

Dieter Schwab

Zum Selbstverständnis der historischen Rechtswissenschaft im Dritten Reich*

I.

Nachdem schon das Programm der NSDAP vom 25. 2. 1920 (Punkt 19) den »Ersatz für das der materialistischen Weltordnung dienende römische Recht durch ein Deutsches Gemeinrecht« verlangt hatte, wurden seit der nationalsozialistischen Machtübernahme große Teile der Rechtswissenschaft von der Forderung nach völliger Umwälzung des gesamten Rechts (»Rechtserneuerung«) erfaßt. Die Feindseligkeit galt auch dem überkommenen Privatrecht, dessen Umgestaltung ein naiver Optimismus in kurzer Zeit leisten zu können glaubte. Man wird ermesen können, welche Bedeutung solche Tendenzen, gestützt auf das zur Gleichschaltung entschlossene Regime, für die beiden herkömmlichen Hauptzweige der rechtsgeschichtlichen Forschung haben konnte. Sah sich die Wissenschaft vom römischen Recht der Gefahr ausgesetzt, man werde ihr die Existenzberechtigung streitig machen, so konnte – so schien es – die »Germanistik«, die sich vorwiegend den germanischen Rechten und dem mittelalterlich-deutschen Recht widmete, nach jahrzehntelanger Stellung an der Peripherie wieder in den Mittelpunkt rechtssystematischer Beachtlichkeit rücken; sie konnte die Aussicht haben, ihre Bedeutung als historische Rechtswissenschaft mit dem Anspruch auf dogmatische Relevanz ihrer Arbeitsergebnisse zu erneuern.

Blickt man in die Zeitschrift des Bundes Nationalsozialistischer Deutscher Juristen, »Deutsches Recht« genannt, namentlich in die ersten Jahrgänge nach der Machtergreifung, so ermißt man die Aussichten, die sich den Germanisten darzubieten schienen. Fast alle Beiträge befassen sich mit der Rechtserneuerung aus dem Geist oder Wesen des deutschen Volkes und nicht wenige verweisen, auch bei der Behandlung einzelner Rechtsinstitute, auf germanisches oder deutsches Recht der Vergangenheit.

»Wir suchen heute das neue deutsche Volksrecht . . . Ganz von vorn brauchen wir jedenfalls bei der Neugestaltung nicht zu beginnen, denn seit einem Jahrhundert etwa ist an der Wiedererweckung gearbeitet worden, wie das Lebenswerk von Männern wie Jacob Grimm, Eichhorn und Otto v. Gierke erkennen läßt . . . Heute sind sie in ihrer auf das älteste deutsche Recht zurückgreifenden Arbeit gerechtfertigt: Endlich beginnt das deutsche Volk unter dem Einfluß nationalsozialistischer Erziehungsarbeit zu begreifen, welchen Schatz es an seinem alten Recht hat.«¹

»Der politische Soldat, wie ihn der Nationalsozialismus formt, steht in der Geschichte seines eigenen Volkes und steht ihr nicht als unbeteiligter Betrachter gegenüber. Das schließt zwar nicht aus, daß er bei der Betrachtung vergangener Zustände und Ordnungen des eigenen Volkes einen Abstand wahrt . . . der Betrachter ist der Geschichte seines eigenen Volkes doch zugleich willensmäßig zuinnerst verbunden . . . Ihm sind dieselben

* Vortrag, gehalten am 14. 1. 1969 an der Justus-Liebig-Universität Giessen im Rahmen der Vortragsreihe »Nationalsozialismus und Recht«.

¹ Hans Koch, Die Bauernweistümer und Rechtssprichwörter als Ausdruck alten deutschen Rechtsempfindens und Volkstums, Deutsches Recht, Jg. 1934, S. 107.

unvergänglichen Anlagen der Rasse überkommen, die schon in der Frühzeit gestaltend wirkten. Weil diese Anlagen in Gesinnung und Wertungen zum Ausdruck kommen, darum können auch in uns die gleiche Gesinnung und dieselben Wertungen wirken, die in den Rechten der germanischen Stämme sich ausprägen . . .«²

Es bleibt nicht bei solchen Allgemeinheiten. Der Modellanspruch des Völkisch-Rassisch-Geschichtlichen äußert sich vielfach in konkreten Nutzenanwendungen. Rechtspolitische Vorschläge werden nicht selten mit dem Hinweis auf das alte Recht untermauert, wobei uns nicht die historische Haltbarkeit der Behauptungen interessiert, sondern die methodische Behandlung der vielfach zur historischen Utopie ableitenden Geschichte. Überschriften wie »Der Geist des deutschen und römischen Rechts in der Wirtschaft«³ oder »Die Erneuerung unseres Verfahrensrechts aus dem germanischen Rechtsdenken«⁴ zeugen von der gewählten Methode. In dem zuletzt genannten Aufsatz heißt es:

»Eine Rechtsdogmatik, die dem Wesen des Führerstaats gerecht werden will, muß . . . die altgermanischen Rechtsvorstellungen zugrundelegen.«⁵

Auf altgermanische Rechtsvorstellungen beruft sich ein Autor für seine unter dem Titel »Der sittliche Ehebruch«⁶ publizierte Forderung, das Kebsverhältnis als anerkanntes Rechtsverhältnis neben der Ehe zuzulassen. Die Kebsgemeinschaft, so meint er, ist »germanisches und deutsches Recht bis zur Zeit Martin Luthers gewesen. Sie war eine Rechtsform der Vergangenheit. Und Mut ist die Forderung der Zukunft«.

II.

Der Germanistik schien also nach einer verbreiteten Auffassung für die »Rechts-erneuerung« eine führende Rolle zugebracht zu sein. Daß die Vertreter dieses Fachs oder ein großer Teil unter ihnen versuchen würden – und zwar ohne daß sie hätten Nationalsozialisten sein müssen –, einen solchen Part zu übernehmen, hatte, rückblickend gewertet, einige Wahrscheinlichkeit für sich. Entsprechend doch die Forderung des Parteiprogramms nach Eliminierung des römischen im deutschen Recht den Vorstellungen, mit denen schon die Germanisten des 19. Jh. gegen das römische Recht zu Felde gezogen waren. Ein Blick auf die wissenschaftsgeschichtliche Situation mag dies verdeutlichen.

Ihre Größe und Blüte im 19. Jahrhundert verdankt die rechtsgeschichtliche Forschung dem romantischen Geschichtsdenken, das bei Gründung der historischen Schule zu Beginn des Jahrhunderts das Forschungsziel bestimmte. Zwar bediente man sich der immer vollkommener beherrschten historisch-kritischen Methode; als Ziel der Forschung wurde jedoch der Dienst am geltenden Recht proklamiert.⁷

² Martin Busse, *Germanisches Bauernrecht*, Deutsches Recht, Jg. 1934, S. 497.

³ Rudolf Bechert, *Deutsches Recht*, Jg. 1933, S. 81 ff.

⁴ Georg Lenz, *Deutsche Rechtswissenschaft*, Jg. 1937, S. 338 ff.

⁵ a. a. O., S. 338/339.

⁶ Rudolf Bechert, *Zeitschrift der Akademie für Deutsches Recht (ZakDR)*, Jg. 1939, S. 446.

⁷ Dazu Karl von Amira, *Über Zweck und Mittel der germanischen Rechtsgeschichte*, München 1876; Walter Wilhelm, *Zur juristischen Methodenlehre im 19. Jh. Die Herkunft der Methode Paul Labands aus der Privatrechtswissenschaft*, Frankfurt 1958, S. 17 ff.; Rudolf Gmür, *Savigny und die Entwicklung der Rechtswissenschaft*, Schriften der Gesellschaft zur Förderung der Westfälischen Wilhelmsuniversität, H. 49, Münster 1962, S. 15 ff., 32 ff.; Erik Wolf, *Große Rechtsdenker der deutschen Geistesgeschichte*, 4. Aufl., Tübingen 1963, S. 486 ff.; Franz Wieacker, *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit*, 2. Aufl., Göttingen 1967, S. 381 ff., insbes. 388 ff.

Das historische Recht wurde als Ergebnis eines auf dem Volksgeist beruhenden Wachstumsprozesses aufgefaßt und so mit einem dogmatischen Anspruch bekleidet. Die »historische Methode« präsentierte sich folglich als ein Weg zur Rechtskenntnis. Bekanntlich wurde die historische Methode nun aber sowohl am römischen, wie am germanischen und deutschen Recht geübt; diesem Umstand verdanken wir die Schulbildung der Romanisten und Germanisten. Die Romanisten entfalteten in der Folgezeit das gewaltige System der Pandektenwissenschaft als umfassende Privatrechtsordnung. Die Germanisten versuchten demgegenüber, aus ihrem verstreut liegenden historischen Material, wenn auch zum Teil mit den begrifflichen Mitteln des römischen Rechts, ein System des genuin deutschen Privatrechts aufzurichten.⁸ Eben wegen des dogmatischen Anspruchs dieser historischen Rechtswissenschaften verwandelte sich die methodische Nachbarschaft sehr bald in eine erbitterte Feindschaft. Den letzten Höhepunkt der Auseinandersetzung bildete der Kampf um die Gestalt des Bürgerlichen Gesetzbuches. Der Ausgang des Streits ist bekannt: Das BGB erhielt durch die Pandektenwissenschaft seine bestimmende Form; germanistische Einsprüche, insbesondere durch Otto von Gierke, gegen den ersten Entwurf von 1887 führten zu keiner Revision des Konzepts im Ganzen.⁹

Spätestens mit dem Inkrafttreten des BGB am 1. Jan. 1900 war das Ende der »historischen Rechtswissenschaft« im bisherigen Verstande, und zwar nicht nur des germanistischen Zweigs, eingeleitet. Eine auf Lückenlosigkeit bedachte gesetzliche Privatrechtsordnung, die den Geltungsanspruch auf einen ihr beigegebenen Geltungswillen stützt, läßt das historische Recht notwendig zur Vorgeschichte herabsinken. Die historische Rechtswissenschaft wird zur – auf das Phänomen des Rechts bezogenen – Geschichtswissenschaft. Mit dem dogmatischen Anspruch verlor das geschichtliche Recht auch das Interesse des praktischen Juristen und nur deshalb, weil das Studium eben nicht einer primär praktischen Ausbildung dienen sollte, behielten die rechtshistorischen Vorlesungen, wenn auch von den Studenten häufig gemieden, einen sehr breiten Platz in den Lehrplänen.

Eine neue Selbstbestimmung der rechtsgeschichtlichen Disziplinen war daher unerläßlich. Sie hatte freilich schon vor dem Inkrafttreten des BGB begonnen. Für den Bereich der Germanistik ist die Münchner Antrittsrede *Karl von Amiras* (1876) von besonderer Bedeutung.¹⁰ Von Amira forderte die Abkehr von der dogmatisch orientierten deutschen Rechtsgeschichte zugunsten einer als Teil der Kulturgeschichte begriffenen germanischen Rechtsgeschichte, die das Recht aller germanischen Stämme einbeziehen und nach Methode und Ziel der Geschichtswissenschaft zugeordnet werden sollte. Im Gefolge dieses Programms entstand eine von dem Anspruch gegenwärtiger Brauchbarkeit befreite rechtsgeschichtliche Altertumswissenschaft. Auch die Arbeiten aus dem Bereich des mittelalterlich-deutschen Rechts hatten häufig schon im 19. Jh. ihre dogmatischen Gegenwartsbezüge abgestreift¹¹; die Rechtsgeschichte setzte sich zum Ziel die Erforschung historischer Sachverhalte und Einrichtungen.

Das neue Selbstverständnis mag freilich auch noch nach 1900 zuweilen weniger

⁸ *Wieacker*, a. a. O., S. 404 ff. mit weiterführender Lit.; *Wilhelm*, a. a. O., S. 88 ff.

⁹ Dazu neuerdings *Werner Schubert*, Die Entstehung der Vorschriften des BGB über Besitz und Eigentumsübertragung, Berlin 1966, S. 45 ff., S. 51.

¹⁰ Über Zweck und Mittel der germanischen Rechtsgeschichte, München 1876, insbes. S. 11 ff.

¹¹ Zum wissenschaftsgeschichtlichen Vorgang im Ganzen vgl. *Wieacker*, a. a. O., S. 416 ff.; *Wieacker* betont zu Recht, daß sich die Methode der Germanistik schon früher und gleichmäßiger der Geschichtswissenschaft angeschlossen habe, als dies bei den Romanisten der Fall gewesen sei (S. 422).

aus methodischer Einsicht, denn aus einer gewissen Resignation heraus akzeptiert worden sein¹². Nicht akzeptiert wurde sie indes von *Otto von Gierke*, der nicht nur den ersten BGB-Entwurf aus deutschrechtlicher Sicht bekämpfte, sondern der sich, auch noch als die Kodifikation bevorstand und noch nachdem sie in Geltung gesetzt war, nicht davon abhalten ließ, ein großes System des Deutschen Privatrechts zu schreiben, von dem drei Bände in den Jahren 1895 bis 1917 erschienen sind¹³. »Der Kampf für deutsches Recht«, heißt es im Vorwort des ersten Bandes, »kann und wird nicht ruhen, so lange es ein deutsches Volk gibt«. In seiner Schrift »Die soziale Aufgabe des Privatrechts« umriß er den dogmatischen Anspruch des alten deutschen Rechts wie folgt:

»... das Recht, welches uns heute formt, ist das erneuerte, das wiedergeborene, das aus todesähnlichem Schlummer erweckte deutsche Recht. Nicht das deutsche Recht in seiner mittelalterlichen Gewandung, aber das deutsche Recht in seinem unsterblichen Gedankeninhalt... Darum knüpfen wir, wenn wir ein wahrhaft zukunftsreiches Recht schaffen, so oft über die Episode der Fremdherrschaft hinweg an unsere große germanische Vergangenheit an.«¹⁴

Die Hoffnung von Gierkes, trotz des Sieges der Pandektistik im BGB werde der Tag des »deutschen Rechts« noch kommen, war – trotz methodischer Selbstbescheidung in den einzelnen Forschungsvorhaben – auch in den zwanziger Jahren noch lebendig. So hielt beispielsweise der Rechtshistoriker *Herbert Meyer* am 5. Juni 1929 in Göttingen eine Rektoratsrede, die übrigens nach der Machtergreifung im Text unverändert erneut gedruckt werden konnte¹⁵. In dieser Rede übt Meyer scharfe Kritik an der seit dem Sieg der Pandektenwissenschaft vollzogenen Rechtsentwicklung und fordert die Rückkehr zu einem nationalen und volkstümlichen Recht. Mit dem Aufruf »Zurück zu Gierke«¹⁶ will er aus der Summe deutschrechtlicher Geschichte die Grundgedanken des nationalen Rechts durchgeführt wissen. Dabei nennt er allgemeine und konkrete Positionen: deutsches Recht muß objektive Friedensordnung sein, darf also nicht das subjektive Recht zum Ausgangspunkt haben; das Privatrecht darf nicht individualistisch, es muß sozial sein; das deutsche Recht fordert das Prinzip der Kundbarkeit des Rechts; im Schadensersatzrecht muß das Verschuldensprinzip dem »Veranlassungsprinzip« weichen, und dergleichen mehr¹⁷.

Die Forderung des Nationalsozialismus nach Herstellung eines vom »Fremd- einfluß« gereinigten Nationalrechts mußte – so sollte man meinen – die Vertreter

¹² Zugleich wurde jedoch auch die Erleichterung gespürt, die sich aus dem Wegfall des doktrinen Zwanges ergab, vgl. *Rudolf Hübner*, Grundzüge des deutschen Privatrechts, 4. Aufl. Leipzig-Erlangen 1922: »Wir brauchen uns heut nicht mehr abzumühen, die Positivität des deutschen Privatrechts zu begründen. Denn nur in den wenig zahlreichen Fällen, wo die dem Landesherrn vorbehaltenen Materien ohne partikulargesetzliche Regelung geblieben sind, befindet sich das deutsche Privatrecht noch heute in der gleichen unsicheren Lage wie ehemals. Im übrigen aber hat es durch die Aufrichtung der deutschen Rechtseinheit eine völlig veränderte Stellung erhalten. Unser bürgerliches Recht ist das heutige, positive deutsche Privatrecht und die Wissenschaft des bürgerlichen Rechts unsere heutige gemeinrechtliche positiv-dogmatische Wissenschaft. Die Wissenschaft des deutschen Privatrechts hat demgegenüber eine propädeutische Aufgabe.«

¹³ Deutsches Privatrecht, Leipzig bzw. München und Leipzig, 1895–1917.

¹⁴ Berlin 1899, hier nach Frankfurt/Main 1943, S. 11 f.

¹⁵ Erste Veröffentlichung in: Mitteilungen des Universitätsbundes Göttingen, Jg. 11 Heft 1, Göttingen 1929; zweite Veröffentlichung Weimar 1933.

¹⁶ Zweite Ausgabe, S. 31.

¹⁷ S. 32 ff. Für den Neubau des Staatsrechts auf germanistischen Grundlagen *Walther Merk*, Der germanische Staat, Langensalza 1927, insbes. S. 12 ff. Siehe auch *Claudius Freiherr von Schwerin*, Der Geist des altgermanischen Rechts, das Eindringen des fremden Rechts, und die neuerliche Wiedererstarkung germanischer Rechtsgrundsätze, in: Germanische Wiedererstarkung, hg. von H. Nollau, Heidelberg 1926, S. 205 ff.

der deutschrechtlichen Forschung vor allem deshalb ansprechen, weil die nach 1933 einsetzende juristische Schlagwortprogrammatische ihre Begriffe sehr häufig aus der Germanistik und der nationalen Geschichtsanschauung des 19. Jahrhunderts entnommen hatte. Die, von der Rassenfrage abgesehen, verschwommene nationalsozialistische Ideologie stellt ein Konglomerat von offenen Begriffen wie »völkisch«, »arteigen«, »artfremd«, »überfremdet«, »individualistisch«, »sozial« usw. dar, die vielfach anderen Denkmodellen und Anschauungsweisen entnommen sind, bei denen die Begriffe aber – in anderem Denkkontext stehend – ganz andere Sinngehalte und Stellenwerte aufweisen konnten. So vermochte das nationalsozialistische Programm auf sehr unterschiedliche Gruppen und Kräfte Eindruck zu machen. Da der Nationalsozialismus dabei auf stagnierende oder resignierende Strömungen spekulierte, ging er vielfach zu Recht von der Annahme aus, man werde angesichts dergleichen Wertungsbegriffe und der durch sie vermittelten Assoziationen gegenüber dem spezifischen Charakter der Bewegung blind sein oder sein wollen.

In der betont nationalsozialistischen Literatur zur Rechtserneuerung kommen Wertungen zum Durchbruch, finden ferner Begriffe Anwendung, die vielfach germanistischen Vorstellungen und dem spezifisch nationalen Geschichtsbild des 19. Jh. entnommen sind. Das gilt vor allem von der These, daß die deutsche Kultur durch die Geltung römischen Rechts überfremdet sei¹⁸. Demgemäß sah das seit 1933 im Schwange befindliche Geschichtsbild entweder schon in der Rezeption des römisch-kanonischen Rechts¹⁹ zu Ende des MA oder aber im Aufkommen der Pandektistik des 19. Jh.²⁰ eine zu krassem Individualismus und Materialismus führende Fehlentwicklung. Die vorbildliche Daseinsform genuin deutschen oder germanischen Rechts konnte demgegenüber im vorwissenschaftlichen germanischen und deutschen Recht gefunden werden, sofern man nur irgend einer Rechtsordnung Modellcharakter zuzuweisen geneigt war. Neben das historische deutsche Recht treten als Leitbilder freilich gelegentlich noch das englische und die nordeuropäischen Rechte, da in diesen Rechtskreisen eine Rezeption des römischen Rechts in complexu nicht stattgefunden hatte²¹. Ferner nahm die nationalsozialistische Rechtswissenschaft die alte germanistische Forderung nach Volkstümlichkeit und Volksverbundenheit des Rechts auf²². Hier galt eine verbreitete Feindschaft insbesondere dem BGB, das man als Ausgeburt volksfremder Pandektistik verstand²³. Nach der damals gängigen Vorstellung bietet das BGB ein für das Volk unverständliches, abstraktes, lebensfremdes Recht, durch das der Volksgenosse der Geheimwissenschaft eines gelehrten Juristenstandes ausgelie-

¹⁸ Näheres über die Germanistik des 19. Jh. bei *Hans Thieme*, Savigny und das Deutsche Recht, ZRG Germ. Abt. 80 (1963), S. 11 ff.

¹⁹ *Carl Schmitt*, Die geschichtliche Lage der deutschen Rechtswissenschaft, DJZ 1936, S. 17; *ders.*, Aufgabe und Notwendigkeit des deutschen Rechtsstandes, Deutsches Recht 1936, S. 181; *W. J. Hedemann*, Der Gesamtbau des bürgerlichen Rechts, ZAkDR 1935 S. 431; Manche »Deutschrechtler« sahen in der Rezeption indes weniger eine Aufnahme von römischen Institutionen als die eines neuen, nämlich wissenschaftlichen Denkstils, ohne daß das Recht selbst überfremdet worden sei, vgl. *Herbert Meyer*, Rasse und Recht bei den Germanen und Indogermanen, Forschungen zum Deutschen Recht, Bd. II 13, Weimar 1937, S. 31.

²⁰ Z. B. *Carl Schmitt*, a. a. O., S. 19.

²¹ Vgl. *Walther Merk*, Wachstum und Schöpfung im germanischen Recht, Festgabe für Erich Jung, Marburg 1937, S. 173; *Karl Michaelis*, Wandlungen des deutschen Rechtsdenkens seit dem Eindringen des fremden Rechts, Berlin 1935, S. 18, s. aber S. 55.

²² Grundlegend die Schrift von *Georg Beseler*, Volksrecht und Juristenrecht, Leipzig 1843.

²³ Vgl. *Frank*, Deutsches Recht, Jg. 1936, S. 298; *Michaelis*, a. a. O., S. 49 f., *Schlegelberger*, Abschied vom BGB, Berlin 1937, S. 10. Je länger sich freilich die Jurisprudenz mit den Vorbereitungen zur neuen Gesetzgebung beschäftigte, desto mehr wuchs die Anerkennung für die Leistungen der Schöpfer des BGB, vgl. die interessante wissenschaftsgeschichtliche Arbeit von *Heinrich Lange*, Die Entwicklung der Wissenschaft vom Bürgerlichen Recht seit 1933, Tübingen 1941, S. 20.

fert ist. Wie leicht konnte man demgegenüber das Ideal der germanischen oder mittelalterlich-deutschen Rechtskultur beschwören, in der das Recht nicht von oben gesetzt, sondern im Volk und durch es selbst gefunden worden sei, in der das Recht also nicht über dem Volk, sondern in ihm gelebt habe²⁴. Besonderer Verachtung erfreute sich, nicht nur von den rechtstheoretisch konzipierten Positionen des konkreten Ordnungsdenkens her²⁵, der Allgemeine Teil des BGB, den man als den Gipfel pandektistischer Konstruktionsjurisprudenz empfand²⁶. In diesem Zusammenhang verband sich freilich mit der Forderung nach Volkstümlichkeit eine dem Nationalsozialismus eigene Tendenz zum Irrationalismus²⁷. Die Abneigung gegen das »Abstrakte«, Vergeistigte, gegen reflektierte Grundlinien der Rechtsordnung ging soweit, daß man verschiedentlich an die Imitation des englischen *case law* dachte²⁸, eine Bestrebung, die aus begreiflichen Gründen keine Verwirklichungschance besaß. Auch hier konnte aber das völlig unsystematische, stets auf typische Sachverhalte bezogene mittelalterliche Recht zum Kontrast genommen werden. Im Zusammenhang mit der Abstraktheit des BGB wurde vielfach seine Sprache einem Verdikt unterzogen. Einfach, jedermann verständlich sollte die Rechtssprache sein, wie dies eben in der mittelalterlich-deutschen Rechtsordnung der Fall gewesen ist, deren Sinnfälligkeit – man denke nur an die Paarformeln – zu den Eigenarten vorwissenschaftlichen Rechts gehört. Eine besondere Rolle für den Nationalsozialismus spielte bekanntlich die Übernahme und Mythologisierung des Treubegriffs.

Schließlich sei eine letzte Übereinstimmung germanistischer Tradition und nationalsozialistischer Schlagwortideologie erwähnt. Sie betrifft den Gedanken der sozialen Natur der subjektiven Rechte. Der nationalsozialistische Vorwurf des Individualismus und Materialismus traf das römisch geprägte Privatrecht, das als System auf die Willensherrschaft des privatautonomen Individuums gegründet war²⁹. Die Germanisten hatten im Zuge der in der zweiten Hälfte des 19. Jahrhunderts rasch fortschreitenden Idee von der Sozialgebundenheit des Eigentums und anderer Privatrechte auch in diesem Punkt Kritik am Pandektenrecht geübt. *Otto von Gierke* versuchte in seiner Auseinandersetzung mit dem BGB demgegenüber das deutsche Privatrecht als ein von seiner Struktur her sozialbezogenes zu erweisen³⁰. Von Gierkes Auffassung steht deutlich im Gefolge der Kritik, welche ökonomische Lehren des 19. Jahrhunderts am absoluten Eigentumsbegriff der Pandektistik geleistet hatten. Freilich stützt der Germanist die Aussage von der notwendig öffentlichrechtlichen Relevanz wichtiger Eigentumsarten nicht auf die Einsicht in wirtschaftliche Zusammenhänge; vielmehr geht er von der Beschaffenheit des nationalen Rechts aus. Gleichwohl steht von Gierke sichtlich unter dem Einfluß des neuen Sozialgedankens: »... in unserem öffentlichen Recht muß ein Hauch des naturrechtlichen Freiheitsraumes wehen und unser Privatrecht muß ein Tropfen sozialen Öles durchsickern.«³¹ Der

²⁴ Vgl. *F. Cornelius*, Der Rechtsbegriff des Deutschen Rechts, Deutsches Recht, Jg. 1934, S. 103.

²⁵ Vgl. dazu *Peter Thoss*, Der Weg des subjektiven Rechts in die gliedschaftliche Bindung, Zum Verhältnis von Nationalsozialismus und Privatrecht, S. 39 ff.

²⁶ Siehe z. B. *Schlegelberger*, a. a. O., S. 21. Eine Auseinandersetzung mit diesem gängigen Urteil findet sich bei *Philipp Heck*, Der Allgemeine Teil des Privatrechts, ArchCivPrax 146 (1941), S. 1 ff.

²⁷ Vgl. *Bernd Rütters*, Die unbegrenzte Auslegung, Tübingen 1968, S. 133 ff.

²⁸ Zu diesen Bestrebungen *Heinrich Lange*, Lage und Aufgabe der deutschen Privatrechtswissenschaft, Tübingen 1937, S. 15 ff.

²⁹ *Hitler* verwarf in einer Rede vom 30. Jan. 1937 die Auffassung, »daß das Recht im wesentlichen berufen sei, den Schutz des Individuums in der Person und in seinem Eigentum zu übernehmen« (aus ZAkDR 1937, 97).

³⁰ Die soziale Aufgabe des Privatrechts, S. 6 und passim.

³¹ a. a. O., S. 10.

Nationalsozialismus bediente sich freilich des Gedankens der Sozialgebundenheit der Privatrechte mit einer ganz anderen Sinnggebung. Sozialgebundenheit wurde zur totalen Eingliederung. Immerhin konnte auch in diesem Zusammenhang Otto von Gierke für den Modellcharakter des historischen deutschen Rechts in den Zeugenstand gerufen werden.

III.

Es gab also – das ist der Sinn des bisher Gesagten – gewichtige Gründe, welche die deutschrechtliche Wissenschaft zu einer Erneuerung ihres Selbstverständnisses veranlassen konnte, indem sie nämlich wiederum ihren Anteil an Rechtspolitik und Rechtsdogmatik verlangte. Die »Überfremdung« des deutschen Rechts konnte doch nur beseitigt werden, wenn man – wie es der Wiener Rechtshistoriker *Rudolf Köstler* ausdrückte – feststellte, »was am bisherigen Recht deutsch ist«³², und das wiederum setzte die Kenntnis des alten Rechts voraus. Gewiß dachten auch die Bewunderer des mittelalterlichen Rechts nicht daran, etwa den *Sachsenspiegel* als Gesetz einzuführen. Aber war es nicht an der Germanistik, die bestimmenden Strukturen des »arteigenen« Rechts aus dem von seiner zeitbedingten Gewandung befreiten germanischen und mittelalterlich-deutschen Recht zu entwickeln?

Es ist daher erstaunlich, wenn wir feststellen müssen, daß die deutsche Rechtsgeschichte weder zu einer grundsätzlichen Neuorientierung ihres Selbstverständnisses gelangt ist, noch bei der »Rechtserneuerung« eine bestimmende Rolle gespielt hat. Vielleicht weisen die internen Vorgänge in der Akademie für Deutsches Recht, die als »Zentralstelle für gesetzgeberische Vorarbeiten« eingerichtet war, manches interessante Detail auf; im Schrifttum jedenfalls sind nicht einmal deutliche Spuren eines Einflußkampfes zugunsten der Germanistik erkennbar³³. Die Rechtsgeschichte blieb, wenn auch in der Studienordnung von 1935 reichlich mit Sternchenstunden bedacht³⁴, weiterhin am Rande der Jurisprudenz; das historische Recht erhielt keine Wegweiserfunktion bei der Umwälzung des Rechts. Wenn ich den Gründen dafür nachgehe, so muß ich die politische Einstellung der Gelehrten außer Betracht lassen, da das vollständige biographische Material nicht leicht zu beschaffen wäre. Ich beschränke mich auf Ursachen, die im Charakter des Nationalsozialismus und den Bestrebungen der nationalsozialistischen Rechtswissenschaft und schließlich in der Rationalität der rechtsgeschichtlichen Forschung selbst begründet liegen.

Ein wirklicher Modellcharakter des historischen germanisch-deutschen Rechts, auch wenn er auf Grundlinien beschränkt gewesen wäre und den technisch-wirtschaftlichen Wandel berücksichtigt hätte, widersprach eklatant dem Streben der Machthaber, rechtliche Festlegungen aller Art zu vermeiden, die das Regime selbst hätten begrenzen können³⁵. Dieser Tendenz zufolge galt der Kampf des Nationalsozialismus dem »formalen«, will sagen dem fixierten und daher der Manipulation widerstrebenden Recht; an die Stelle des »Formalrechts« sollte,

³² Was heißt und zu welchem Ende studiert man – Rechtsgeschichte? ZAkDR, Jg. 1940, S. 194 ff.

³³ Eine Kritik an Tendenzen, die bei der Arbeit am »Volksgesetzbuch der Deutschen« sichtbar wurden, findet sich bei *Franz Beyerle*, *Schuldenken und Gesetzeskunst*, Zeitschrift für die gesamte Staatswissenschaft 102 (1942), S. 209. Beyerle warnt insbesondere davor, das Ziel der Volkstümlichkeit aus den Augen zu verlieren.

³⁴ Siehe *Karl August Eckhardt*, *Das Studium der Rechtswissenschaft*, Hamburg 1935, S. 12. Besonders wichtige Vorlesungen wurden durch Sternchen gekennzeichnet.

³⁵ Dazu *Rüthers*, *Die unbegrenzte Auslegung*, S. 104 f.

wie der »Reichsrechtsführer« *Frank* es ausdrückte³⁶, das »Lebensrecht« treten. »Recht und Unrecht«, so heißt es bei *Alfred Rosenberg*³⁷, »sind nicht abstrakte Begriffe, nicht toter Buchstabe, sondern Recht ist das, was arische Menschen für Recht befinden, und Unrecht das, was sie verwerfen.« Freilich können auch geschichtliche Sachverhalte manipuliert werden, aber unter Wahrung rationalen Scheins nur bis zu einer bestimmten Grenze. Je konkreter sich der geschichtliche Stoff darstellt, desto eher ist diese Grenze erreicht.

Ein Beispiel: Die gängige Behauptung, das Führerprinzip sei germanischen Ursprungs und habe in der Herrschaft germanischer Stammesfürsten beispielhafte Verwirklichung gefunden, hatte für das Regime bei näherem Zusehen auch unangenehme Aspekte. Denn der germanische Herrscher war gerade nicht als Gesetzgeber begriffen, wo sich nicht kirchliche Einflüsse oder die Übernahme spätrömischer Vorstellungen geltend machten. Eine Übereinstimmung mit der nationalsozialistischen Rechtsquellenlehre, welche die Rechtsbildung dem Führertum in die Hand gab³⁸, war daher nicht leicht herzustellen³⁹. Das gleiche gilt für den rechtsgeschichtlichen Befund, wonach das echte deutsche Recht einer »künstlichen« Gesetzgebung abhold ist und sich durch organisches Wachstum auszeichnet⁴⁰. Auch im Privatrecht war die Festlegung durch das historische Argument keineswegs erwünscht. Kennzeichnend sind die Ausführungen, die der »Reichsrechtsführer« *Frank* 1936 unter dem Thema »Eike von Repgow der Künster und Kämpfer des Rechts« gemacht hat. Er lobt den »wahrhaft deutschen Geist« des Sachsenspiegels, der durch die Grundwerte »Friede, Freiheit, Treue und Gefolgschaftspflicht« beherrscht sei, fährt dann aber fort:

»Es ist klar, daß die unmittelbare Übernahme der Vorschriften des mittelalterlichen Rechts in unsere heutige Zeit nicht in Frage kommen kann«. Die moderne Rechtsordnung muß aber »in ihren Grundlagen ähnlich gefestigt und in ihren Zielen ebenso einheitlich ausgerichtet sein, wie wir dies am Sachsenspiegel noch heute bewundern«⁴¹.

Einheitlichkeit und Geschlossenheit, Friede, Freiheit, Treue und Gefolgschaftspflicht, das sind die Schlagworte, auf deren historische Verzierung sich die rechtsgeschichtliche Wissenschaft zu beschränken hat. Durch nichts anderes also konnte die Germanistik dem Regime nützen, als durch den Nachweis des genuin-germanischen Charakters einiger Parolen.

Ein dogmatischer Anspruch des historischen Rechts wurde ferner auch von der nationalsozialistischen Jurisprudenz keineswegs akzeptiert. Die Leitung der legislatorischen Vorarbeiten, die Führung in der Erneuerungsdiskussion wurden ganz überwiegend von Leuten übernommen, die entweder überhaupt nicht historisch oder nicht germanistisch orientiert waren und denen es ferne lag, ihre Arbeit mit einem engagierten Einstieg in die Rechtsgeschichte zu beginnen. Eine Gegnerschaft zur Renaissance der historischen Rechtsschule finden wir ausdrück-

³⁶ DJZ 1936, S. 400.

³⁷ Das Recht wurzelt im Volk, ZAkDR 1937, S. 610.

³⁸ Siehe *Rüthers*, Die unbegrenzte Auslegung, S. 127 ff.

³⁹ Einen Versuch dieser Art unternahm *Georg Lenz*, Die Erneuerung des Verfahrensrechts aus dem germanischen Rechtsdenken, Deutsche Rechtswissenschaft, Jg. 1937, S. 339 ff., der den Führer nicht als Gesetzgeber, sondern als den höchsten Urteilsfinder fungieren läßt: »Aus naheliegenden Gründen kommt eine direkte Befragung der Thinggenossen im heutigen Staat nicht in Betracht. Der Richter fragt daher das Urteil an den Führer, der kraft seiner Stellung als einziger berufen ist, für die Gemeinschaft der Genossen zu sprechen und ihr Urteil zu finden«. Diese Urteilsfindung geschieht in einem Millionenvolk »in Form allgemeiner Aussprüche« (S. 340).

⁴⁰ In diesem Sinne z. B. *Walther Merk*, Wachstum und Schöpfung im germanischen Recht, in: Beiträge zur Neugestaltung des Deutschen Rechts, Festgabe für Erich Jung, Marburg 1937, S. 173.

⁴¹ Deutsches Recht, Jg. 1936, S. 298.

lich bei Juristen, die von rechtsphilosophischen Ausgangspunkten her dem neuen Recht den Weg zu weisen versuchten. Die heutige Aufgabe der Rechtswissenschaft, schreibt *Carl Schmitt* im Jahre 1936, ist philosophischer Art⁴². Er streitet den Germanisten des 19. Jh. gewisse Verdienste nicht ab, leugnet aber, daß sie das eigentliche Problem gelöst hätten:

»Die Germanisten setzten den Normen und Begriffen einer romanistischen Jurisprudenz den Inhalt deutschrechtlicher Normen entgegen; mit gutem Recht und gutem Erfolg. Aber in der Hauptsache handelte es sich um mehr als um die Verschiedenheiten von Normeninhalten, über deren Richtigkeit und Zweckmäßigkeit man streiten kann; der eigentliche Kampf ging um etwas anderes, nämlich darum, den Typus des rezeptionsrechtlich geprägten Juristen durch den eines deutschen Rechtswahrers zu ersetzen . . .«⁴³

Das sei – so behauptet *Carl Schmitt* unter Hinweis darauf, daß es auch unter den Germanisten Juden gegeben habe, nicht gelungen. Entscheidend in diesem Zitat erscheint mir die Aussage, daß man über die Richtigkeit und Zweckmäßigkeit des sog. Deutschen Rechts streiten könne; sein Inhalt entbehrt also jeglicher Vorbildlichkeit.

Letztlich – so meine ich – war jedoch die Wissenschaft vom historischen germanisch-deutschen Recht selbst weder willens noch in der Lage, in der Diskussion um die Rechtserneuerung die führende Rolle zu übernehmen. Trotz aller Rede von der Wiedererweckung des germanischen oder deutschen Geistes war auf wissenschaftlicher Ebene die Zeit romantischen Geschichtsdenkens vorbei, der Siegeszug der geschichtswissenschaftlichen Methode nicht revidierbar. Längst hatten Einzeluntersuchungen die Idee, man könne aus der Summe verstreut liegender partikularer Rechtsquellen ein Privatrechtssystem herleiten, erschüttert. An die Stelle historisch-orientierter Systematik war die Einzeluntersuchung getreten, welche die überkommene Gesamtschau im Detail korrigierte und damit insgesamt in Frage stellte. So erklärt es sich, daß gar nicht mehr der Versuch unternommen wurde, nach dem Vorbild Gierkes ein System des deutschen Privatrechts zu konzipieren⁴⁴. Auch nach 1933 blieb die Forschung im Großen und Ganzen in den bisherigen Bahnen, ein Dogmatismus wird selten spürbar. Interessant erscheint in diesem Zusammenhang ein Blick auf die von dem Rechtshistoriker *Karl August Eckhardt* inspirierte Studienordnung von 1935. Dort wird zwar für das erste Studiensemester eine 4- bis 6-stündige Vorlesung über »Germanische« oder »Deutsche« Rechtsgeschichte vorgesehen, wobei nach Möglichkeit die »Germanische« den Vorzug erhalten soll; die bisher übliche historisch-dogmatische Vorlesung indessen, genannt »Deutsches Privatrecht«, entfällt. Wenn es in der Studienordnung auch heißt, die »Germanische Rechtsgeschichte« solle auch die Entwicklung der einzelnen Rechtsinstitute umfassen, so ist dennoch die Entscheidung gegen die »Historische Rechtswissenschaft« und für eine Entwicklungsgeschichte des Rechts gefallen⁴⁵.

Für einen Modellcharakter des historischen Rechts hätten sich zudem kaum überwindliche Schwierigkeiten ergeben. Die Quellen des vom römischen Recht nicht wesentlich erfaßten germanischen und deutschen Rechts liegen zeitlich über 1000 Jahre auseinander; sie stammen zudem aus höchst unterschiedlichen Kultursitua-

⁴² Die geschichtliche Lage der deutschen Rechtswissenschaft, DJZ 1936, S. 21.

⁴³ Aufgabe und Notwendigkeit des deutschen Rechtsstandes, Deutsches Recht, Jg. 1936, S. 181; siehe ferner *Karl Larenz*, Volksgeist und Recht, Zeitschrift für deutsche Kulturphilosophie, Jg. 1935, S. 40 ff.

⁴⁴ Die »Grundzüge des deutschen Privatrechts« von *Rudolf Hübner*, 1. Aufl. 1908, 5. Aufl. 1932, sind als Entwicklungsgeschichte konzipiert.

⁴⁵ Siehe dazu *Claudius von Schwerin*, Deutsche Rechtswissenschaft, Jg. 1939, S. 188.

tionen. Allein die Tatsache der germanischen Reichsgründung und der Christianisierung bedingten gewaltige Veränderungen des Rechts. Wo aber sollte man den für das historische Modell entscheidenden Querschnitt ansetzen? Sollte heidnisches oder von der Kirche beeinflusstes Recht die Richtschnur bilden? Die historische Orientierung, die noch beim Erbhofgesetz vom 29. 9. 1933 wenigstens in den Begründungen eine Rolle spielte, – es wurde die Wiederkehr des deutschen Eigentumbegriffs gefeiert⁴⁶ –, ist bereits beim Ehegesetz von 1938 nicht mehr zu spüren, und dies aus gutem Grund. Nationalsozialistisches Postulat war beispielsweise zwar nicht die Gleichberechtigung, aber doch die »Höherwertung« der Frau. Hierfür konnte man freilich in den idealisierenden Berichten des Tacitus eine germanisch-historische Stütze finden; die germanischen Stammesrechte bieten jedoch ein davon völlig verschiedenes Bild: Die Frau erscheint, ehe der kirchliche Einfluß zum Tragen kommt, als bloßes Objekt der Eheschließung und steht unter der strengen Hausherrschaft der Männer. In der älteren Forschung hatten sich sogar Zweifel geregt, ob die Frau bei den Germanen nicht wie eine Sache behandelt worden sei. Die neueren Forschungen zeigten zwar ein etwas versöhnlicheres Bild von den familienrechtlichen Zuständen der Germanen, man sprach z. B. nicht mehr vom Frauenkauf als Eheschließungsform, sondern umschrieb den Vorgang durch andere Termini⁴⁷. Aber Bestimmungen wie die des angelsächsischen Rechts, wonach ein Ehebrecher verpflichtet wurde, auf eigene Kosten dem betrogenen Mann ein anderes Weib zu beschaffen, waren beispielsweise nicht zu übersehen⁴⁸. Heidnisch-germanisches Eherecht kam also als Vorbild nicht in Betracht, ebensowenig wie natürlich das kirchliche Ehemodell des Mittelalters. Einige bekannte Rechtshistoriker haben sich damals mit dem Verhältnis von Rechtsgeschichte und Gesetzgebung auseinandergesetzt. Auch hier spüren wir bei genauer Lektüre die Distanz, welche die rechtshistorische Forschung zu den Zeitproblemen gewinnen will. Interessant sind beispielsweise die Ausführungen, die *Claudius von Schwerin* in einem 1938 erschienenen Sammelband »Zur Erneuerung des Bürgerlichen Rechts«⁴⁹ gemacht hat. Von Schwerin geht von der aktuellen Bedeutung der Rechtsgeschichte aus: Bei der Rechtserneuerung ist die Geschichte zu befragen. Der dogmatische Anspruch des historischen Rechts wird dann aber unter der präzisen Fragestellung, was denn die Rechtsgeschichte für die Gesetzgebung leisten könne, erheblich reduziert.

»Dieser Neubau kann aber . . . nicht etwa in der Weise entstehen, daß man heute Geltendes durch das ersetzt, was in der Vergangenheit gegolten hat. Ewig ist der deutsche Geist, aber zeitgebunden ist die Form, in der er sich verwirklicht, die einzelne Regel der Rechtsordnung, und ernsteste Prüfung schulden wir daher der Frage, inwieweit die einzelnen Formen früheren Rechts uns gemäß sind.«⁵⁰

Daher hat die Rechtsgeschichte hauptsächlich die »geistigen und sittlichen Grundlagen des germanischen und des deutschen Rechts«⁵¹ klarzulegen, daneben kann sie auf Rechtssprache und rechtliche Ausdrucksform einwirken. Damit ist, so meine ich, eine Leerformel gefunden, mit deren Hilfe man die Bedeutung des

⁴⁶ Vgl. die Beiträge zum Erbhofrecht in ZAkDR, Jg. 1935, S. 951 ff.

⁴⁷ Zum gegenwärtigen Forschungsstand *Paul Mikat*, Art. »Ehe« in: Handwörterbuch zur deutschen Rechtsgeschichte, Bd. I, Sp. 809 ff.

⁴⁸ Aethelberht, c. 31; siehe *Felix Liebermann*, Die Gesetze der Angelsachsen, Bd. I, S. 5 (Nachdruck Aalen 1960).

⁴⁹ Schriften der Akademie für Deutsches Recht, Gruppe Rechtsgrundlagen und Rechtsphilosophie, Heft 7, München und Berlin 1938, S. 37 ff.

⁵⁰ S. 39.

⁵¹ S. 41.

historischen Rechts programmatisch aufrechterhalten konnte, ohne praktische Folgerungen daraus ziehen zu müssen: der »Geist« des alten Rechts, oder – wie *Walther Merk* sagt – »die Rechtsgesinnung«⁵², und nicht das Recht selbst, ist in die Gegenwart einzubringen.

Weiter noch geht *Karl Gottfried Hugelmann*, der sich mit der Forderung, das Rechtsverhältnis wieder einzuführen, auseinandersetzt⁵³. Hugelmann wendet sich gegen die Methode, eine bestimmte altertümliche Epoche mit Modellcharakter zu versehen und fordert die Berücksichtigung der gesamten Geschichte. Auch wenn man Rechtsentwicklung als unglücklich, abwegig oder als Überfremdung empfindet, so ist nach seiner Meinung eine sorgfältige Untersuchung angebracht, »wie weit denn das so leicht vorschnell gefaßte Vorurteil wirklich zutrifft und ob nicht im Zuge der Entwicklung ohnedies der Volksgeist dasjenige, was an dem einmal Überkommenen allzu fremd war, geändert bzw. ausgeschieden hat«. Hugelmann zieht sich schließlich auf die alte Betrachtungsweise der Geschichte als Lehrmeisterin⁵⁴ zurück und kommt auf diesem Wege auch zur Beachtlichkeit des römischen Rechts.

Kehren wir, da Hugelmanns Position die eines Außenseiters ist, zu den Sätzen von *Schwerin* zurück. Auch sie befreien die rechtshistorische Forschung der Zeit von einem kaum tragbaren Ballast, nämlich der Notwendigkeit, ihre Fragestellungen permanent an aktuellen Problemen auszurichten und in ihren Ergebnissen gegenwärtig »brauchbar« zu sein. Zwar akzeptiert auch von *Schwerin* die nationalsozialistische Forderung nach Politisierung der Wissenschaft⁵⁵, die so neu also nicht ist: Die Rechtsgeschichte muß, wie von *Schwerin* sagt, gegenwartsbezogen oder politisch betrieben werden⁵⁶, aber er betont gleichzeitig, daß auch die sammelnde und feststellende, d. h. also die bloß von geschichtlicher Methode bestimmte Forschung nicht ohne Wert für die Rechtserneuerung sei. So ist auch die antiquarisch ausgerichtete Forschungstätigkeit gerechtfertigt. Der Forscher kann nach diesem Text also wählen, ob er sich an der Suche nach dem Geist des deutsch-germanischen Rechts beteiligen und also seine Wissenschaft in den Dienst historischer Ideologieverzerrung stellen oder ob er die Rationalität seiner Forschung wahren will.

Das Letzte ist nun ganz überwiegend, und zwar auch bei Forschern, die wir im Banne des Nationalsozialismus wähen dürfen, geschehen. Ein Blick auf die Germanistische Abteilung der Zeitschrift für Rechtsgeschichte beweist das in verblüffendem Ausmaß. Den Bänden ab 1933 ist – von Tagungsberichten abgesehen – der politische Umschwung kaum anzumerken. Art der Themenstellung, Methode und Inhalt der Aufsätze bleiben die gleichen wie in den Jahrgängen vorher. Wie auch im Großteil der monographischen Literatur werden konkrete historische Erscheinungen des Rechts untersucht, ganz überwiegend ohne den Drang zu

⁵² Wachstum und Schöpfung im germanischen Recht, S. 128. Auch *Merk* nimmt eine Stellung zwischen geschichtlicher Dogmatik und einer Distanzierung des alten vom gegenwärtigen Recht ein: »Das mittelalterlich-germanische Recht mit seiner Schöpferkraft und seinem Sinn für Unwägbarkeiten wird für uns immer das unerreichte Vorbild eines eigenwüchsigen und volkstümlichen Rechts bleiben. Zwar ist es unmöglich, zeitbedingte Sätze und vergängliche äußere Erscheinungsformen unseres älteren Rechts künstlich wiederzubeleben . . . Aber die Baugesinnung, die einst die Burgen und Dome des deutschen Mittelalters geschaffen hat, und die Rechtsgesinnung und die Leitgedanken, welche das mittelalterliche germanische Recht beseelt und geformt haben, können uns Maßstäbe für die Wertung der Gegenwart und Anregungen für die Gestaltung der deutschen Zukunft geben«.

⁵³ Rechtsgeschichte und Gesetzgebung, ZAkDR, Jg. 1939, S. 676 f.

⁵⁴ Dazu *Reinhard Koselleck*, *Historia Magistra Vitae*, in: *Natur und Geschichte*, Karl Löwith zum 70. Geburtstag, Stuttgart–Berlin–Köln–Mainz 1968, S. 196 ff.

⁵⁵ Für die Rechtswissenschaft: *Frank*, ZAkDR, 1938, S. 459.

⁵⁶ a. a. O. S. 40.

mühsam konstruierter Nutzenanwendung für die Gegenwart. Die Rechtsgeschichte bewahrte so, wo sie nicht in mehr oder minder vagen Programmatiken den deutschen Geist beschwor, ihre Rationalität.

Das gleiche gilt im Ergebnis auch für die Romanistik, auf deren Lage ich in diesem Rahmen nicht näher eingehen kann. Da – wie gezeigt – das römische Recht weithin der Gegnerschaft der nationalsozialistischen Jurisprudenz ausgesetzt war und da es nur unter Aufgabe kritisch-wissenschaftlichen Denkens in die Ideologie des Nationalsozialismus einzubringen gewesen wäre, befand sich die Romanistik, obwohl von der wissenschaftlich konzipierten Studienordnung von 1935 in erheblichem Umfang berücksichtigt, in der Defensive. Den Vorwürfen gegen das römische Recht wurde verschiedentlich durch Kontrastierung seiner Entwicklungsstufen entgegnet⁵⁷. Im ganzen verstärkte sich der Trend weg von der römischen Rechtsdogmatik und hin zur antiken Rechtsgeschichte⁵⁸. Freilich fand das römische Privatrechtssystem in *Paul Koschaker* einen bedeutenden und entschiedenen Verfechter. Dem völkischen Programm des Regimes zum Trotz forderte er vom Gedanken der Aufrechterhaltung der europäischen Kulturgemeinschaft aus die Wiedereinführung der systematisch-dogmatischen Vorlesung über römisches Privatrecht⁵⁹ und versuchte, auch die Pandektistik des 19. Jh. gegen die üblichen Angriffe zu verteidigen⁶⁰.

IV.

Soweit die wissenschaftsgeschichtliche Skizze, deren Grundlinien – so ist meine bescheidene Hoffnung – auch in einer auf breitem Quellenmaterial basierenden Wissenschaftsgeschichte des Dritten Reiches nicht aufgegeben zu werden brauchen. Die Krise der rechtsgeschichtlichen Wissenschaft als Teil der Jurisprudenz und als Element der Juristenausbildung besteht – und zwar, wie ich zu zeigen versuchte, im wesentlichen ununterbrochen – seit Beginn des Jahrhunderts bis heute. Die Krise bedeutet zugleich eine Chance. Ein Zeitgeist, dem die historische Auslotung seiner Seinsbedingungen so fern steht, wie dies bei dem unsrigen der Fall ist, befrachtet die Geschichte nicht mit dogmatischen Aufgaben; die in unserer Gesellschaft konkurrierenden Sozialmodelle beziehen zumeist ihren utopischen Charakter nicht aus der Geschichte. Damit sind für die Geschichtsforschung die Versuchungen geringer geworden, irrational zu werden. Auch ich bin freilich der Auffassung, daß die Geisteswissenschaften von persönlichen Grundwertungen aus betrieben werden, die sich in einem letzten Kern der Durchleuchtung durch den kritischen Verstand entziehen werden. Es wäre aber falsch, deshalb vor dem Irrationalismus sogleich das Handtuch zu werfen und aus dem Mangel eine Tugend zu machen. Eine Rechtswissenschaft, die lediglich der juristischen Verfesti-

⁵⁷ Vgl. vor allem *Max Kaser*, *Römisches Recht als Gemeinschaftsordnung*, Tübingen 1939. Den Unterschied zwischen dem antik-römischen Recht und dem der neueren Pandektistik stellen heraus z. B. *Franz Wieacker*, *Die Stellung der römischen Rechtsgeschichte in der heutigen Rechtsausbildung*, *ZAkDR Jg. 1939*, S. 403 ff.; *Hans Kreller*, *Die Bedeutung des römischen Rechts im neuen deutschen Hochschulunterricht*, *ZAkDR Jg. 1936*, S. 409. Eine Deutung des römischen Rechts unter Zuhilfenahme nationalsozialistischer Modellbegriffe unternahm *Ernst Schönbauer*, siehe bei *Kaser a. a. O.*, S. 7 f.

⁵⁸ Vgl. *Wieacker a. a. O.*; *Erich Genzmer*, *Was heißt und zu welchem Ende studiert man antike Rechtsgeschichte?*, *ZAkDR Jg. 1936*, S. 403 ff.

⁵⁹ *Paul Koschaker*, *Die Krise des römischen Rechts und die romanistische Rechtswissenschaft*, München-Berlin 1938; *Probleme der heutigen romanistischen Rechtswissenschaft*, *Deutsche Rechtswissenschaft*, Jg. 1940, S. 110 ff.

⁶⁰ *Die Krise des römischen Rechts und die romanistische Rechtswissenschaft*, S. 33.

gung vorgefertigter Dogmen, Sozialmodelle oder akzeptierter Grundideologien dient, wäre ein jämmerliches Geschäft ebenso wie eine Geschichtswissenschaft, die sich unter dem Schlagwort der »Politisierung« dazu hergäbe, sich in der Kunst der Ideologieverzerrung zu üben. Dem Wissenschaftler bleibt die entsagungsvolle Aufgabe, auch seine Grundwertungen und Standorte vor das Gericht der kritischen Vernunft zu laden, soweit er das in der Bedingtheit seines Denkens nur immer vermag.

Die rechtsgeschichtliche Wissenschaft wird dann eine wesentliche Aufgabe in der Rechtswissenschaft behalten können, wenn sie sich die Aufgabe stellt, die Relativität jedweden Rechts, seine Gestaltungsmöglichkeiten, seine Erscheinungsformen, die es bestimmenden Faktoren, seine Abhängigkeit von der Kultursituation transparent zu machen. So wird sie mit allen Vorteilen einer Erfahrungswissenschaft zum rechtlichen Grundproblem beitragen, nämlich der Frage, was Recht ist und sein soll, und welche Seinsweisen des Rechts in der menschlichen Existenz beschlossen liegen.