



**Dieter Simon**

---

## **Das Gedächtnis der Juristen**

(Akademievorlesung am 9. November 1995)

In: Berichte und Abhandlungen / Berlin-Brandenburgische Akademie der Wissenschaften  
(vormals Preußische Akademie der Wissenschaften) ; 2.1996, S. 345-359

Persistent Identifier: [urn:nbn:de:kobv:b4-opus-29471](https://nbn-resolving.org/urn:nbn:de:kobv:b4-opus-29471)

---

Die vorliegende Datei wird Ihnen von der Berlin-Brandenburgischen Akademie der Wissenschaften unter einer Creative Commons Attribution-NonCommercial-ShareAlike 4.0 International (cc by-nc-sa 4.0) Licence zur Verfügung gestellt.



Dieter Simon

## Das Gedächtnis der Juristen

(Akademievorlesung am 9. November 1995)

### I

Vom Gedächtnis der Menschen, ihrem individuellen und kollektiven, war in den letzten Jahren viel die Rede. „Memoria“ hat es bis zum Modewort gebracht.

Bei Worten ist es nicht geblieben. Die aufregende zweigleisige Funktion der Memoria, ihre wundersame Fähigkeit, bald mit der Erinnerung und bald mit deren Negation, dem Vergessen, operieren zu können, bringt Gedächtnis bei schlechterdings jedem Ereignis ins Spiel.

Schönes und Erhabenes ist zu erinnern, Häßliches und Schändliches soll vergessen werden. Oder auch umgekehrt: Erinnerung an das Böse soll zum Guten mahnen und Vergessen auch des Guten Spielraum für die Schöpfung des Besseren schaffen. Eine Gedächtnis-Industrie hat sich installiert, sie hat sich mit dem Tourismus verbunden und gebiert in immer kürzeren Abständen Erinnerungsprodukte: Museen, Gedenkstätten, Ausstellungen, Denkmäler ... Pluralisierung der Interessen, Zunahme des Wissens und Schärfung historio-graphischen Bewußtseins haben die Gegenstände vervielfältigt und die Abstände verkürzt. Wer die Jahrestage aller für erinnerenswert gehaltenen Personen und Umstände im Abstand von 25, 50, 75 und 100 Jahren begehen möchte, hat täglich zu tun. Selbst wer sich lediglich auf dreistellige Zahlen einläßt, kommt nicht zur Ruhe. Und alle sind beteiligt. Die in Erz gegossene Information, daß Johann Wolfgang Goethe im Schwarzen Adler gespeist habe, mag dem Bildungsbewußten wichtig sein. Dem Sportsfreund ist die Plakette mit dem Hinweis auf die Übernachtung der deutschen Fußballmannschaft an gleicher Stelle nicht weniger belangvoll. Und der *homo politicus* erschauert vor dem Täfelchen, dem der Tag des Abschlusses eines Weltenpaktes im Nebenzimmer des Gasthauses zu entnehmen ist. Wo immer in der

erinnerungsträchtigen Erdkruste sich ein kleines Loch zeigt oder gegraben wird, da hüpfen die Knochen der Vergangenheit in die Gegenwart; werden rasch umzäunt, für das Publikum gesperrt, sorgfältig kartographiert und dann andächtig folgenloser Besichtigung preisgegeben.

Die Memorialisierung der Welt hat, das ist bekannt, alles und alle erfaßt.

Dem Sachverhalt verdankt sich eine umfangreiche Meta-, Deutungs- und Grübelliteratur, die auf der Suche nach Gründen für diesen Vorgang auch Zutreffendes herausfand:

Die bedeutsamen Erfolge der modernen Hirnforschung werden benannt, die gemeinsam mit den Einsichten psychologischer und medizinischer Kognitionsforschung, das allgemeine und philosophische Interesse am Gedächtnis belebt hätten. Das ist richtig, denn zentrale Elemente der Erkenntnistheorie des radikalen Konstruktivismus und manche Teile der jüngeren soziologischen Systemtheorie wären ohne diese naturwissenschaftlichen Entdeckungen nicht denkbar gewesen.

Auch die Entwicklung der Computertechnik, die es nahelegte, den Datenspeicher der Maschinen als deren Gedächtnis zu analogisieren und die umgekehrt dazu anregte, dem menschlichen Gedächtnis mit einem verfehlten Speichermodell nachzujagen, werden in diesen Kontext gestellt – ebenso der Fragenkomplex der künstlichen Intelligenz und die ihm nahestehende Endophysik.

Aber der wichtigste Grund für die Konjunktur des Gedächtnisses liegt außerhalb der erwähnten, auf Wissenschaft beschränkten Entwicklungen: Geplagt vom „Furor des Verschwindens“ (Enzensberger) suchen die Gesellschaft und der Einzelne erinnernd nach sich selbst, nach ihrer „Identität“, gehen gegen ihre Unsicherheiten vor, indem sie sich „Kontinuität“ und „Tradition“ schaffen und beschaffen.

Bald werden jede Straße und jedes Haus von einem Schilderwald der Erinnerung umstellt sein, um festzuhalten, was doch nicht zu fixieren ist. Was 1858 Johann Gustav Droysen in seiner *Historik* für die Historiker und ihre Bücher schrieb, gilt heute, wo die Welt niemandem mehr unveränderbar anvertraut und vorgegeben und für alle zur Geschichte geworden ist, für jeden:

„Geschichte ist nicht die Summe der Geschehnisse, nicht aller Verlauf aller Dinge, sondern ein Wissen von dem Geschehenen und das so gewußte Geschehene. Ohne dies Wissen würde das Geschehene sein, als wäre es nicht geschehen. Denn soweit es äußerlicher Natur war, ist es vergangen; nur erinnert, soweit und wie es der wissende Geist hat, ist es unvergangen; nur gewußt ist es gewiß.“

Der Gesellschaftstheoretiker Niklas Luhmann, der sich – ausnahmsweise im kulturwissenschaftlichen *mainstream* schwimmend – zur Zeit anschickt, eine

Theorie des Gedächtnisses zu entwerfen, sieht zwar die Hauptfunktion des Gedächtnisses im Vergessen und widerspricht damit der vielhundertjährigen Verehrung des guten Gedächtnisses, wie sie die andächtigen Geschichten über große Feldherren von Xerxes bis Napoleon memorieren, Heerführer, deren Charisma sich unter anderem darin bewies, daß sie sich an jeden einzelnen Soldaten ihrer Riesenheere erinnern konnten. Aber das ist nicht wirklich ein Widerspruch.

Eben weil das Gedächtnis ständig räumt, um Kapazität freizumachen für die Informationsverarbeitung, aber das Nicht-Mehr-Gewußte wie das Nichtgewußte *nicht* ist, eben deswegen schwellen die Magazine an, die Bücher unterstützen die Köpfe und die Maschinen entlasten die Bücher, um die Welt zu vergrößern, deren Komplexität wir doch eigentlich reduzieren möchten.

Was dann wieder neue Anstrengungen verlangt, um auf den immensen Fluten der Geschehnisse zu kreuzen und die Lage zu erkennen.

## II

An Juristen pflegt man in solchen Zusammenhängen eher nicht zu denken. Das wird für selbstverständlich halten, wer juristische Experten für nichts anderes hält, als die trockenen Exegeten des Seienden, allenfalls geeignet und befugt, der Herrschaft die Aufmarschpläne zu liefern, aber nicht kompetent zum Entwurf der Ziele. Tatsächlich könnte vor solcher Fehlbewertung bereits Hitlers schäumende Wut auf die Juristen bewahren oder die Schizophrenie der jungen DDR, die den Juristen zwar die Ausarbeitung der Verfassung anvertraute, ihnen deren Kommentierung aber untersagte.

Ein Beispiel mag zeigen, wie die Dinge liegen: Die DDR hat bekanntlich eine Akademie der Wissenschaften hinterlassen, die aus Gründen, die uns hier nicht interessieren sollen, aufgelöst wurde. Als bald entstand die Frage nach den Folgen. Wie so häufig, wenn einer gestorben ist, begann man zu ergründen, wer er gewesen. War nur die *Akademie der Wissenschaften der DDR* verschieden? Oder auch die *Deutsche Akademie der Wissenschaften zu Berlin*? Hatte der Tod auch die *Preußische Akademie der Wissenschaften in Berlin* erfaßt? Und wo war eigentlich die *Akademie der Wissenschaften in Berlin* von 1813 hingegangen? Schwierige Fragen; Fragen, deren Beantwortung man mit Vorliebe Juristen überläßt.

Also fragte man den Juristen Werner Thieme – und der begann im Wege eines Rechtsgutachtens sich zu erinnern.

Seit wir über die Schrift verfügen, kann jede Erinnerung irgendwo beginnen. Denn sie ist von persönlicher Erfahrung unabhängig und vom Gehirn exter-

nalisiert. Thieme begann 1945 und stellte fest, daß bis dahin die *Preußische Akademie der Wissenschaften in Berlin* nach allgemeiner Meinung jedenfalls noch bestanden habe.

In Kriegszeiten geht allerdings mancherlei unter, so daß jetzt die Frage gestellt werden mußte, ob dies auch für die Preußische Akademie galt. Zunächst war unübersehbar, daß es irgendwann keine Mitglieder dieser Akademie mehr gab. Aber das hatte noch nichts zu bedeuten. Denn anders als private Vereine, deren Ende gekommen ist, wenn das letzte Mitglied in dieser oder jener Weise entschwindet, muß bei staatlichen Gründungen der Staat auch das Ende durch Auflösung herbeiführen. Akademien sterben nicht, sie müssen liquidiert werden. Das aber hatte der preußische Staat nicht getan: weder er, obwohl er, wie sorgfältig festgestellt wurde, zunächst noch existierte – er wurde erst 1947 aufgelöst – noch irgendeine andere Macht, die vielleicht an seiner Stelle dazu befugt gewesen wäre.

Also, so scheint es, mußten die Zeitgenossen der ersten Nachkriegszeit eigentlich vom Fortbestand der Akademie ausgehen. Das taten sie auch, wie die am 1. August 1946 durchgeführte Wiedereröffnungsfeier bezeugt. Der Präsident sprach von „unserer Akademie“, die „unter neuem Namen zu einer neuen Periode ihres Daseins“ aufbreche. Aber diese „Wiedereröffnung“ durch Mitglieder der vorigen Preußischen Akademie war für den Juristen Thieme ein Phantasieprodukt der seinerzeitigen Festversammlung. In Wahrheit handelte es sich, wie er der Vergangenheit verordnete, um die Eröffnung einer ganz anderen Akademie, die *Deutsche Akademie der Wissenschaften* genannt wurde. Mochten die Beteiligten auch noch so fest an eine Wiedereröffnung glauben: es war doch eine neue Akademie. Denn schließlich hatte sie eine neue Satzung und – was noch viel wichtiger war – einen neuen Geist.

Der alte Geist blieb in der alten Akademie, die recht eigentlich zu einer Geisterakademie wurde und von der es, wie in Geistergeschichten sonst auch, deshalb zu recht heißen konnte: „und wenn sie nicht gestorben sind, dann leben sie noch heute“.

Da offenbar die Preußische Akademie nicht gestorben war, lebte sie 1990 noch, und da sie auch damals nicht aufgelöst wurde, mußte sie eigentlich immer noch leben. Und das tut sie ja auch: hic et nunc! Da das Leben nicht mehr ganz so kräftig war, mußte sie wiederbelebt, „neukonstituiert“, wie wir sagen, werden und brach alsdann „unter neuem Namen zu einer neuen Periode ihres Daseins“ auf. Diese Feststellung hat zwar eine gewisse formale Ähnlichkeit mit der vorhin zitierten Äußerung des Präsidenten Stroux, aber der fundamentale Unterschied zwischen „Wiedereröffnung“ und „Neukonstituierung“ sollte allgemein klar sein. Schließlich ist das erste deutsch und das zweite lateinisch.

Die Folge dieser Distinktion begegnet Ihnen heute abend unter dem klugen Namen Berlin-Brandenburgische Akademie der Wissenschaften. Diese ist demnach trotz neuen Namens, neuer Satzung und neuer Mitglieder keine neue Akademie, sondern die alte, sogar die uralte, von Leibniz gegründete, denn im Jahre 2000 wird sie ihr 300jähriges Bestehen feiern – es sei denn, ein anderer Jurist erklärt uns zu jenem Zeitpunkt, daß wir nur glauben, dieser *Berlin-Brandenburgischen Akademie der Wissenschaften* anzugehören, während wir in Wirklichkeit in keiner oder in einer ganz anderen Akademie leben – womöglich in der AdW der DDR.

Das Beispiel zeigt, was Juristen vermögen und warum es ratsam ist, die Operationen ihres Gedächtnisses zu beobachten. Sie formatieren mit normativer Kraft die Welt, in der wir leben. Geltung triumphiert über Faktizität und läßt Gewolltes vergehen, Nichtgewolltes entstehen. Sie entwerfen die Geschichten, die wir zu erinnern haben und verordnen uns, welche Konstellationen wir vergessen müssen.

Das Gedächtnis der Juristen scheidet die Vergangenheit von der Gegenwart und sagt, was künftig gegeben sein wird. Wie die Hadesfahrer der Antike steigen Juristen als Lebende durch die Zeit zu den Toten, um aus den Schatten der Vergangenheit die Normen und nicht bloß die, sondern auch die Fakten, für die Gegenwart zu gewinnen.

Im Mythos der Gegenwart finden diese Fahrten freilich nicht mehr statt, so daß es Thieme erspart bleiben wird, dem Verfasser von *summum ius, summa iniuria*, Johannes Stroux, dem großen Philologen und ersten Präsidenten der Deutschen Akademie der Wissenschaften, im Totenreich zu begegnen und erklären zu müssen, wie es möglich wurde, daß Stroux zugleich unbewußtes Mitglied einer ruhenden Körperschaft und bewußter Präsident einer Akademie war, die er für eine andere hielt.

### III

Begonnen hat der Glanz und – wie wir sehen werden – auch das Elend der sich erinnernden Juristen mit der Aufzeichnung des Rechts. Solange Normen nicht schriftlich fixiert sind, können die in ihnen zum Ausdruck kommenden Erwartungen jederzeit wieder vergessen werden. Das Recht bleibt beweglich. Mit der Aufzeichnung wird das Vergessen gehemmt. Der niedergeschriebene Zustand erscheint als verbindlich. Alle neuen Fragen müssen zunächst mit der Schrift konfrontiert und an ihr gemessen werden. Die Änderung wird erschwert.

Andererseits ist Aufzeichnung auch der sicherste Weg, um Änderungen zu stabilisieren. Bis heute kann die Rechtsgeschichtsschreibung, da aus dem

Rechtspositivismus herausgewachsen, nicht begreifen, warum frühe Rechte, etwa der Codex Hammurapi oder die Zwölfafeln der Römer, den Eindruck einer Änderungsgesetzgebung erwecken, ohne daß es je gelingen will, die novellierte Gesetzgebung als solche ausfindig zu machen. „Novelle“, die Neuerung, impliziert die Vorstellung von einer geschriebenen, das eigentlich Geltende regelnden Vorschrift, die aufgrund neuer Erfahrungen modifiziert wird. Dabei war es den Alten nur darum zu tun, Änderungen gegen das Vergessen zu sichern und die früheren Erwartungen diesem Vergessen durch Aufschreiben des jetzt Erinnerungsbedürftigen anheimzugeben.

Bis zur Spätantike hat sich daran nichts geändert. Aufgeschrieben wird, um das Vergessen zu befördern. Als Theodosius II. (408–450) im 5. Jahrhundert ein Gesetz darüber erließ, welche Juristen in Zukunft noch vor Gericht zitiert werden dürften, ging es ihm nicht um die Kanonisierung einiger Klassiker, sondern vorrangig um die Tilgung der Erinnerung an die anderen Texte.

„Bereinigung“ war auch das Programm Justinians, als er im 6. Jahrhundert das Corpus Iuris verfassen ließ. Es soll, so verkündet er, zukünftig nur dasjenige noch gültig und in Geltung sein, was nach seiner, des Kaisers, Weisung gesammelt, ausgewählt und aufgeschrieben wurde.

Der darin *in nuce* bereits enthaltene Gedanke, daß alles, was gelten soll, aufgeschrieben sein müsse, konnte sich allerdings erst in der Neuzeit grundsätzlich durchsetzen. Dazu bedurfte es nicht nur der mechanischen Reproduzierbarkeit der Texte, sondern auch der dadurch genährten Auffassung, daß die Schrift nicht die Ausnahme, sondern die Regel sei; daß ihre Funktion nicht in Ermöglichung von Vergessen, sondern in Gewährleistung von Erinnerung bestehe – eine Ansicht, die sich unter Juristen übrigens erst im 20. Jahrhundert durchgesetzt hat.

Bis dahin behalf man sich mit einer skurrilen genetischen Hypothese, die die Rechtsproduktion und damit auch das Vergessen auf verschiedene Rechtserzeugungsfaktoren verteilte: z. B. auf die gewohnheitsmäßige Nichtbeachtung, auf Setzung durch den Herrscher, auf autoritäre Entscheidungen durch die Gerichte usw. Erst der moderne Staat der Gegenwart hat diese Verhältnisse völlig umgekehrt, die Rechtsquellenlehre allmählich außer Funktion gesetzt und die staatliche Rechts-Setzung zum alleinigen Motor des juristischen Vergessens gemacht.

Die prinzipielle und generelle Positivierung hat, wie auf der Hand liegt, die Änderbarkeit des Rechts beschleunigt, gleichzeitig seine Kalkulierbarkeit befördert und es damit den Bedingungen von industrieller Revolution und Kapitalismus angepaßt.

Damit war die Kunst der juristischen Weltkonstruktion in ein neues Stadium eingetreten. War früher gezieltes Erinnern und planvolles Vergessen auch

eine Frage der Auffindbarkeit und Beweisbarkeit solcher „Rechtsquellen“, die dem wünschenswerten Ergebnis zum Durchbruch verhelfen konnten, ist im demokratischen Rechtsstaat die „richtige“ Erinnerung zu einem Problem der Auslegung der Norm einerseits, der Konstitution des Rechtsfalles andererseits geworden.

Dazu braucht man professionelle Juristen, die in der Lage sind, mit einer ausgefeilten Methode rechtliche Reaktionen auf erwartete und unerwartbare Herausforderungen zu gewährleisten. Die Kosten, zuweilen aber auch die Gewinne, dieser umständlichen Installation liegen in der justizstaatlichen Freiheit der Spruchkörper, denen man die erwünschte Erinnerung nur schwer verordnen und die Orientierung nur im Ausnahmefall vorgeben kann.

Ein totalitäres Regime, das sich Erinnerungen grundsätzlich nicht vorschreiben lassen will und außerdem mancher Erinnerung gezielt aus dem Wege gehen möchte, muß entweder durch Steuerungsversuche oder durch Auslieferung der Justiz unmittelbar an das „Volk“ oder den „Führer“ reagieren. In beiden Fällen wird die Domestizierung von Entscheidungen durch ihre Rückbindung an die von der Norm verkörperte Vergangenheit überrollt durch den (in der Regel mit moralischen Argumenten gerechtfertigten) Zugriff auf die nackte Gegenwart und deren Bedürfnisse.

Das Gedächtnis der Juristen verrichtet seine Arbeit mit Blick auf ganze Systeme oder auf einzelne Elemente, bald makroskopisch, bald mikroskopisch. Wenn, wie es einige Rechtshistoriker zur Zeit für richtig halten, der Versuch unternommen wird, die Formen eines neuen Europa anhand der ehemaligen Geltungsbereiche des römischen Rechts zu bestimmen, dann handelt es sich um makroskopische Erinnerungsstrategien. Mikroskopisch arbeitet die Gedächtnispolitik, wenn sie beispielsweise darstellt (wie es bei einzelnen Rechtsfragen häufig vorkommt), daß seit langem, um nicht zu sagen: „immer“, von der „herrschenden“ Meinung, d. h. von einer historisch rekonstruierten Meinungsmehrheit, ein bestimmtes Argument allen anderen vorgezogen wurde.

Ich veranschauliche beide Aspekte am Beispiel und beginne mit einem Beleg für mikroskopische Erinnerungsarbeit.

#### IV

In der methodologischen Tradition der juristischen Auslegung des Gesetzes werden in schwankender Terminologie, aber in der Sache eindeutig, regelmäßig vier exegetische Kanones mitgeteilt: Die Auslegung nach dem Sinn der Worte, die systematische Auslegung, die Auslegung nach dem Willen des

Gesetzgebers und die Auslegung nach dem Zweck des Gesetzes. Trotz mancher klugen Anstrengung ist es bisher nicht gelungen, diese Kanones zu hierarchisieren und sie in eine allgemein akzeptierte und praktisch befolgte Rangordnung zu bringen.

Das ist ein zumindest erstaunlicher Sachverhalt, der nur damit zu erklären ist, daß die Juristen eine solche Hierarchisierung nicht wünschen. Denn da die Maximen zwar nicht in der Regel, aber doch häufig zu verschiedenen, nicht selten zu direkt entgegengesetzten Ergebnissen führen, scheint sich hinter der Unfähigkeit und/oder Unwilligkeit, sich auf eine feste Ordnung einzulassen, ein geheimer Willkürvorbehalt, jedenfalls aber die Entschlossenheit, sich einen (problematischen) dezisionistischen Freiraum offenzuhalten zu verbergen.

Tatsächlich ist es die Rechtspolitik des Vergessens und Erinnerns, die hier am Werk ist. Wer mit dem „Willen des Gesetzgebers“, d. h. der Erinnerung an Absichten, die die politische Welt beim Erlaß des Gesetzes hegte, nicht zu einem befriedigenden Ergebnis kommt, der vergißt diese Intentionen und prüft den „Zweck des Gesetzes“, was nichts anderes bedeutet, als eine mögliche Folge der Exegese als die vom Gesetz erstrebte darzustellen.

Damit ist der Sprung aus der Vergangenheit in die Gegenwart getan. Was der Gesetzgeber auch gewollt haben mag: es ist vergessen. Entscheidend ist, was der Exeget will. Ähnliche Phänomene treten auf, wenn der tradierte Wortlaut vom Interpretieren aufgrund neuer Entwicklungen verworfen wird und die bisherige semantische Extension sich deutliche Erweiterungen oder auch Einschränkungen gefallen lassen muß, die in der Regel mit dem Vergessen der bisherigen Extension oder sogar mit der Anweisung, sich nicht mehr an sie zu erinnern, da sie evident „falsch“ sei, einhergeht.

All das ist lange bekannt und hat dazu beigetragen, vor allem in den rechtstheoretisch aufgeregten 70er Jahren viele Buchseiten mit entsprechenden Reflexionen zu füllen. Ich will deshalb auf diese Probleme nicht weiter eingehen, sondern mich einer neuartigen Entwicklung auf diesem Feld zuwenden, die eine Frucht der jungdeutschen Verhältnisse ist: Gemeint ist die Entdeckung der „retrospektiven“ Auslegung.

Diese methodische Neuerung ist in Strafverfahren gegen Bürger der ehemaligen DDR aufgetaucht, z. B. bei den „Mauerschützenprozessen“ oder bei Verfahren gegen frühere DDR-Richter, in denen der Vorwurf der Rechtsbeugung erhoben wurde.

Da man begrifflicherweise davor zurückschreckt, einfach das Recht der Bundesrepublik zugrunde zu legen, da dies einen krassen Verstoß gegen das Verfassungsprinzip *nulla poena sine lege* bedeuten würde und da auch einer schlichten Subsumtion der Sachverhalte unter naturrechtliche Normen die

Evidenz fehlt – ganz abgesehen von der Grundproblematik aller Naturrechtsüberzeugungen, daß die *Natur* ganz zufällig immer das zu verlangen scheint, was dem subsumierenden (Naturrechtler-) *Menschen* in concreto genehm ist –, da dies so ist, schien sich als Ausweg und rechtsstaatlich einwandfreie Lösung der Rückgriff auf das DDR-Recht selbst anzubieten. Denn, so die These: was schon nach DDR-Recht Unrecht war, kann (!) auch heute so betrachtet werden.

Schon das ist nicht unproblematisch, weil „kann“ den Vorbehalt der Auswahl zum Ausdruck bringt und auch bringen muß, da wir auf der anderen Seite nicht bereit sind, alles, was die DDR als Unrecht angesehen hat, als solches anzuerkennen. Die Lage wird zunehmend kompliziert, wenn die Frage zu beantworten ist, wie man auf DDR-Recht zurückgreift.

Man muß die Normen lesen und interpretieren, denn daß man sie schlankweg bei ihrem Wortlaut nehmen könne, das vermag auch der naivste Rechtsanwender nicht zu glauben. Und zwar muß man die Texte so lesen und interpretieren, wie sie seinerzeit ein DDR-Jurist gelesen und interpretiert hätte, d. h. man muß sie „retrospektiv“ auslegen: Der Jurist der Gegenwart, zweifellos aus dem Westen, schlüpft in einen Juristen der Vergangenheit, zweifellos aus dem Osten, und sieht sich um.

Aber auch der in einem fiktiven Ossi steckende Wessi bleibt was er ist: ein anderer. Er mag das hermeneutische Geschäft noch so souverän handhaben und sich über die sozialen Normen der verschiedensten Art, über Erwartungen, Zwänge und kaum nachvollziehbare Handlungsbedingungen, die auf die Akteure einwirkten, umfassend informieren: in den Kern des motivationalen Bündels, bis zu dem Punkt, wo er sich das Urteil erlauben könnte, daß der Angeschuldigte anders hätte handeln können, als er gehandelt hat – denn auf diese Frage läuft es im Ergebnis immer hinaus – wird er nicht gelangen.

Historiker wissen dies und würden nur unter größten Skrupeln, vermutlich aber überhaupt nicht wie der Bundesgerichtshof feststellen: „eine solche menschenfreundliche Auslegung war dem Richter ungeachtet der auf ihn wirkenden Einflüsse möglich“. Denn was einem möglich war und was nicht, gehört bekanntlich zu den kaum ermittelbaren Dingen – und dabei ist die Frage überhaupt noch nicht tangiert, warum der betroffene Richter von der Möglichkeit hätte Gebrauch machen sollen, wo er doch vielleicht der Überzeugung war, noch „menschenfreundlicher“ gehe es überhaupt nicht. Der normative Pferdefuß wird sichtbar. Die Juristen am Bundesgerichtshof haben keine Skrupel, ihn der Umwelt zu zeigen, und brauchen sie auch nicht zu haben. Ihre Erinnerungspolitik endet – Rückblick hin, Rückblick her –, wo ihnen gerechte Empörung das weitere Vergessen verbietet.

Das fällt um so leichter, als offenkundig ist, daß „retrospektive Auslegung“ nur ein neues Wort für eine alte Sache ist, nämlich die Auslegung nach der *voluntas* des Gesetzgebers. Nur, daß es sich bei diesem Gesetzgeber nicht um den eigenen, sondern um einen „fremden“, in einem „fremden Staat“ handelt. Der Urteiler wird bei der „retrospektiven“ Auslegung historiographisch, d. h. erinnernd tätig, nur graduell verschieden von der Weise, in der er auch sonst agiert. Und im Zweifel versteht er – etwa bei der Anwendung von BGB oder StGB – vom Gesetzgeber des 19. Jahrhunderts und dessen Umfeld auch nicht mehr als von der DDR. Der Unterschied besteht nur in der Notwendigkeit, außer der Zeit auch eine bedeutende kulturelle Distanz zu überwinden. Daß beides unmöglich ist, beunruhigt den Juristen nicht. Die Lektion von Marcel Proust, daß kein Text geschrieben werden kann, der die „Vergangenheit in unveränderter Gestalt in die Gegenwart einführt – so nämlich, wie sie sich in dem Augenblick präsentierte, als sie selbst noch Gegenwart war“, kann und darf ihn bei seinen normativen Verrichtungen nicht irritieren. Also erlaubt er sich, eine historische DDR-Welt zu konstruieren, wo im überpositiven Winkel der angeklagte Richter das Mögliche als das Gesollte hätte erkennen und demgemäß hätte handeln müssen.

## V

Das makroskopische Beispiel ist der europäischen Rechtsgeschichte entnommen. Diese Rechtsgeschichte ist weitgehend die Geschichte des römischen Rechts in Europa. Das ist so eindeutig, daß in der Regel selbst die Rechtsgeschichtsschreibung für jene Länder, die nicht oder nur geringfügig am römischen Recht partizipiert haben, von dieser Perspektive bestimmt wird. Etwa so: Warum hat England das römische Recht nicht rezipiert? Und wenn es richtig ist, daß die Engländer sich offiziell dem römischen Recht verweigert haben – war dieses nicht vielleicht inoffiziell anwesend, subkutan oder verkleidet?

Das byzantinische, dem römischen nachfolgende Recht bleibt in solchen Darstellungen unerwähnt. Jahrhundertlang war gänzlich unbekannt, daß es ein byzantinisches Recht überhaupt gegeben hat. Seine Historiographie hat eigentlich so richtig eben erst begonnen.

Es waren die humanistischen Juristen des späten 16. und frühen 17. Jahrhunderts, die das byzantinische Recht für Europa entdeckten. Diese Entdeckung wäre allerdings schon viel früher möglich gewesen. Denn in den süditalienischen Klöstern schrieben griechische Mönche seit dem 13. Jahrhundert Handschriften des byzantinischen Rechts ab. Und das gesamte 15. Jahr-

hundert hindurch transportierten Byzantiner – zunächst als Emigranten, dann (nach dem Fall von Konstantinopel) als Flüchtlinge – Handschriften mit den Texten des byzantinischen Rechts in das lateinische Europa. Kardinal Bessarion (1403–1472) etwa ist nur der Berühmteste unter den vielen, deren Schätze in die Bibliotheken von Venedig, Florenz und Rom wanderten.

Daß es zu einer Rezeption dennoch nicht kam, war wiederum „Schuld“ der Juristen. Sie verhielten sich abweisend. Die Bologneser Rechtsgelehrten und ihre Schüler waren geradezu stolz darauf, kein Wort Griechisch zu verstehen. Sie wollten überhaupt nicht wissen, was ihnen die griechischen Handschriften zu bieten hatten. Mit dieser Haltung haben sie eine ebenso säkulare wie gründliche Vergessensleistung erbracht.

Warum die Ereignisse so verliefen, ist relativ gut geklärt. Die Juristen saßen, wie Theweleit formulieren würde, damals, wie schon häufig, wieder einmal am „Machtpol“ der Gesellschaft. Und der war den Byzantinern nicht wohlgesonnen. Man hatte sich im Westen schon um 800 vom byzantinischen cäsaropapistischen Staat losgesagt, und das Schisma von 1054 hat nur besiegelt, was schon lange vorbereitet gewesen war: Der Trennung der Reiche und der Separierung der Glaubensinhalte folgte die förmliche Scheidung.

Aber die Byzantiner waren und blieben noch lange zweifellos die kulturell Überlegenen. Dergleichen nährt Haß und Habsucht, so daß man sie bei Gelegenheit des vierten sogenannten „Kreuzzugs“ im Jahre 1204 skrupellos überfiel, vollständig ausplünderte und ihr Reich zerlegte.

Das Piratenstück von 1204 hatte keinen Bestand, das byzantinische Reich konnte sich noch einmal ein wenig erholen, so daß man im Westen die Chance bekam, auch der Einnahme von Konstantinopel 1453 durch Mehmet den Eroberer und damit dem endgültigen Untergang des byzantinischen Reiches ohne größere Rührung zuzusehen.

Bei solchen Verhältnissen schien es den mittelalterlichen Juristen verständlicherweise angebracht, Byzanz überhaupt zu vergessen.

Erst die französische Rechtswissenschaft des 16. und frühen 17. Jahrhunderts hat die byzantinische Rechtsliteratur eingehend studiert. Die Ursachen, die diesen Erinnerungsprozeß nachhaltig beförderten, liegen auf der Hand:

- Frankreich hatte deutliche außenpolitische Interessen an Konstantinopel und dem ehemaligen byzantinischen Raum. Der kulturelle Wettstreit mit den Italienern beflügelte die französische Renaissance, sich auch für den Hellenismus und Byzanz zu erwärmen.
- Innenpolitisch war man damit befaßt, den Absolutismus aufzubauen und juristisch abzusichern. Da konnte man vom Erbe eines cäsaropapistischen Staates mehr lernen als von den alten Römern.

- Außerdem, und das war sicher der Hauptgrund, brauchte man für den absolutistischen Staat und seine Wirtschaft endlich eine unanfechtbare Rechtsgrundlage und das hieß, eine verlässliche, kritische und fast authentische Ausgabe des Corpus Iuris Civilis. Die aber ließ sich nur mit Hilfe der zeitgenössischen byzantinischen Texte erstellen.
- Schließlich gab es für die Renaissance von Byzanz noch einen Umstand, der den zivilen Fürsten der Gegenwart gern entfällt: die – auf den Rat von Guillaume Budé zustande gekommene – exorbitante Wissenschaftsförderung durch François I (1515–1547). Gründe genug, um die Erinnerung zu mobilisieren. Die byzantinischen Rechtstexte wurden plötzlich mit Leidenschaft gelesen, diskutiert, kommentiert und publiziert. Nicht wenige davon zum ersten und bis in unsere Tage zum letzten Mal.

Das deutet schon an, daß die Erinnerung nicht vorhielt, und auch das ist leicht erklärlich. Da man sich an das griechisch-römische Recht nicht wegen seiner Eigenschaft, lebendes Recht des byzantinischen Reiches gewesen zu sein, sondern zur Verbesserung des eigenen Rechtsverständnisses erinnert hatte, verfiel die Erinnerung, als die Arbeit getan war und die französische Monarchie auf die Revolution zusteuerte.

Sie erwachte ein letztes Mal, als Griechenland sich im 19. Jahrhundert mit kräftiger Hilfe der als „Philhellenismus“ verkleideten Großmachtspolitik der Europäer von der Turkokratie befreite. Aber die erneute Erinnerung war eine andere als die verflossene. Jetzt kehrten bezeichnenderweise jene Aspekte in das Gedächtnis zurück, die man vorher „vergessen“ hatte. Byzantinisches Recht, nicht als exegetischer Gehilfe für das römische Recht, sondern als Brücke des jungen griechischen Staates zurück in die Vergangenheit; als Signum für die Fortsetzung des Reiches der Paläologen, als die Menschen in Konstantinopel sich kurioserweise immer noch als die „Rhomaioi“, die „Römer“ bezeichneten.

Zachariae von Lingenthal, dessen Todestag sich im vorigen Jahr zum 100. Mal jährte, war nicht nur der erste Jurist, der, in gleicher Weise von der historischen Schule seiner Zunft wie vom Philhellenismus beflügelt, sich nach den Humanisten wieder mit dem byzantinischen Recht befaßte. Er war auch der erste und letzte Forscher, der beide Perspektiven, die römische und die rhomäische, in einer gegenwartsorientierten Optik vereinte.

Der römischen Komponente ging er nach, wenn er sich zeitlebens der Rekonstruktion der griechischen, im 6. Jahrhundert entstandenen Kommentare und Versionen des Corpus Iuris Civilis widmete. Denn dabei ging es ihm darum zu zeigen, daß auch nach den Humanisten noch „mancherlei Lehrreiches“ für den lateinischen Text aus den byzantinischen Rechtsquellen zu schöpfen war. Auf der rhomäischen Fährte befand er sich, wenn er die Zeit der Turkokratie

(von der Einnahme Konstantinopels bis zu seinen Tagen – von 1453 bis 1838) als selbständige Epoche des byzantinischen Rechts würdigte, wenn er sich von seiner Darstellung des griechisch-römischen Rechts eine Hilfe für die Gesetzgebung im Königreich Griechenland versprach und wenn er seinen Zeitgenossen das, wie er glaubte, vorbildliche christliche Eherecht der Ekloga der Isaurer (aus dem Jahre 741) als nachahmenswertes Muster vor Augen führte.

Als Zachariae 1894 starb, waren beide Perspektiven nahezu obsolet geworden.

Der römische Gesichtspunkt war zwar immer noch geeignet, wichtige Beiträge zur Kritik der justinianischen Rechtsquellen zu liefern. Aber das Deutsche Reich, der letzte europäische Nationalstaat, in dem römisches Recht als Pandektenrecht noch unmittelbar galt, schickte sich gerade an, mit Verabschiedung des Bürgerlichen Gesetzbuches die römische Erbschaft über Bord zu werfen und zu vergessen, was allerdings nur unvollkommen glückte.

Damit stand fest, daß die byzantinischen Quellen nicht mehr zum Verständnis des lebenden Rechts in Deutschland, sondern nur noch zur Rekonstruktion der einstmals in Rom geltenden Normen beitragen würden, was zwar sehr wenig, aber immerhin noch mehr war als das, was von der rhomäischen Perspektive übriggeblieben war.

Zwar hatte die junge griechische Regierung zunächst entschlossen auf die rhomäische Karte gesetzt, indem sie das byzantinische Recht – allen voran das Rechtsbuch des Harmenopulos von 1345 – zum fortbestehenden Recht des wiedererstandenen griechischen Staates deklarierte. Je mehr man nämlich der Erinnerung einredete, das griechisch-byzantinische Reich habe gleichsam spirituell unter der 350jährigen Türkenherrschaft geschlummert und sei nun dabei, wieder zu erwachen, um so entschiedener suchte man den Anschluß an das Recht der großen byzantinischen Kaiser.

Da verschlug es zunächst wenig, daß der Kodex des Harmenopulos sich als dürftiges und technisch ganz unzulängliches Werkchen erwies, daß die Basiliken nur fragmentarisch überliefert und die Gesetze der byzantinischen Kaiser nur zu einem kleinen Teil bekannt waren. Aber als die neu und hastig gebildeten Gerichte an die Anwendung der majestätischen Tradition gingen, da zeigte sich schnell, daß man für einen Nationalstaat des 19. Jahrhunderts andere Fundamente brauchte, als sie die rhomäische Überlieferung anbieten konnte: 1894 sahen daher auch romantische Griechen in den byzantinischen Texten keine geeigneten Konkurrenten mehr zu code civil oder code de commerce.

Da war es dann nur konsequent, daß Zachariae von Lingenthal ohne Nachfolger blieb. Die Anteilnahme an den Geschicken von Römern und Rhomäern

war auf den bescheidenen Umfang von, wie man zu sagen pflegt, „reinen“ historischen Interessen geschrumpft. Byzanz und sein Recht durften wieder vergessen werden und zu den Schatten der Vergangenheit zurückkehren.

## VI

Ich komme zum Schluß.

Meine Beispiele sollten die Unbeschränkbarkeit und beispiellose Macht der Gedächtnisarbeits der Juristen demonstrieren. Das Besondere am Gedächtnis der Juristen ist, daß es in strategischer Absicht manipulieren kann und darf – ja muß. Denn durch die Schriftlichkeit und Positivität des Rechts sind die Juristen unausweichlich der Erinnerung ausgesetzt. Sie müssen mit ihr fertig werden, auch wenn sie nur noch selten zum Ablauf der Gegenwartereignisse paßt. Also sind sie gezwungen, Kommentare zur Umgehung der Erinnerung zu schaffen, Vergessen mittels Exegesen zu inszenieren, Flexibilität zu stiften durch die Erzeugung komplexer Kontroversen. Dies allein würde allerdings noch nicht genügen, um die Macht der Rechtsverwaltung zu begründen. Das gelingt erst beim Zugriff auf die Faktenbasis, die „Fälle“ des Rechts. Hier machen Juristen die größten Gewinne.

Das wunderbare Instrument „Erinnerungspolitik“ läßt sich, wie alle Instrumente, allerdings unschwer auch mißbrauchen. Denn es kann Vieles erinnert werden und sehr Verschiedenes. Die Kunst, Geltung und Faktum wechselseitig gegeneinander auszuspielen, ermöglicht es den Juristen, verblüffende „Fälle“ aus dem allgemeinen Rauschen der Ereignisse herauszufiltern, irritierende Sachverhalte aufkeimen und sich entwickeln zu lassen und sie einer oszillierenden Normstruktur anzuschmiegen, unerhörte Normen auszukundschaften.

Auf diese Weise entstehen ausgedehnte künstliche Welten, die beim Laien Angst und Ehrfurcht erwecken. Und das zu Recht. Denn wie sollte er z. B. in der Lage sein, so präzise Informationen, wie die Zulassungszahlen für Studenten oder die Zulässigkeit eines Bundeswehreinsetzes in den lakonischen Sätzen des Grundgesetzes zu finden.

Wer über Normen und Fakten verfügt, dem kann sich so leicht niemand in den Weg stellen. Falls dies überhaupt jemand will bzw. wollen kann. Denn wenn sich unsere Sicht auf die Welt an den Entwürfen der Juristen ausrichtet, dann werden sie uns, läßt man sie gewähren, eines Tages eingesponnen haben, wie die Seidenraupe ihren Nachwuchs. Wir werden dann gut geschützt, aber bewegungslos gebettet, in unserem Kokon liegen und auf die juristisch zubereitete Zukunft warten.

Allerdings klingt dies gefährlicher als es ist. Denn, um eine Unterscheidung Max Webers auszunutzen: Die Macht der Juristen impliziert noch nicht ihre Herrschaft.

Um dieser Herrschaft vorzubeugen, gibt es verschiedene Mittel.

Man kann, wie Hitler in seinen Tischgesprächen, sich vornehmen, „nicht zu ruhen“, bis die Juristen ihre Erinnerungspolitik mit der Staatspolitik identifiziert haben. Der Vorgang kann beschleunigt werden, wenn man ihnen ihre Instrumente abnimmt, z. B., indem man, wie die DDR, die Rechtsdogmatik in politische Programmatik einschmilzt, die Fallproduktion des Systems behindert und entweder überhaupt keinen Kommentar gestattet (so zur ersten Verfassung) oder nur einen einzigen (so zum Strafgesetzbuch), so daß keinerlei Komplexität erzeugt werden kann und – aus der Sicht des demokratischen Rechtsstaats – eine Art von „Deprofessionalisierung“ eintritt.

Der Rechtsstaat selbst, zu dessen Kosten unter anderem auch die Gedächtnisarbeit der Juristen gehört, behilft sich auf etwas feinere Weise. Mit der formalen Rückbindung an das Gesetz ist für die Juristen die Pflicht zu politischem Opportunismus und einem bestimmten Maß an Selbsthomogenisierung, d. h. an informeller Abstimmung von gesellschaftlichen Werten mit den Judikaten, verbunden. Es ist deshalb kein Zufall, wohl aber ein Alarmsignal, wenn gegenwärtig das Soldaten=Mörder-Urteil, die Kruzifix-Entscheidung und die Neubestimmung des Gewaltbegriffs in einem Atemzug genannt und Begrenzungen juristischer Macht gefordert werden. Hier wurden Welten gebaut, in denen nicht mehr jeder zuhause ist. Die einen meinen, diese Gegenstände hätten nichts im Gerichtssaal zu suchen, andere bedauern die Abgabe der gesellschaftlichen Definitionsmacht an die Justiz, Dritte wiederum sind begeistert, daß der Politik ein freigeistiger Bannerträger vorseilt.

Schließlich sorgt noch eine Strukturbedingung der juristischen Gedächtnispolitik dafür, daß die Bäume nicht in den Himmel wachsen. Paradoxerweise ist dies der gleiche Umstand, der die Erinnerungsarbeit überhaupt so effizient werden läßt, nämlich das „Elend“ der Juristen, daß sie als Vergangenhetsmenschen existieren müssen. Nie können sie einen Schritt in die Zukunft tun, auch wenn sie sie unablässig voraussetzen. Deswegen ist der Jurist als Sozialingenieur eine Fehlbesetzung. Wenn er Verfassung und Rechtsordnung entwirft, schreibt er die Vergangenheit ab, um sie der Gegenwart dienstbar zu machen und in der Hoffnung, daß die Zukunft ihn nicht sofort dementiert.

Die Zukunft aber liegt in unserer Hand.