oder verändert werden. In seinen »Altersbriefen« – gerichtet an Adressaten der Zweiten Internationale, um ihrem Vulgärmarxismus entgegenzuwirken – hat *Friedrich Engels* diese Wechselwirkungen in der Weise beschrieben, daß die ökonomischen Verhältnisse »in letzter Instanz« die geschichtliche Entwicklung bedingen. Mehr habe weder *Marx* noch er selbst je behauptet⁸¹.

⁷⁶ *Karl Korsch*, *Marxismus und Philosophie* (2. Aufl. 1966) S. 97–108.

⁷⁷ *Karl Korsch*, *Marxismus und Philosophie* (1923) und *Georg Lukács*, *Geschichte und Klassenbewußtsein* (1923). Vgl. *I. Rodríguez-Lores* und *I. Frese*, im Art. »Dialektik«, in: *Historisches Wörterbuch der Philosophie*, hg. v. *Joachim Ritter*, Band 2 (1972) S. 210 f.

⁷⁸ *Karl Marx*, Einleitung zur Kritik der politischen Ökonomie, MEW 13, 640; dazu für die Rechtsgeschichte *Peter Landau* (Anm. 32) S. 361 f.

⁷⁹ PGN S. 21.

⁸⁰ *Friedrich Engels* in einem Brief vom 27. 10. 1890 an Conrad Schmidt, MEW 37, 491 f.; vgl. dazu *Gustav Radbruch* (Anm. 74) S. 76 f.

⁸¹ MEW 37, 462–465 (an Joseph Bloch vom 21. 9. 1890), MEW 39, 205–207 (an Walter Borgius vom 25. 1. 1894); ebenso *Friedrich Engels* Einleitung zu *Karl Marx* »Klassenkämpfe in Frankreich 1848–1850« (1895) MEW 22, 509 f. Vgl. noch die Briefe: MEW 37, 411, 37, 436 f., 37, 490–494, 38, 308, 39, 205–207. Zum Problem: *Hans-Ulrich Wehler* (Anm. 18) S. 52–54, 72 f. und S. 84 A. 62 mit weiterer Literatur. Sehr kritisch dazu: *Karl Korsch*, *Karl Marx* (2. Aufl. 1969) S. 189–196.

Wenn in diesem Sinn die politischen Begebenheiten und die juristischen und kulturellen Normen zurückzuführen sind auf Wirkungen von in letzter Instanz ökonomischen Ursachen, dann ist es auch selbstverständlich, daß der Zufall und persönliche Eigenschaften einzelner Personen durchaus Bedeutung haben können für die Erklärung von Einzelercheinungen. Als mögliche Bedingungen historischer Entwicklung werden sie allerdings gegenüber den ökonomischen Faktoren um so mehr in den Hintergrund treten müssen, je größer der Zeitraum ist, den man betrachtet⁸².

Außerdem sind auch bei gleichen ökonomischen Bedingungen durchaus unterschiedliche gesellschaftliche, rechtliche und politische Lösungen möglich. Das hat in sorgfältiger Analyse des »Rohentwurfs« zum Kapital, für die Rechtsgeschichte vor kurzem *Peter Landau* gezeigt⁸³. Zusammenfassend kommen wir daher für diese zweite Frage zu folgendem Ergebnis: Es gibt keine Möglichkeit, aus gegebenen ökonomischen Bedingungen mechanisch zwingend einen juristischen, politischen und kulturellen Überbau abzuleiten. Die historische Analyse hat umgekehrt die Aufgabe, diese Erscheinungen unter Berücksichtigung zeitlicher und örtlicher Disproportionen, möglicher Wechselwirkungen und persönlicher oder zufälliger Besonderheiten auf ihren ökonomischen Kern zurückzuführen.

Und schließlich sind noch einige Bemerkungen notwendig zur Frage der Zeit in der Rechtsgeschichte. Ich meine damit das Problem ihrer Einteilung und Gliederung und der Differenzierung der Methode nicht nur im Hinblick auf die verschiedene Größe der Zeiträume, sondern auch auf die verschiedenen zeitlichen Stufen der Entwicklung. Recht ist in seiner Entwicklung in großen Zeitabschnitten uneingeschränkt abhängig von der Entwicklung der Produktion. Rechtsgeschichte hat sich also in ihrer Zeiteinteilung zu orientieren an den größeren Abschnitten der Wirtschaftsgeschichte, an den Zeiten der langen Wellen der Konjunktur oder der langen Schwingungen des Bevölkerungswachstums und an den Zeiten langer Dauer, der *longue durée*, d. h. an Epochen von gleichbleibender wirtschaftlicher Struktur, die sich in der Vergangenheit regelmäßig über Jahrhunderte hinweg erstrecken⁸⁴. Je größer der untersuchte Zeitraum, desto enger wird, wie gesagt, die Bindung der rechtshistorischen Analyse an die ökonomische sein. Aber auch hier sind weitere Differenzierungen notwendig. Der historische Materialismus ist nämlich mit seinem klassischen Instrumentarium stringent nur auf die Rechtsgeschichte des 19. und 20. Jahrhunderts anzuwenden⁸⁵.

In der kapitalistischen Gesellschaft ist der Demiurg des Ökonomischen zur beherrschenden Instanz des gesamten Lebens geworden. Die Abstraktion der Warenform, ihr Fetischcharakter, die Ideologisierung des gesamten politischen Lebens und auch des Rechts haben in ihr in klassischer Reinheit gewirkt. Für vorkapitalistische Gesellschaften dagegen ist das Instrumentarium der historischen materialistischen Analyse teilweise zu verändern und verfeinern. In ihnen hat es diese starke Immanenz und Verschleierung des Ökonomischen nicht gegeben. Deshalb wird es weniger einfach sein, ihre ökonomischen Implika-

⁸² *Friedrich Engels* in einem Brief an Joseph Bloch vom 21. 9. 1890, MEW 37.463, *Karl Korsch* (Anm. 76) S. 96 A. 30.

⁸³ Anm. 32.

⁸⁴ Vgl. *Hans-Ulrich Wehler* (Anm. 18), S. 18–21.

⁸⁵ Zum folgenden: *Georg Lukács* (Anm. 5) S. 377–379; *Hans-Ulrich Wehler* (Anm. 18) S. 31 f., 46; *Jürgen Kocka* (Anm. 61) S. 67 f.; *Peter Landau* (Anm. 32) S. 369 f.; vgl. i. ü. *Karl Marx*, Einleitung zur Kritik der politischen Ökonomie, MEW 13.636 f., und seine beiden Briefe, der eine wohl vom November 1877 an die Redaktion der »*Otetschestwennyje Sapisti*«, MEW 19.112, und der andere vom 28. 12. 1846, MEW 27.457.

tionen aufzuzeigen, ganz abgesehen von den Schwierigkeiten, die darin liegen, daß ihre Wirtschaftsgeschichte noch gar nicht ausreichend erforscht ist. Es werden andere Kategorien für ihre Analyse notwendig sein. Denn das klassische Instrumentarium der materialistischen Theorie ist von *Karl Marx* entwickelt worden bei der Untersuchung der kapitalistischen Gesellschaft. Für die Analyse von Produktion und Recht z. B. im Altertum wird man sicherlich nicht vom Begriff der Ware ausgehen können, auch wenn sie damals schon in einfacher Form entwickelt war. Die Frage muß noch genauer untersucht werden. Möglicherweise wird es wirklich das Eigentum an Sklaven gewesen sein, so wie es im Mittelalter das Grundeigentum gewesen ist, das heute als ökonomische Größe in der alles beherrschenden Kategorie der Ware und ihres Wertes aufgegangen ist. In der Antike könnte es wohl eine ähnliche Rolle gespielt haben, wie die Ware in der kapitalistischen Gesellschaft. Jedenfalls wird auch die Rechtsgeschichte den historischen Materialismus auf die alten Gesellschaften viel behutsamer anwenden als auf die letzten einhundertfünfzig Jahre.

Mit dieser Methode aber hat die Rechtsgeschichte für die Zukunft wieder die Chance, die Trennung von historischem und juristischem Denken zu überwinden. Wir haben am Anfang gesehen, welche ideologische Funktion die Enthistorisierung des Denkens hat. Eine Rechtsgeschichte auf der Grundlage der materialistischen Theorie wird in der Lage sein mitzuarbeiten an der Entideologisierung des Rechts, die ohne Überwindung der Enthistorisierung nicht möglich ist.

Die Spaltung der Gesellschaft in Klassen im 19. Jahrhundert war eine Folge der Entwicklung der Produktion. Solange die Arbeit zur Erhaltung der Existenz die gesamte Zeit der großen Mehrzahl der Menschen in Anspruch nimmt, solange teilt sich die Gesellschaft notwendig in Klassen, nämlich in eine arbeitende und eine andere, die sich das Mehrprodukt aneignet und die gemeinsamen Angelegenheiten betreibt, wie Verwaltung, Arbeitsleitung, Justiz, Wissenschaft und Kunst. Das Gesetz der Arbeitsteilung liegt der Klassenteilung zugrunde. Freiheit und Selbstverwirklichung für alle Menschen ist in erster Linie auch die Frage der Entwicklung der Produktivkräfte, des Reichtums an Gütern und der freien Zeit. Seit dem Beginn der Industrialisierung ist dieser Reichtum stark gewachsen und die freie Zeit größer geworden. Die Produktionsverhältnisse haben sich allerdings nicht grundlegend geändert. Ihre kapitalistische Struktur ist immer noch die gleiche. Auch die Verteilungsprobleme sind noch nicht gelöst, aber sie sind nicht mehr so drängend wie am Anfang. Der Staat hat sich zwischen die Klassen geschoben, die Antagonismen gemildert und organisiert den Kapitalismus⁸⁶. Das bedeutet auch eine gewisse Verschiebung der Machtverhältnisse, die es mindestens teilweise ermöglicht, dem Stand der Produktivkräfte entsprechend ideologische Strukturen aufzulösen. Jedenfalls ist die damals notwendige Enthistorisierung heute ökonomisch nicht mehr erforderlich. Wir können versuchen, sie zu beseitigen.

Ein solcher Versuch muß zum Ziel haben die Verbindung von rechtshistorischer und juristischer Arbeit in der aktuellen Entscheidung. Am einzelnen Fall muß die historische Entwicklung der Rechtsverhältnisse in Verbindung gebracht werden mit der Entwicklung von Wirtschaft und Gesellschaft. Das bedeutet für die Lehre in der Rechtsgeschichte die Umkehrung der bisherigen Methode: Nicht die Exegese eines alten Textes ist der Ausgangspunkt für einen angehängten Vergleich mit dem geltenden Recht, sondern ein aktueller Rechtsfall

⁸⁶ Der Begriff »Organisierter Kapitalismus« stammt von *Rudolf Hilferding*. Vgl. sein Referat: Organisierter Kapitalismus, Protokoll des Parteitags der SPD in Kiel 1927.

muß Anlaß sein für die Untersuchung der Vergangenheit. Seine Lösung ist zu suchen auf der Grundlage einer ökonomischen Analyse des Rechts der Vergangenheit und der künftigen Möglichkeiten. Das bedeutet nicht, daß die äußeren Grenzen des formalen Regelwerks im Recht unbeachtlich wären. Im Gegenteil. Sie sind häufig auch und gerade der Schutz der Schwachen⁸⁷. Aber innerhalb des gesetzlichen Rahmens, der ziemlich weit ist, wie wir alle wissen, müssen wir versuchen, bisher verdeckte irrationale Wertentscheidungen auf eine inhaltlich rationale und offengelegte Grundlage zu stellen. Ein Beispiel soll das erläutern.

In seinem Urteil über die partielle Verfassungswidrigkeit des Vorschaltgesetzes für ein niedersächsisches Gesamthochschulgesetz hat das Bundesverfassungsgericht auch die juristische Entwicklung des deutschen Hochschulrechts ausführlich behandelt⁸⁸. Es untersucht die Frage, ob sich aus der Geschichte der Universität ein Grund dafür ergibt, daß ihre korporationsrechtliche Ausrichtung auf die Gruppe der ordentlichen Professoren als wesentlicher Bestandteil eines Grundrechts der Wissenschaftsfreiheit verfassungsrechtlich geschützt und damit einer Veränderung durch den Gesetzgeber entzogen ist. Nach seinen Untersuchungen ist das nicht der Fall. Sowohl vor wie während und nach der preußischen Hochschulreform von 1810 sei der Einfluß des Staates sehr stark gewesen. Lange Zeit habe es auch noch nach Humboldt weder eine Satzungsautonomie noch echte Selbstverwaltung gegeben. Auch von der Weimarer Verfassung sei die staatliche Universitätshoheit nicht berührt worden. Deshalb sei in Art. 5 Abs. 3 des Grundgesetzes eine Garantie einer bestimmten Organisationsform nicht enthalten und die Gruppenuniversität grundsätzlich verfassungsmäßig. Allerdings müßten die Hochschullehrer wegen ihrer besonderen Verantwortung für den Sachbereich Wissenschaft bei Entscheidungen, die Forschung und Lehre unmittelbar betreffen, die Mehrheit bzw. mindestens die Hälfte der Stimmen erhalten. Eine andere Regelung verstoße gegen den Gleichheitsgrundsatz, weil die anderen Gruppen eine ungleich mindere Verantwortung zu tragen hätten.

Ein wesentlicher Fehler dieser Entscheidung besteht darin, daß sie die historische Entwicklung nur positivistisch nach den oberflächlichen Erscheinungen beurteilt und den grundlegenden Wandel in der Funktion von Wissenschaft völlig außer acht läßt, der die Universität in diesem Jahrhundert stark verändert hat. Nicht einmal zu ihrer gegenwärtigen ökonomischen Bedeutung wird etwas gesagt. Versuchen wir, das nachzuholen.

Humboldts Berliner Lehranstalt war eine typische Einrichtung des frühen Liberalismus. Sie war zum einen gerichtet gegen die Einbindung des einzelnen in die Gruppenorganisation innerhalb der Universität, also gegen das mittelalterliche und häufig klerikale »Zunftwesen«. Zum anderen war sie gerichtet gegen die Tendenz des merkantilistischen und absolutistischen Staates, die Universitäten zu Fachschulen für die Ausbildung von akademisch gebildeten Staatsdienern zu degradieren, also gegen die Einschränkung der Freiheit, die dem einzelnen in der Universität von außen, vom Staat drohte. Mit anderen Worten: Sie war gerichtet gegen die von innen drohende Erstarrung in scholastischer Gelehrsamkeit und gegen die von außen drohende Verschulung. Die Probleme haben sich insofern wenig geändert. Erstarrung in scholastischer Gelehrsamkeit: Das war die Akademie, an der nicht gelehrt wird. Verschulung: Das war die Fachschule, an der nicht mehr geforscht wird. *Humboldts* Programm war dagegen

⁸⁷ *Ernst Fraenkel*, *Zur Soziologie der Klassenjustiz* (1927, Ndr. 1968) S. 32–35.

⁸⁸ BVerfG, Urteil vom 29. 5. 1973, NJW 1973, S. 1176–1190.

die Einheit von Forschung und Lehre. Und die institutionelle Inkarnation der Freiheit des einzelnen war das Amt des ordentlichen Professors, der einsam im Inneren der Universität und frei von äußeren Eingriffen mehr als eineinhalb Jahrhunderte die deutsche Wissenschaft bestimmt hat. Einsamkeit und Freiheit des ordentlichen Professors, möglichst weitgehende Autonomie und Einheit von Forschung und Lehre. Das war *Humboldts* Universität. Sie konnte ihre großen Leistungen erbringen, weil sie damals in vollendeter Weise übereinstimmte mit dem frühen Liberalismus, der im wesentlichen geprägt war von der Vorstellung des einzelnen Unternehmers, der ebenfalls in völliger Freiheit im Inneren seines Betriebs und weitgehend frei von einschränkenden Einflüssen staatlicher Wirtschaftspolitik sich um seine Geschäfte kümmern konnte.

Mit dem Fortschreiten der Akkumulation und Konzentration des Kapitals aber veränderte auch die Wissenschaft ihre Funktion. Sie wurde immer stärker direkt in den Produktionsprozeß einbezogen, mit Betriebsmitteln von früher ungeahntem Umfang, wurde selbst Produktivkraft. Aber während der organisierte Kapitalismus im übrigen ökonomischen Bereich längst zu einer staatlichen Globalsteuerung übergegangen war, blieb die Universität organisiert wie ein Familienbetrieb des frühen 19. Jahrhunderts. Das konnte nicht mehr rationell funktionieren, zumal die Ordinarienuniversität mit ihrer individualistischen Struktur ungeeignet war für eine übergreifende Planung.

Das war der ökonomisch zwingende Grund für die Einführung von Präsidialverfassung, Einheitsverwaltung und Fachbereichssystem. Die Studentenrevolte bot nur den äußeren Anlaß, die günstige Gelegenheit. Nur in dieser Organisationsform ist den Universitäten Planung möglich von Forschung und Lehre, die Globalsteuerung auch im Bildungsbereich mit seinen jährlichen Ausgaben von vielen Milliarden Mark. Nur in dieser Form kann die Organisation von Kapitalismus auch in diesem Bereich überhaupt funktionieren.

Einheitsverwaltung bedeutete die Vereinigung von akademischer Verwaltung und Wirtschaftsverwaltung, der Verwaltung von Fakultäten, die im wesentlichen die Lehre, und von Instituten, die im wesentlichen die Forschung verwalten. Nur in der Person des ordentlichen Professors, gleichzeitig Mitglied der Fakultät und Direktor eines Instituts, war die Einheit von Forschung und Lehre bisher – individuell – institutionalisiert. Nun wurde sie auf gemeinschaftliche Organe übertragen, auf Fachbereiche. Und hier stellte sich das Problem der Mitbestimmung.

Die Beteiligung aller Gruppen der Universität an den Entscheidungen ihrer Organe, die nun gemeinsam Forschung und Lehre verwalteten, war ebenfalls in erster Linie ein ökonomisches Problem, dessen Lösung davon abhängt, inwieweit es gelingt, genügend finanzielle Mittel bereitzustellen, um die Mitwirkung zu ermöglichen. Auch hier ist Freiheit der Menschen auch und in erster Linie abhängig vom Stand der Produktivkräfte, vom allgemeinen Wohlstand. Demokratisierung ist auch in der Wissenschaft eine Chance zusätzlicher Freiheit und zusätzlicher Innovationen. Aber nur bei entsprechender Freistellung von bisherigen Verpflichtungen ist beispielsweise das nichtwissenschaftliche Personal in der Lage, sich ausreichend zu informieren, um bei den Entscheidungen mitwirken zu können. Freistellung von Verpflichtungen ist nur möglich, wenn Ersatzkräfte eingestellt werden. Zusätzliche Einstellungen kosten Geld. Hier liegt die entscheidende Frage. Das Bundesverfassungsgericht hat sie nicht erkannt.

Entsprechende Mittel sind heute vorhanden. Jedenfalls ist das die Entscheidung mehrerer Landesregierungen in der Bundesrepublik. Mit zusätzlicher Zeit kann

sich auch das nichtwissenschaftliche Personal auf die Entscheidung von Fragen vorbereiten, die Forschung und Lehre unmittelbar betreffen. Entscheidungen darüber sind ja auch staatlichen Behörden möglich, die ebenfalls nicht die Qualifikation von Hochschullehrern haben, auf die das Bundesverfassungsgericht es für die Annahme der besonderen Verantwortung im wesentlichen abstellt. Qualifikationen braucht man für die Durchführung von Forschung und Lehre. Für die Entscheidung über Fragen, die Forschung und Lehre betreffen, braucht man Sachkenntnis, die man mit zusätzlicher Zeit erwerben kann. Es ist ein rein ökonomisches Problem, dem kein Verfassungsrang zukommt. Das individuelle Grundrecht der Wissenschaftsfreiheit betrifft die geistige Freiheit bei ihrer Durchführung, ist ein Grundrecht auf Meinungsfreiheit über die Inhalte von Forschung und Lehre, betrifft den Bereich des »Unabstimmbaren«, über den mehrheitlich nicht abgestimmt werden kann und darf.⁸⁹

Das Bundesverfassungsgericht hat die Frage der Änderung der Universitätsstruktur schon in dem Teil seines Urteils falsch behandelt, in dem es die Ablösung der Ordinarienuniversität durch die Gruppenuniversität für grundsätzlich zulässig erklärt. Es erklärt die Änderung für zulässig. Es sagt nicht, daß sie notwendig war. Der Mangel der historischen ökonomischen Analyse hat hier die Weiche gestellt für die anschließende Einschränkung, die mit der besonderen Verantwortung der Hochschullehrer begründet wird. Weil das Gericht diese Analyse vernachlässigt hat, kann es nicht erkennen, daß die Änderung ökonomisch zwingend geboten war. Das Gericht hält sie für zulässig, gibt aber zu erkennen, daß der Gesetzgeber damit die Grenze seiner Gestaltungsfreiheit fast überschritten hat. Es hat nicht erkannt, daß er schon längst hätte handeln müssen, daß die Reform überfällig war. Aus dieser zögernden Beurteilung der Hochschulreform kommt es zu seiner Einschränkung, in der sich dann auch noch der Mangel an ökonomischer Analyse der Gegenwart konkretisiert.

Das Gericht hat sich also mit einem Scheinproblem befaßt. Es hat falsch entschieden, weil es die ökonomische Analyse im historischen Bereich und für die Gegenwart vernachlässigt hat. Um es in einem Vergleich zu sagen, der wie alle Vergleiche nur bedingt richtig ist, aber den Vorteil hat, deutlich zu sein: Es ist dasselbe, wie wenn es die uneingeschränkte Mitbestimmung in Großbetrieben wegen Verstoßes gegen den Gleichheitsgrundsatz ablehnt, weil es ideologisch fixiert ist an der anachronistischen Vorstellung des einzelnen Unternehmers im Familienbetrieb, der allein eine besondere Verantwortung trägt, weil er angeblich eine besondere Leistung erbracht hat.

An solchen ideologischen Fixierungen hat die Wissenschaft einzugreifen. Hier liegt auch für die Rechtsgeschichte die Aufgabe der Zukunft. Rechtsverhältnisse sind in Rechtsform übersetzte soziale Machtverhältnisse. Wir leben in einer kapitalistischen Gesellschaft. In ihr hat eine gewisse Verschiebung der Machtverhältnisse zugunsten derjenigen stattgefunden, die nicht im Besitz von Produktionsmitteln sind. Die Verschiebung hat keine grundsätzliche Änderung herbeigeführt. Es gibt immer noch großes soziales Unrecht. Aber sie ist auch nicht unerheblich. Sie bietet für die Wissenschaft die Möglichkeit, entsprechend dem Stand der Produktivkräfte ideologische Strukturen abzubauen, die soziales Unrecht verstärken und eine Veränderung der Produktionsverhältnisse verhindern. Das wird die kapitalistische Grundstruktur der Gesellschaft unangetastet lassen. Es ist auch nicht Aufgabe von Wissenschaft, von Rechtswissenschaft oder Rechtsgeschichte, das zu ändern. Es ist aber auch nicht ihre Aufgabe, einer Veränderung dauernd im Wege zu stehen.

⁸⁹ Minderheitenvotum der Richter Rupp-v. Brünneck und Dr. Simon, NJW 1973, S. 1185.