

Die Entstehung der Rechtsgeschichte

Heinz Barta, Innsbruck

„Es ist die Seele des griechischen Volkes, die durch die ganze antike Welt in allen ihren Bereichen, insbesondere auch durch das römische Recht zieht.“

Egon Weiss, Der Einfluss der hellenistischen Rechte auf das römische (1934)

Für Werner Jaeger¹ war *Aristoteles* der „Schöpfer des geistesgeschichtlichen Entwicklungsgedankens“, der auch seine „eigene Leistung als das pragmatische Ergebnis einer rein auf dem Gesetz der Sache beruhenden Entwicklung“ verstanden hat und der in „seiner [eigenen] Darstellung überall die eigenen Gedanken als die unmittelbare Frucht der Kritik seiner Vorgänger, insbesondere Platons und seiner Schule“ betrachtete. *Aristoteles* ging von der wissenschaftlichen Überzeugung aus²:

„Wie überall, wird sich auch hier die rechte Einsicht erst ergeben, wenn man die Dinge sich von ihren Ursprüngen her entwickeln sieht.“

Von einem ähnlichen Standpunkt ging *Friedrich Nietzsche* aus³:

„Ich erzähle die Geschichte jener Philosophen vereinfacht: ich will nur den Punkt aus jedem System herausheben, der ein Stück Persönlichkeit ist und zu jenem Unwiderleglichen Undiskutierbaren gehört, das die Geschichte aufzubewahren hat: es ist ein Anfang, um jene Naturen durch Vergleichung wieder

1 Jaeger, *Aristoteles. Grundlegung einer Geschichte seiner Entwicklung*² (1955), 1.

2 Zitiert nach Jaeger, *Aristoteles*, aaO, 2; J. M. Zemb, *Aristoteles. Mit Selbstzeugnissen und Bilddokumenten* (1961), 32 erwähnt, dass schon *Platon* die Werke der älteren griechischen Denker habe sammeln lassen, *Aristoteles* aber noch weiter gegangen und „Problemgeschichte“ betrieben habe und so „Vater der Doxographie“ geworden sei. – Zur Philosophiegeschichtsschreibung der Griechen: O. Gigon, *Grundprobleme der antiken Philosophie* (1959), 93 ff.

3 *Nietzsche*, *Die Philosophie im tragischen Zeitalter der Griechen* (mit einem Nachwort von M. Riedel Hrsg, 1994), 5 f, Fragment (1873).

zu gewinnen und nachzuschaffen und die Polyphonie der griechischen Natur endlich einmal wieder erklingen zu lassen [...]“.

Ein solches die Meinungen und Lebensentwürfe anderer Fachvertreter wertschätzendes historisches Denken führte in der Philosophie zu doxographischer, biographischer und diadochographischer Literatur und Tradition. – Die *Doxographien* (als Sammlungen philosophischer Lehrmeinungen; gr *δόξα/dóxa*: Meinung, Ansicht, Vorstellung von etwas)⁴, *Biographien* und *Diadochographien* (Geschichte der Philosophenschulen; gr *διάδοχος/diádochos*: Nachfolger, Erbe, Schulhaupt) stammten zunächst entweder von *Aristoteles* und *Theophrast* selbst – *Theophrast* verfasste 18 Bände „Meinungen über die Gegenstände der Physik/Φυσικῶν δόξων“⁵ – oder aus dem (Um)Kreis des Peripatos⁶. Diese Werke sind bereits ‚systematisch‘ gearbeitet, was auch für die einschlägigen rechtlichen Arbeiten der beiden Philosophen, die auch Rechtswissenschaftler waren, anzunehmen ist⁷. – Die bedauerlicherweise kaum erhaltenen rechtswissenschaftlichen Arbeiten von *Aristoteles* und *Theophrast* (und ihrer Teams!) waren deutlich größer angelegt, als die ersten philosophischen Versuche (in diesem Genre) und wiesen überdies eine signifikante methodische Weiterentwicklung auf: den *Rechts-Vergleich* (und zwar zwischen den untersuchten Verfassungen einer großen Anzahl griechischer Poleis und auch nichtgriechischer Staaten und ihrer Rechtsordnungen: *Aristoteles* dienten diese Studien – von denen nur die „Athe-

4 Dazu *Diels*, *Doxographi Graeci coll rec prolegomenis indicibusque instruxit Hermannus Diels*, Ed 3., exemplar ed 1. anni 1879 photomechanice impr Berolini (1929).

5 Aber auch bedeutende juristische Werke, die aber größtenteils verloren gegangen sind. Erhalten blieben Teile von ‚*Περὶ συμβολαίων*‘, (Stobbaeus, Florilegium); s die Hinweise auf frühere Ausgaben und Übersetzungen bei *E. Weiss*, *Heidegger lecture notes*, I (1923), 247 Fn 9. Nach *J. M. Zemb*, *Aristoteles. Mit Selbstzeugnissen und Bilddokumenten* (1961), 32 hat *Aristoteles* als Haupt des Lykeion seine Schüler veranlasst, „die früheren Lehren zusammenzustellen und zu sichten“: „*Eudemos* wurde beauftragt, die Geschichte der älteren griechischen Mathematik und Astronomie zu schreiben. *Menon* sollte die Lehren der älteren griechischen Ärzte methodisch zusammenstellen. *Theophrast* [...]“ *Aristoteles* habe es geliebt sich mit den Ansichten seiner Vorgänger auseinanderzusetzen; etwa *F. F. Schwarz*, *Aristoteles: Metaphysik I*, 3.

6 Ich verweise diesbezüglich auf die einschlägigen Lexikonartikel in: RE, DKP, DNP, *Lübker*, *Reallexikon der klassischen Antike* (1914), *Metzler*, *Lexikon der Antike*² (2006).

7 Zur Philosophie: *Vetter*, *Die Philosophie der europäischen Antike I: Die Philosophie der europäischen Antiken und II: Von Aristoteles zum Neuplatonismus I* (2001) 5. Auf die juristischen Arbeiten von *Platon*, *Aristoteles* und *Theophrast* (und ihre ganz offensichtlich geplante und koordinierte Zusammenarbeit) gehe ich an mehreren Stellen von ‚*Graeca*‘ (*Barta*, „*Graeca non leguntur*“? Zu den Ursprüngen des europäischen Rechts im antiken Griechenland, Bd I [2010]) ein: auf *Platon* neben Kapitel VII etwa in Kapitel VI 6 auf seine ‚Erfindung der Rechtsvergleichung‘; auf *Aristoteles* neben Kapitel VIII in Kapitel II 10 (= Bd. II von „*Graeca non leguntur*“? Zu den Ursprüngen des europäischen Rechts im antiken Griechenland, Bd. II: Arachaische Grundlagen [Wiesbaden, 2011]) auf dessen fünf-bändigen Kommentar der Gesetze Solons: ‚*Περὶ τῶν Σόλωνος ἀξίωνων*‘.

naion Politeia“ auf uns gekommen ist – als Grundlage für seine ‚Politik‘; für *Theophrasts* zwanzig Bücher „Über die Gesetze“ gilt analoges).

In der Leitüberlegung des Aristoteles – die auch für *Theophrast* gegolten haben dürfte – steckt ein Anfang dessen, was später zur ‚Wissenssoziologie‘ wird. Ging es doch darum, die Entwicklung der eigenen Disziplin kennen zu lernen, zu hinterfragen und durch diese Methode den eigenen Beitrag zum Erkenntnis- und Wissensfortschritt aufzubereiten, um zu erkennen, was verbessert werden soll. – Danach käme der ‚Rechtsgeschichte‘ die Aufgabe zu, nicht nur Geschehenes zu referieren, sondern Entstandenes zu hinterfragen und zu bewerten, um klarer zu sehen. Mit anderen Worten: ‚Rechtsgeschichte‘ hätte die Aufgabe, das ‚Handeln‘ aller Akteure im Bereich des Rechts – sei es in der Rechtsetzung, der Rechtsanwendung oder der Rechtswissenschaft – kritisch zu beleuchten; so wie es *P. Bourdieu*⁸ für die Soziologie im Sinne einer ‚Soziologie der Soziologie‘ gefordert hat; ein Wortspiel, dass sich für die Rechtswissenschaft nicht ohne weiteres wiederholen lässt.

Rechtsgeschichte kann, wird sie im Sinne ihrer philosophischen ‚Väter‘ verstanden, einen tiefen Zugang zum Recht(sdenken) verschaffen und vermag eine Begegnung mit der rechtswissenschaftlichen Tradition zu vermitteln. Geht es doch darum, den ‚Prozess‘ des recht(swissenschaft)lichen Denkens und Fragens nachzuvollziehen und für andere nachvollziehbar zu machen⁹. Dieser (historische) Zugang zum Recht und seinen Traditionen droht immer mehr verkürzt zu werden, indem entweder überhaupt auf Geschichte verzichtet¹⁰ – oder der Anfang der Rechtsgeschichte mehr oder weniger willkürlich gewählt wird¹¹. Auch die ‚Neuere‘ Privatrechtsgeschichte ist von diesen Verkürzungen geprägt und obendrein – wie die Rechtsgeschichte als Ganze – eurozentristisch eingefärbt; freilich ist das immer noch besser als nichts. – Weniger, aber Grundsätzliches im Überblick, wäre mehr und vor allem ehrlicher. Mag es auch in der Rechtswissenschaft, wie in anderen (etwa naturwissenschaftlichen) Disziplinen, keinen absoluten Fortschritt – im Sinne von endgültigen Problemlösungen¹² –

8 *Bourdieu*, Satz und Gegensatz. Über die Verantwortung des Intellektuellen (1989), 11. – Auch an die Akteure der Rechtswissenschaft ist *Bourdieus* Frage zu stellen: „Wie können Sie sich als Mitglied einer Gesellschaft den sozialen Determinationen, die Sie beschreiben, selbst entziehen?“

9 Das ist eine sehr anspruchsvolle Aufgabe, die Übergänge zu anderen Disziplinen beachten muss. – Sich im Kokon der eigenen Disziplin oder ‚Schule‘ einzuigeln, ist eine weit verbreitete Untugend.

10 Es ist kein Zufall, dass man glaubt, sich dies im Wirtschaftsrecht leisten zu können. Die Innsbrucker Erfahrungen sind ernüchternd.

11 Diesbezüglich haben sich auch die VertreterInnen des römischen Rechts gegen die Rechtsgeschichte ‚versündigt‘; und dasselbe gilt in noch höherem Maße für viele VertreterInnen des geltenden Rechts.

12 Das Rechtsdenken kennt den Rückgriff auf alte Rechtsfiguren, mag dabei auch Altes mit Neuem verbunden und weiterentwickelt werden; s *Mayer-Maly*, Die Wiederkehr von

geben, Fortschritte im Rechtsdenken gab es allemal. Um das beurteilen zu können braucht es den Blick über Rom hinaus auf Griechenland und den Alten Orient – auf die ‚Antiken Welten‘, denen Europa so viel verdankt. Warum soll uns fremd sein, was *Platon*, *Aristoteles* und *Theophrast* mit dem Einbeziehen einer historischen Tiefendimension für die Philosophie – und dann für die junge griechische Rechtswissenschaft angestrebt haben?

Erinnern möchte ich daran, dass die bis in die Gegenwart reichende starke Stellung der Rechtsgeschichte an Österreichs Universitäten (vor allem die des römischen Rechts) auf die restaurativen Thun-Hohensteinschen Reformen in der Mitte des 19. Jahrhunderts zurückgeht. Dabei handelte es sich um eine politische Bestrafung der Studierenden für deren Teilnahme an der 1848er Revolution¹³: „Als Repräsentant der absterbenden spätfeudalen Gesellschaft verurteilte *Thun* das juristische Studiensystem des Vormärz, das der Rechtsphilosophie (Naturrecht) den ersten Rang eingeräumt hatte, als eine Vorschule der Revolution und des Liberalismus. Sein erklärtes Ziel war es, die Rechtslehre auf eine neue konfliktlose Basis zu stellen, die bei einem hohen, gelehrten Niveau eine konservative Grundhaltung der neuen österreichischen Juristengeneration garantieren sollte. Unter dem Einfluss seiner Berater [...] maß *Thun* den historischen Rechtsdisziplinen, dem römischen Recht, dem deutschen Recht und dem Kirchenrecht überragende Bedeutung für die Ausbildung der Rechtshörer bei. Diese Disziplinen waren für ihn keine neutralen Wissenschaften, sondern eben durch und durch politische, die zur Erhaltung des herrschenden Gesellschaftssystems einen ideologischen Beitrag leisten sollten. Wenn es um die Durchsetzung seines Konzepts ging, kannte *Thun* keine Rücksichtnahmen.“

I. Rechtsgeschichte als *iustitia perennis*

Rechtsgeschichte kann und soll – verstanden als *iustitia perennis*¹⁴ – die großen Entwicklungslinien der Rechtsgeschichte darstellen, antike wie moderne, und damit Orientierung und Verständnis fördern und Sinn vermitteln. Das ist für die Gegenwart wichtig, in der so vieles verloren zu gehen droht. Denn auch das Recht ist, wie seine historische Zwillingschwester, die Religion, ein Orientierungs- und Sinnvermittlungssystem. Recht ordnet, sichert, gleicht

Rechtsfiguren, JZ 1971, 1 ff und dazu in *Barta*, ‚Graeca‘, s Fn 7, Bd IV, Kapitel X 5: ‚Wiederkehr von Rechtsfiguren?‘.

13 *Oberkofler*, Studien zur Geschichte der österreichischen Rechtswissenschaft, 1984, 124 und meine Besprechung (*Barta*, Rezension von G. Oberkoflers Studien zur Geschichte der österreichischen Rechtswissenschaft 1984, in H. Reinalter (Hrsg), Aufklärung – Vormärz – Revolution. JB der internationalen Forschungsstelle ‚Demokratische Bewegungen in Mitteleuropa 1770–1850‘ an der Universität Innsbruck, Bd 5 [1985]), 104 ff).

14 Ich habe diesen Begriff bewusst an den der Philosophiegeschichte angelehnt.

aus, optimiert und korrigiert menschliches Verhalten und schafft innerhalb seines gesellschaftlichen Rahmens ‚säkularen‘ Sinn. Diese erdnah-rationale Sinnvermittlung muss das Recht künftig verstärken, weil andere gesellschaftliche ‚Sinnvermittler‘ ihre Aufgabe nur noch unzureichend erfüllen; das mag die Politik, den technisch-ökonomischen ‚Fortschritt‘ oder die Religion betreffen. – Leitvorstellung rechtlicher Sinnvermittlung und Orientierung ist die Gerechtigkeit, verstanden als ‚Rechtsidee‘, was an Platon erinnert; sie beinhaltet kulturell unverzichtbare, aber gesellschaftlich oft nur unvollkommen verwirklichte Werte: vor allem Freiheit, Gleichheit, gesellschaftliche Teilhabe am politischen Geschehen, Solidarität und das von den Griechen anvisierte menschliche und gesellschaftliche ‚Glück‘. Es ist keine Übertreibung zu sagen, dass das Recht Gesellschaft möglich machen soll. Das Recht war seit jeher ein Instrument der Förderung der Vernunft, aber auch der Entmythisierung; es war schon in der Antike Teil jenes Prozesses, der mit der Formel ‚Vom Mythos zum Logos‘ umschrieben wird¹⁵. – Das beginnt mit den Gedichten *Solons*¹⁶.

Solche Einsichten kann aber nur eine Rechtsgeschichte vermitteln, die ihr Handeln selbstkritisch prüft und für sich und die Rechtswissenschaft nach Erkenntnisgewinn strebt; wie es Platon und Aristoteles vorgelegt haben. – Eine so verstandene Rechtsgeschichte sperrt sich nicht gegen eine Wiederbelebung der ‚Antiken Rechtsgeschichte‘¹⁷. Dabei erweist sich die Abstammung der Rechts-, von der Philosophiegeschichte als Vorteil, denn diese verlangte von Anfang an ‚universitas‘, „genetisch gegliederte Totalität des Blicks“, was *Ernst Bloch* für eine wissenschaftliche Methode verlangt¹⁸. – Die Kenntnis der eigenen Herkunft vermittelt zudem ‚Identität‘¹⁹.

15 Das zeigt etwa Antiphons Einsatz für die Weiterentwicklung der drakontisch-solonischen Verschuldenshaftung (durch die Zurechnungskategorien ‚Fahrlässigkeit‘ und ‚Zufall‘, in *Barta*, ‚Graeca‘, s Fn 7, Kapitel II, 4–6, ebenso wie das konzeptuelle Fassen des Epieikeiagedankens durch *Platon* und die Weiterentwicklung durch *Aristoteles*. Diese Idee eines Gerechtigkeitsausgleiches zwischen allgemeinem Gesetz und konkretem Rechtsfall begründete nicht nur die griechische Rechtswissenschaft, sondern wird auch zur *condicio sine qua non* der Entwicklung des römischen Rechts; dazu *Barta*, ‚Graeca‘, s Fn 7, Kapitel II 13 und in der FS für Ingomar Weiler (*Barta*, Rechtswissenschaft und Wissenschaftsgeschichte, in P. Mauritsch (Hrsg), *Antike Lebenswelten*. Konstanz, Wandel, Wirkungsmacht, FS für I. Weiler zum 70. Geburtstag (2008), 861 ff.

16 Vgl *H. Miltner*, *Solon*. Fragmente (Übertragen und erläutert von H. Miltner, 1955).

17 Dazu mein Vortrag ‚*Antike Rechtsgeschichte – Heute?*‘ im Rahmen der Tagung ‚Neue Forschungen zur altorientalischen Rechtsgeschichte. Traditionen – Probleme Perspektiven, Internationales Colloquium anlässlich des 100. Geburtstages von Herbert Petschow‘ (Münster, 10.-12. Februar 2010), erscheint 2011. – Wir haben in Innsbruck 2010 einen Preis für ‚*Antike Rechtsgeschichte*‘ geschaffen, der 2011 erstmals vergeben werden soll.

18 *E. Bloch*, *Tübinger Einleitung in die Philosophie I* (1975), 80.

19 Vielleicht kommt es dann künftig nicht mehr vor, dass RechtshistorikerInnen für ihre eigene Abschaffung eintreten.

II. Wozu wählte die Philosophie eine historische und vergleichende Perspektive?

Es ist kaum anders vorstellbar, als dass *Platon*²⁰, *Aristoteles*²¹ und *Theophrast*²² bei ihren rechtlichen Arbeiten die historische und vergleichende Methode gewählt haben, um eine adäquate wissenschaftliche Durchdringung jener Fragen und Phänomene zu erreichen, die sie zu untersuchen gedachten. Nach *J. Barnes* war für Aristoteles die „Philosophie keine abstrakte Disziplin, mit der sich zurückgezogene Akademiker beschäftigen“, sondern „ganz allgemein die Suche nach Wissen“²³. – Im Hintergrund der Befassung mit historischen und vergleichenden Phänomenen des Rechts steht demnach schon in *Platons* Akademie und dann im Lykeion und im Peripatos der Umriss der entstehenden Rechtswissenschaft, die disziplinäre Vorläufer wie Antiphon kennt.²⁴

Das führt zur Einsicht, dass nicht nur die beiden Teildisziplinen der entstehenden Rechtswissenschaft – Rechts-Geschichte und Rechts-Vergleichung²⁵ – ihre philosophisch-geisteswissenschaftliche Abstammung nicht verleugnen können, sondern dass dies für die Rechtswissenschaft als Ganze gilt, zumal sie letztlich – wenn auch nicht ausschließlich – aus diesen Anfängen entstanden ist. Denn Rechtsgeschichte und Rechtsvergleichung werden nicht um ihrer selbst Willen betrieben, sondern dienen der Rechts-Politik und damit guter und besserer Recht-Setzung.

Die Anfänge der griechischen Rechtswissenschaft, die im Schoße von Sophistik und Rhetorik und der Philosophie herangewachsen ist, weil die Philosophie auf einer hoch entwickelten Kautelarjurisprudenz und Kunst der Gesetz-

20 Das gilt vor allem für die ‚Nomoi‘, in *Barta*, ‚Graeca‘, s Fn 7, Kapitel VII.

21 *Aristoteles* setzt ‚Rechtsgeschichte‘ und ‚Rechtsvergleichung‘ vor allem in der ‚Politik‘ ein; aufbereitet wurden diese methodischen Möglichkeiten in den 158 (!) Polis-Studien, von denen nur die ‚Athenaion Politeia‘ erhalten ist, in *Barta*, ‚Graeca‘, s Fn 7, Kapitel VIII. Im Kommentar zu den Gesetzen *Solons* (in *Barta*, ‚Graeca‘, s Fn 7, Kapitel II, 10: ‚Ruschenbuschs Solonos Nomoi‘) dürften sich *Aristoteles* und seine Mitarbeiter auf hermeneutisch-interpretative Methoden beschränkt haben.

22 Siehe in *Barta*, ‚Graeca‘, oben Fn 7, Kapitel VIII 7 mwH.

23 *J. Barnes*, *Aristoteles*. Eine Einführung (1999), 6. – *Barnes* erwähnt (aaO 31) uH auf *Philodemos*, dass *Aristoteles* „mit seinen Schülern Gesetze sammelte und unzählbare Verfassungen und gerichtliche Klagen über Ländereien und Eingaben, die sich auf diese Umstände stützten, und allerlei von dieser Art [...]“. – *Aristoteles* zählte die Befassung mit Recht zu den ‚praktischen Wissenschaften‘ (gemeinsam mit Ethik und Politik); s *Barnes*, aaO, 45 und in *Barta*, ‚Graeca‘, s Fn 7, Kapitel VIII.

24 Auf diesen ersten griechischen Rechtswissenschaftler – so schon *Maschke* (1926/1968: *Die Willenslehre im griechischen Recht*. Zugleich ein Beitrag zur Frage der Interpolation in den griechischen Rechtsquellen 1926, Darmstadt, 1968²) – gehe ich in Bd. II von ‚Graeca‘ (2011) ein.

25 Zu *Platons* Konzept des ‚Theoros/Θεωρός‘, in *Barta*, ‚Graeca‘, s Fn 7, Kapitel VI 6: ‚Platons Erfindung der Rechtsvergleichung ...‘.

gebung und Antiphons bereits wissenschaftlicher Vorarbeit aufbauen konnte²⁶. Von der griechischen Kautelarjurisprudenz werden Rechtsinstitute geschaffen, die das römische Recht nicht zustande gebracht hat wie die Zession, die direkte Stellvertretung oder der Vertrag zugunsten Dritter:²⁷ *Drakon* und *Solon* haben die Verschuldenshaftung und ein erstes Aktionensystem (samt Popularklage) geschaffen uva; der erste griechische Rechtswissenschaftler, *Antiphon*, hat die Verschuldenshaftung und das Kausalitätsdenken weit vorangebracht; und *Platon* hat (als Rechtswissenschaftler) auf die sophistische Herausforderung („Nomos-Physis-Problem“) antwortend den alten – bis auf Homer zurückreichenden – Gedanken der *Epieikeia* zu einem juristischen Konzept geformt, ohne welches das römische Recht den Quantensprung vom statischen *ius civile* zum dynamischen *ius honorarium* kaum geschafft hätte. Aus diesem Ursprungsgedanken der *Epieikeia* (*aequitas*, *equity*, Billigkeit) entstehen im modernen Recht zahlreiche Norm-Derivate; von Treu und Glauben, den Guten Sitten und Rechtsmissbrauch bis zum Verhältnismäßigkeitsprinzip.²⁸

Man mag selber beurteilen, was es für eine Disziplin bedeutet, wenn sie sich um ihre Abstammung – hier von Philosophie, Geschichte, überhaupt geisteswissenschaftlicher Heumeneutik und sogar anfänglicher sozialwissenschaftlicher Betrachtung, die nun einmal ihre geistig-disziplinäre ‚Nabelschnur‘ bilden – nicht kümmert und diese natürliche Verbindung aus Uneinsichtigkeit, curricularem Opportunismus oder Gleichgültigkeit durchtrennen will²⁹. Die Folgen beginnen sich abzuzeichnen. – Die Einsicht in diese Zusammenhänge sollte Konsequenzen für den Einsatz von Rechtsgeschichte, Rechtsvergleichung, Rechtsphilosophie, Rechtssoziologie (samt Rechtstatsachenforschung) und Rechtspolitik (mit Legistik) im Fächer- und Methodenkanon der Rechtswissenschaft haben. Rücksichtslose und perspektivlose ‚Geltendrechtler‘ müssen in die Schranken gewiesen werden. – *Theo (Mayer-Maly)* hat sich Ge-

26 Mehr über das Entstehen der griechischen Rechtswissenschaft in *Barta*, ‚*Graeca*‘, s Fn 7, Kapitel VI 1 und *Barta*, Rechtswissenschaft und Wissenschaftsgeschichte, in FS I. Weiler (2008), 861 ff, insb 880 ff: ‚Kunst der Gesetzgebung/τέχνη νομοθετική‘ und ‚Rechtswissenschaft/δικαστική‘.

27 Vgl *F. Schulz*, Prinzipien des römischen Rechts. Vorlesungen (1954), 65 f; engl: Principles of Roman Law (1936).

28 Ich gehe auf diese Fragen in Band II, Pkt. 13 von ‚*Graeca*‘ (*Barta*, s oben Fn 7) ein.

29 Eine Lanze für die Rechtsgeschichte gebrochen hat *Th. Mommsen*, 1852 (Vortrag): Die Bedeutung des römischen Rechts, in Gesammelte Schriften III, Juristische Schriften, 1907, 591 ff): „[...] es ist vielleicht mehr als eine paradoxe Behauptung, dass der Entwicklung eines wirklichen und lebendigen gemeinen Civilrechts durch nichts mehr Vor-schub geschieht als durch die historische Erforschung eines jeden einzelnen Rechtssatzes.“ – *Mommsens* Vortrag betrifft zwar das römische Recht, der Geist seiner Aussage ist aber griechisch. – Nicht erkannt hat das Entstehen von Rechtsgeschichte, Rechtsvergleichung (und anderen griechischen Errungenschaften) *U. v. Wilamowitz-Moellendorff*; s bei Fn 46.

danken darüber gemacht, was Rechtsgeschichte leisten kann und er kommt zum Ergebnis³⁰:

- „1. Sie kann die Relativität der Rechtsordnung, in der man gerade lebt, bewußt machen.
2. Sie kann dazu helfen, das Normengeflecht, in dem man sich befindet, besser zu verstehen.
3. Sie hilft gegen die Wiederholung von Regelungssirrtümern.“

Platon, Aristoteles und Theophrast hätten dem zustimmen können!

III. Vorbild ‚Philosophiegeschichte‘

Die Anfänge einer geschichtlichen Betrachtung der Philosophie³¹ dienten also als wissenschaftliches Vorbild für die von den Griechen geschaffene rechtsgeschichtliche Methode, für welche die Römer wenig Interesse gezeigt haben³². Für Platons Erfindung der Rechtsvergleichung gilt das auch.

Man lese den Anfang der ‚Metaphysik‘ des *Aristoteles*, wo er die Lehren der alten Philosophen unter besonderer Fragestellung behandelt. Dabei wird von ihm als Ziel seiner historischen Überlegungen bereits das Darstellen von ‚Fort-Schritt‘ und ‚Ent-Wicklung‘ und vor allem das Wahrnehmen von ‚Erkenntnis-Gewinn‘ genannt³³. Als Beispiel verweise ich auf ‚Metaphysik‘ I 987ab, wo *Aristoteles* auf die historischen ‚Versatzstücke‘ in der Philosophie Platons eingeht. Das zeigt, dass für ihn ‚Geschichte‘ nicht nur der Darstellung von Vergangenen, sondern auch der wissenschaftlichen Einsicht und vor allem der Weiter-Entwicklung des eigenen Denkens diene. Ähnlich äußert er sich in ‚Metaphysik‘ I 983b (S 24)³⁴: „Wenn wir ihre Ansichten durchgehen, so wird das für unser Verfahren wohl förderlich sein.“

30 *Tb. Mayer-Maly*, Vom Lebenswert der Rechtsgeschichte, in Barta/Mayer-Maly/Raber (Hrsg), *Lebend(ig)e Rechtsgeschichte* (2005), 14 f.

31 Vgl Fn 2.

32 Zu nennen sind die sechs Bücher der *Kommentierung des ‚Zwölftafelgesetzes‘* durch *Gaius* (Mitte 2. Jh n Chr, gestorben nach 178 n Chr) und der *Liber singularis enchiridii* (Enchiridium; daraus floss in die *Digesten* I, 2, 2 die Darstellung der alten römischen Rechtsgeschichte ein) des *Sextus Pomponius* (~ zwischen 150 und 250 n Chr) zu nennen. – Wenig dazu bei *Kunkel*, *Die römischen Juristen. Herkunft und soziale Stellung* (mit einem Vorwort von D. Liebs, 2001), 188 iVm 170 f und 186 ff. – Zum Fehlen einer römischen Rechtsgeschichte: *Schulz*, *Prinzipien des römischen Rechts. Vorlesungen* (1954), 69 (s dazu in *Barta*, ‚Graeca‘, s Fn 7, Kapitel I, 1: ‚Zum Buchtitel‘, Fn 232) und unten bei Fn 46.

33 Wissenschaftshistorisch-disziplinäre Einsichten dieser Art werden im Rechtsgeschichteunterricht vernachlässigt, wie in der Geschichte der Philosophie die Befassung der Philosophen mit dem Recht. Kenntnis von ‚Anfang‘ und ‚Ende‘ von Entwicklungen wird vorausgesetzt, fehlt aber häufig.

34 Übersetzung: *F. F. Schwarz*, *Aristoteles: Metaphysik* (1984). – Zur aristotelischen Philosophiegeschichte *Pöhlmann*, *Das ‚Griechische Wunder‘ und die Tragödie*, in *Papenfuß*

Üblicherweise wird die Idee des disziplinär-wissenschaftlichen Fortschritts – unter Ausblendung der griechischen Anfänge – als Leistung der Aufklärung des 18. Jahrhunderts angesehen (C. Blackwell)³⁵. – Ziel disziplinär-historischer Darstellungen ist der wissenschaftliche Erkenntnisgewinn. Das lässt sich nachvollziehen und soll als Hypothese für das Entstehen des Fachs ‚Rechtsgeschichte‘ angeboten werden: Waren es doch in der Zeit nach Platon vornehmlich Aristoteles und Theophrast³⁶, die zuerst die eigene Wissenschafts-Disziplin (Philosophie) und dann andere (darunter die Rechtswissenschaft) samt deren Geschichte betrieben haben. – Daneben unternahmen die beiden (mit Schülern und Helfern) auch noch andere, etwa naturwissenschaftliche Forschungen gemeinsam, insbesondere Zoologie und Botanik. Die Philosophie lieferte die Methoden für diese spezialwissenschaftlichen Untersuchungen und den für die Na-

D./Strocka V. M. (Hrsg), Gab es das Griechische Wunder?, 2001, 403: „Die Anfänge kultureller Phänomene werden (danach von A) in der φύσις des Menschen gesucht. Zu ihrem Fortgang tragen besonders begabte Menschen bei, die sog ‚Ersten Erfinder‘, jene bevorzugten Figuren peripatetischer Kulturgeschichtsschreibung.“ (F. F. Schwarz, Aristoteles: Metaphysik I, 981 b, 13) – Dies gilt nicht nur für Philosophie, Bühnendichtung und andere Wissenschafts- und Kulturbereiche, sondern auch für die Rechtswissenschaft, zu deren ‚Erfindern‘ sich Aristoteles und Theophrast zählen dürfen; s Barta, ‚Graeca‘, oben Fn 7, Kapitel VIII.

- 35 Zum Gedanken des Fortschritts in der Wissenschaft bei Aristoteles: Düring, RE, 1968, Suppl XI, 220 zur ‚Zweiten Analytik‘ wo Aristoteles auf das Wesen der wissenschaftlichen Erkenntnis eingeht. – Die moderne Philosophiegeschichte beginnt mit J. J. Bruckers ‚Historia critica philosophiae‘ (1742–1747), die Diderot als Quelle seiner Enzyklopädiebeiträge und Hegel für seine Vorlesungen diente.
- 36 Die Schaffungsgemeinschaft beider Philosophen, zu der dann (in praktischer Umsetzung) Demetrios von Phaleron hinzukommt (Ich gehe darauf in ‚Graeca‘, s oben Fn 7, mehrfach ein.), dürfte auch im juristischen Bereich einer wissenschaftlichen Arbeitsteilung gefolgt sein, der gemeinsame oder doch akkordierte Recherchen mit laufendem Gedankenaustausch zu Grunde lagen. Die Arbeitsteilung scheint folgende gewesen zu sein: Aristoteles – Verfassungs- und Staatsrecht, Theophrast – Die (sonstigen) Gesetze und damit auch das Privat- und Strafrecht. Im Bereich der Naturwissenschaften bearbeitet Aristoteles die Zoologie und Theophrast die Botanik (s Kapitel VI, 4 von ‚Graeca‘: ‚Griechisch-römische Zeittafel‘ zum Jahr 287/86 v Chr); s Vogt-Spira, Theophrast von Eresos, in Schütze, Lexikon antiker Autoren (1997), 712. Die ‚Methode‘ dürfte im rechtswissenschaftlichen (wie im naturwissenschaftlichen) Bereich ebenfalls gemeinsam konzipiert worden sein und bestand aus: Rechtsgeschichte, Rechtsvergleichung (iSv historischer und vergleichender Betrachtung rechtlicher Phänomene) und erster Rechtsempirie/Rechtstatsachenforschung, wozu eine rechtsphilosophisch-rechtstheoretische und rechtspolitisch-legistische Perspektive hinzutreten konnte. Die unterschiedlichen Methodenansätze werden dem Methodenkanon der Philosophie entnommen und (angefangen bei Platon und idF von Aristoteles und Theophrast) für den Gebrauch in neuen Wissenschaftsfeldern adaptiert. Es war ein frühes Befolgen der von Ernst Bloch geprägten Formel: „Methode haben heißt mit dem Weg der Sache gehen“. – Dazu Barta, ‚Graeca‘, s Fn 7, in Kapitel VI, 6: ‚Platons Erfindung der Rechtsvergleichung‘.

turwissenschaften wie andere Bereiche wichtigen reflexiven Wissenschaftsgeist. – Klarzustellen ist: Wenn *Aristoteles* und *Theophrast* als ‚Philosophen‘ Zoologie oder Botanik betreiben, handeln sie nach ‚hA‘ als Naturwissenschaftler (und nicht nur als Philosophen)! Es leuchtet dann nicht ein zu behaupten, dass sie dann, wenn sie als Philosophen juristisch tätig sind – etwa große Kommentare über *Solons* Gesetzgebung schreiben oder groß angelegten Verfassungsvergleich betreiben, nur als (Rechts)Philosophen wirken. – Hier stimmt etwas nicht!

Die Parallelität des wissenschaftlichen Vorgehens kann über die Tatsache des Entstehens der Rechts- aus der Philosophiegeschichte hinaus als Indiz dafür angesehen werden, dass die handelnden Philosophen, ihre juristische als wissenschaftliche Tätigkeit auf einem weiterem Gebiet der Gesellschaft verstanden haben, das es durch die Philosophie zu erschließen galt; das Terrain von Jurisprudenz und Rechtswissenschaft. Dieser Vorgang wird bereits durch Platon in die Wege geleitet³⁷. *Platon* unterscheidet schon begrifflich zwischen der alten Bezeichnung ‚Kunst der Gesetzgebung‘ / *τέχνη νομοθετική* und Rechtswissenschaft/ Jurisprudenz, die er (*τέχνη*) *δικαστική* nennt.³⁸

Die Entstehungsbedingungen des römischen Rechts und seiner Wissenschaft waren andere, in mancher Hinsicht aber doch vergleichbare; denn auch die römische Rechtswissenschaft verdankt ihr Entstehen – und zwar im Sinne einer *condicio sine qua non* – dem vielfältigen griechischen Rechtsdenken (insbesondere dessen Gesetzgebung und Kautelarjurisprudenz) und nicht nur der griechischen Philosophie, die den Römern allerdings auch mehr geliefert hat, als das Rüstzeug zu wissenschaftlichem Arbeiten³⁹. Auf die bedeutende Rolle der *Epieikeia* für das Entstehen des Honorarrechts und die römische Rechtswissenschaft kann ich hier nicht eingehen und ich verweise auf meine Ausführungen in ‚*Graeca*‘⁴⁰ und der FS für Ingomar Weiler (2008), wo ich auf den rechtswissenschaftlichen Beginn durch Platon eingegangen bin.

Zum Entstehen der griechischen Rechtswissenschaft ist noch zu bemerken: Sie ist nicht nur aus ‚Theorie‘ entstanden, sondern im Zusammenwirken von entwickelter Legistik, der alten Kunst der Gesetzgebung, hochwertiger Kautelarjurisprudenz (iVm Gerichtsbarkeit und forensischer Rhetorik und Logographentum) und ergänzenden Theorieeinflüssen durch Rhetorik und Philosophie⁴¹.

37 Ich habe dies, in *Rechtswissenschaft und Wissenschaftsgeschichte*, in *P. Mauritsch* (Hrsg), *Antike Lebenswelten*. Konstanz, Wandel, Wirkungsmacht, FS für I. Weiler zum 70. Geburtstag (2008), dargelegt.

38 Dazu *Barta*, *Rechtswissenschaft und Wissenschaftsgeschichte*, in FS Weiler, aaO, 880 ff.

39 Dazu *Schulz*, *Geschichte der römischen Rechtswissenschaft* (1961).

40 Bd. II Pkt. 13: 2011.

41 Die griechische ‚Rechts-Theorie‘ konnte auf einer hoch entwickelten Praxis und dem Interesse anderer Disziplinen am Rechtsdenken aufbauen; dieses Interesse anderer Disziplinen reichte von der Dichtung (dazu in Bd. III von *Graeca*: 2011) bis zur Architektur (Hippodamos). Auch dieser Gesichtspunkt spricht für die Annahme einer griechischen

Für Griechenland gilt: Wissenschaftliches Rechtsdenken – charakterisiert durch Schrifttum, fachliche Ausbildung, Fachdiskurs und forensische Erprobung erlangten theoretischen Wissens samt erster Spezialisierung – beginnt mit Antiphon (um ~ 425/430 v Chr). Mit *Platon*, *Aristoteles* und *Theophrast* kommt es zu disziplinärer Vertiefung und Erweiterung sowie methodischer Anreicherung. – Hierher gehört die methodische Ergänzung durch eine rechts-historische und rechtsvergleichende Betrachtung sowie erste Ansätze rechtsempirischen Forschung als Voraussetzung einer wissenschaftlich vertieften Rechtspolitik. Diese methodische Ergänzung war ein Geschenk der klassischen griechischen Philosophie an die sich entwickelnde griechische ‚Rechtswissenschaft‘. Die Methoden für die junge griechische Rechtswissenschaft wurden zunächst für die Philosophie entwickelt, erprobt und im Rahmen von deren Ausdehnung auf andere Wissenschaftsbereiche – ua die griechische Jurisprudenz – auch in neuen Wissenschaftsfeldern angewandt. Adaptierungen waren dabei nicht ausgeschlossen⁴². Das erklärt das rasche Entstehen neuer Wissenschaftsbereiche. Die Nabelschnur der neuen Wissenschaften zur Mutterdisziplin (Philosophie) wurde dabei bewusst nicht durchtrennt, was auch der Philosophie zugute kam, weil ihr auf diesem Weg (als Mutter aller Wissenschaften) neues Detailwissen zufluss. Aber schon die Nachfolger von *Aristoteles* und *Theophrast* waren nicht mehr in der Lage (oder von ihrem Interesse her nicht mehr bereit) dieser generalistischen Linie zu folgen. Und so zerfiel die ursprüngliche enge Beziehung von Philosophie und neu geschaffenen Disziplinen und es entstanden, losgelöst von der Philosophie und deren Methoden, neue Teil- und Spezialdisziplinen. – *Theophrast* wendet die neuen Methoden erstmals im Bereich des Privatrechts an, nachdem *Aristoteles* (und sein Team, zu dem gewiss auch *Theophrast* gehörte) diese Methoden in einem groß angelegten Verfassungsvergleich erprobt hatte. Mit dem Theophrastschüler *Demetrios von Phaleron* (~ 360–280 v Chr) kommt es nach 317 v Chr (wahrscheinlich 316/315 v Chr) in dessen Gesetzgebung für Athen erstmals zu einer theoretisch inspirierten legistischen Umsetzung⁴³.

Rechtswissenschaft. – Zur griechischen Kautelarjurisprudenz: *Barta*, ‚Graeca‘, oben Fn 7, Kapitel VI und FS Welser (2004), 27 ff. – Auf *E. Ehrlichs* misslungenen Versuch, eine Art rechtswissenschaftliches Entwicklungsgesetz von der ‚Theorie‘ zur ‚Praxis‘ zu entwerfen gehe ich in *Barta*, ‚Graeca‘, s Fn 7, in Kapitel VI, 3 ein: ‚Entstehen der griechischen Rechtswissenschaft‘.

42 Siehe *Aristoteles*, Politik IV 1, 1288b mit dem Beispiel: ‚beste Staatsverfassung‘.

43 Zu Demetrios von Phaleron und seiner Gesetzgebung für Athen: Ferguson (1911). – *Demetrios* trägt sein juristisches und philosophisches Wissen ins ptolemäische Ägypten (er folgte einer Einladung Ptolemaios I), das zum brodelnden Reagenzglas rechtlicher Entwicklungen wird und schließlich zahlreiche Anregungen an Rom weitergibt. – Dass die Errungenschaften der jungen griechischen Rechtswissenschaft für *Ptolemaios* (in dessen Vielvölkerstaat) ‚interessant‘ gewesen sein mussten, steht außer Zweifel. Das gilt auch für die methodische Ergänzung der Rechtswissenschaft durch Rechtsgeschichte und Rechtsvergleichung sowie anfängliche Rechtsempirie (zur Verbesserung der Rechtspoli-

Das Verhältnis des Demetrios zu den großen Philosophen ist aber in manchem Detail umstritten⁴⁴.

IV. Anfängliches Methodenset

„Rechtsgeschichte“ und „Rechtsvergleichung“ stehen als wissenschaftliche Methoden – zusammen mit anfänglicher „Rechts-Empirie“ (in Herübernahme aus naturwissenschaftlicher Tatsachenforschung) und „Rechtspolitik“ – am Anfang der griechischen Rechtswissenschaft. Dazu tritt für wichtige Fragen eine rechts-philosophische Fundierung juristischer Probleme; bedeutende rechtswissenschaftliche und nicht nur rechtsphilosophisch-spekulative Einsichten stammen aus der Philosophie. Ich verweise auf Platons „Nomoi“ oder die „Rhetorik“, „Politik“ und die „Athenaion Politeia“ des Aristoteles, aber auch Theophrasts juristisches Werk. Es mutet aus heutiger Sicht eigenartig an, dass bis zuletzt versucht wurde, diese bedeutenden – auch rechtswissenschaftlichen – Werke nicht als solche anzuerkennen. In diesem abwertenden Urteil schwingt noch justinianische Hybris mit. – Manches verlief in Rom anders, dessen Jurisprudenz diese von den Griechen entwickelten rechtswissenschaftlichen Methoden weder selbst entwickelt, noch substanziell übernommen hat⁴⁵.

Ich habe eingangs erwähnt, dass für *Werner Jaeger Aristoteles* der „Schöpfer des geistesgeschichtlichen Entwicklungsgedankens“ ist; *Jäger* fügt dem hinzu,

tik)! – Das Ptolemäische Ägypten übernimmt im 3. Jh. v. zahlreiche Attische Rechtsvorschriften: Auf Teile der Alexandrinischen Dikaiomata und den berühmten Papyrus Halensis 1 gehe ich in Kapitel II Pkt. 1 von „Graeca“ (Bd. II: 2011) ein.

44 Siehe *E. E. Schütrumpf*, Demetrios von Phaleron, in *F. Wehrli* (Hrsg), DNP III, 1997, 429 f, wo aber wichtige Literatur fehlt. So das Schriftenverzeichnis in der Demetriosbiographie des *Diogenes Laertios*; *F. Jürß* (Hrsg), *Leben und Lehre der Philosophen* (1998), V, 245 ff, das einige juristische Werke ausweist; das gleiche gilt für den Kommentar zu *Demetrios* in den *FGrHist* 228 von *F. Jacoby*, Demetrios von Phaleron, in *Die Fragmente der Griechischen Historiker* (FGrHist), Zweiter Teil, *Zeitgeschichte* (1930), 641 ff und *Ferguson*, *The Laws of Demetrius of Phalerum and their Guardians*, in *Klio* XI, 1911, 265 ff. Problematisch auch *Gehrke*, *Das Verhältnis von Politik und Philosophie im Wirken des Demetrios von Phaleron*, in *Chiron* 8, 1978, 149 ff, der von *H. J. Wolff*, „Normenkontrolle“ und Gesetzesbegriff in der attischen Demokratie. *Untersuchungen zur Graphé Paranomon*, 1979, negativ beeinflusst ist; s *Gehrke*, aaO, 158 Fn 48: Für die Zeit nach Chaironeia eine „klare Trennung von philosophischer Reflexion und νόμοι [Was soll das wohl bedeuten?] auf der einen und νόμοι im täglichen juristisch-politischen Leben auf der anderen Seite“ anzunehmen, überzeugt nicht! – Es handelt sich hier um ein Exempel eines nachteiligen wissenschaftlichen Einflusses, den *H. J. Wolff* auf andere Wissenschaftler, auch Historiker, ausgeübt hat.

45 Von wenigen Ausnahmen (s Fn 31) abgesehen.

dass *Aristoteles* auch die „eigene Leistung als das pragmatische Ergebnis einer rein auf dem Gesetz der Sache beruhenden Entwicklung“ verstanden habe, wonach die „eigenen Gedanken als die unmittelbare Frucht der Kritik seiner Vorgänger, besonders Platons und seiner Schule erscheinen“⁴⁶. – Methodisch ist die Verschränkung von Rechtsgeschichte (historische Argumente) und Rechtsvergleichung (seit Platon die Suche nach der besseren oder besten Lösung!) interessant, weil jene den genetischen Entstehungs- und Verständnissammenhang der Normen einer Rechtsordnung betont, diese dagegen den rechtspolitisch relevanten Vergleich mit anderen Rechtsordnungen. – In der Rechtsanwendung haben rechtsgeschichtliche Argumente offenbar mehr Gewicht, wenngleich schon damals über den verbreiteten *Richtereid* im Falle von Lücken auch bei der Rechtsanwendung vergleichende Argumente eine Rolle spielen konnten. Hauptanwendungsbereich der Rechtsvergleichung waren aber (schon für *Platon*, *Aristoteles* und *Theophrast*) Gesetzgebung und Rechtspolitik⁴⁷.

Übersehen wurde das Entstehen der Rechtsgeschichte und der Rechtsvergleichung im antiken Griechenland häufig. Ein prominentes Beispiel ist *U. v. Wilamowitz-Moellendorff*⁴⁸, der glaubte feststellen zu können:

„Es ist bezeichnend, dass von den Disziplinen der modernen Rechtswissenschaft nur das Völkerrecht direkt aus griechischer Wurzel stammt.“⁴⁹

Solche Urteile hatten verheerende Folgen, wurden sie doch von anderen Autoren ungeprüft übernommen⁵⁰. Rechtsgeschichte und Rechtsvergleichung werden ebenso übergangen wie die hoch entwickelte Kautelarjurisprudenz, sogar die Rechtsphilosophie, die Rechtspolitik, die Kunst der Gesetzgebung (Legistik) und erst recht das beginnende rechtswissenschaftliche Denken (mit seinem alle Felder des Rechts – und nicht nur das Privatrecht – umfassenden Reichtum)!

Die *Wissenschaftsgeschichte* lehrt uns, dass frühe Wissenschaft noch nicht jene *Systematisierung* kennt, die spätere Entwicklungsstadien aufweisen. Das gilt auch für die griechische Jurisprudenz und *Platons* Philosophie. Es ist bis jetzt aber niemand auf die Idee gekommen, *Platons* Philosophie wegen ihres geringen Grades an Systematisierung die Wissenschaftlichkeit abzuspochen. – Ein moderner Wissenschaftsbegriff hat darauf (auch in der Rechtsgeschichte) Bedacht zu nehmen.

46 *W. Jaeger*, *Aristoteles*. Grundlegung einer Geschichte seiner Entwicklung (1955), 1.

47 Dazu *Barta*, ‚*Graeca*‘, o Fn 7, Kapitel VI, 6: ‚*Platons* Erfindung der Rechtsvergleichung‘.

48 *U. v. Wilamowitz-Moellendorff*, *Antworten*. I. Griechisch. 2., in Th. Mommsen, *Zum ältesten Strafrecht der Kulturvölker*. Fragen zur Rechtsvergleichung, gestellt von Th. Mommsen, beantwortet von [...] *U. v. Wilamowitz-M.* [...] (1905), 29.

49 Dazu schon *Barta*, ‚*Graeca*‘, s oben Fn 7, in Bd I (‚*Einleitung*‘, Fn 18).

50 Vgl die Hinweise in Fn 42.

Ich halte den in der Rechtsgeschichte verwendeten *Wissenschaftsbegriff* für zu eng. Wissenschaftlich tätig waren in der Antike (auch in Rom) – und das gilt bis heute – auch Rechtspraktiker. Genauso waren und sind Theoretiker auch kautelarjuristisch und legistisch tätig. Die Grenzen zwischen ‚reiner‘ Praxis und ‚reiner‘ Theorie waren und sind immer noch durchlässig. Für die griechische Philosophie zur Zeit der Akademie, des *Lykeions* und des *Peripatos* gilt: Ihre Vertreter waren bei allem was sie taten bestrebt, auch praktisch brauchbare Ergebnisse zu erzielen⁵¹. Das gilt auch für das rechtliche Schaffen der Philosophen und nicht nur für ihr Befassen mit Rhetorik, Ethik, Zoologie, Botanik, Politikwissenschaft, Logik oder Geometrie. Das wurde im 20. Jh häufig nicht beachtet. – Hier darf nicht länger mit zweierlei Maß gemessen werden.

Die *Rechts-Geschichte* ist ein Kind der *Philosophie-Geschichte* und die ersten Rechtshistoriker waren Philosophen, die juristisch gearbeitet haben. Die Rechtswissenschaft kann auf diese Ahnherren stolz sein.

V. ‚Vergleichende Rechtsgeschichte‘

Die Abstammung von Rechtsgeschichte, Rechtsvergleichung und früher Rechtswissenschaft aus der griechischen Philosophie zeigt auch, dass die *Vergleichende Rechtsgeschichte* von Anfang an existierte. Der Höhenflug der Vergleichenden Rechtsgeschichte im ausgehenden 19. und den ersten Jahrzehnten des 20. Jahrhunderts – ich nenne nur die Namen: J. Kohler, F. Bernhöft, G. Cohn – fand nach 1945 keine Fortsetzung. – Das Wissen um die eigene Abstammung und die geschwisterliche Beziehung von Rechtsgeschichte, Rechtsvergleichung, Rechtsphilosophie und Rechtspolitik sowie von Kautelarjurisprudenz und Kunst der Gesetzgebung sollte aber Grund genug sein, diese Disziplinen erneut in ‚Vergleichender Rechtsgeschichte‘ zu verbinden und dadurch auf das geltende Recht belebend zu wirken. Auch anderen historischen Disziplinen wird damit ein Dienst erwiesen; ich denke an die Alte Geschichte und die Altorientalistik (mit ihren Subdisziplinen), aber auch Fächer wie Rechtssoziologie, -anthropologie, -ethnologie, Religionsgeschichte und Vergleichende Verhaltensforschung uam. – Dies lehrt uns *Interdisziplinarität* ernst zu nehmen. Interesse an Grenzüberschreitungen und Interdisziplinarität muss daher für die Rechtsgeschichte vorausgesetzt werden! – Glaubte man künftige Rechtswissenschaft als bloße Rechtsdogmatik (ohne Rechtsgeschichte, Rechtsphilosophie, Rechtsvergleichung, Rechtssoziologie etc) betreiben zu können, könnte sehr rasch die von *Th. Mommsen* und *F. Schulz* eröffnete Perspektive eines Verzichts auf Rechtswissenschaft Wirklichkeit

51 Siehe schon *Barta*, ‚Graeca‘, o Fn 7, Kapitel I, 2 (etwa bei Fn 389): ‚Die Qualität antiken (Rechts)Denkens‘.

werden⁵². Es braucht dann auch keine universitäre Rechtswissenschaft mehr, denn eine bloße dogmatische Optik kann auch von Fachhochschulen erfüllt werden. Die Zeichen der Zeit deuten in diese Richtung. Für die Politik (und manch anderen Bereich) ist ein solches Szenario eine willkommene Gelegenheit sich lästiger Mahner und weit blickender Kontrolle zu entziehen. – Aus dem Sumpf des Mittelmaßes und der Perspektivlosigkeit kann sich die Rechtswissenschaft nur am eigenen Zopf herausziehen!⁵³

Was können sich Rechtswissenschaft – und ihre wichtigsten Teildisziplinen – schöneres wünschen, als im Sinne von *A. N. Whiteheads* Diktum (zur Bedeutung der Philosophie *Platons*) als disziplinäre Fußnoten seines Denkens angesehen zu werden, das auch schon ein rechtliches war⁵⁴. Das böte künftigem rechtswissenschaftlichem Denken die Chance sich nicht in konstruktiver Rechtsdogmatik zu erschöpfen, sondern sich den anstehenden Fragen unter Einsatz aller ihrer Teildisziplinen zuzuwenden.

VI. Ugo E. Paoli, Eberhard Ruschenbusch und Fritz Schulz

Für das entwickelte Zukunftsszenario einer disziplinär ‚offenen‘ Rechtswissenschaft haben sich noch im 20. Jahrhundert namhafte Vertreter von Rechtswissenschaft und Rechtsgeschichte ausgesprochen. *U. E. Paoli* hat vor fast 80 Jahren für das attische Recht die Meinung vertreten, es könne „[...] nicht allein auf der Grundlage rein juristischer Quellen studiert werden“, sondern seine Erforschung müsse „in die Tiefe des Rechtsbewusstseins des athenischen Volkes eindringen“⁵⁵. – Dies wird durch den Nachweis des Entstehens der Rechtsgeschichte aus der Philosophiegeschichte bestätigt.

Ein positivistisches Leugnen der hermeneutischen Bedeutung nichtjuristischen, insbesondere philosophischen Denkens für die Rechtswissenschaft, verzeichnet Rechts- und Wissenschaftsgeschichte. Der Quellenbegriff der Rechtsgeschichte darf nicht zu eng gefasst werden. – Vorbildlich *Ruschenbusch*⁵⁶:

52 „Aber wenn ‚alle Wissenschaft Luxus ist‘ (*Mommsen*, Die Bedeutung des römischen Rechts, in *Gesammelte Schriften III*, Juristische Schriften 1907, 598), so ist es die Rechtswissenschaft im besonderen Maße. Auch eine hochkultivierte Zeit kann ohne Rechtswissenschaft auskommen.“ (*F. Schulz*, Geschichte der römischen Rechtswissenschaft [1961], 7.)

53 Manch sich uneinsichtiger ‚Geltendrechtler‘ glaubte in den letzten Jahrzehnten auf die Ursprungsdisziplinen der europäischen Rechtswissenschaft verzichten zu können.

54 Dazu *K. Albert*, Platonismus. Weg und Wesen abendländischen Philosophierens, 2008, 7f, der darauf hinweist, dass *Whiteheads* Hinweis, auf den „Reichtum an allgemeinen Ideen [anspielt], die sich überall in [*Platons*] Schriften finden“.

55 *U. E. Paoli*, Die Wissenschaft vom attischen Recht und ihre Möglichkeiten, in *Berneker* (Hrsg), *Zur griechischen Rechtsgeschichte*, 1933, 39 ff.

56 *Ruschenbusch*, Die Quellen zur älteren griechischen Geschichte. Ein Überblick über den Stand der Quellenforschung unter besonderer Berücksichtigung der Belange des Rechtshistorikers (Symposion, 1971), 67.

Betreibe man Rechtsgeschichte „im eigentlichen Sinn des Wortes“ hätten neben die juristischen Quellen „dann als Quelle die Werke der Literatur, die Dichtung, die Philosophie und die Geschichtsschreibung“ zu treten und JuristInnen seien gut beraten sich auch um die philologischen Probleme zu kümmern. Und nicht nur um diese: Alleinauf mündlicher Überlieferung beruhende Aufzeichnungen in der Alten Geschichte seien mit größter Vorsicht zu behandeln, denn manches „darf man getrost [...] in das Reich der Phantasie verweisen“⁵⁷. – Es muss auch noch daran erinnert werden, dass die wissenschaftliche Verbindung der Jurisprudenz zu Geschichte und Philosophie noch im 19. und 20. Jahrhundert vielen Denkern wichtig war; trotz manch monokausaler Orientierung am römischen Recht und der Verleugnung alles Griechischen⁵⁸.

Zum Entstehen der rechtswissenschaftlichen Disziplinen ‚Rechts-Geschichte‘ und ‚Rechts-Vergleichung‘⁵⁹ im klassischen Griechenland aus dem fruchtbaren Schoß der griechischen Philosophie erinnere ich am Ende meiner Ausführungen an Feststellungen von *Fritz Schulz*⁶⁰:

„Aus dem römischen Konservativismus ergibt sich [...] die Ablehnung einer methodischen und systematischen Rechtskritik und Rechtspolitik [S 66 ...]. Kritische Betrachtungen über das römische Verfassungsrecht, Erörterungen über die beste Staatsform mögen wohl auch in römischen Kreisen auf griechische Anregungen hin gepflogen worden sein, aber literarischen Niederschlag haben diese Bestrebungen in Rom doch nur gefunden in dem Buch eines Griechen (Polybios) und eines von griechischen Vorbildern allzu abhängigen Römers (Cicero). Auch die verfassungsrechtliche Rechtsvergleichung, wie sie in der Schule des Aristoteles gepflegt wurde, ist von den Römern nicht aufgenommen worden; verfassungsrechtliche Utopien gar wie Platos Politeia sind den Römern ganz fremd [S 67 ...]. Platos Gesetze, aber auch Theophrasts Privatrechtsvergleiche haben in Rom gar keinen Eindruck gemacht [S 67 ...]. Aus dem römischen Konservativismus erklärt sich weiter das vollständige Fehlen rechtsgeschichtlicher Betrachtung in einer sonst so hoch entwickelten Rechtswissenschaft wie der römischen. Die Rechtsgeschichte setzt Distanzgefühl voraus [S 69 ...]. Daß aber auch noch den im hellen Licht griechischer Wissenschaft stehenden [sc römischen] Klassikern das geschichtliche Distanzgefühl so vollständig abgeht, ist allerdings bemerkenswert [S 69 ...]. Das Recht, das nicht

57 AaO, 75; *Ruschenbusch* bringt zahlreiche Beispiele.

58 Hinweise auf *Savigny's* Wissenschaftsverständnis in *Barta*, ‚Graeca‘, s oben Fn 7, in Kapitel VI, 5: ‚Jurisprudenz oder Rechtswissenschaft?‘ – Auch *Theo Mayer-Maly*, *Rechtsphilosophie* (2001, Vorwort), hat das abnehmende Interesse an Geschichte und Philosophie beklagt und dafür generelle Bildungsverluste, „von denen auch die HochschullehrerInnen befallen sind“ verantwortlich gemacht.

59 Auch die Erinnerung daran ist für viele Rechtsvergleicher verblasst.

60 *F. Schulz*, *Prinzipien des römischen Rechts* (1954). – Ich habe sie aus Platzgründen komprimiert.

mehr gilt, wird einfach vergessen, nur unjuristische Kuriositätensammler interessieren sich dafür.“ [S 69] (Hervorhebungen von mir).

Für Theo

Lieber *Theo*, ich freue mich, auf diese Weise unser fachliches Gespräch über ‚Die Griechen und das Recht‘, die mir wichtige ‚Privatrechtsphilosophie‘ oder ‚Antikes und modernes Rechtsdenken‘ fortsetzen zu können – über die Grenzen von Raum und Zeit hinweg. Du warst einer jener Menschen, deren Interesse und Anteilnahme am Recht und seiner Geschichte sich in vielem mit meinen Vorstellungen deckte, mochten wir auch nicht in Allem übereingestimmt haben. Auch das, was wir unterschiedlich sahen, stieß bei Anderen auf Interesse. Das führte dazu, dass aus einem fachlichen Diskurs eine menschliche Begegnung und Freundschaft wurde. Ich bewundere noch heute Dein Interesse an der Arbeit anderer, mochte deren Thema für Dich auch eher am Rande Deiner Interessen gelegen haben. Von Dir konnte man lernen zuzuhören und vor allem warst Du ein Vorbild als Lehrer, der Studierende ernst genommen hat⁶¹. So wurden unsere Lehrveranstaltungen zu lebendigen Diskussionsrunden. Wir hatten unsere Freude daran, aus scheinbar spröder Materie Funken zu schlagen. – Meine Arbeit an ‚*Graeca*‘ hat uns fachlich und menschlich näher gebracht. Ich habe Dich vor zehn Jahren in der Innsbrucker Mensa angesprochen und Dir von meiner Arbeit erzählt. Daraus wurden viele Gespräche und es kam zu gemeinsamen Lehrveranstaltungen an denen wir beide Gefallen gefunden haben. So hoffe ich, dass meine Ausführungen auch in Deinem Freundes-, Schüler- und Bekanntenkreis auf Interesse stoßen. – Dein Geist möge der gefährdeten Rechtsgeschichte eine Stütze und ein wohlwollender Begleiter sein!

61 Davon zeugen Deine ganz unterschiedlichen ‚Einführungslehrbücher‘.

