

Rechtsgeschichte

www.rg.mpg.de

<http://www.rg-rechtsgeschichte.de/rg19>
Zitiervorschlag: Rechtsgeschichte Rg 19 (2011)
<http://dx.doi.org/10.12946/rg19/190-199>

Rg **19** 2011 190 – 199

Oliver Lepsius

Vom Reiz der US-amerikanischen Rechtsgeschichte

Dieser Beitrag steht unter einer
Creative Commons cc-by-nc-nd 3.0



Vom Reiz der US-amerikanischen Rechtsgeschichte

Nachdem deutliche Anzeichen für ein wachsendes Interesse an der Rechtsgeschichte der Neuen Welt wahrnehmbar sind, müssten die Vereinigten Staaten verstärkt in den Fokus der rechtshistorischen Forschung geraten. Das amerikanische Recht weist freilich Eigenheiten auf, die auf ihre rechtshistorische Behandlung durchschlagen. Vor allem ist der Anwendungsbezug der Rechtsgeschichte größer, weil in den USA nicht eindeutig zwischen historischem und geltendem Recht getrennt werden kann. Gerade das mag den Reiz der Beschäftigung mit dem US-amerikanischen Recht und seiner historischen Entwicklung ausmachen: Deutsche Rechtshistoriker erleben hier eine andere Funktion der Rechtsgeschichte. Sowohl gegenständlich als auch methodisch verkörpert die US-amerikanische Rechtsgeschichte ein reizvolles Gegenmodell.¹

1. Institutionen statt Dogmen

Amerikanisches Recht ist in erster Linie ein Gestaltungsmittel zur Interessendurchsetzung. Es verdankt seine Entstehung Institutionen: Gerichten oder Parlamenten, nicht Gelehrtenstuben. Seine Legitimation folgt aus der demokratischen Rechtserzeugungskompetenz oder aus der judiziellen Rechtsprechungskompetenz. Es sind eher Institutionen und weniger die Wissenschaft, die im Zentrum des rechtshistorischen Interesses stehen. Man orientiert sich an Einteilungen, die Recht stärker über die Kompetenz zur Rechtserzeugung wahrnehmen. Unter den rechtserzeugenden Institutionen genießen die Gerichte eindeutig die höchste Aufmerksamkeit und unter den Gerichten steht an erster Stelle der U. S. Supreme Court. Wohl über keinen Gerichtshof sind mehr Untersuchungen geschrieben worden. Unentwegt erscheinen neue Studien, die die Institutionen zur Gänze und damit naturgemäß auch historisch behandeln.² Der Institutionen-orientierte Blick hat einen besonderen rechtshistorischen Reiz: Ein Gericht wie den U. S. Supreme Court kann gar nicht anders als immer auch historisch behandelt werden. In der US-amerikanischen Rechtsgeschichte fehlen die zwingenden Zäsuren, die uns in Deutschland die Epochen vorgeben.

¹ Ergänzend M. REIMANN, Neuere Rechtsgeschichte in den Vereinigten Staaten, in: ZNR 20 (1998) 277–293 sowie DERS., Die Fremdheit des amerikanischen Rechts: Versuch einer historischen Erklärung, in: Konflikt der Rechtskulturen?, hg. von K. KRAKAU, F. STRENG, Heidelberg 2003, 23–36.

² Neueste Beispiele: M. K. HALL, The Nature of Supreme Court

Power, Cambridge 2011; L. A. POWE, The Supreme Court and the American Elite, 1789–2008, Cambridge/Mass. 2009.

Mit der Institutionenorientierung geht eine wichtige Akzentverlagerung einher: Zuständigkeitsfragen und Kompetenzprobleme spielen eine überproportionale Bedeutung, während umgekehrt in der deutschen Rechtsgeschichtsschreibung der Fokus doch eher auf die Entwicklung des materiellen Rechts gelegt wird.³ Zuständigkeitsfragen werden durch den Föderalismus in den USA verschärft, weil dort, anders als heute in der Bundesrepublik, das Recht jeder Gebietskörperschaft (Bund, Staat, County, Stadt) durch eigene Institutionen durchgesetzt werden muss. Bereits im Zivilrecht existieren dadurch 51 Rechtsordnungen, jene der 50 Einzelstaaten und in ausgewählten Bereichen (Kartellrecht, Antidiskriminierungsrecht) eine des Bundes. Eine an bestimmten Materien oder Dogmen orientierte Darstellung ist daher nur begrenzt plausibel.⁴ Man muss sich immer auf bestimmte Zuständigkeitsbereiche (*jurisdictions*) konzentrieren und das heißt: die Rechtsproduktion ausgewählter Institutionen beobachten. Es geht also um Gesetze des Bundes oder der Einzelstaaten, um Präjudizien entweder von Bundesgerichten (begrenzte Zuständigkeit) oder von einzelstaatlichen Gerichten (hier entsteht das Common Law). Anders als in Deutschland treten dadurch materielle Einteilungen des Rechtsstoffes zugunsten kompetentieller in den Hintergrund. Wichtiger als eine materielle Dichotomie von öffentlichem Recht und Privatrecht ist in den USA die institutionelle Differenzierung nach Bundesrecht und Staatenrecht (mit entsprechend unterschiedlichen Gerichtszweigen) sowie nach Common Law und *statutory law*, also unterschiedlichen rechtserzeugenden Akteuren.

Unsere materiellen Unterteilungen decken sich nicht mit der Organisationsstruktur der US-amerikanischen Rechtsordnung. Privatrecht etwa existiert auf der Ebene der Einzelstaaten (Common Law) und des Bundes (ausgewählte wichtige Bereiche wie Kartellrecht oder Antidiskriminierungsrecht – Civil Rights Act Title VII). Seine Rechtsquellen umfassen das Fallrecht und die Gesetzgebung. Eine materielle Abschichtung eines öffentlichen Rechts («Sonderrecht des Staates») vertrüge sich auch nicht mit dem interessen geleiteten Verständnis der Rechtserzeugung, das zwischen »politischen« (öffentlich-rechtlichen) und »unpolitischen« (zivilrechtlichen) Regelungsbereichen nicht zu unterscheiden vermag. Eine Geschichte des öffentlichen Rechts ließe sich für die USA kaum schreiben, weil sie sich nicht an den Institutionen und ihren Kompetenzen orientierte und zudem das öffentliche Recht keinen

3 K. L. HALL beginnt sein Buch *The Magic Mirror. Law in American History*, New York 1989, VII mit der Feststellung: »This book is about the history of American legal culture and the law in action. It is not a technical history of substantive law [...]«

4 Gerühmt werden daher die Darstellungen von L. M. FRIEDMAN, *A History of American Law*, 2. Aufl. New York 1985; DERS.,

American Law in the 20th Century, New Haven 2002 sowie von M. HORWITZ, *The Transformation of American Law*, 2 Bände, Cambridge/Mass. 1977/1992, der dies für ausgewählte zivilrechtliche Institute in einer kritischen Perspektive versucht hat. Gehalten hat sich auch J. W. HURST, *The Growth of American Law*, Boston 1950 (Nachdrucke bis 2001).

verselbständigten Teilbereich in der Rechtsordnung oder den juristischen Disziplinen darstellt.

2. Richter statt Professoren

Aus der Kompetenzorientierung folgt auch: Die Idee einer wissenschaftlichen Rechtsproduktion hat sich bis heute nicht durchgesetzt. Wenn Lehrmeinungen Einfluss gewinnen wollen, müssen sie den Marsch durch die Institutionen antreten, also etwa vom *American Law Institute* bei den *Restatements* aufgegriffen werden, in ein Mustergesetz der *National Conference of Commissioners on Uniform State Laws* Eingang finden oder von Richtern rezipiert werden.⁵ Gerade in der historischen Perspektive wird zwischen dem bindenden Recht und der wissenschaftlichen Behandlung von Recht deutlich getrennt – im Kontrast zum deutschen rechtshistorischen Zugriff, der die Wissenschaftsgeschichte des Rechts auf Kosten des tatsächlich gegolten habenden Rechts privilegiert. In den Vereinigten Staaten genießen die Institutionen die Aufmerksamkeit, nicht die Professoren oder die Universitäten. Die in Deutschland geschätzte Gelehrtenbiographie wird in den USA nicht geschrieben, weil sie keinen rechtshistorischen Erkenntniswert verspricht. Ausnahmen macht man bei Gelehrten, mit denen sich neue Ansätze (»isms«) verbinden.⁶ Erst über das Wirken in einer Institution außerhalb der Universität wird ein Rechtsgelehrter biographiewürdig.⁷ Natürlich aber finden wir entwicklungsgeschichtliche Darstellungen der amerikanischen Rechtstheorie und Rechtsphilosophie oder der Ideen- und Geistesgeschichte des Rechtsdenkens.⁸ Umgekehrt gilt: Über fast jeden halbwegs bedeutenden Richter und seine Entscheidungen gibt es eine Untersuchung,⁹ über Richter des U. S. Supreme Court mindestens zwei.¹⁰ Die Gegenprobe verdeutlicht den Unterschied: Wie viele Richterleben sind von deutschen Rechtshistorikern untersucht worden?

3. Politische Realität statt geistige Idealität

Da Recht zum einen zur Durchsetzung von Interessen dient und zum anderen von Organen geschaffen und umgesetzt wird, spielen die Akteure in den Organen eine wichtige Rolle. Die amerikanische Rechtsgeschichte konzentriert sich stärker auf die Realität als auf die Idealität des Rechts. Sie will wissen, welche

5 Zum fallweisen Einfluss der Wissenschaft auf die Rechtsprechung vgl. N. DUXBURY, *Jurists and Judges*, Oxford 2001.

6 Beispiele: W. TWINING, *Karl Llewellyn and the Realist Movement*, London 1973; N. HULL, *Roscoe Pound and Karl Llewellyn*, Chicago 1997 (Llewellyn beeinflusste das Modellgesetz *Uniform Commercial Code*, hat also auch einen institutionellen Wirkungskontext; gleichfalls Pound, der viele Jahre Dean der Harvard Law School war); O. KRAINES, *The World and Ideas of Ernst Freund*, University/Ala. 1974; B. H. FRIED, *The Progressive Assault on Laissez Faire*, Cambridge/Mass. 1998 (über Robert Hale).

7 Einige Beispiele: Über Felix Frankfurter wird geschrieben, weil er Chefberater von FDR und Richter am Supreme Court, nicht weil er Professor in Harvard war; vgl. M. UROFSKY, *Felix Frankfurter*, Boston 1991. Über James Landis wird geschrieben, weil er Commissioner der SEC war, nicht als Professor und Dean in Harvard; vgl. D. A. RITCHIE, *James Landis. Dean of the Regulators*, Cambridge/Mass. 1980.

8 Vgl. etwa N. DUXBURY, *Patterns of American Jurisprudence*, Oxford 1995; A. W. B. SIMPSON, *The Common Law and Legal Theory*, in: *Oxford Essays in Jurisprudence*, hg. von A. W. B. SIMPSON, 2nd series, Oxford 1973, 77–99; N. REICH, *Sociological Jurisprudence und Legal Realism im Rechtsdenken Amerikas*, Heidelberg 1967.

9 Vgl. etwa R. POLENBERG, *The World of Benjamin Cardozo*,

Cambridge/Mass. 1997; A. KAUFMAN, *Cardozo*, Cambridge/Mass. 1998; R. J. GLENNON, *The Iconoclast as Reformer*, Ithaca/NY 1985 (über Jerome Frank, das »enfant terrible des New Deal«, Commissioner und Richter am U. S. Court of Appeals); L. W. LEVY, *The Law of the Commonwealth and Chief Justice Shaw*, New York 1987 (über den Chief Justice des Supreme Court von

Massachusetts, der von 1830 bis 1860 dort das Common Law beeinflusste).

10 Fast unüberschaubar sind die Biographien über Oliver Wendell Holmes, als jüngeres kritisches Beispiel A. ALSCHULER, *Law without Values*, Chicago 2000; siehe etwa auch G. E. WHITE, *The American Judicial Tradition. Profiles of Leading American Judges*, 3. Aufl. Oxford 2007.

Interessen seine Akteure verfolgten. Die Rechtsgeschichtsschreibung ist daher latent politisch. Immer wieder rivalisiert man um eine neue historische Bewertung; z. B. war die Laissez-Faire Rechtsprechung des U. S. Supreme Court im *substantive due process* nun gut oder schlecht?¹¹ Der Streit um die Bewertung hält das Interesse an den historischen Fakten wach. Mit der Gestaltung des Rechts werden der Zeitgeist und die wechselnden Weltanschauungen belegt oder die Durchsetzung gruppenspezifischer Interessen nachgewiesen.¹² Entsprechend wichtig sind die politischen Kontexte mit ihren jeweiligen Mehrheiten und Kompromissen. Wer war der Präsident, was war seine Agenda? Wie hießen die Richter, wie lassen sie sich einordnen? Stärker als in Deutschland findet eine politische Kontextualisierung der Rechtsentwicklung statt. Dabei spielen auch die sozialhistorischen Umstände und die den Fällen und Gesetzen zugrunde liegenden Sachverhalte und Tatsachen eine größere Rolle als wir das gewohnt sind. Um die Rechtswirklichkeit historisch zu verstehen, analysiert man das Recht weniger strukturimmanent oder systemorientiert, sondern aus den ökonomischen und sozialen Interessen heraus.¹³

Man darf auch nicht übersehen, in welchem Umfang gerade die Rechtsprechung die amerikanische Geschichte geprägt hat. Urteile des U. S. Supreme Court waren zum Beispiel der Anlass des Bürgerkriegs wie der Bürgerrechtsreformen hundert Jahre später.¹⁴ Die Behandlung der Rassenfrage wäre ohne eine institutionenorientierte Rechtsgeschichte unmöglich. Daher würden US-Amerikaner eine neutrale, sich betont unparteilich gebende Darstellung als formalistisch und verkappt politisch betrachten und ihr misstrauen, während man in Deutschland doch überwiegend eher froh ist, wenn man als Wissenschaftler die politischen Kontexte ausblenden darf. Auch hier zeigt sich der Kontrast zum deutschen Vorgehen, das besonders das Zivilrecht nicht selten mit einer Aura des Unpolitischen, Sachgesetzlichen oder Systemgerechten umgibt.

4. Fälle statt Gesetze

Die Fallrechtstradition des Common Law trifft sich mit der Institutionenorientierung in der Fixierung auf Gerichtsentscheidungen. Hier vor allem manifestiert sich das geltende Recht, und das hat erhebliche Auswirkungen auf seine rechtshistorische Behandlung.¹⁵ Gesetze werden nicht als generell-abstrakte Normen-

¹¹ Zwei gegenläufige Beispiele: B. SIEGAN, *Economic Liberties and the Constitution*, Chicago 1980; G. E. WHITE, *The Constitution and the New Deal*, Cambridge/Mass. 2000.

¹² Vgl. etwa W. M. WIECEK, *The Lost World of Classical Legal Thought. Law and Ideology in America, 1886–1937*, New York 1998; S. FELDMAN, *American Legal*

Thought from Premodernism to Postmodernism, New York 2000.

¹³ Daher ist auch der Lobbyismus selbstverständlich Gegenstand rechtshistorischer Analyse. Vgl. am Beispiel der Eisenbahn etwa A. und O. HOOGENBOOM, *A History of the ICC*, New York 1976, oder W. G. THOMAS, *Lawyering for the Railroad: business, law, and power in the New South*, Baton Rouge 1999; R. S. HUNT, *Law and*

Locomotives: the impact of the railroad on Wisconsin law in the 19th century, Madison 1958.

¹⁴ *Scott v. Sandford*, 60 U.S. 393 [1857]; *Brown v. Board of Education*, 347 U.S. 483 [1954].

¹⁵ Auch rechtshistorischen Kursen liegen Casebooks zugrunde wie etwa J. H. LANGBEIN, R. L. LERNER, B. P. SMITH, *History of the Common Law*, New York 2009. Aufschlussreich ist auch der Untertitel: *The Development of Anglo-American Legal Institutions*.

systeme, sondern in ihrer justizförmigen Anwendung behandelt. Besonders deutlich wird das bei der amerikanischen Bundesverfassung, die historisch nahezu ausschließlich als Rechtsprechung des U.S. Supreme Court behandelt wird.¹⁶ Aber auch wenn ein (Bundes-)Gesetz zum Gegenstand wird, etwa der Sherman Antitrust Act 1890, orientiert sich die Untersuchung an der Umsetzung des Gesetzes durch die Gerichte, also gleichfalls an der Fallrechtsjudikatur.

Aufgrund der Fallrechtsorientierung werden in den USA Normen in ihrer anwendungsbezogenen Wirksamkeit erfasst, weniger im Wege eines generell-abstrakten Geltungsdiskurses, wie er in Deutschland verbreitet ist. Dadurch werden die Umstände der Gesetzesanwendung wie auch diejenigen des Case Law für die rechtshistorische Behandlung relevant. US-amerikanische Rechtsgeschichte ist daher immer kontextbezogen und notgedrungen einer sektoralen, wenn man will: partikularen Perspektive verhaftet. Die Orientierung am *law in action*, also den Gerichtsentscheidungen, verstärkt wiederum die Bedeutung der sozialen und ökonomischen rechtshistorische Nachfrage nach den Kontexten der Rechtsentwicklung und -anwendung. Rechtsgeschichte benötigt daher zu nicht geringem Teil auch Sozial- und Wirtschaftsgeschichte. Abstrakte normative Geltungsdiskurse (Sinn und Zweck des Gesetzes, Dogmen) oder synthetische Perspektiven (Systembildung, Ordnungsideen, Einheit der Rechtsordnung) findet man demgegenüber selten, weil sie schon in der Rechtswirklichkeit keine Verankerung finden.

5. Relationen statt System

Besonders reizvoll sind naturgemäß solche Institutionen, Strukturen oder Fragestellungen, die sich nicht gleichermaßen in der »eigenen« Rechtsgeschichte vorfinden lassen. Aus der Vergleichung will man immer auch etwas über sich selbst lernen.¹⁷ Insofern hat die US-amerikanische Rechtsgeschichte interessante Zugriffe anzubieten. Wie kann man einem so dynamischen Recht wie dem US-amerikanischen rechtshistorisch gerecht werden? Angesichts der Pluralität des US-amerikanischen Rechtssystems (51 Jurisdiktionen) und der Orientierung an der Judikatur als primärer Erscheinungsform geltenden Rechts droht jede juristische Analyse in Kasuistik, Unübersichtlichkeit und im schlimmsten Fall Orientie-

¹⁶ Ausnahme etwa D. P. CURRIE, *The Constitution in Congress, 1789–1861*, 4 Bände, Chicago 1997–2005.

¹⁷ Beispielhaft: JAMES GORDLEY, *Foundations of Private Law*, Oxford 2006.

rungslosigkeit pulverisiert zu werden. Wie lassen sich Themenfelder und Fragestellungen absichten, wenn sie keiner materiellen Einteilung (z. B. Zivilrecht – öffentliches Recht – Strafrecht) folgen können, zwingende zeitliche Zäsuren nicht bestehen und Fälle die dominante Rechtsquelle darstellen? Es zeichnet sich ab, dass Gesamtdarstellungen, epochenbezogene Untersuchungen und alle systematischen Ansätze in den USA weniger gut funktionieren werden. Welche Zugriffe treten an deren Stelle?

Bei der Themenstellung hilft eine Orientierung an den Institutionen oft weiter. So findet man etwa entwicklungsgeschichtliche Untersuchungen zu Bundesverwaltungsbehörden, sog. *agencies*.¹⁸ Aber auch hier zeigen sich Grenzen: Eine Geschichte des U.S. Supreme Court kann heute naturgemäß nur selektiv unter Heranziehung einer bestimmten Fragestellung geschrieben werden. Die institutionelle Perspektive bewirkt nicht, dass die Institutionen als solche zum Untersuchungsgegenstand werden. Es überwiegen vielmehr relationale Fragestellungen (nach dem Muster: der Einfluss von X auf Y) oder sektorale Aspekte (die Rechtsprechungsentwicklung zu XY). Dies wiederum entspricht dem dynamischen, instrumentellen Grundverständnis des amerikanischen Rechts. Auch in der historischen Perspektive ist die Entwicklung nicht abgeschlossen. Das Prozesshafte tritt gegenüber dem Materiellen nicht zurück. Die Relativität der jeweils gefundenen materiellen Lösungen wird transportiert, politische oder ökonomische Interessen in ihrem Einfluss auf die Rechtsentwicklung analysiert.¹⁹ Auch der personalisierbare Einfluss von Richterpersönlichkeiten und ihren Überzeugungen spielt immer wieder eine Rolle. Zugespitzt kann man vielleicht sagen, es geht weniger um die materielle Rechtslage, das »Ergebnis«, sondern mehr um den Weg dorthin und die Dynamik der Rechtsentwicklung.

Auch wird die Geschichte des Rechts gerne in Fallstudien aufbereitet, die fragmentarischen Fragestellungen verpflichtet sind. Bei der Auswahl der Fragestellung spielt die kreative Idee des Autors eine wichtige Rolle. Was wird zu welchem Zweck untersucht? ist eine im Vergleich zu Deutschland wohl wichtigere Vorfrage, weil der Untersuchungsgegenstand nicht aus sich selbst heraus plausibel ist (abstraktes normatives System), sondern der eigenen relationalen Konstruktion bedarf. Dementsprechend freimütiger ist man auch mit historischen Werturteilen. Da aufgrund von rechtsimmanenter Dynamik, Pluralismus und institutioneller

18 In den Details etwa versinkt I. SHARFMAN, *The Interstate Commerce Commission*, 5 Bände, New York 1931–1937. Systematischer R. CUSHMAN, *The Independent Regulatory Commissions*, New York 1941; aus neuerer Zeit siehe etwa R. RABIN, *Federal Regulation in Historical Perspective*, in: *Stanford Law Review* 38 (1986) 1189 ff.

19 Beachtlich ist etwa die Anzahl der Untersuchungen, die sich mit der Bedeutung der Eisenbahnen und dem Einfluss der Eisenbahngesellschaften auf die Rechtsentwicklung beschäftigen, vom Delikts- und Haftungsrecht bis zum Verwaltungsrecht. Vgl. auch die Angaben in Fn. 13.

Vielfalt eine Darstellung »wie es eigentlich gewesen ist« kaum Erfolg verspricht, man also unvoreingenommener durch die eigene Fragestellung von einem zweckorientiert konstruierten Erkenntnisgegenstand ausgeht, muss man auch nicht vor Werturteilen zurückschrecken, weil sie die historisch redliche Methode nicht beschädigen. Es ist eher die Idee der Fragestellung, die in der Forschung prämiert wird, und weniger das Abbild der Geschichte. Manche Autoren treibt die Sucht nach einer neuen Idee so weit, dass man sich fragen muss, ob die Quellenlage das noch hergibt, und manchmal wird die Geschichte schon arg zu einer Welt als Wille und Vorstellung. Eher enttäuscht werden wird auch, wer solide Informationen sucht. Der positive Saldo dieses Vorgehens aber verspricht interessante, exemplarische Fallstudien, die aufgrund ihrer Zweckorientierung nicht selten einen Gegenwartsbezug besitzen.

6. Kontextuelle Faktoren und Interdisziplinarität

Aufgrund der Faktenorientierung (Präjudizienrecht) und der Kontextualisierung der Rechtsentwicklung arbeiten Rechtshistoriker interdisziplinär und verfolgen historische Interessen, die über die Rechtsentwicklung im Engeren hinausgehen und ein arbeitsteiliges Arbeiten bedingen. Wenn etwa ein wichtiger Fall zur Wirtschaftsregulierung, zum Arbeitsrecht sowie zur Kompetenzabgrenzung von Bund und Staaten wie *Muller v. Oregon*²⁰ auf der Basis empirischen Materials entschieden wurde,²¹ dann muss die rechtshistorische Analyse die Abhängigkeit der Rechtsfolge von den seinerzeitigen sozialhistorischen Umständen und ihren damaligen wissenschaftlichen Darstellungen selbst untersuchen. Gleiches gilt, wenn etwa die Aufhebung der Rassentrennung in *Brown v. Board of Education*²² mit sozialpsychologischen Überlegungen begründet wurde (und nicht primär mit grundrechtlichen). Die Situations- und Faktenabhängigkeit der amerikanischen Rechtsentwicklung zwingt den Juristen zu einer stärkeren Hinwendung zu solchen nichtjuristischen, aber rechtlich relevanten Faktoren. Die rechtshistorische Analyse ist in Zusammenhänge eingebettet, die weitere Expertise nahelegen: von Ökonomen, Psychologen, Soziologen, Philosophen, und dies mit einem historischen Zuschnitt.

Nicht selten sind es die Sachverhalte der Präjudizien, welche die Brücke zu anderen Disziplinen bilden. Bei den Fakten, die einem

²⁰ 208 U.S. 412 (1908).

²¹ Eingeführt durch den Schriftsatz von Louis Brandeis (»Brandeis Brief«), der 1916 selbst Richter am U.S. Supreme Court wurde.

²² 347 U.S. 483 (1954).

Fall zugrunde lagen, kann schließlich jeder mitreden; Juristen haben hierauf keinen privilegierten Zugriff. Entsprechend wagen sich Allgemeinhistoriker öfter an rechtshistorische Untersuchungen, als man das in Deutschland gewohnt ist. Aufgrund von Kontextualisierung und Fallbezügen ist die Rechtsentwicklung keine »Geheimwissenschaft«, die spezifische Rechtskenntnisse voraussetzte. Und schließlich darf nicht übersehen werden: Am U. S. Supreme Court kommt dort kein Historiker vorbei. In den USA kann nicht einmal die politische Ereignisgeschichte behandelt werden, ohne die Interaktion der Gewalten zu berücksichtigen. Vermerkt werden darf daher die dementsprechend ungleich größere Bedeutung des Faktors Recht in der allgemeinen Geschichtswissenschaft sowie in der allgemeinen Öffentlichkeit.

7. Methode und Ausbildung

Schließlich reizt an der US-amerikanischen Rechtsgeschichte ihre Präsenz in der Juristenausbildung und ihr Stellenwert bei der praktischen juristischen Arbeit. Zwar stellt Rechtsgeschichte nur am Rande ein eigenes Fach dar, doch das schmälert ihre Bedeutung nicht: Aufgrund der fallrechtlichen Kontinuität benötigt man nämlich eine rechtshistorische Kompetenz, gerade auch wenn es um aktuelle praktische Rechtsfragen geht. Um die Bindungswirkung eines Präjudizes in der Gegenwart beurteilen zu können, muss der Kontext der Entscheidung im Tatsächlichen wie in der normativen Ausgangslage analysiert und die weitere Rechtsentwicklung seit dem Präjudiz aufgearbeitet werden. Diese in die Geschichte weisenden Voraussetzungen der Arbeit am geltenden Recht verschaffen historischen Forschungen Resonanz unter den Praktikern. Jeder gute *Case Lawyer* muss historisch analysieren und argumentieren können. Man sieht dies besonders ausgeprägt bei der permanenten Neubewertung der Rechtsprechung des U. S. Supreme Court. Für eine *case law jurisdiction* stellt sich immer die Frage, wie die frühere Rechtsprechung heute zu verstehen ist. Will man die Bindungswirkung eines Präjudizes vergrößern oder verkleinern, hilft die historische Kontextualisierung oder De-Kontextualisierung weiter. Hier erhält (Rechts-)Geschichte eine Gegenwartsbedeutung zur Selbstvergewisserung des geltenden Rechts. Zwischen einem historischen und einem geltendrechtlichen Diskurs kann daher in den USA nicht streng getrennt werden. Anders

verfährt man in Deutschland aufgrund der Fixierung auf eine dogmatische Behandlung des geltenden Rechts. Dogmatik darf ihrem Anspruch nach nicht historisieren oder kontextualisieren. Sie bezweckt eine zeitlose normative Systematik des materiellen Rechts, die geschichts-, politik- und institutionenfeindlich ist. Man sieht dies etwa daran, dass man in Deutschland anders als in nahezu allen anderen Rechtskulturen Gerichtsentscheidungen ohne Jahreszahl oder Kurzbezeichnung des Falles zitiert. Sachverhalt und Jahr transportieren eben keine dogmatisch relevante Information.²³

Im Unterschied zum 19. Jahrhundert hat sich die Rechtsgeschichte in Deutschland heute von der praktischen und dogmatischen Behandlung des Rechts absondern und verselbständigen können – was aber auch zu ihrer Marginalisierung als universitäres Ausbildungsfach führt. In den USA verhält sich dieses umgekehrt – was aber nicht die Institutionalisierung des Faches fördert. Auch insofern kann der Blick in die neue Welt ein Blick in die Zukunft sein. Denn die für deutsche Verhältnisse inzwischen lange Kontinuität der Rechtsordnung des Grundgesetzes lässt uns notgedrungen »amerikanischer« werden. Zäsuren fehlen, Kasuistik wirkt auch im öffentlichen Recht fort. Es steht daher zu vermuten, dass die Geschichte des Rechts auch in der Bundesrepublik eine Gegenwartsbedeutung für das geltende Recht erhalten wird.²⁴ Wenn man etwa daran geht, die grundrechtsdogmatischen oder verwaltungsrechtlichen Weichenstellung der fünfziger und sechziger Jahre zu historisieren, wird dies unser Verständnis vom geltenden Recht beeinflussen:²⁵ Ist das Lüth-Urteil²⁶ noch geltendes Recht oder schon Rechtsgeschichte?²⁷ Muss die dortige Entdeckung der »Wertordnung des Grundgesetzes« nicht als Gegenentwurf zum Naturrecht des BGH kontextualisiert und mit einem Konkurrenzverhältnis der Gerichte erklärt werden, mit der Folge, dass die Legislative durch objektive Grundrechtslehren geringer gebunden wird als die anderen Gewalten?²⁸ Hier jedenfalls tauchen kontextuelle, institutionelle und kompetentielle Fragen auf, die für die Behandlung des materiellen Rechts in der Gegenwart von großer Wichtigkeit sind; Fragen zudem, die den Stellenwert einer historisch versierten Juristenausbildung unmittelbar verdeutlichen. Das aber hieße auch: »Dogmatiker« müssen historisch denken und argumentieren lernen. Der Reiz der US-amerikanischen Rechtsgeschichte besteht vielleicht vor allem darin, ein anderes Modell

- 23 Vgl. O. LEPSIUS, Themen einer Rechtswissenschaftstheorie, in: *Rechtswissenschaftstheorie*, hg. von M. JESTAEDT, O. LEPSIUS, Tübingen 2008, 1 (43 ff.); M. JESTAEDT, Autorität und Zitat, in: FS Herbert Bethge zum 70. Geburtstag, Berlin 2009, 513 (520 ff.).
- 24 Siehe auch O. LEPSIUS, Was kann die deutsche Staatsrechtslehre von der amerikanischen Rechtswissenschaft lernen?, in: *Staatsrechtslehre als Wissenschaft*, hg. von H. SCHULZE-FIELITZ 2007, 319 ff.
- 25 Siehe etwa R. WAHL, Zwei Phasen des Öffentlichen Rechts in Deutschland nach 1949, in: DERS., *Verfassungsstaat, Europäisierung, Internationalisierung*, Frankfurt a. M. 2003, 411 ff.; DERS., *Herausforderungen und Antworten – das öffentliche Recht der letzten fünf Jahrzehnte*, Berlin 2006; CHR. SCHÖNBERGER, *Verwaltungsrecht als konkretisiertes Verfassungsrecht*, in: *Das Bonner Grundgesetz: altes Recht und neue*

Verfassung in den ersten Jahrzehnten der Bundesrepublik Deutschland (1949–1969), hg. von M. STOLLEIS, Berlin 2006, 53 ff.; CHR. BUMKE, *Die Entwicklung der verwaltungsrechtswissenschaftlichen Methodik in der Bundesrepublik Deutschland*, in: *Methoden der Verwaltungsrechtswissenschaft*, hg. von E. SCHMIDT-ASSMANN, W. HOFFMANN-RIEM, Baden-Baden 2004, 73 ff.

26 BVerfGE 7, 198 [1958].

27 Dazu Das Lüth-Urteil aus (rechts-)historischer Sicht, hg. von TH. HENNE, A. RIEDLINGER, Berlin 2005.

28 Vgl. dazu M. JESTAEDT, O. LEPSIUS, CHR. MÖLLERS, CHR. SCHÖNBERGER, *Das entgrenzte Gericht. Eine kritische Bilanz nach 60 Jahren Bundesverfassungsgericht*, Berlin 2011, insbes. 187–198.

bei der Bearbeitung des geltenden Rechts zu verdeutlichen, das auch für die momentan noch hyperdogmatisierte deutsche Rechtswissenschaft früher oder später relevant werden wird.²⁹

Oliver Lepsius

²⁹ Vgl. LEPSIUS (Fn. 23) 16 ff., 47 ff.; DERS., Kritik der Dogmatik, in: Was können wir über Rechtsdogmatik wissen?, hg. von G. KIRCHHOF u. a., Tübingen 2011, i. E.