

Martina Winkler

Der Fluch der Rückständigkeit: Vergleichende Ansätze in der Rechtsgeschichte

Uwe Wesel, Professor für Rechtswissenschaft an der Freien Universität Berlin, zitiert mit Vorliebe einen prominenten Kollegen mit den treffenden Worten „Ein Blick ins Gesetz fördert die Rechtskenntnis.“

Die Rechtsgeschichte in Deutschland scheint geprägt von dem Dilemma, daß dieser Satz von einer Fraktion mit allzu einseitiger Konzentration befolgt, von einer anderen Gruppe weitgehend ignoriert wird. Auf der einen Seite handelt es sich um die klassische deutsche Rechtsgeschichte, angesiedelt an juristischen Fakultäten, mit einem stark utilitaristischen Ansatz in die Juristenausbildung eingebettet. Sie beschränkt sich überwiegend auf eine klassische Quellenexegese und läßt sich weder von methodischen und theoretischen Debatten der Historikerkunft noch von den hochinteressanten Entwicklungen der amerikanischen und britischen *Critical Legal Studies*, aber auch den Konzepten der deutschen Rechtsphilosophie und -soziologie besonders beeindrucken.¹

1 Vgl. z.B.: L. M. Friedman, *American Legal History: Past and Present*, in: *Journal of Legal Education* 34 (1984), S. 563-576; D. Sugarman, *Writing "Law and Society" Histories*, London 1985, in: *The Modern Law Review* 55 (1992) 2, S. 292-308; D. Sugarman/G. R. Rubin, *Towards a new history of law and material society in England, 1750-1914*, in: dies. (Hrsg.), *Law, Economy and Society, 1750-1914: Essays in the History of English Law*, Worcester 1984, S. 1-123; N. McCormick, *Reconstruction after Deconstruction: A Response to CLS*, in: *Oxford Journal of Legal Studies* 10 (1990) 4, S. 539-558; S. J. Astorino, *History and Legal Discourse: The Language of the New Legal History*, in: *Duquesne Law Review* 23 (1985), S. 363-374; G. Samuel, *Science, Law and History: Historical Jurisprudence and Modern Legal Theory*, in: *Northern Ireland Legal Quarterly* 41 (1990) 1, S. 1-21; R. W. Gordon, *Foreword: The Arrival of Critical Historicism*, in: *Stanford Law Review* 49 (1997), S. 1023-1029.

Eine Vorstellung dieser Diskussionen findet sich im deutschen klassisch rechtshistorischen Kontext in: M. Reiman, *Neuere Rechtsgeschichte in den Vereinigten Staaten*, in: *Zeitschrift für Neue Rechtsgeschichte* 20 (1998), S. 277-293. Von einer wissenschaftlichen Revolution à la Kuhn sprach sehr optimistisch noch 1982: M. Senn, *Rechtshistorisches Selbstverständnis im Wandel. Ein Beitrag zur Wissenschaftstheorie und Wissenschaftsgeschichte der Rechtsgeschichte*, Zürich 1982, eher resigniert dagegen zeigt sich mittlerweile: R. Ogorek, *Rechtsgeschichte in der Bundesrepublik (1945-1990)*, in: D. Simon (Hrsg.), *Rechtswissenschaft in der Bundesrepublik. Studien zur Wissenschaftsgeschichte der Jurisprudenz*, Frankfurt a. M. 1994, S. 12-99. Hans Hattenhauer begeisterte sich 1990 für ein rein handwerklich sauberes, von „verdächtigen“ methodischen Debatten freies Sehen der „Wahrheit im Faktum der Geschichte“: H. Hattenhauer, *Kann man heute noch so fragen? Brief an Horst Schröder*, in: H. Mohnhaupt (Hrsg.), *Rechts-*

Auf der anderen Seite kommt dem Recht und seinen Randgebieten ein neues Interesse unter Historikern und Sozialwissenschaftlern zu. Hier allerdings gilt Recht oft als schwieriges, schwer zu überschauendes Gebiet, der „Blick ins Gesetz“ wird gern vermieden.

Auf diese Weise entstehen einerseits geistesgeschichtliche Werke der klassischen Dogmengeschichte, andererseits auf Institutionen konzentrierte Studien zur Verwaltungs- und Sozialgeschichte. Diese hier zugespitzt formulierte Unterscheidung² ist besonders deutlich für den deutschen Bereich, in der Tendenz aber auch international zu erkennen. Einen Ausweg könnte möglicherweise der seit einigen Jahren diskutierte Ansatz der „Neuen Kulturgeschichte“³ bieten. Denkbar wäre eine neue Form der Analyse, in der Recht nicht als ein sich selbst entwickelndes Dogma, aber auch nicht als rein institutionell verfaßter Spiegel der Gesellschaft betrachtet wird; Recht könnte vielmehr als ein komplexes kulturelles Phänomen untersucht werden, dem eine gewisse diskursive Autonomie und zentrale gesellschaftliche Bedeutung gleichermaßen zukommen.⁴

Um die Schwierigkeiten, aber auch Chancen, ja die Notwendigkeit eines solchen Ansatzes deutlich zu machen und eine Diskussion über mögliche neue Wege einer kulturhistorisch orientierten Rechtsgeschichte anzustoßen, sollen im folgenden zunächst einige ausgewählte Studien aus dem Bereich der Rechts- und Verwaltungsgeschichte betrachtet werden. Im Mittelpunkt steht dabei die häufig diskutierte, mittlerweile immer seltener als „Königsweg“ propagierte⁵ Methode des Vergleichs, die nützlich erscheint, darum

geschichte in beiden deutschen Staaten (1988–1990). Beispiele, Parallelen, Positionen, Frankfurt a. M. 1991, S. 803–807.

- 2 Selbstverständlich gibt es zu begrüßende und nennenswerte Entwicklungen, vgl. z.B. den Tagungsbericht von M. Kirsch: Der Konstitutionalismus im letzten Drittel des langen 19. Jahrhunderts und die Herausforderung der Massengesellschaft im europäischen Vergleich. Überlegungen zu einer Tagung, in: *Comparativ* 10 (2000) 2, S. 119–131 und die Arbeit des Max-Planck-Instituts für Rechtsgeschichte in Frankfurt/Main. Interessant auch, allerdings ohne den Beitrag eines einzigen Historikers: E.-J. Lampe, Zur Entwicklung von Rechtsbewußtsein, Frankfurt a. M. 1997. Außerdem nennenswert: S. Meder, Der Begriff des Privatrechts als Kriterium rechtsgeschichtlicher Forschung. Zur Bedeutung des Kompensationsmodells für die Neuere Privatrechtsgeschichte, in: *Zeitschrift für Neuere Rechtsgeschichte* 19 (1997), S. 249–263; M. Stolleis, Rechtsgeschichte als Kunstprodukt. Zur Entbehrlichkeit von „Begriff“ und „Tatsache“, Baden Baden 1997; D. Willoweit (Hrsg.), Die Entstehung des öffentlichen Strafrechts: Bestandsaufnahme eines europäischen Forschungsproblems, Köln 1999.
- 3 Vgl. u.a. W. Hardtwig/H.-U. Wehler, Einleitung, in: dies. (Hrsg.), *Kulturgeschichte Heute*, Göttingen 1996, S. 7–13.
- 4 Vgl. dazu u.a.: M. J. Horwitz, *The Transformation of American Law 1780–1860*, Oxford 1977, S. XIII. Sehr kritisch gegenüber der „Verlegenheitslösung“ des Begriffs von der „Relativen Autonomie“: N. Luhmann, *Das Recht der Gesellschaft*, Frankfurt a. M. 1995, S. 64f.
- 5 Zu dieser sich fehlerhaft fortpflanzenden, auf eine angebliche Formulierung Wehlers bezogene Fußnote: J. Paulmann, *Internationaler Vergleich und interkultureller Transfer*.

aber nicht weniger problematisch ist. Vergleich ist nicht nur eine wissenschaftliche Methode zur heuristischen Schärfung des Untersuchungsgegenstandes, sondern erweist sich häufig auch als ein – letztlich auch politisch und gesellschaftlich brisantes – Setzen von Maßstäben. In diesem Beitrag soll es vor allem um die Maßstäbe gehen, die bei der Betrachtung von Recht und Verwaltung in „Osteuropa“⁶ etabliert werden; letztlich jedoch handelt es sich um ein grundlegendes Problem des Kulturvergleichs. Im Anschluß an diese Problematisierung wird ein neuer möglicher Ansatz vorgestellt, der dem Vergleich in rechtshistorischen Arbeiten eine deutlichere und besser reflektierte Grundlage bieten soll und gleichzeitig die Verknüpfung verschiedener rechtshistorisch orientierter Forschungstendenzen ermöglichen könnte.

In den letzten Jahren in vielen theoretischen Schriften problematisiert, ist der Vergleich doch keineswegs eine Neubeit; wohl alle Sozial- und Geisteswissenschaften gehen mehr oder weniger explizit von komparativ angelegten Untersuchungsbereichen aus. Relativ neu allerdings wird im weiten Zusammenhang von *post-colonial studies* und Postmoderne ein Aspekt des Vergleichs thematisiert, der Chancen ebenso wie Stolpersteine in sich birgt: Die Problematik des Umgangs mit *dem Anderen*, die Schwierigkeiten, die sich aus der Konfrontation unterschiedlicher Kulturen, Zivilisationen, Werte ergeben. Wohl nur wenige Bereiche sind in dieser Hinsicht so heikel wie die Untersuchung des Rechts, in dem Werte als Prinzipien und Normen ausdrücklich zur Grundlage gesellschaftlichen Funktionierens gemacht werden – und in wenigen wird dieses Problem so gering reflektiert.⁷

Die Grenzen, ja Fallstricke des Vergleichs zeigen sich besonders deutlich in einem von Politik- und Sozialwissenschaftlern verfaßten Buch über Verwaltung in Osteuropa: *Civil Service Systems in Central and Eastern Europe*⁸ ist ein Studien über neun osteuropäische Staaten vereinigender

Zwei Forschungsansätze zur europäischen Geschichte des 18. bis 19. Jahrhunderts, in: HZ 267 (1998), S. 651-685, hier S. 663.

6 Nach den Arbeiten von Wolff und Todorova sowie den theoretischen und selbstreflexiven Debatten zur Disziplin der „Osteuropäischen Geschichte“ scheint ein naiver Gebrauch des Begriffes kaum mehr möglich. Hier ist der „klassische“ Osteuropabegriff gemeint, der auch den ostmitteleuropäischen und den südosteuropäischen Raum einschließt, sich aber vor allem auf Rußland konzentriert.

7 In einem neueren Standardwerk formulieren die Autoren neben dem Aufruf, „daß man sich in der Rechtsvergleichung von seinen eigenen juristisch-dogmatischen Vorurteilen radikal befreien muß“, beschäftigt man sich doch mit „dem Rechtsleben heute noch existierender 'primitiver Völker', besser: der Völker mit noch unzureichender zivilisatorischer Ausrüstung“, als „eine ihrer vordringlichsten Aufgaben [...], den in ihrer Entwicklung befindlichen Völkern mit den Ergebnissen ihrer allgemeinen rechtsvergleichenden Forschung 'juristische Bildungshilfe' zu leisten.“ K. Zweigert/H. Kötz, Einführung in die Rechtsvergleichung, Tübingen 1996.

8 T. Verheijen (Hrsg.), *Civil Service Systems in Central and Eastern Europe*, Cheltenham, Northampton 1999.

Sammelband, dessen Herausgeber sich den methodisch reflektierten Vergleich mit dem Ziel hoher Kohärenz und weitgehender Vollständigkeit auf die Fahnen bzw. den Klappentext geschrieben hat. Auf den ersten Blick erscheint die Methode tatsächlich bestechend gut durchdacht: Auf einer internationalen Tagung des *Civil Service Research Consortium* wurden Methoden zur komparativen Erforschung von Verwaltungs- und Rechtssystemen entwickelt, auf einer weiteren Konferenz praktisch erprobt. Die einzelnen Studien sind alle sehr ähnlich aufgebaut. Einer kurzen Einführung zur Gesamtproblematik folgen ein kurzer historischer Abriss, ein Abschnitt über *Reform and Diffusion* mit einer Beschreibung der Reformentwicklung seit 1989 und eine Darstellung des *Internal Labour Market*, der Rekrutierungs- und Beschäftigungsstrategien in der Verwaltung. Der Frage nach *Representativeness* folgt die nach *Politicisation* und *Public Opinion*. Schließlich werden explizit Klassifizierungsversuche vorgenommen, zwei verschiedenen, einander kontrastierend und kontrollierend gegenübergestellten Modellen folgend. Die Texte sind bereichert durch Schemata, Graphiken und Tabellen, der Leser erhält den Eindruck größtmöglicher komparativer Genauigkeit und Objektivität.

Stutzig macht nur ein Umstand: Jeder der Texte erzählt uns eine vollkommen andere Geschichte, die ganz offenbar mit den präsentierten Zahlen und Fakten nur wenig zu tun hat. Das eröffnende Kapitel über Rußland skizziert ein Bild völligen Scheiterns, historisch bedingter Rückständigkeit, einer von Korruption bestimmten Bürokratie. Der folgende Text über Jugoslawien dagegen präsentiert eine reine Erfolgsgeschichte: Serbische Verwaltung und serbisches Recht waren schon im 19. Jahrhundert und sind noch heute modern, zuverlässig und rational, unabhängig und professionalisiert. Offenbar haben die methodischen Debatten, die Graphiken und Kontrollinstanzen nichts daran ändern können, daß die Autoren die Geschichte erzählten, die ihnen persönlich die plausibelste zu sein schien: Nicht nur Clio dichtet.

Entscheidend scheint dabei weniger der hervorgehobene Vergleich der osteuropäischen Länder untereinander als vielmehr ein anderer, ständig über den Texten schwebender komparativer Ansatz zu sein: Der Vergleich mit einem Ideal, einem Maßstäbe setzenden Modell. Der in diesem Buch sehr deutliche Maßstab ist die Europäische Union; die Länder sind entsprechend ihren Hoffnungen auf eine EU-Mitgliedschaft geordnet – so kommen ungewöhnliche Konstellationen wie die gemeinsame Abhandlung von Rußland und Jugoslawien zustande –, die Klassifikationen sollen Politikern und Verwaltungsfachleuten bei der Bewertung der Kandidaten im Osten helfen. Über diese sehr pragmatische Maßstabsetzung hinaus ist jedoch eine abstraktere und weniger explizite zu erkennen: Ein Ideal des Rechts- und Verwaltungswesens, wie man es in und für Westeuropa denkt, wird absolut gesetzt, nicht reflektiert oder auch nur dargestellt. Die Frage, ob und in-

wieweit die Reform anhand westlicher Maßstäbe möglich und wünschenswert ist, wird nicht aufgeworfen. Der Begriff der *Kultur* fällt einmal, endlich, auf der Seite 224 und weckt Hoffnungen – „culture is a paramount determinant of managerial attitudes“ –, die jedoch noch im selben Absatz zunichte gemacht werden: „to take hold and to attain real-substance, the Balts' civil service reforms *must overcome* a number of deep-seated and formidable obstacles.“⁹ Eine mögliche Falle, die im methodisch und theoretisch orientierten Vorgängerband *Civil Service Systems in Comparative Perspective* vorsichtig angesprochen wird – „The danger, of course, is that the ideal type analysis is converted into a different type of ideal, on the assumption that western conception of 'good' administration provide normative standards“¹⁰ – schnappt hier erfolgreich zu: Das westliche Idealmodell und der Westen als Ideal verschmelzen miteinander.

Ein stets mitschwingender, jedoch nicht explizit ausgesprochener Vergleich von West und Ost ist häufiger als methodisches Problem zu konstatieren, so auch in dem nächsten hier anzusprechenden Beispiel, der materiell reichen und konzeptionell innovativen Dissertation *Autokratie und Justiz* von Jörg Baberowski:¹¹ Hier wird die Untersuchung und Bewertung der russischen Justiz nach der Reform von 1864 vom bisher vorherrschenden politischen Kontext gelöst und an den sozio-kulturellen Hintergrund gebunden. Neue Perspektiven und Wertungen werden so möglich. Wenn jedoch ausdrücklich auf zwei Elemente der Untersuchung verzichtet wird, so ergibt sich daraus ein für die rechts- und verwaltungshistorische Betrachtung Osteuropas typisches Problem: Baberowski konzentriert sich weitgehend auf die Institutionengeschichte der russischen Justiz und läßt sich kaum auf die „äußerst sperrigen Gegenstände“¹² des materiellen Rechts ein. Darüber hinaus verzichtet er auf eine vergleichende Perspektive.¹³ Beide, miteinander in Verbindung stehende Momente können den Wert der ohnedies sehr umfangreichen Arbeit kaum mindern, sie weisen jedoch auf weiterführend zu diskutierende Probleme hin.

Denn auch in diesem Buch wird auf einen expliziten, reflektierten Vergleich verzichtet; der Begriff der Rückständigkeit, der als fast axiomatisches Konzept die gesamte Studie durchzieht, trägt natürlich eine vergleichende Perspektive in sich. Das Modell der Modernisierung prägt den Blick der Studie, die weitgehend als Mängelgeschichte erscheint – Mängel der russischen Wirklichkeit im Vergleich zu den ehrgeizigen Zielen der Reformen, aber auch im Vergleich zu den Idealen des Autors und – wieder

9 Ebenda, S. 224 (Hervorhebung M.W.).

10 B. G. Peters, *Theory and Methodology*, in: H. A. G. M. Bekke u.a. (Hrsg.), *Civil Service Systems in Comparative Perspective*, Bloomington 1996, S. 13-41, hier S. 30.

11 J. Baberowski, *Autokratie und Justiz. Zum Verhältnis von Rechtsstaatlichkeit und Rückständigkeit im ausgehenden Zarenreich 1864–1914*, Frankfurt a. M. 1996.

12 Ebenda, S. IX.

13 Ebenda, S. 9.

– zu einem idealisierten Westen. „Die Gerichtsverfassung und Rechtsordnung des Westens entsprach den Vollzugsbedürfnissen der Verwaltung, sie reflektierte die tatsächlichen rechtlichen Interessen der Gesellschaft, zumindest aber ihrer politischen und ökonomisch relevanten Gruppen. In der Justiz- und Rechtsverfassung spiegelte sich das Rechtsbewußtsein der Gesellschaft“¹⁴; eine solch verklarte Darstellung der Verwaltungsgenese im – eigentlich gar nicht so einheitlich zu betrachtenden – Westen wäre in einer komparativ angelegten Arbeit, die europäische Rechtskreise nicht überhöht, sondern tatsächlich untersucht, kaum möglich.

Der zweite möglicherweise bedenkenswerte Aspekt ist der Mangel an Beschäftigung mit dem materiellen Recht. Wenn beispielsweise die Praxis kritisiert wird, den Angeklagten bei Mangel an Beweisen nicht freizusprechen, sondern im Verdacht zu belassen, so sollte nicht nur ein Blick nach Westeuropa geworfen werden, wo diese Entscheidung auch bis in die Moderne hinein üblich war, sondern es sollte vor allem auch das Verständnis von Schuld betrachtet werden, das sich mit dem heutigen, westlichen Prinzip der Unschuldsvermutung nicht vertrug. Wer einmal unter Verdacht stand, war nicht mehr unschuldig, ein Freispruch aus Beweismangel hätte diesem Denken widersprochen.¹⁵ Ähnlich verhält es sich mit Kritik an der mangelnden Freiheit der Richter in Rußland vor 1864, Recht zu interpretieren und fortzuentwickeln. Der – in Rußland von Peter I. eingeführte – Inquisitionsprozeß, der ja gerade möglichst weitgehende, von Einzelpersonen unabhängige Objektivität anstrebte, kannte eine solche Freiheit nicht, deren Rahmen im übrigen bis heute zu den umstrittensten Fragen der Rechtsquellenlehre gehört.

Auch eine Geschichte, jedoch eine ganz andere, erzählt uns Lutz Raphael in seinem Buch *Recht und Ordnung*, das in der Fischer-Reihe *Europäische Geschichte* erschienen ist.¹⁶ Hier wird der Blick weit geführt, mit dem begrüßenswerten Ehrgeiz, Europa einmal nicht mit Frankreich und Deutschland kongruent zu zeichnen, sondern Rußland und Südosteuropa einen gleichberechtigten Platz einzuräumen. Selbstverständlich werden auch hier Unterschiede zwischen Regionen erkannt; doch wenn der Autor den Rückständigkeitsbegriff umgeht und statt von statisch wirkenden „Kulturen“ von agrarisch oder industriell geprägten Gegenden und dem Unterschied zwischen Stadt und Land spricht, so erhalten soziale Entwicklungen in ihrer Prozeßhaftigkeit und Komplexität Bedeutung. Vor allem aber trägt das Nebeneinander von Ost und West dazu bei, daß der Westen nicht zu einem

14 Ebenda, S. 59.

15 Dazu M. Foucault, *Überwachen und Strafen. Die Geburt des Gefängnisses*, Frankfurt a. M. 1992, S. 57. Daß auch heute eine wirkliche Realisierung der Unschuldsvermutung diskutiert und bezweifelt wird, sei hier nur kurz angemerkt, vgl. M. M. Feeley, *The Process is the Punishment. Handling cases in a lower criminal court*, New York 1992.

16 L. Raphael, *Recht und Ordnung. Herrschaft durch Verwaltung im 19. Jahrhundert*, Frankfurt a. M. 2000.

dem Modell entsprechenden Ideal stilisiert wird. Auch in Frankreich gab es Widerstand gegen die Steuerbelastung, auch in Preußen fiel es schwer, Akzeptanz für die Beamtenden zu erkämpfen. Zeitliche Abstufungen und soziale Unterschiede werden beschrieben, ohne daß die in anderen Studien so beharrlich gestellte Frage „what is wrong with Russia“¹⁷ aufgeworfen werden müßte. Doch es ist nicht nur der Vergleich, der Raphael diesen Blick ermöglicht. Auch seine Grundthese, seine skeptische Haltung gegenüber den Errungenschaften der modernen Verwaltung, führt ihn dazu. Nicht umsonst beginnt das Buch mit dem Kafka-Zitat „Die Fesseln der geknebelten Menschheit sind aus Kanzleipapier“, nicht umsonst werden die Kompetenzen der Polizei in der modernen Sorge um Recht und Ordnung kritisch betrachtet. Die Erkenntnis, daß die Webersche These von der fortschreitenden Rationalisierung und sein Idealbild der modernen Bürokratie nicht den empirischen Untersuchungen entsprechen, wird auch hier in eine Geschichte umgemünzt: Die Geschichte von der postmodernen Skepsis.

Die drei hier angesprochenen Studien beziehen sich, so unterschiedlich ihre Ansätze sonst auch sind, alle weitgehend auf formales Recht. Die Regeln der Verwaltung und der Justiz sind jedoch nicht unabhängig von materiellem Recht, von Rechtsprinzipien und Werten.

Der „Blick ins Gesetz“, die Untersuchung materiellen Rechts findet sich – neben den oben erwähnten klassisch rechtshistorischen Untersuchungen – vor allem in anthropologischen und ethnographischen Studien. Sucht man hier die Bezugnahme auf Osteuropa, so sind in der angloamerikanischen Forschung viele Untersuchungen zum bäuerlichen Recht in Rußland zu finden.¹⁸ Die auf einen Ursprung in der Arbeit konzentrierten Eigentumskonzepte, die stark an der Bedeutung der dörflichen Gemeinschaft orientierten Straf- oder Sozialdisziplinierungsmaßnahmen wurden in zahlreichen ethnographisch orientierten Schriften dargestellt. Diese sind mikrohistorisch ausgerichtet, der Vergleich fehlt meist – auf diese Weise entgehen die Autoren dem Problem der modernisierungstheoretischen Einordnung und weitgehend auch der moralischen Wertung des Untersuchten.

Mikrohistorische, oft am Geertzschen Kulturbegriff orientierte Studien einerseits, übergreifend angelegte, mit dem Institutionenbegriff arbeitende Untersuchungen andererseits, die häufig eher von einem statischen, dem Begriff der „Zivilisation“ nahestehenden Kulturkonzept ausgehen; beide

17 Über diese Leitfrage der älteren und jüngeren Rußlandforschung: L. Engelstein, Paradigms, Pathologies, and Other Clues to Russian Spiritual Culture: Some Post Soviet Thoughts, in: *Slavic Review* 57 (Winter 1998) 4, S. 864-877, hier 866.

18 Wegweisend hier: M. Lewin, Customary Law and Russian Rural Society in the Post-Reform Era, in: *The Russian Review* 44 (1985), S. 1-19. Vgl. auch: S. P. Frank, Popular Justice, Community and Culture among the Russian Peasantry, 1870-1900, in: *The Russian Review* 46 (1987), S. 239-265; C. Frierson, Crime and Punishment in the Russian Village: Rural Concepts of Criminality at the End of the Nineteenth Century, in: *Slavic Review* 46 (1987)1, S. 55-69.

werden auf der theoretischen Ebene konfrontiert mit Fragen nach den Chancen und Problemen „kulturalistischer“ Forschung. Die Gefahren, die beispielweise Wolfgang Kaschuba in einer kulturalistischen Geschichtswissenschaft erkennt¹⁹ – Beliebigkeit, inhaltliche Euphemisierung – sind ernst zu nehmen, ebenso die Feststellung, Eurozentrik sei niemals vollkommen zu vermeiden. Dennoch scheint es den Versuch wert, den von Modernisierungstheorie und Rationalitätsdenkern geprägten Blick für andere Perspektiven zu öffnen. Der Vergleich, oft so problematisch wertend, könnte sich dann auch anders gestalten. Er sollte dabei nicht von vornherein kulturrelativistisch angelegt sein, doch ein kulturalistischer Blick, der Institutionen und Strukturen nicht ignoriert, Ideen und Werte dennoch einbezieht und ernst nimmt, könnte einen Weg zwischen gleichgültigem Relativismus und westlicher Arroganz weisen. Was in zahlreichen Bereichen der Geschichtswissenschaft längst geschehen ist, fehlt in der Rechtsgeschichte und vielen ihrer Nachbargebiete,²⁰ zumindest im deutschen Kontext, noch weitgehend. Mit einem kulturorientierten Blick auf das materielle Recht könnte neben dem Perspektiven- auch ein Traditionswechsel verbunden sein; statt der weitgehend linearen Rechtsentwicklungsmodelle des gern zitierten Max Weber würden hier möglicherweise die entschieden antipositivistischen Modelle eines Eugen Ehrlich²¹ neue Ansatzpunkte bieten.

Eine Grundlage für vergleichende und übergreifende, dennoch kulturorientierte, ja kulturalistische Arbeit, die einen Weg aus diesem Dilemma weisen will, ist vor kurzem in der anthropologischen Literatur für den Bereich der Eigentums- bzw. Vermögensrechtsforschung²² erarbeitet worden. Franz und Keebet von Benda-Beckmann²³ gehen bei ihrer Konzeptualisie-

19 W. Kaschuba, Kulturalismus: Kultur statt Gesellschaft?, in: Geschichte und Gesellschaft 21 (1995) 1, S. 80-95.

20 Eine unbedingt nennenswerte Ausnahme allerdings ist die florierende Kriminalitätsgeschichte: Bilanzierend J. Eibach, Kriminalitätsgeschichte zwischen Sozialgeschichte und Historischer Kulturforschung, in: Historische Zeitschrift 263 (1996), S. 681-715; P. Spierenburg, The Spectacle of Suffering. Executions and the Evolution of Repression from a preindustrial metropolis to the European Experience, Cambridge 1984. Einen methodischen Anstoß aus der poststrukturalistischen Ecke bildete natürlich: Foucault, Überwachen (Anm. 14). Einschlägig dazu die Debatte um L. Engelstein, Combined Underdevelopment: Discipline and the Law in Imperial and Soviet Russia, in: American Historical Review 98 (April 1993) 2, S. 338-353.

21 Vgl. E. Ehrlich, Grundlegung der Soziologie des Rechts, Berlin 1989; ders., Gesetz und lebendes Recht. Vermischte kleinere Schriften, hrsg. von M. Rehbinder, Berlin 1986.

22 Obwohl im Deutschen in diesem Zusammenhang meist von *Eigentumsforschung* die Rede ist, soll im folgenden der – zugegeben etwas sperrige – Begriff *Vermögensrechtsforschung* verwendet werden: In der angloamerikanischen Forschung spricht man von *property*, was dem allgemeineren *Vermögensrecht* eher entspricht als dem konkreteren Begriff des *Eigentums* (im Englischen mit *ownership* bezeichnet).

23 F. and K. von Benda-Beckmann, A Functional Analysis of Property Rights, with Special Reference to Indonesia, in: F. van Meijl/F. von Benda-Beckmann, Property Rights and

rung davon aus, daß die Vermögensrechtsforschung vor allem an einem zu stark am kapitalistischen Wirtschaftssystem orientierten und utilitaristischen Ansatz krankt: „Oriented towards action and desired states of property relationships, they have also suffered from a fixation on the future, and on how property regimes *should* be. [...] What is sacrificed under these conditions is a thorough and differentiated analysis of the interrelations between types of property rights and economic performance.“²⁴ Die Autoren zielen nun auf ein „set of conceptual analytical tools as *neutral as possible*, to avoid [...] ‘backwards translation’, the jamming of African or Asian cultural and legal ideas into ethnocentric Western European legal categories“²⁵ und entwickeln ein Konzept für den Vergleich verschiedener Besitzformen und -beziehungen. Vier verschiedene bestimmende Elemente werden bezeichnet: Rechtssubjekte (*property holders*), Rechtsobjekte, Rechtsbeziehungen (*property relations*) und die zeitliche Dimension von Rechtsbeziehungen. Diese vier Elemente, die in unterschiedlichen Kontexten verschieden ausgestaltet sind und so zur Beschreibung einer konkreten Vermögensrechtskultur geeignet scheinen, werden wiederum auf vier analytischen Ebenen (*layers*) untersucht, an denen die Funktion des Vermögensrechts in einer Gesellschaft deutlich wird: Ideologie und Kultur (*ideology and culture*), rechtliche Regeln und Pluralismus (*legal regulation and legal pluralism*), soziale Beziehungen (*property as multifunctional social relationships*), Besitzpraxen (*property practices*).

Mit diesem Ansatz und analog zu seiner Umsetzung ließen sich auch für andere Forschungszweige Konzepte entwickeln, die einen um Neutralität bemühten und gleichzeitig den Begriff der Kultur einbeziehenden Vergleich ermöglichen. Ein solches Konzept soll hier für den Begriff des Rechts versuchsweise vorgeschlagen werden. Analog zu Benda-Beckmanns Kritik an einer den Effektivitätsgedanken zu stark in den Vordergrund stellenden Vermögensrechtsforschung kann auch ein zentrales Problem der Rechts-, Verwaltungs- und Justizforschung bezeichnet werden: Soll das Eigentum im Blick der Wissenschaft vor allem dazu beitragen, eine effektive Wirtschaft zu schaffen, so wird die Aufgabe des Rechts im Allgemeinen darin gesehen, das Ideal des Rechtsstaates zu verwirklichen. Die Frage nach anderen Formen, in denen Gesellschaften rechtlich organisiert sind und funktionieren, wird kaum gestellt, rechtsstaatliche Sicherheit wird allgemein als die einzige das Chaos verhindernde Möglichkeit betrachtet.

Bei der Suche nach Elementen, die einen Vergleich verschiedener Rechtskulturen ermöglichen, bieten sich folgende vier Punkte an: Traditio-

Economic Development. Land and Natural Resources in Southeast Asia and Oceania, London/New York 1999.

24 Ebenda, S. 15.

25 Ebenda, S. 21f.

nell am wichtigsten erscheint die Frage danach, wer das Recht spricht und durchsetzt, die Frage nach den *Sanktionssubjekten*. Die Bestellung besonderer Personen für die Rechtsprechung und Sanktionierung von Normverletzungen wird in der Rechtswissenschaft als zentraler Punkt betrachtet, der Recht von „bloßer“ Sitte unterscheidet, als „entscheidender Schritt der Entwicklung zum Recht“²⁶. Häufig wird in modernisierungstheoretischer Perspektive auf die Professionalisierung und damit die gesellschaftliche und politische Bedeutung eines besonders ausgebildeten und sozialisierten Juristenstandes hingewiesen sowie auf den „höheren“ Status²⁷ einer wissenschaftlich systematisierten Rechtskultur. Überzeugender hinsichtlich der grundlegenden Bedeutung einer Gruppe von Sanktionssubjekten für das Normensystem erscheint die Aussage Niklas Luhmanns, ein besonders bestelltes Gericht im modernen Rechtssystem sei die einzige Institution, die zu einer Entscheidungsfindung gezwungen sei, im Gegensatz zu Privaten und dem Gesetzgeber, die rechtlich bedeutsam aktiv werden könnten, es aber nicht müßten. Das Gericht bilde das Zentrum des modernen Rechtssystems, weil es immer entscheiden *müsse*, sobald es gefragt wird und so eine Sicherheit und Autorität gewährleistende Institution sei. Doch Luhmann folgert aus einem Fehlen dieser Zentrale nicht, man könne gar nicht von Recht sprechen.²⁸

Um an dieser Stelle die so typische Formulierung eines einfachen Fehlens von zentralisierter Normdurchsetzung in anderen Rechtssystemen zu vermeiden, bieten sich konzeptionell fruchtbarere Unterscheidungen an wie diejenige von *social discipline* für „a conscious effort at changing a society's norms, behaviours and mental culture from above“ und *social control* für „the traditional set of rules of a society and the traditional practices to keep them up“.²⁹ Zu bedenken wäre auch die von Daniel H. Kaiser problematisierte Begrifflichkeit von horizontalen und vertikalen Konfliktlösungsmechanismen.³⁰

Die Sanktionssubjekte können weiterhin mit einem Blick auf ihre Legitimierung untersucht werden, die sich auf Religion, Politik, Ökonomie oder Bildung – oder auf mehrere dieser sich überschneidenden Aspekte – beziehen kann sowie auf ihren Status innerhalb der Gesellschaft. Während dieses Moment im System der Beuda-Beckmannschen *layers* der Ideologie und

26 K. Röhl, Allgemeine Rechtslehre, Köln 1994, S. 208.

27 Z.B. M. Silnizki, Geschichte des gelehrten Rechts in Rußland. *Jurisprudencija* an den Universitäten des Russischen Reiches 1700–1835, Frankfurt a. M. 1997, S. 10.

28 Luhmann, Das Recht (Anm. 4), S. 310ff.

29 L. Behrlich, Social Discipline in Early Modern Russia, Seventeenth to Nineteenth Centuries, in: H. Schilling (Hrsg.), Institutionen, Instrumente und Akteure sozialer Kontrolle und Disziplinierung im frühneuzeitlichen Europa, Frankfurt a. M. 1999, S. 325–357, hier S. 325.

30 D. H. Kaiser, Modernization in Old Russian Law, in: Russian History/Histoire Russe 6 (1979) 2, S. 230–242.

Kultur zugeordnet werden würde, gehören schließlich die unterschiedlichen Rituale, mit denen die Autorität der rechtsprechenden Institutionen hergestellt und erhalten wird, zu den Praxen rechtlichen Handelns.³¹

Mit der Frage nach den Sanktionssubjekten in engem Zusammenhang steht die Untersuchung eines weiteren Elements von Rechtskulturen: Der *Rechtsquellen*. Unterschiedliche Gesellschaften erkennen unterschiedliche Ursprünge des geltenden Rechts an, und selbst die relativ engen Grenzen der normativen juristischen Rechtsquellenlehre sind nicht fest und unverrückbar: in der Wissenschaft entwickeltes Juristenrecht und im Prozeß gesprochenes Richterrecht werden bereits in den kontinentalen Rechtskreisen und im *common law* jeweils unterschiedlich bewertet und auch innerhalb dieser Kulturen debattiert. Um einen Vergleich möglich zu machen, wäre eine weite soziologische Rechtsquellenlehre wünschenswert, die auch solche Ursprünge beschreibt, die der westlichen Kultur als außerrechtliche Elemente und damit eher als Destruktion denn Konstruktion von Ordnung erscheinen. Der diffuse Begriff des Gewohnheitsrechts beispielsweise könnte hier differenziert, die im westlichen Denken nur negative Formulierung von Korruption möglicherweise in Untersuchungen über die Regelung von Güter- und Anspruchsverteilung aufgebrochen werden.

Das nächste Element der hier vorzuschlagenden Ordnung bezieht sich auf die *Rechtsadressaten* – ein Begriff, analog und verallgemeinernd von dem üblichen westlichen Terminus des *Normadressaten* abgeleitet. Die Frage nach dem einer Rechtsordnung unterstehenden Personenkreis ist zu stellen. Dabei spielen äußere Grenzen einer Gesellschaft ebenso eine Rolle wie innere Strukturen: Rechtsordnungen gelten für eine Nation, eine supranationale Gemeinschaft, eine Stadt, ein Dorf. Ebenso gibt es Differenzierungen nach Stand, Geschlecht, Beruf und Alter. Konstruktionen wie die verschiedenen Abstufungen der Geschäftsfähigkeit von Kindern und Jugendlichen folgen diskursiven Strukturierungen der Gesellschaft, in denen Identitätsbildung und Machtverteilung ihre Rollen spielen; ähnlich verhält es sich mit den komplizierten Regelungen der Rechts- und Geschäftsfähigkeit der Frau, die ebenso abhängig von Normen über ihren Familienstand wie von dem betreffenden Rechtsgut waren oder sind und schließlich in der Rechtswirklichkeit häufig eine vom Gesetz unabhängige Regelung erfahren. Die gesellschaftliche Strukturierung sollte hier nicht als Mangel und Abweichung von einer – wieder am westlichen Ideal des Rechtsstaates und der Gleichheit orientierten – Unabhängigkeit des Rechts betrachtet werden. Normative Geschlossenheit einerseits und kognitive Offenheit gegenüber

31 Analog unterscheidet Hobsbawm „custom“ und „tradition“: „‘Custom’ is what judges do; ‘tradition’ (in this instance invented tradition) is the wig, robe, and other formal paraphernalia and ritualized practices surrounding their substantial action.“ E. Hobsbawm, Introduction: Inventing Traditions, in: E. Hobsbawm/T. Ranger (Hrsg.), *The Invention of Tradition*, Cambridge 1983, S. 1-14, hier S. 3.

gesellschaftlichen Entwicklungen andererseits bestimmen Rechtssysteme in ihrer Wechselwirkung.³²

Das Element der Rechtsadressaten leitet zum nächsten über, zu der Frage nach den verschiedenen *Rechtsbereichen* innerhalb einer Gesellschaft. Das Bemühen um Einheitlichkeit der geltenden Rechtsordnung wird allgemein als Gradmesser von Modernität und Rationalität betrachtet. Doch daneben wären auch qualitative Unterschiede in der Akzeptanz verschiedener nebeneinander existierender Rechtsordnungen zu untersuchen.

Es scheint, als habe die westliche Tradition des Gemeinen Rechts ein Ideal hinterlassen, das die vielen partikularrechtlichen Elemente moderner Rechtssysteme ignoriert: Kirchenrecht, Militärrecht, Standesrecht. Das moderne Recht kennt Kollisionsregeln, die Hierarchien verschiedener Gesetze, Normen und Ordnungen aufbauen und so die Rechtseinheit sichern sollen. In der historischen Betrachtung von sich entwickelndem Recht – und dabei bliebe zu bedenken, daß Recht sich *immer* entwickelt – fallen häufig regellose Kollisionen auf. Es scheint auch hier nicht zuletzt eine Frage der Perspektive zu sein, inwiefern man dieses Aufeinandertreffen unterschiedlicher Rechtsordnungen als Niederlage des Systems betrachtet oder die Mechanismen beschreibt, die ein Weiterfunktionieren der Gesellschaft ermöglichen. Die russischen Justizreformen von 1864 beispielsweise können – sicherlich zu Recht – als die Oktroyierung eines fremden, modernen Systems auf eine rückständige Bauernkultur betrachtet werden; einige Untersuchungen zeigen aber auch, wie die Bauern mit der neuen Ordnung umzugehen lernten und sie durch selektive Nutzung mit den dörflichen Rechtstraditionen zu verbinden wußten.³³

Eine andere Ebene der Frage nach den Rechtsbereichen betrifft die Systematisierung des Rechts; die im europäisch-kontinentalen Rechtskreis vorherrschende Trennung von Öffentlichem Recht und Zivilrecht wird häufig übereilt auf die Betrachtung anderer Rechtssysteme übertragen. Die allgemein übliche Strukturierung beispielsweise von rechtshistorischen Lehrbüchern nach heutigen Kategorisierungen erscheint einseitig modernistisch; immerhin reflektiert, jedoch auch nicht unproblematisch ist ein Kompromiß, wie ihn Hermann Coing bei seiner historisierenden Einarordnung von „Sachenrecht“ formuliert.³⁴ Sinnvoller schiene es, nach einer – oft impliziten – Systematik des untersuchten Rechts zu fragen, um Logik und Aufbau zu begreifen.

32 Luhmann, Das Recht (Anm. 4), S. 78ff.

33 Frank, Popular Justice (Anm. 18). Auch: P. Liessem, Verrechtlichung der Verwaltung – Rechtsschutz gegen die Verwaltung, in: D. Beyrau (Hrsg.), Reformen im Rußland des 19. und 20. Jahrhunderts: westliche Modelle und russische Erfahrungen, Frankfurt a. M. 1996, S. 175-196.

34 H. Coing, Europäisches Privatrecht, Bd. I: Älteres Gemeines Recht (1500-1800), München 1985, S. 271.

Das hier vorgeschlagene analytische Instrumentarium zielt auf eine Betrachtung von Rechtsgeschichte und Rechtsgegenwart, in der zwei miteinander zusammenhängende Elemente eine wichtige Rolle spielen: Der komparative Aspekt sollte explizit und reflektiert sein, um die Gefahren des unausgesprochen mitschwebenden Vergleiches, der die Rückständigkeit als einen Fluch für die untersuchte Gesellschaft skizziert und sie gleichzeitig zu einem problematischen Schlüsselbegriff der Untersuchung selbst macht, zu begrenzen. Darüber hinaus wäre die Betrachtung materiellen Rechts als ein primär kulturelles und nicht ausschließlich auf der institutionellen Ebene erkennbares Phänomen wünschenswert. Besonders Rechts- und Verwaltungsgeschichte ist keine in Elfenbeintürmen abzuhandelnde Angelegenheit, wie nicht nur das oben besprochene Buch von Tony Verheijen zeigt; die EU-Erweiterung ebenso wie die Aktivitäten beispielsweise der OSZE in Südosteuropa, den Nachfolgestaaten der Sowjetunion, in Afrika und Asien machen sie zu einem hochaktuellen und brisanten Thema.

Gerade die Untersuchung des Rechts ist mit der unmittelbaren kulturellen Gebundenheit von Werten und Normen konfrontiert, und dies in zweierlei Hinsicht: Das Recht der „fremden“ Kultur ist ebenso an Mentalitäten, historische Entwicklungen, soziale Strukturen, politische Machtkonstellationen gebunden wie der „eigene“, vom bekannten Rechtssystem geprägte Blick.

Ein Ansatz wie der Benda-Beckmannsche, in dem möglichst neutrale Begriffe für die Analyse gefunden werden, stellt das in theoretischen Schriften zum historischen Vergleich so vielgepriesene *tertium comparationis* in den Vordergrund: einen „Maßstab, der sich zu den miteinander verglichenen Sachverhalten wie ein Allgemeines zu einem Besonderen verhält, also ihnen gegenüber einen theoretischen Status hat“.³⁵ Statt eines Untersuchungselementes, das aus *einer* der beiden zu vergleichenden Kulturen hervorgehult, dabei abstrahiert und häufig idealisiert wird, sollen möglichst neutrale Begriffe gefunden werden, die dann *für beide Seiten* übersetzt werden müssen. Die Rechtsgeschichte würde damit „Verfremdungserlebnissen“³⁶ ausgesetzt, die ihr bisher weitgehend fremd geblieben scheinen. Die anthropologische Dimension könnte die Rechtswissenschaft, welche sich deutlicher als andere Wissenschaften ihr eigenes Untersuchungsobjekt in engen Grenzen ständig selbst erbaut, um methodische Herausforderungen und Erfahrungen der Reflexion erweitern, während die Geschichtswissenschaft sich ein neues Untersuchungsgebiet erschließen könnte. Daß ein solches *tertium comparationis* nicht abstrakt gefunden

35 J. Rüsen, *Historische Orientierung. Über die Arbeit des Geschichtsbewusstseins, sich in der Zeit zurechtzufinden*, Köln/Weimar/Wien 1994, S. 98. Zu den Schwierigkeiten der Entwicklung des *tertium comparationis* siehe vor allem: T. Welskopp, *Stolpersteine auf dem Königsweg. Methodenkritische Anmerkungen zum internationalen Vergleich in der Gesellschaftsgeschichte*, in: *Archiv für Sozialgeschichte* 35 (1995), S. 339-367.

36 Welskopp, *Stolpersteine* (Anm. 36), S. 361.

werden kann, sondern in ständigem Austausch mit der Empirie des praktischen Vergleiches bestimmt werden muß, versteht sich fast von selbst.

Auf eine solche Weise könnte nicht nur ein Weg gefunden werden aus der immer wieder behaupteten besonderen Schwierigkeit bei der vergleichenden Untersuchung von Kulturen, Mentalitäten, Diskursen.³⁷ Indem die zentral von der Notwendigkeit kulturellen Übersetzungsleistung ausgehenden Konzepte der Kulturtransferforschung für den Vergleich fruchtbar gemacht würden,³⁸ könnte auch die so häufig als Konfrontation erscheinende Struktur komparativ konzipierter Arbeiten in einen ausgewogeneren Vergleich überführt werden.

Ein komparativer Ansatz mit dem „Blick ins Gesetz“, wie er hier vertreten wird, meint also keinesfalls eine – wertende – Gegenüberstellung verschiedener juristischer und moralischer Normen. Vielmehr erschiene eine Analyse der Bedeutung, Funktion und gegenseitigen Beziehungen von Normen innerhalb von Gesellschaften wünschenswert, schärfer konturiert durch einen explizit ausgearbeiteten Vergleich.

Die „Neue Kulturgeschichte“, bestimmt nicht zuletzt von komparativen Ansätzen, Konzepten aus der Anthropologie und dem Interesse an Werten und Begriffen, könnte so die Grundlage für eine „Neue Rechtsgeschichte“ bilden. Die Forderung, nicht mehr nur einen „halbierten Weber“ zu verfolgen, sondern Strukturen und Diskurse als Zusammenhänge zu betrachten, könnte dazu verhelfen, die rechtshistorische Kluft zwischen Institutionengeschichte und Ethnographie zu überwinden. Verschiedene Methoden des Kulturvergleichs ebenso wie der Gesellschaftsgeschichte könnten der Betrachtung rechtlicher Normen aus ihrer utilitaristischen Einzäunung der juristischen Fakultäten heraushelfen. Umgekehrt wäre es der Geschichtswissenschaft so möglich, sich die Rechtskultur als Untersuchungsgegenstand zu erschließen und sich durch die Analyse von Normen – die allerdings auch eine Betrachtung der so „sperrig“ erscheinenden juristischen Sprache verlangen würde – von der vorherrschenden reinen Verwaltungsgeschichte zu lösen.

37 Diese These Theodor Schieders wird noch häufig, wenn auch in abgeschwächter Form, vertreten. Vgl. H. G. Haupt/J. Kocka, Historischer Vergleich: Methoden, Aufgaben, Probleme. Eine Einleitung, in: dies. (Hrsg.), Geschichte und Vergleich. Ansätze und Ergebnisse international vergleichender Geschichtsschreibung, Frankfurt a. M./New York 1996, S. 32ff.

38 Vgl. M. Middell, Kulturtransfer und Historische Komparatistik – Thesen zu ihrem Verhältnis, in: *Comparativ* 10 (2000) 1, S. 7-41; Paulmann, Internationaler Vergleich (Anm. 5).