MARTIN FLOHR

Rechtsdogmatik in England

Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Privatrecht

Studien zum ausländischen und internationalen Privatrecht 393

Mohr Siebeck

Studien zum ausländischen und internationalen Privatrecht

393

Herausgegeben vom

Max-Planck-Institut für ausländisches
und internationales Privatrecht

Direktoren:

Holger Fleischer und Reinhard Zimmermann

Martin Flohr

Rechtsdogmatik in England

Mohr Siebeck

Martin Flohr, geboren 1981; Studium der Rechtswissenschaft an der Bucerius Law School und in Oxford; Wissenschaftlicher Assistent am Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Privatrecht; Studium zum Magister Juris sowie Max Planck Fellow in Oxford; Visitor to the Faculty of Law in Cambridge; Referendariat am Kammergericht in Berlin; 2016 Promotion.

e-ISBN PDF 978-3-16-155281-6
ISBN 978-3-16-155280-9
ISSN 0720-1141 (Studien zum ausländischen und internationalen Privatrecht)

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliographie; detaillierte bibliographische Daten sind im Internet über *http://dnb.dnb.de* abrufbar.

© 2017 Mohr Siebeck, Tübingen. www.mohr.de

Das Werk einschließlich aller seiner Teile ist urheberrechtlich geschützt. Jede Verwertung außerhalb der engen Grenzen des Urheberrechtsgesetzes ist ohne Zustimmung des Verlags unzulässig und strafbar. Das gilt insbesondere für Vervielfältigungen, Übersetzungen, Mikroverfilmungen und die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronischen Systemen.

Das Buch wurde von Gulde Druck in Tübingen auf alterungsbeständiges Werkdruckpapier gedruckt und von der Buchbinderei Nädele in Nehren gebunden.

Vorwort

Diese Abhandlung ist eine leicht veränderte Fassung meiner Dissertation, die im Sommertrimester 2016 von der Bucerius Law School – Hochschule für Rechtswissenschaft – angenommen worden ist. Die mündliche Prüfung fand am 26. September 2016 statt.

Sehr herzlich möchte ich mich bei meinem Doktorvater, Herrn Professor Dr. Dr. h.c. mult. Reinhard Zimmermann FBA FRSE, bedanken. Er hat die Entstehung der Arbeit mit wertvollem Rat und Zuspruch begleitet, mir ein außergewöhnlich hohes Maß an Freiheit gewährt und mich in vielfältiger Weise gefördert. Dank schulde ich ferner Herrn Prof. Dr. Christian Bumke für das Zweitgutachten.

Die Schrift ist in meinen Jahren am Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Privatrecht in Hamburg sowie an den Universitäten Oxford und Cambridge entstanden. Die hervorragenden Arbeitsbedingungen und der rege wissenschaftliche Austausch an diesen Orten haben erheblich zum Gelingen des Werkes beigetragen. Mein Dank gilt den vielen Freunden und Kollegen, mit denen ich das Thema erörtern und erste Entwürfe diskutieren durfte. Hervorheben möchte ich Philipp Eichenhofer, Dr. Thomas Coendet sowie Prof. Stefan Vogenauer, die mir wichtige Anregungen gegeben haben.

Ganz besonders herzlich danke ich schließlich meinen Eltern für ihre liebevolle Unterstützung in jeglicher Hinsicht.

Berlin, im Oktober 2017 *Martin Flohr*

Inhaltsverzeichnis

Vorwort V
Abkürzungsverzeichnis XI

Einleitung 1

1. Eine andere Rationalität? Max Webers Sicht auf das englische Recht 1
2. Die rechtsvergleichende Orthodoxie: *common law* und *civil law* als Methodendualismus 9
3. Das zeitgenössische englische Privatrechtsdenken: Transformation in Differenz 20
4. Wie vergleichen? 24

Kapitel 1: Rechtsdogmatik in Deutschland 27

1. Ein produktives System des Rechts 27
2. Beständigkeit und Wandel der dogmatischen Tradition 30
3. Dogmatische Denkformen 39
   a) Arrangement von Normen zu Rechtsgebieten 40
   b) Gewinnung von Prinzipien 44
   c) Bildung von Grundbegriffen 49
   d) Systematisierung 55
      aa) Begriffssystem 55
      bb) Prinzipiensystem 58
   e) Konstruktion 61

Kapitel 2: Elemente dogmatischen Denkens in England – eine brüchige Tradition 71

1. Francis Bacon 72
2. Henry Finch 78
3. Matthew Hale 82

4. William Blackstone 87
5. Frederick Pollock 91

Kapitel 3: Auf der Suche nach der englischen Rechtsmentalität 101

1. Wandlungen des englischen Nationalcharakters 102
2. Besteht ein Zusammenhang zwischen Volkscharakter und Rechtsdenken? 106
3. Die Mentalität der Juristen 111
4. Die englische Rechtsmentalität – eine Skizze 115

Kapitel 4: Institutionelle Hindernisse für die Verbreitung dogmatischen Denkens 119

1. Die angebliche Verwandtschaft zwischen englischem und römischem Recht 120
2. Systematische Tendenzen im Rechtsdenken der Römer 128
3. Die Rechtsarmut des *common law* 135
   a) Der Mangel an Rechtsnormen 135
   b) Fiktionen als Mittel der Rechtsfortbildung 141
   c) Die Abwesenheit materiellen Rechts 147
   d) Der späte Aufstieg der Rechtswissenschaft 149

Kapitel 5: Dem Fallrecht eine Ordnung geben 157

1. Peter Birks und die englische Rechtswissenschaft der Gegenwart 157
2. Die Systematisierung des Bereicherungsrechts 164
   a) Der Zustand des Bereicherungsrechts zu Beginn der Achtzigerjahre 164
   b) Birks' erstes System des Bereicherungsrechts 169
   c) Die Entwicklung des Bereicherungsrechts in den Neunzigerjahren 182
   d) Birks' zweites System des Bereicherungsrechts 188

Kapitel 6: Eine Taxonomie des Privatrechts 203

1. Birks' Versuch einer Systematisierung des englischen Rechts 203
2. Einwände gegen die taxonomische Methode 221

Kapitel 7: Angriffe auf die Orthodoxie 239

1. Die Methodendiskussion der Gegenwart 243
   a) *Taxonomy* 243
   b) *Interpretivism* 257
   c) *Rights-based analysis* 272
2. Ein neues Verständnis des Deliktsrechts 281

Schluss 295

Literaturverzeichnis 301
Sachverzeichnis 329
Personenverzeichnis 339

Abkürzungsverzeichnis

a. a. O.	am angegebenen Ort
ABGB	Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch
Abs.	Absatz
AC	Law Reports, Appeal Cases
All ER	All England Law Reports
All ER (Comm)	All England Law Reports, Commercial Cases
ALR	Australian Law Reports
Art.	Artikel
Aufl.	Auflage
BC	Borough Council
BetrVG	Betriebsverfassungsgesetz
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGHZ	Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Zivilsachen
CA	Court of Appeal
CC	County Council
Ch	High Court, Chancery Division
Ch, ChD	Law Reports, Chancery Division
CLR	Commonwealth Law Reports
Co	Company
Corp	Corporation
D.	Digesta Iustiniani
dems.	demselben
dens.	denselben
ders.	derselbe
d. h.	das heißt
dies.	dieselbe oder dieselben
DLR (3d)	Dominion Law Reports, Third Series
East	East's Term Reports, Court of King's Bench
ebd.	ebenda
ER	English Reports
etc.	et cetera
Ex Div	High Court, Exchequer Division
f., ff.	folgende
Fn.	Fußnote

G.	Gai Institutiones
GG	Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland
HCA	High Court of Australia
HGB	Handelsgesetzbuch
HL	House of Lords
Hrsg.	Herausgeber
hrsg.	herausgegeben
Inst.	Institutiones Iustiniani
J	Judge
KB	High Court, King's Bench Division oder Law Reports, King's Bench Division
KSchG	Kündigungsschutzgesetz
LBC	London Borough Council
LJ	Lord Justice
Ltd	Limited
M & S	Maule & Selwyn's King's Bench Reports
MBC	Metropolitan Borough Council
n. Chr.	nach Christus
No	Numero
NSW	New South Wales
NSWCA	New South Wales Court of Appeal
NSWLR	New South Wales Law Reports
N.Y.	Reports of Cases Decided in the Court of Appeals of the State of New York
PC	Privy Council
plc	public limited company
QB	High Court, Queen's Bench
QB, QBD	Law Reports, Queen's Bench Division
Re	In Sachen
RGZ	Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen
Rn.	Randnummer
S.	Satz, Seite oder Seiten
s	section
SCC	Supreme Court of Canada
Sel Cas Temp King	Select Cases in Chancery tempore King
Sp.	Spalte
u. a.	und andere
UKSC	Supreme Court of the United Kingdom

USA	Vereinigte Staaten von Amerika
v	versus
Var.	Variante
v. Chr.	vor Christus
vgl.	vergleiche
VR	Victorian Reports
VSC	Supreme Court of Victoria
WLR	Weekly Law Reports

Einleitung

1. Eine andere Rationalität? Max Webers Sicht auf das englische Recht

Wie ließe sich die Geschichte des abendländischen Rechtsdenkens schreiben, wenn nicht als Geschichte einer Wissenschaft, die danach strebt, eine innere Ordnung des Rechts nachzuweisen oder herzustellen? In seiner „Privatrechtsgeschichte der Neuzeit" hebt Franz Wieacker die außergewöhnliche Kulturleistung hervor, die in der erstmaligen „logischen Durchdringung der Rechtsprobleme"[1] durch die Glossatoren des hohen Mittelalters gelegen habe. Der mit der „intellektuelle[n] Diskussion des autonomen juristischen Sachproblems" verbundene Anspruch habe „das öffentliche Leben in Europa für immer juridifiziert und rationalisiert; unter allen Kulturen der Erde" sei „durch ihn die europäische die einzige legalistische geworden".[2] Den am Ausgang des Mittelalters einsetzenden Prozess der Rezeption des spätantiken, durch die oberitalienischen Kommentatoren jedoch neu geformten, römischen Rechts will Wieacker daher auch nicht in erster Linie als Aufnahme von Normen und Lehrsätzen verstanden wissen, sondern als Übernahme eines Lehrgebäudes sowie einer besonderen Methode der Bearbeitung des Rechts,[3] als „Verwissenschaftlichung und Rationalisierung des deutschen Rechtslebens".[4]

Damit klingt ein Leitmotiv aus dem Werk Max Webers an:[5] der spezifisch geartete, nach „Entzauberung"[6] und Berechenbarkeit strebende Rationalismus des Abendlandes. Dessen Emanationen fand Weber in den verschiedensten

---

[1] *Wieacker,* Privatrechtsgeschichte der Neuzeit, S. 69.

[2] *Wieacker,* ebd. *Berman,* Recht und Revolution, S. 24 ff., führt neben dem Systemgedanken auch die Unterscheidung von Recht und Moral beziehungsweise Recht und Religion, die Administration des Rechts durch Berufsjuristen sowie den Gedanken einer Entwicklungsfähigkeit des Rechts als Charakteristika der „westlichen Rechtstradition" an – zu der er ausdrücklich auch England rechnet.

[3] *Wieacker,* Privatrechtsgeschichte der Neuzeit, S. 129.

[4] *Wieacker,* Das römische Recht und das deutsche Rechtsbewußtsein, S. 18.

[5] Zum Einfluss von Webers Rationalisierungsparadigma auf Wieackers Rezeptionsmodell siehe *Dilcher,* Franz Wieacker als „Germanist", S. 243 ff.; zu anderen Einflüssen siehe *Avenarius,* Verwissenschaftlichung als „sinnhafter" Kern der Rezeption, S. 124 ff.

[6] *M. Weber,* Wissenschaft als Beruf, S. 109. Zu dem Begriff siehe *Schluchter,* „Die Entzauberung der Welt", S. 1.

Lebensbereichen vor, so zum Beispiel in der Musik – in Zwölftonsystem, Dreiklangsharmonik und Kontrapunkt; auf dem Gebiet der Verwaltung – in der Gesetzesbindung und beim Einsatz fachlich geschulter Beamter; vor allem jedoch in der kapitalistischen Unternehmensführung – im planvollen und nüchternen Streben nach immer wieder neuem Gewinn, das mit regelmäßiger Bilanzierung verbunden ist.[7]

Max Weber hatte ursprünglich die Laufbahn eines Universitätsjuristen eingeschlagen und mit rechtshistorischen Arbeiten debütiert.[8] Gegen Ende seines Lebens, vermutlich von 1911 bis 1914,[9] entfaltete er im Rahmen seiner Arbeit an „Wirtschaft und Gesellschaft" eine typologisch vergleichende Universalrechtsgeschichte[10] und legte dabei den Schwerpunkt auf die Affinitäten zwischen verschiedenen Formen des Rechtsdenkens sowie bestimmten religiösen, wirtschaftlichen und gesellschaftlichen Ordnungen. Den zentralen Begriff der Rationalisierung des Rechts definierte Weber als „begriffliche Vereinfachung und Gliederung des Rechtsstoffes".[11] Das Verfahren beginne mit einer Verallgemeinerung einzelner Elemente des Rechts. Diese könne sowohl durch „Analyse",[12] das heißt eine „Reduktion der für die Entscheidung des Einzelfalles maßgebenden Gründe auf ein oder mehrere ‚Prinzipien'",[13] als auch im Wege der „‚juristischen Construction' von ‚Rechtsverhältnissen und Rechtsinstituten'"[14] erreicht werden. Die Ergebnisse dieser Generalisierung könnten sodann einer Systematisierung unterworfen werden. Erforderlich sei eine

„Inbeziehungsetzung aller durch Analyse gewonnenen Rechtssätze derart, daß sie unter einander ein logisch klares, in sich logisch widerspruchsloses, und, vor Allem, prinzipiell lückenloses System von Regeln bilden, welches also beansprucht: daß alle denkbaren Thatbestände unter einer seiner Normen müssen logisch subsumiert werden können".[15]

---

[7] *M. Weber,* Vorbemerkung, S. 1 ff.; zum Rationalisierungsprozess in der Musik siehe darüber hinaus *M. Weber,* [Zur Musiksoziologie], S. 146 ff. Die dem „bürgerlichen Betriebskapitalismus" (*M. Weber,* Vorbemerkung, S. 10) zugrunde liegende Geisteshaltung wird behandelt von *dems.,* Die protestantische Ethik und der Geist des Kapitalismus, S. 17 ff.

[8] Siehe beispielsweise *M. Weber,* Zur Geschichte der Handelsgesellschaften im Mittelalter, S. 139 ff.; *ders.,* Die römische Agrargeschichte in ihrer Bedeutung für das Staats- und Privatrecht, S. 91 ff.

[9] Zur Datierung des in Webers Nachlass befindlichen, von Marianne Weber unter dem Titel „Rechtssoziologie" veröffentlichten Manuskripts siehe *Gephart/Hermes,* [Die Entwicklungsbedingungen des Rechts], Editorischer Bericht, S. 249 ff.

[10] Im Anschluss an die heute vorherrschende Lesart, die Weber als „Repräsentanten einer typologisch vergleichenden Universalgeschichte" deutet; dazu *Schluchter,* Die Entstehung des modernen Rationalismus, S. 46.

[11] *M. Weber,* Die protestantische Ethik und der Geist des Kapitalismus, S. 62.

[12] *M. Weber,* [Die Entwicklungsbedingungen des Rechts], S. 302.

[13] *M. Weber,* [Die Entwicklungsbedingungen des Rechts], S. 301 f.

[14] *M. Weber,* ebd.

[15] *M. Weber,* [Die Entwicklungsbedingungen des Rechts], S. 303.

Formell-rationale Rechtsschöpfung, wie Weber es nannte, strebe danach, „die einzelnen anerkanntermaßen geltenden Rechtsregeln durch die Mittel der Logik zu einem in sich widerspruchslosen Zusammenhang von abstrakten Rechtssätzen zusammenzufügen".[16]

Solche Formulierungen lesen sich wie eine Paraphrase der von Rudolf von Jhering ein halbes Jahrhundert zuvor entworfenen „Theorie der juristischen Technik".[17] Es sind die methodischen Ideale der pandektistischen Rechtsdogmatik, deren Befolgung Max Weber einen „Höchstgrad methodisch-logischer Rationalität"[18] zugesteht und die für ihn Ausdruck einer „spezifisch modernen okzidentalen Art der Rechtspflege"[19] sind. Gleichzeitig ist mit ihnen ein Idealtypus geschaffen – ein aus Elementen der Wirklichkeit gebildetes, aber utopisches Konstrukt, das ein analytisch kontrolliertes Vermessen der empirisch vorgefundenen Realität ermöglicht.[20] Durch Vergleich mit diesem Typus konnte Weber beispielsweise feststellen, dem klassischen römischen Recht habe der konstruktiv-systematische Charakter noch gefehlt, den erst später das justinianische Recht ausgebildet habe.[21] Der Idealtypus erlaubte ihm schließlich, einen universalhistorischen Kontinuitätsfaden des „juristische[n] Rationalismus" zu spinnen, der von den spätmittelalterlichen italienischen Scholastikern über die „Hofjuristen und gelehrten Richter der kontinentalen Fürsten" sowie der „Noblesse de Robe der französischen Parlamente" bis zu den „Advokaten der Revolutionszeit" reichte.[22]

Vor dem Hintergrund dieser gewaltigen Tradition musste sich das Rechtsdenken eines Landes an der Peripherie des europäischen Kulturraumes in deutlichem Kontrast abzeichnen: England. Weber scheute sich nicht, die englische Rechtspflege, die aus seiner Sicht „soweit als […] möglich abweicht von der Struktur des kontinentalen Rechts"[23] als „rückständig[…]"[24] und „höchst irrational[…]"[25] zu diffamieren. Der Rationalität seien schon durch die herausragende Stellung der *jury* im Zivilprozess Grenzen gesetzt, denn die Laienrichter entschieden über konkrete Rechtsfragen, ohne dass sich daraus eine Bindungswirkung für künftige Entscheidungen ergebe.[26] Die

---

[16] *M. Weber,* [Die Entwicklungsbedingungen des Rechts], S. 304 f.

[17] Siehe *Jhering,* Geist des römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung. Zweiter Theil, Zweite Abtheilung, S. 322 ff.

[18] *M. Weber,* [Die Entwicklungsbedingungen des Rechts], S. 305.

[19] *M. Weber,* [Die Entwicklungsbedingungen des Rechts], S. 615.

[20] Diese Deutung des Weber'schen Idealtypus findet sich bei *Dilcher/Lepsius,* Einleitung, S. 71 f.

[21] *M. Weber,* [Die Entwicklungsbedingungen des Rechts], S. 501.

[22] *M. Weber,* Politik als Beruf, S. 186 f.

[23] *M. Weber,* [Die Entwicklungsbedingungen des Rechts], S. 634 f.

[24] *M. Weber,* Die protestantische Ethik und der Geist des Kapitalismus, S. 62.

[25] *M. Weber,* [Die Entwicklungsbedingungen des Rechts], S. 634.

[26] *M. Weber,* [Die Entwicklungsbedingungen des Rechts], S. 450.

Praxis der für Alltagsstreitigkeiten zuständigen *justices of the peace* hielt Weber gar für „‚Kadijustiz', wie es für uns auf dem Continent völlig unbekannt ist". Auch sein Urteil über die „Präjudizienwirtschaft"[27] fällt ungünstig aus, weil den Vorentscheidungen je nach der persönlichen Autorität des Richters ein höchst verschiedenes Gewicht zukomme, wodurch ihre Stabilisierungsleistung konterkariert werde.[28]

Bedeutsamer für die angebliche Irrationalität des englischen Rechts war noch, dass dieses keinerlei Anspruch auf Systematisierung erhebe.[29] Die Ursachen hierfür suchte Max Weber in den institutionellen Rahmenbedingungen der englischen Rechtstradition. Bis in die jüngste Vergangenheit habe eine englische Rechtswissenschaft völlig gefehlt. Stattdessen sei die zunftmäßige Rechtslehre durch Anwälte an den typisch wiederkehrenden Einzelbedürfnissen der Rechtsuchenden orientiert gewesen und habe nur zur Entwicklung praktisch brauchbarer Schemata von Vertragstypen und Klagearten geführt. „Der rein empirische Betrieb der Rechtspraxis und der Rechtslehre", so Weber, „schließt immer nur vom Einzelnen auf das Einzelne und strebt nie vom Einzelnen zu allgemeinen Sätzen, um dann aus diesen die Einzelentscheidung deduzieren zu können."[30] Stattdessen sei die Begriffsbildung

„an handfesten, greifbaren, der Alltagserfahrung anschaulich geläufigen und in diesem Sinne formalen Tatbeständen [sic!] orientiert [gewesen], welche sie thunlichst nach äußeren eindeutigen Merkmalen gegeneinander abgrenzte und […] nach Bedarf erweiterte".[31]

Mit Hilfe von Analogien und Fiktionen seien „oft mit größter Kühnheit einzelne Rechtsbegriffe benutzt [worden], um mit ihrer Hülfe höchst verschiedenen Sachverhalten die rechtliche Klagbarkeit zu verschaffen",[32] was dazu geführt habe, dass „juristisch Heterogenes zusammengeworfen"[33] werden musste. Während Weber an einer Stelle des unvollendeten, nur aus dem Nachlass überlieferten Manuskripts von „Wirtschaft und Gesellschaft" zu dem Schluss gelangt, das englische Rechtsdenken bringe „nur in begrenztem Sinn eine Rationalisierung des Rechts"[34] hervor, zieht er an anderer Stelle das Fazit,

„der Grad der Rationalität des Rechts [sei] ein wesentlich geringerer und die Art derselben eine andere […] als im kontinentalen europäischen Recht".

Man wird den Begründer der Soziologie in Deutschland nicht von dem Vorwurf freisprechen können, er habe die Methodenpraxis der damaligen Rechts-

---

[27] *M. Weber,* [Die Entwicklungsbedingungen des Rechts], S. 611.
[28] *M. Weber,* [Die Entwicklungsbedingungen des Rechts], S. 633.
[29] *M. Weber,* [Die Entwicklungsbedingungen des Rechts], S. 303 und 480.
[30] *M. Weber,* [Die Entwicklungsbedingungen des Rechts], S. 481.
[31] *M. Weber,* ebd.
[32] *M. Weber,* [Die Entwicklungsbedingungen des Rechts], S. 506.
[33] *M. Weber,* [Die Entwicklungsbedingungen des Rechts], S. 507.
[34] *M. Weber,* [Die Entwicklungsbedingungen des Rechts], S. 480 f.

wissenschaft seines Heimatlandes in unzulässiger Weise zu einem überzeitlichen, kulturneutralen Referenzwert gesteigert und das englische Rechtsdenken am Maßstab des deutschen gemessen, weswegen das Verdikt der Rückständigkeit unausweichlich werden musste. Ein kritischer Leser wird den Ausführungen Webers jedenfalls nur die wenig überraschende – wenngleich tatsächlich unzutreffende – Erkenntnis entnehmen, dass es in England keine Rechtsdogmatik pandektistischer Prägung gegeben hat.

Gleichwohl ist anzuerkennen, dass Weber ausdrücklich hervorhob, Rationalität habe es in allen Kulturkreisen gegeben und Rationalisierung könne sich unter verschiedenen Gesichtspunkten oder in unterschiedlichen Richtungen vollziehen.[35] Solchen interkulturellen Variationen der Rationalität versuchte er in seiner Universalrechtsgeschichte durch die Einführung weiterer Idealtypen Rechnung zu tragen. So beschrieb er einen zweiten Typus des formalen Rechtsdenkens, dessen Begriffe nicht abstrakt sind, sondern sich gerade durch ihren anschaulichen Charakter auszeichnen. Formal ist das daraus entstehende Recht in dem Sinne, dass die Einhaltung bestimmter Formen oder die Erfüllung bestimmter symbolischer Handlungen Voraussetzung für das Eintreten der gewünschten Rechtsfolgen ist. Eine solche strenge Formalisierung führe aber nicht zu Systematik, sondern zu Kasuistik. Zusätzlich entwickelte Weber noch den übergeordneten Gegenbegriff der materiellen Rechtsrationalität. Von dieser wollte er immer dann sprechen, wenn die Entscheidung von Rechtsproblemen anhand ethischer Prinzipien, Zweckmäßigkeitsregeln oder politischer Maximen vorgenommen wird.[36]

Doch auch mit diesem differenzierten typologischen Instrumentarium fiel es Weber sichtlich schwer, die Andersartigkeit der englischen Methoden auf den Begriff zu bringen. Er beließ es bei Andeutungen, die Jurisprudenz vor den königlichen Gerichten des *common law* sei eine „streng formale“,[37] aber doch „‚empirische‘ Kunst“,[38] welche die rechtlich relevanten Tatbestände „anschaulich, nach handgreiflichen Merkmalen“[39] voneinander abgrenze. Damit rückte er die englische Rechtstradition in die Nähe seiner zweiten Spielart formeller Rationalität.

In seiner Studie „The Rational Strength of English Law“ hat Frederick Lawson als einer der ersten gegen die seiner Ansicht nach verbreitete Vorstellung von der Irrationalität des englischen Rechts protestiert.[40] Als rational wollte er eine Rechtsordnung dann bezeichnen, wenn diese ihre Zwecke einfach und störungsfrei verwirkliche; ein derartiges Rechtssystem könne mit

---

[35] *M. Weber,* Vorbemerkung, S. 20; *ders*., Die protestantische Ethik und der Geist des Kapitalismus, S. 62.

[36] *M. Weber,* [Die Entwicklungsbedingungen des Rechts], S. 304.

[37] *M. Weber,* [Die Entwicklungsbedingungen des Rechts], S. 518.

[38] *M. Weber,* [Die Entwicklungsbedingungen des Rechts], S. 632.

[39] *M. Weber,* [Die Entwicklungsbedingungen des Rechts], S. 451.

[40] *Lawson,* The Rational Strength of English Law.

einer reibungslos funktionierenden Maschine verglichen werden.[41] Der unvorteilhafte Ruf, den das eigene Recht sowohl bei kontinentaleuropäischen Juristen als auch bei den englischen Rechtswissenschaftlern habe, sei einerseits darauf zurückzuführen, dass diese nur das Vertrags- und Deliktsrecht mit ihren jeweiligen kontinentalen Äquivalenten verglichen hätten und nicht die wesentlich stärker strukturierten Gebiete des Sachenrechts und des Erbrechts. Auch die einheimischen Kritiker des *common law* im 19. Jahrhundert, die stark vom römischen Recht beeinflusst waren, hätten dessen leicht verständliche Kategorien zu Unrecht in dem völlig verschiedenen englischen Umfeld gesucht; deshalb mussten ihnen die feinsinnigen Einteilungen des englischen Sachenrechts als überkomplex und exzentrisch gelten.[42] Seit seiner Reform zu Beginn des 20. Jahrhunderts seien die Begriffe des Grundstücksrechts hingegen abstrakt, klar definiert und auf eine logische Weise miteinander verbunden, so dass dieses Rechtsgebiet geradezu eine mathematische Präzision erlangt habe.[43] Ungeachtet ihres teilweise hohen Abstraktionsgrades seien die englischen Rechtsbegriffe greifbar wie körperliche Gegenstände geblieben und hätten damit die Gefahren eines übertriebenen Rationalismus vermieden:

„English law has always been much more like a thing than an idea; it has a quality of hard fact like that possessed by a rock against which one knocks one's head in vain. […] English law is therefore not only rational but strong."[44]

Wenig später nahm Max Rheinstein weitere Korrekturen an Max Webers Sicht auf das englische Recht vor. Er betonte, gerade die strikte Bindung des Richters an Vorentscheidungen und Prinzipien stelle eine konsistente Rechtsprechung sicher. Gleichzeitig wies er die Rede von der Irrationalität der *jury*-Entscheidungen zurück, weil auch diese um Folgerichtigkeit bemüht und an der Alltagsmoral orientiert seien, in Webers Terminologie folglich als materiell-rational bezeichnet werden müssten.[45] Insgesamt nähere sich das *common law* allerdings dem Typus der materiellen Irrationalität, also der sprichwörtlichen Kadijustiz, wenngleich besonders in denjenigen Rechtsgebieten, in denen ein Einfluss des *civil law* fühlbar sei, formelle Rationalität des logischen Typs durchaus vorkomme.[46] Allerdings seien die Richter des *common law* Meister darin, hinter ihren formalen Argumentationen die tatsächlich wirksamen materiellen Erwägungen zu verdecken.[47] Rheinstein stellte dem „anglo-amerikanischen Recht" aber nicht nur das paradoxe Attest gleichzeitiger Rationalität und Irrationalität aus; er bemühte sich auch, den begrifflichen Unter-

[41] *Lawson,* The Rational Strength of English Law, S. 12 ff.
[42] *Lawson,* The Rational Strength of English Law, S. 37 und 76 ff.
[43] *Lawson,* The Rational Strength of English Law, S. 79.
[44] *Lawson,* The Rational Strength of English Law, S. 147.
[45] *Rheinstein,* Introduction, S. lv f.
[46] *Rheinstein,* Introduction, S. li.
[47] *Rheinstein,* Introduction, S. lvi.

schied zwischen formeller und materieller Rechtsrationalität zu relativieren. Beiden Rationalitätstypen sei gemeinsam, dass sie sich logischer Operationen bedienten, während der eigentliche Unterschied in der Art der verwendeten Prämissen liege – also darin, ob eher auf Begriffe des Rechtssystems oder in der Gesellschaft vorfindbare Interessen rekurriert werde.[48]

Im Rahmen ihres groß angelegten Vergleichs des englischen und des US-amerikanischen Rechts stellten Patrick Atiyah und Robert Summers ebenfalls eine Unterscheidung in den Mittelpunkt, die eine gewisse Nähe zu den Weber'schen Idealtypen der formellen und der materiellen Rationalität aufweist. Die beiden Rechte ähnelten sich nur oberflächlich und unterschieden sich insofern stark, als ihnen zwei entgegengesetzte „visions of law" – damit sind unbewusste rechtstheoretische Überzeugungen gemeint – zugrunde lägen.[49] Das US-amerikanische Rechtsdenken sei tendenziell eher „substantive", insofern als moralischen, politischen oder ökonomischen Erwägungen im Prozess der Rechtsfindung ein erhebliches Gewicht zukomme. Im englischen Rechtssystem ließen sich dagegen sämtliche Merkmale einer „formal vision of law" nachweisen, weil Entscheidungen allein auf das tatsächlich geltende Recht gestützt würden und andere Gesichtspunkte, die bei der Lösung eines Falles zum Tragen kommen könnten, aus dem juristischen Diskurs ausgeschlossen seien. Der Formalismus des englischen Rechts zeige sich beispielsweise in der großen Wertschätzung für Rechtsnormen: Gesetzesrecht werde ganz überwiegend im Einklang mit dem Wortlaut interpretiert und die Entscheidungsregeln des Fallrechts würden relativ strikt befolgt. Insgesamt sei die Rechtsanwendung deshalb unparteiischer und vorhersehbarer als in den USA.[50]

Patrick Atiyah erblickte in dem Formalismus des englischen Rechts jedoch keineswegs einen Garanten für Rationalität. Im Gegenteil verhindere der verbreitete sklavische Gehorsam gegenüber alten Präjudizien (beziehungsweise die Möglichkeit, im Wege des *distinguishing* willkürlich von unliebsamen Vorentscheidungen abzuweichen) eine offene Auseinandersetzung mit der Frage, ob eine überlieferte Regel einen vernünftigen Zweck verfolge.[51] Die konsistenzstiftende Wirkung einer *authority* werde mit einem Verlust an *reason* erkauft.[52] Gleichzeitig führe der für das englische Rechtsdenken typische Pragmatismus nicht nur zu ad-hoc-Dezisionen, deren Auswirkungen auf künftige Fallgestaltungen nicht bedacht würden;[53] er bedinge auch, dass englische Richter und Rechtslehrer geradezu eine Aversion gegenüber juristi-

---

[48] *Rheinstein,* Introduction, S. liv.

[49] *Atiyah/Summers,* Form and Substance in Anglo-American Law, S. 1. Zu dem Begriff der „vision of law" siehe a. a. O., S. 411.

[50] *Atiyah/Summers,* Form and Substance in Anglo-American Law, S. 409 ff.

[51] *Atiyah,* Pragmatism and Theory in English Law, S. 98.

[52] *Atiyah,* Pragmatism and Theory in English Law, S. 94.

[53] *Atiyah,* Pragmatism and Theory in English Law, S. 102.

scher Theoriebildung hegten.[54] Wenn Entscheidungen überhaupt auf eine begrifflich-theoretische Grundlage gestellt würden, so setzten sich viele Richter mit diesen nur halbherzig auseinander oder klammerten sich an schwache, pseudo-logische Konstruktionen.[55] Deshalb versänken englische Richter immer wieder in tiefstem Begriffsmorast. Es sind also Defizite in der juristischen Begründung, die Atiyah dafür verantwortlich macht, dass das englische Recht oft den Eindruck äußerster Irrationalität hinterlasse.[56]

Lawsons Untersuchung der methodischen Qualitäten des englischen Rechts anhand der Analyse zentraler Rechtsgebiete ist ein Einzelfall geblieben. Im Gegensatz zu Weber war ihm jedoch weniger daran gelegen, das Vorkommen bestimmter gedanklicher Operationen in der Jurisprudenz zu analysieren. Sein Begriff der Rationalität steht dem der Effizienz nahe, und seine Botschaft lautet, dass das moderne englische Recht sich in dieser Hinsicht durchaus mit den wichtigen kontinentaleuropäischen Rechtsordnungen messen könne.

Die von Rheinstein in ihrer Bedeutung relativierte sowie von Atiyah und Summers wieder aufgenommene Unterscheidung zwischen formellem und materiellem Rechtsdenken erfasst dagegen eine wichtige Dimension juristischer Methode, wenngleich nicht diejenige, die sich für die Beschreibung der Differenz zwischen englischem und kontinentalem Rechtsdenken als tauglich erweist. Denn die Präferenz eines Rechtssystems entweder für begriffliche oder für interessenbezogene Argumente verdeutlicht nur, bis zu welchem Punkt ein Abdriften in sachbezogene Erörterungen erlaubt ist, beziehungsweise wann die in den Begriffen geronnenen und gegebenenfalls verdeckten Interessenbewertungen zur juristischen Begründung genügen müssen.[57] Zwar ist die Einordnung einer Rechtsordnung auf einer Skala von Selbstbezug zu Fremdbezug, oder wahlweise von einem positivistischen zu einem nichtpositivistischen Rechtsbegriff, von hohem Interesse für die Methodenvergleichung.[58] Mit ihr allein lässt sich die Andersartigkeit der juristischen Arbeitsweise in England indes nicht erfassen. Das gilt schon insoweit, als auch auf dem europäischen Festland keine ungebrochene Entwicklung hin zu begrifflich-konstruktiver Systematik feststellbar ist, sondern es seit der Begründung der europäischen Rechtstradition immer wieder gegenläufige Tendenzen gegeben hat, welche die Rechtswissenschaft zu einer stärkeren Berücksichtigung wirtschaftlicher oder sozialer Bedürfnisse gedrängt haben. Insofern

---

[54] *Atiyah,* Pragmatism and Theory in English Law, S. 4.

[55] *Atiyah,* Pragmatism and Theory in English Law, S. 100 f.

[56] *Atiyah,* Pragmatism and Theory in English Law, S. 99.

[57] Vgl. *Luhmann,* Das Recht der Gesellschaft, S. 393 ff.

[58] So geht etwa *Schröder,* Recht als Wissenschaft, davon aus, die Entwicklung der juristischen Methode habe in engem Zusammenhang mit der Entwicklung des Rechtsbegriffs gestanden, und beginnt deshalb die Darstellung einer jeden methodengeschichtlichen Epoche mit einem Abschnitt über die Rechtsquellenlehre.

ließe sich die europäische Rechtsgeschichte als ein ständiges Abwechseln mehr begriffsbezogener und mehr zweckorientierter Phasen deuten.[59] Darüber hinaus ist die Dichotomie in ihrer Aussagefähigkeit auch deshalb beschränkt, weil sie nur die Herkunft zulässiger Argumente ins Visier nimmt und nicht deren spezifische Form. Auch wenn man die These von Atiyah und Summers, das englische Recht zeichne sich durch eine „formal vision of law" aus, akzeptiert, so bleibt doch die Frage: In welcher Weise unterscheidet sich diese von der „formalen Rationalität" des kontinentaleuropäischen Rechts?

2. Die rechtsvergleichende Orthodoxie: *common law* und *civil law* als Methodendualismus

Die Andersartigkeit der beiden großen „westlichen" Rechtstraditionen der Welt, des auf den Fundamenten des römischen Rechts ruhenden *civil law* Kontinentaleuropas, Südamerikas und Ostasiens sowie des eigenständig auf englischem Boden gewachsenen und von dort in die ehemaligen Kolonien des britischen Weltreiches verbreiteten *common law,* bildete die wichtigste Herausforderung für die Rechtsvergleichung des 20. Jahrhunderts.[60] Auf dem Pariser Rechtsvergleichungskongress von 1900 wurde sogar noch in Zweifel gezogen, ob sich die beiden Systeme überhaupt sinnvoll miteinander vergleichen lassen, weil sie nicht auf gleicher Entwicklungsstufe stünden.[61] Auch wenn sich diese Differenz in den zeitgenössischen Bemühungen um eine Vereinheitlichung des Rechts in Europa und der Welt erneut aktualisiert, ist eine Annäherung der beiden Rechtskreise heute kaum mehr zu übersehen.

Die Vertreter der sogenannten Konvergenzthese[62] finden ihre eindrucksvollsten Belege in der jüngeren Rechtsentwicklung Englands und Deutschlands. So lässt sich im Mutterland des *common law* seit geraumer Zeit ein enormes Anwachsen des Gesetzesrechts feststellen; gleichzeitig haben sich dort die Richter von der streng am Wortlaut haftenden Interpretationsweise gelöst und beziehen nun parlamentarische Materialien oder Zweckerwägungen in die

---

[59] Vgl. *H. Kantorowicz,* Die Epochen der Rechtswissenschaft, S. 1 ff.

[60] *Martinek,* Wissenschaftsgeschichte der Rechtsvergleichung und des Internationalen Privatrechts in der Bundesrepublik Deutschland, S. 560.

[61] Siehe die Nachweise bei *Michaels,* Im Westen nichts Neues?, S. 101 f.

[62] Zum Folgenden siehe *Reimann,* Die Erosion der klassischen Formen, S. 209; vgl. daneben auch *Glenn,* La civilisation de la common law, S. 567. *Markesinis,* Learning from Europe and Learning in Europe, S. 20 ff., geht zumindest von einer zunehmenden Europäisierung des englischen Rechts aus. Die Wandlungen der Gesetzesinterpretation in England beschreibt eingehend *Vogenauer,* Die Auslegung von Gesetzen in England und auf dem Kontinent, S. 963 ff.; zur Abschwächung der Präjudizienbindung siehe *dens*., Zur Geschichte des Präjudizienrechts in England, S. 74 f. Den Aufstieg der englischen Rechtswissenschaft stellt *Braun,* Giudici e Accademia nell' esperienza inglese, S. 64 ff., ausführlich dar.

Auslegung mit ein. Überdies ist auch die starre Bindung der Gerichte an die eigenen Vorentscheidungen allmählich erodiert und die Anwendung von Präjudizien wird wesentlich flexibler gehandhabt. Demgegenüber hat in Deutschland das Fallrecht stark an Bedeutung gewonnen; insbesondere ist heute die richterliche Befugnis zur Rechtsfortbildung anerkannt, ebenso eine *de facto*-Bindung an höchstinstanzliche Entscheidungen. Dem Kompetenzzuwachs der deutschen Richterschaft entspricht wiederum ein größerer Einfluss der englischen Rechtslehrer, der sich in einer Zunahme von Literaturzitaten in Urteilen sowie in der größeren Verbreitung eines juristischen Studiums vor Beginn der praktischen Ausbildung zu den Anwaltsberufen zeigt. Das englische Recht hat sich in jüngster Zeit auch dadurch deutschen Verhältnissen angenähert, dass es möglich geworden ist, Fallrecht, Parlamentsgesetze und Verwaltungsentscheidungen am Maßstab positivierter Menschenrechte zu überprüfen. Schließlich wurden beide Rechtsordnungen in tiefgreifender Weise vom Recht der Europäischen Union beeinflusst, weswegen es zu Transplantationen von Rechtsinstituten kam, die der aufnehmenden Rechtsordnung vormals wesensfremd waren,[63] und weshalb die – zumindest oberflächliche – Inhaltsgleichheit ganzer Teilrechtsgebiete heute keine Seltenheit mehr ist.

Soweit angesichts dieses Befundes überhaupt noch an der Unterscheidung von *civil law* und *common law* festgehalten werden kann[64] und diese nicht lediglich mit der inhaltlichen Abweichung einzelner Regelungen voneinander begründet werden soll, bleibt nur die Zuspitzung der ursprünglichen Serie von Dichotomien (Fallrecht *versus* Gesetzesrecht; „seamless web“[65] hier, kodifikatorische Einschnitte dort) auf einen Dualismus des Rechtsdenkens.

Dies wird am Beispiel der nach wie vor einflussreichen[66] „Einführung in die Rechtsvergleichung“ von Konrad Zweigert und Hein Kötz deutlich. Ihre Verfasser verteidigen die Einteilung der Rechte der Welt in verschiedene Kreise oder Stile und schlagen dafür gewisse „Stilelement[e]“[67] vor, zu denen sie neben der geschichtlichen Entwicklung und gewissen idiosynkratischen

---

[63] Man denke beispielsweise an die Inkorporation des römischrechtlichen Prinzips der *bona fides* in den englischen Unfair Contract Terms Act.

[64] *Gordley,* Common law und civil law: Eine überholte Unterscheidung, S. 498, findet es „ganz und gar falsch“, heute noch von einem fundamentalen Unterschied zwischen den beiden Systemen zu sprechen. Er begründet dies damit, dass das *common law* im 19. Jahrhundert vollkommen umorganisiert worden sei und dabei kontinentaleuropäische dogmatische Kategorien wie Vertrag und Delikt die alten Einteilungen nach den *forms of action* verdrängt hätten. Die dabei noch verbliebenen Strukturunterschiede seien im 20. Jahrhundert nach und nach abgeschafft worden. Seine Beispiele beziehen sich jedoch – abgesehen vom Vertragsrecht und Deliktsrecht des 19. Jahrhunderts – überwiegend auf das US-amerikanische Recht.

[65] *Maitland,* A Prologue to a History of English Law, S. 13.

[66] *Legrand,* Paradoxically, Derrida, S. 632, spricht dem Werk eine „authoritatively dominant position within the field“ zu.

[67] *Zweigert/Kötz,* Einführung in die Rechtsvergleichung, S. 69.

Rechtsfiguren insbesondere die juristische Denkweise zählen.[68] Als Beispiel führen Kötz und Zweigert die Opposition zwischen dem abstrakten Denken in Institutionen auf dem europäischen Festland sowie dem konkreten, lebenszugewandten Problemlösungsdenken auf den britischen Inseln an. Während sich die eine Technik durch begriffliche Zergliederung auszeichne, gehe es bei der anderen um das Distinguieren von Fallgruppen; Systemfreudigkeit und die lange Zeit herrschende Vorstellung von der Lückenlosigkeit des Rechtssystems stünden einem vorsichtigen Tasten von Entscheidung zu Entscheidung und einer „tiefe[n] Skepsis gegen jede dürre Generalisierung“[69] gegenüber.[70]

Als Erklärung für die unterschiedlichen Denkhaltungen bieten Zweigert und Kötz zunächst amüsante Beobachtungen zum Nationalcharakter an: Der kontinentale Mensch neige zur Planung und wolle alles im Voraus regeln; der Engländer sei dagegen improvisatorisch veranlagt und ringe sich erst dann zu einer Entscheidung durch, wenn das Leben dies von ihm verlange.[71] Später knüpfen sie an Webers Rechtshonoratiorenthese an, die besagt, dass diejenige soziale Gruppe, welche die Führungsrolle in der Rechtsentwicklung übernehmen konnte und die das Monopol für die juristische Ausbildung innehat, eine spezifische Denkweise hervorbringt und damit dem Rechtssystem insgesamt ihren Stempel aufdrückt. Weber unterschied idealtypisch zwischen einer empirisch-handwerklichen Behandlung des Rechts durch Rechtspraktiker sowie einer theoretisch-wissenschaftlichen Bearbeitung durch Rechtslehrer.[72] Dies deckt sich insofern mit dem von Zweigert und Kötz postulierten Methodendualismus, als auf dem europäischen Festland für die juristische Ausbildung stets das Universitätsstudium von zentraler Bedeutung gewesen sei und diese daher „immer einen mehr oder weniger praxisfremden und theoretischen Charakter gehabt“ habe.[73] Die englische Juristenelite habe sich dagegen von Alters her aus Richtern und Anwälten zusammengesetzt, weshalb der englische Jurist seine Rechtskenntnisse bis ins 19. Jahrhundert hinein ausschließlich durch die Teilnahme an Gerichtssitzungen und durch Probeauftritte in fingierten Verhandlungen an den *Inns of Court* erworben habe.[74]

Kötz und Zweigert warnen allerdings davor, den Methodendualismus zu einem unüberbrückbaren Gegensatz zu überhöhen; in Rede stünden vielmehr bloße „Neigungen und Tendenzen“.[75] Dennoch verdichten sich diese ihrer Ansicht nach zu einem Stilmerkmal, das zur Einteilung der Welt in Rechts-

---

[68] *Zweigert/Kötz,* Einführung in die Rechtsvergleichung, S. 67.
[69] *Zweigert/Kötz,* Einführung in die Rechtsvergleichung, S. 69.
[70] *Zweigert/Kötz,* Einführung in die Rechtsvergleichung, S. 68 f., 177, 252 f. und 263 ff.
[71] *Zweigert/Kötz,* Einführung in die Rechtsvergleichung, S. 69.
[72] *M. Weber,* [Die Entwicklungsbedingungen des Rechts], S. 476 ff.
[73] *Zweigert/Kötz,* Einführung in die Rechtsvergleichung, S. 188.
[74] *Zweigert/Kötz,* Einführung in die Rechtsvergleichung, S. 188 ff.
[75] *Zweigert/Kötz,* Einführung in die Rechtsvergleichung, S. 253.

kreise wesentlich tauglicher erscheint als die Dominanz einer bestimmten Rechtsquelle:

„Wichtiger [als die Bedeutung des kodifizierten Gesetzesrechts] ist die Frage, wie und von wem der juristische Stoff geordnet und kritisch analysiert, seine wesentlichen Grundgedanken ans Licht gehoben, Widersprüche aufgedeckt und Vorschläge zur Fortbildung des Rechts entwickelt werden“[76]

– womit eine Umschreibung dessen gegeben ist, was in Deutschland als „Rechtsdogmatik“ bezeichnet wird.

Die komparatistische Antwort auf diese Frage fiel für England bislang ambivalent aus: Im Hinblick auf die Herausarbeitung der „wesentlichen Grundgedanken“ des Rechts, also die Bildung allgemeiner Rechtsprinzipien, gestand man den Juristen des *common law* schon immer eine gewisse Überlegenheit zu. Spätestens seit Josef Essers gedankenreicher, wenngleich manchmal etwas schwer verständlicher[77] Studie „Grundsatz und Norm in der richterlichen Fortbildung des Privatrechts“[78] erhofften sich manche deutschen Juristen von der englischen beziehungsweise US-amerikanischen[79] Methode der Prinzipienermittlung sogar Impulse für die Erneuerung ihrer heimischen Dogmatik. Dabei nahmen sie nicht selten die Behauptung englischer Richter für bare Münze, wonach die Rechtsprinzipien bereits unabhängig von ihrer Anwendung existierten und von den Richtern entweder im Wege eines Induktionsschlusses erkannt werden müssten[80] oder sich in einer Kette von Entscheidungen als „durchlaufende Sachgesetzlichkeiten“[81] fragmentarisch abzeichneten. Ein auf diese Weise gefundenes Rechtsprinzip könne zur Entscheidung neuer Fälle verwendet werden, wobei dadurch seine Geltung noch einmal verstärkt werde.[82] Zusätzlich zögen englische Richter allgemeine Rechtsgrundsätze zur systematischen Auslegung von Gesetzen und zum Judizieren *contra legem* heran.[83]

Andererseits ist gerade in der besonders sorgfältigen, auch gegenläufige Präjudizien eingehend berücksichtigenden Prinzipienermittlung ein Beleg für die Skepsis englischer Juristen gegenüber vorschnellen Generalisierungen

---

[76] *Zweigert/Kötz,* Einführung in die Rechtsvergleichung, S. 264.

[77] *Köndgen,* Josef Esser – Grenzgänger zwischen Dogmatik und Methodologie, S. 113.

[78] *Esser,* Grundsatz und Norm in der richterlichen Fortbildung des Privatrechts.

[79] Essers Beschreibung bezog sich ganz überwiegend auf das US-amerikanische Recht; *Fikentscher,* Methoden des Rechts in vergleichender Darstellung. Band II, S. 83, war sogar der Auffassung, im Gegensatz zur US-amerikanischen komme die englische Rechtsordnung ohne Rechtsprinzipien aus. Ausführlich analysiert hat das Prinzipiendenken englischer Gerichte und Rechtslehrer dagegen *Metzger,* Extra legem, intra ius, S. 193 ff.

[80] *Metzger,* Extra legem, intra ius, S. 201 ff.

[81] *Esser,* Grundsatz und Norm in der richterlichen Fortbildung des Privatrechts, S. 284.

[82] *Metzger,* Extra legem, intra ius, S. 207.

[83] *Vogenauer,* Die Auslegung von Gesetzen in England und auf dem Kontinent, S. 976; *Metzger,* Extra legem, intra ius, S. 208 ff. und S. 214 ff.

und damit letztlich eine dogmatikfeindliche Tendenz gesehen worden.[84] Es dürfe angesichts der manchmal überraschend weitreichenden Grundsätze nicht vergessen werden, dass auch derartige Verallgemeinerungen einzelnen Fällen entlehnt seien und deshalb eine größere Tatsachennähe aufwiesen als die meisten Gesetzesvorschriften kontinentaler Rechtsordnungen.[85]

Was freilich die Ordnung des juristischen Wissens und die Vermeidung von Widersprüchen im Recht angeht, so nahmen sich die Ansätze zu einem Begriffs- und Systemdenken in vergleichender Perspektive äußerst bescheiden aus. Dieses Defizit führten Rechtsvergleicher auf den forensischen Ursprung des *common law* sowie das späte Auftreten der englischen Rechtswissenschaft zurück. Die Begriffe des englischen Rechts seien im Gerichtsverfahren entstanden; in diesem ginge es naturgemäß darum, die eng umgrenzten Probleme des jeweiligen Rechtsstreits zu lösen.[86] Deswegen könne der Richter es sich erlauben, auf trennscharfe Definitionen zu verzichten und sich mit partiellen Bestimmungen des Begriffsumfanges zu begnügen, solange die augenblickliche Rechtsfrage beantwortet werden könne.[87] Dies habe außerdem dazu geführt, dass englische Rechtsbegriffe nur einen wesentlich geringeren Abstraktionsgrad erlangt hätten und allgemeine Oberbegriffe geradezu als nutzlos angesehen würden.[88] Da die Rechtsstreitigkeiten nicht nach einem methodischen Plan vor die Gerichte gebracht würden, fiele es Richtern auch schwerer, die von ihnen verwendeten Begriffe zueinander in logische Relationen zu setzen; stattdessen stünden oft Begriffe unterschiedlicher Abstraktionshöhe nebeneinander.[89] Deshalb sei auch nie eine bessere Möglichkeit gefunden worden, die Begriffe des *common law* zu ordnen, als das Alphabet.[90] Erst recht hätten sich die englischen Juristen – trotz ihres ausgefeilten Prinzipiendenkens – nie bemüht, die allgemeinen Rechtsgrundsätze zu einem „inneren System" zusammenzufügen.[91]

Hein Kötz behauptete nicht nur, der englische Richter verliere das Interesse an systematischen Fragen, sobald seine praktische Aufgabe gelöst sei; nach

---

[84] *Zweigert/Kötz,* Einführung in die Rechtsvergleichung, S. 263; *Metzger,* Extra legem, intra ius, S. 201 f., 218 und 220.

[85] *Fikentscher,* Methoden des Rechts in vergleichender Darstellung. Band II, S. 463, wiederum zum US-amerikanischen Recht.

[86] *Zajtay,* Begriff, System und Präjudiz in den kontinentalen Rechten und im Common Law, S. 109.

[87] *Lawson,* The Rational Strength of English Law, S. 66.

[88] *Weir,* The Common Law System, 2-84 (S. 78); *Zajtay,* Begriff, System und Präjudiz in den kontinentalen Rechten und im Common Law, S. 111.

[89] *Zajtay,* Begriff, System und Präjudiz in den kontinentalen Rechten und im Common Law, S. 109; *Weir,* The Common Law System, 2-84 (S. 78).

[90] *Rudden,* Torticles, S. 110 („The truth is […] that the alphabet is virtually the only instrument of intellectual order of which the common law makes use").

[91] *Metzger,* Extra legem, intra ius, S. 218.

seiner Ansicht enthält sich der englische Jurist darüber hinaus schon jeglicher systematischer Spekulation, solange nicht der Ernstfall eines Rechtsstreits eingetreten sei.[92] Dies mache ihn „in hohem Maße tolerant gegenüber einem Defizit an Ordnung und System".[93] Tony Weir, dessen Artikel „The Common Law System" in der „International Encyclopedia of Comparative Law" darauf hinauslief, dass der Engländer eine systematische Ordnung des Rechts gar nicht anstrebe, argumentierte, aus der Teilnehmerperspektive des englischen Praktikers seien begriffliche Einteilungen eher hinderlich. Das Fehlen eines Systems müsse nicht notwendig effizienzmindernd sein:

„A grimy and patched machine may operate very well, chaotic kitchens can produce good food, and if the index to a book is complete and accurate, it may not matter that the table of contents discloses profound disorder."[94]

Bis in die jüngste Zeit ging die Rechtsvergleichung davon aus, dass englische Universitätsjuristen allenfalls einzelne Urteile kritisieren, sich jedoch Vorschlägen zur Weiterentwicklung des Rechts größtenteils enthalten. Die Jurisprudenz, behauptete Stefan Vogenauer, beziehe ihre Legitimation in erster Linie aus der Lehre und huldige einem positivistischen Rechtsbegriff. Solange ein Problem nicht Gegenstand eines konkreten Rechtsstreits geworden und von den Gerichten autoritativ gelöst worden sei, bliebe englischen Universitätsjuristen nichts anderes übrig als abzuwarten.[95]

Vielleicht ist es kein Zufall, dass gerade diejenigen deutschen Rechtswissenschaftler sich der Methode des *common law* zuwendeten, die in einem kritischen Verhältnis zur traditionellen Zivilrechtsdogmatik standen und eher zu einem offenen Problemdenken tendierten. So konstatierte beispielsweise Esser in seinem Vortrag über „Möglichkeiten und Grenzen des dogmatischen Denkens im modernen Zivilrecht"[96] die „Misere einer überdogmatisierten Praxis, die ihre eigenen Regeln nicht einzuhalten bereit ist".[97] Die Präjudizientechnik zog er als Beweis dafür heran, dass ein Recht auf „Systemdoktrinen" durchaus verzichten könne, ohne einen Verlust an Stabilität und Kontrollmöglichkeiten zu erleiden.[98] Kötz sympathisierte ebenfalls offen mit dem angeblichen englischen Methodenpragmatismus und erhob das Sprichwort „We will cross the

---

[92] *Kötz,* Rechtsvergleichung und Rechtsdogmatik, S. 80.

[93] *Kötz,* ebd.

[94] *Weir,* The Common Law System, 2-82 (S. 77).

[95] *Vogenauer,* Vorsprung durch Technik, S. 500 und 503 f.

[96] *Esser,* Möglichkeiten und Grenzen des dogmatischen Denkens im modernen Zivilrecht, S. 97.

[97] *Esser,* Möglichkeiten und Grenzen des dogmatischen Denkens im modernen Zivilrecht, S. 120.

[98] *Esser,* Möglichkeiten und Grenzen des dogmatischen Denkens im modernen Zivilrecht, S. 115 und 124.

bridge when we come to it“[99] beinahe zu seinem Lebensmotto. Auch wenn er die Ordnungsleistung der Rechtsdogmatik und den daraus erwachsenden didaktischen Nutzen durchaus anerkannte,[100] sah er die deutsche Rechtswissenschaft in ständiger Gefahr, in eine spitzfindige Technik oder ein gelehrtes Glasperlenspiel zu entarten.[101] Andererseits finden Weirs pointierte komparatistische Ausführungen ihre methodologische Entsprechung in seiner selbst für englische Verhältnisse extremen Skepsis gegenüber der Möglichkeit, das Fallrecht zu ordnen. Wie tendenziös seine Sicht der Dinge ist, mag man vielleicht daran ablesen, dass er in einem langen akademischen Leben neben einem *casebook* und einem Kurzlehrbuch zum Deliktsrecht, das vollständig auf Systematisierungsversuche verzichtet, ganz überwiegend *case notes* publiziert hat, die für ihre sarkastischen Bemerkungen bekannt wurden.

Jedenfalls zeichnen sich all diese Beschreibungen des englischen Rechtsdenkens durch eine merkwürdige Inkongruenz aus: Sie wollen die fremde Methodik am Maßstab des deutschen Verständnisses von Rechtsdogmatik messen, richten ihren Blick aber fast ausschließlich auf das Verfahren der richterlichen Fallentscheidung. Obwohl auch deutsche Juristen in Bezug auf ihr eigenes Recht dogmatische Erkenntnisse und Vorschläge nicht in erster Linie von der Rechtsprechung, sondern von der Rechtswissenschaft erwarten würden, befanden Rechtsvergleicher die englische Rechtswissenschaft offenbar einer näheren Betrachtung nicht für würdig. Es genügte die Erklärung, der Unterricht im englischen Recht sei ein verhältnismäßig junges Phänomen und die englischen Rechtslehrer würden auch innerhalb Englands kaum wahrgenommen.[102] So konnte man sich darauf zurückziehen, den undogmatischen Charakter des englischen Rechtsdenkens mit dem so geläufigen wie eingängigen Topos zu erklären, das englische Recht sei eine Dezisionensammlung, die kein System erzeuge.

Erst in den letzten Jahren hat sich die Rechtsvergleichung der englischen Wissenschaftsgeschichte angenommen und dabei Gemeinsamkeiten des insularen Rechtsdenkens mit der dogmatischen Tradition des Kontinents festgestellt. Reinhard Zimmermann hat in seinem Eröffnungsaufsatz für die Zeitschrift für Europäisches Privatrecht – ebenfalls durchaus programmatisch betitelt mit „Der europäische Charakter des englischen Rechts“ – die Vorstel-

---

[99] *Zweigert/Kötz,* Einführung in die Rechtsvergleichung, S. 69.

[100] *Kötz,* Rechtsvergleichung und Rechtsdogmatik, S. 78 f.

[101] *Zweigert/Kötz,* Einführung in die Rechtsvergleichung, S. 21; an anderer Stelle, a. a. O., S. 44, sprechen Zweigert und Kötz von einem „hochgezüchteten Lehr- und Dogmengebäude“; siehe auch ihr Urteil über die Dogmatik des gemeinen Rechts, a. a. O., S. 140: „spitzfindige Scholastik und juristisches Glasperlenspiel“. Diese Bewertung wiederholt sich in dem ironisch distanzierten Titel der Aufsatzsammlung *Kötz,* Undogmatisches.

[102] *Lawson,* The Rational Strength of English Law, S. 27; *Weir,* The Common Law System, 2-83 (S. 77).

lung von der fundamentalen Andersartigkeit des englischen Rechts attackiert, indem er zahlreiche historische Verbindungslinien zwischen englischer und europäischer Rechtsentwicklung nachzeichnete. Beispielsweise sei das anglonormannische Recht schon sehr früh mit der in Oberitalien aufblühenden Rechtsgelehrsamkeit in Berührung gekommen. So sei bereits bei Bracton eine Orientierung an den Begriffen und der systematischen Ordnung des römischen Rechts nachweisbar. Bracton habe mit seiner Rechtsaufzeichnung eine systematische Tradition begründet, die darauf abzielte, „das common law intellektuell beherrschbar zu machen und als in sich kohärentes Ganzes auszuweisen".[103] In dieser Tradition sei ihm Matthew Hale nachgefolgt, der sich darum bemüht habe, das englische Recht nach dem Vorbild des gemeinen Rechts in seinem Gesamtzusammenhang zu skizzieren.[104] Schließlich habe William Blackstone mit seinen „Commentaries" ein englisches Äquivalent zu den Institutionenlehrbüchern des *Usus modernus pandectarum* geschaffen und zur Einteilung des Rechtsstoffs auf das Gaius-Schema zurückgegriffen.[105] Weil England in ständigem Kontakt mit den Ideen und Konzepten, aber auch den philosophischen Grundlagen der kontinentalen Rechtslehre gestanden habe,[106] vergleicht Zimmermann das englische Recht mit einem „eher entlegenen Seitenarm im Strom des europäischen Gemeinrechts".[107]

Hervorzuheben sind auch die Arbeiten von Alexandra Braun[108] über das Verhältnis von Rechtswissenschaft und Rechtsprechung in England. Sie weist auf das in den letzten dreißig Jahren stark gestiegene Ansehen der Rechtswissenschaft sowie auf die veränderte Einstellung akademischer Juristen zur Richterschaft hin. Braun sieht Anzeichen dafür, dass sich der berufliche Schwerpunkt englischer Universitätsjuristen immer mehr von der Lehre zur Forschung verschiebt[109] und führt an, dass in diesem Zusammenhang die Rationalisierung des *case law,* die Definition von Begriffen und die Erfindung neuer *doctrines* eine wesentliche Rolle spielen.[110] Die Rechtslehrer scheuten sich inzwischen auch nicht mehr, deutliche Kritik an der Rechtsprechung zu üben.[111] Ihre Analyse der jüngeren Entwicklung des *law of restitution* liefert ein Beispiel für ein Gebiet, in dem die systematische Analyse des alten Fallrechts neue Prinzipien, Begriffe und Einteilungen hervorbrachte, die

---

[103] *Zimmermann,* Der europäische Charakter des englischen Rechts, S. 16.

[104] *Zimmermann,* Der europäische Charakter des englischen Rechts, S. 15 f.

[105] *Zimmermann,* Der europäische Charakter des englischen Rechts, S. 17 ff.

[106] *Zimmermann,* Der europäische Charakter des englischen Rechts, S. 8 f.

[107] *Zimmermann,* Der europäische Charakter des englischen Rechts, S. 21.

[108] *Braun,* Giudici e Accademia nell' esperienza inglese; *dies.,* Judges and Academics, S. 227 ff.

[109] *Braun,* Giudici e Accademia nell' esperienza inglese, S. 199 ff.

[110] *Braun,* Giudici e Accademia nell' esperienza inglese, S. 375 ff. und 379 ff.; *dies.,* Professors and Judges in Italy, S. 667.

[111] *Braun,* Giudici e Accademia nell' esperienza inglese, S. 220 ff., insb. S. 225 f.

später Eingang in die Rechtsprechung fanden.[112] Weil Professoren sich mit ihren Aufsätzen und Lehrbüchern verstärkt an die Praxis wendeten und Richter in ihren Urteilen zunehmend wissenschaftliche Literatur zitierten, könne man heute – so wie traditionell für Deutschland oder Italien – von einem Dialog sprechen.[113]

Zeichnet sich also zu guter Letzt auch eine Konvergenz der juristischen Denkstile ab? Offenbar scheinen selbst Zweigert und Kötz dieser Auffassung zu sein, denn die zunächst deutlich auf die Betonung von Unterschieden bedachten Ausführungen in ihrem methodenvergleichenden Kapitel aus der „Einführung in die Rechtsvergleichung" schließen sie mit der Bemerkung, in den kontinentaleuropäischen Rechtsordnungen setze sich zunehmend ein undogmatisches, problemorientiertes Denken durch, während sich gleichzeitig im *common law* das Bedürfnis melde, „das gewachsene richterliche Regelrecht durch […] wissenschaftliche Analyse in eine systematische Ordnung zu bringen, um es dadurch beherrschbarer und übersichtlicher zu machen". Die beiden Rechtsvergleicher sehen daher einigen „Grund zu der Annahme, daß von entgegengesetzen Ausgangspunkten her Common Law und Civil Law auch in ihren juristischen Methoden und Techniken allmählich näher zusammenwachsen werden".[114]

Der solchermaßen gestärkten Konvergenzthese setzt Pierre Legrand seit zwei Jahrzehnten unermüdlich seine Auffassung von der vollkommenen Andersartigkeit des *common law* entgegen. Er ist davon überzeugt, dass eine Annäherung der beiden Systeme allenfalls an der Oberfläche wahrgenommen werden könne, während tiefere Schichten der Rechtskultur, die er mit Wörtern wie „mentalité",[115] „epistemological framework"[116] oder „legal sensibility"[117] bezeichnet, unüberbrückbare Differenzen aufwiesen. Auch für ihn sind Unterschiede in der juristischen Denkweise maßgeblich.[118] Das französische Recht sei gekennzeichnet durch eine alles überstrahlende Wertschätzung für Klarheit und Stabilität, Ordnung und Kohärenz. Damit verbinde sich ein Verständnis des Rechts als einer Wissenschaft, der es darum gehe, die farbige Welt auf das rechtlich Relevante zu reduzieren und Irregularitäten mit Hilfe von Begriffen

---

[112] *Braun,* Giudici e Accademia nell' esperienza inglese, S. 395 ff.

[113] *Braun,* Giudici e Accademia nell' esperienza inglese, S. 314 ff. und 357 ff.; *Braun,* Judges and Academics, S. 239 ff.

[114] *Zweigert/Kötz,* Einführung in die Rechtsvergleichung, S. 265.

[115] *Legrand,* Comparative Legal Studies and the Matter of Authenticity, S. 376 und 381; *ders*., The Same and the Different, S. 276; *ders.,* Antivonbar, S. 31.

[116] *Legrand,* Alterity: About Rules, for Example, S. 31.

[117] *Legrand,* Alterity: About Rules, for Example, S. 21.

[118] *Legrand,* Paradoxically, Derrida, S. 707 („[…] there is an urgent need to understand how foreign legal communities think about the law, why they think about the law as they do, why they would find it difficult to think about the law in any other way, and how their thought differs from ours").

und Schemata zu unterdrücken. In ihrer Marginalisierung von Tatsachen und ihrem Drang zur Abstraktion nähere sie sich der Mathematik an.[119]

Dagegen zeichnet sich das englische Recht nach Legrands Auffassung gerade durch eine Dominanz des Tatsächlichen aus. Der englische Jurist denke bei einem Fall zuerst an den individuellen Sachverhalt und nicht an allgemeinere Rechtsfragen, die durch ihn möglicherweise aufgeworfen werden. Die Entscheidung eines Rechtsstreits sei so sehr mit den Fakten verwoben, dass sie keine Geltung über diesen hinaus beanspruche. Deshalb könnten weder ein einzelnes Urteil noch eine Urteilskette eine abstrakt-generelle Rechtsregel erzeugen.[120] Das englische Recht operiere demnach nur mit singulären, tatsachenbezogenen Begründungen, sei also „idiographisch", ganz im Gegensatz zum „nomothetischen" Recht des Kontinents.[121] Weitere Konsequenzen dieser ausschließlich empirischen Wahrnehmung der Welt seien die Skepsis gegenüber der Idee subjektiver Rechte sowie die Präferenz für eine Deutung des Rechts als einer Sammlung von Rechtsbehelfen, schließlich ein geschärftes Bewusstsein für die Geschichtlichkeit des Rechts, die seine Systematisierung geradezu verbiete.[122] Legrand will folglich auch nicht von einer englischen Rechtswissenschaft sprechen, sondern von einer Nicht-Wissenschaft, einer „ascience juridique".[123]

Gerade weil die Einwände gegen Legrands „epistemisches Panorama"[124] auf der Hand zu liegen scheinen, muss man sich fragen, ob nicht mehr dahinter steckt als bloße Spinnereien.[125] Selbstverständlich wäre die Bindungswirkung von Präjudizien sinnlos, wenn diese nicht Rechtsnormen als Entscheidungsgründe enthielten, die einen einzigen Anwendungsfall transzendieren können; die Rede englischer Juristen von der „rule" in dieser und den „prin-

---

[119] *Legrand,* Perspectives du dehors sur le civilisme français, S. 176 ff.

[120] *Legrand,* Alterity: About Rules, for Example, S. 27 ff.; vgl. auch *Legrand,* European Legal Systems are not Converging, S. 67 f.

[121] *Legrand,* Antivonbar, S. 30. Diese Wortwahl geht offenbar auf die Wissenschaftsphilosophie des südwestdeutschen Neukantianismus zurück, welche den Naturwissenschaften die Aufgabe zuwies, Gesetzmäßigkeiten aufzudecken, wohingegen die Geschichtsschreibung das Einmalige und Besondere darstellen sollte; siehe *Rickert,* Kulturwissenschaft und Naturwissenschaft, S. 55.

[122] *Legrand,* European Legal Systems are not Converging, S. 65 ff. und 70 f.; *Legrand/Samuel,* Brèves épistémologiques sur le droit anglais tel qu'en lui même, S. 43.

[123] *Legrand/Samuel,* Brèves épistémologiques sur le droit anglais tel qu'en lui même, S. 24.

[124] *Legrand/Samuel,* Introduction au *common law,* S. 59 („Panorama épistémologique").

[125] In Fn. 161 des für seine Verworrenheit und seine aberwitzigen Unterstellungen berüchtigten Aufsatzes *Legrand,* Paradoxically, Derrida, S. 611, erklärt sich Legrand selbst für verrückt („‚Je ne suis pas fou tout seul'").

ciples“ in jener Entscheidung wäre eine grandiose Selbsttäuschung.[126] Ein böswilliger Leser könnte sogar vermuten, dass der franko-kanadische Rechtsvergleicher sich zu solchen Überzeichnungen hinreißen lässt, weil er sich die Rettung einer bedrohten Rechtskultur vor den Gleichsetzungs- und Vereinheitlichungsambitionen der etablierten Rechtsvergleichung auf die Fahnen geschrieben hat.[127] Dass er die Suche nach Unterschieden zum einzig sinnvollen komparatistischen Programm erhebt[128] und die von ihm postulierten Differenzen als „irreducible“[129] hinstellt, ist daher genauso tendenziös wie seine Bestrebungen, die eigenen methodologischen Überzeugungen durch selektive rechtsvergleichende Beobachtungen zu legitimieren. Schließlich lässt sich nicht in Abrede stellen, dass die von ihm entworfenen Rechtsmentalitäten an Holzschnittartigkeit kaum zu überbieten sind und seine Erklärungsangebote für die Verschiedenheit des englischen Rechtsdenkens – nicht anders als diejenigen der etablierten Rechtsvergleichung – wiederum an die angebliche Zentralität der richterlichen Einzelfallentscheidung anknüpfen.

Dennoch könnte es sich als wesentlich fruchtbarer erweisen, nach den methodologischen Ausprägungen einer besonderen englischen Rechtsmentalität zu fragen, als das heimatliche Paradigma der Rechtsdogmatik oder gar das Modell eines Dialoges zwischen Wissenschaft und Rechtsprechung in England wiederfinden zu wollen. Denn die letztgenannte Option lässt nur zwei diametrale Forschungsergebnisse zu: Die euphorisierende Bestätigung, dass die Engländer letztlich genauso denken wie die restliche Gemeinschaft der europäischen Juristen, oder die ernüchternde, ja herabwürdigende Feststellung, das englische Recht sei dogmatisch rückständig. Insofern sollten zumindest Legrands ethische Anforderungen[130] an gute Rechtsvergleichung selbstverständlich sein: nicht den Versuch zu scheuen, ein tieferes Verständnis für das fremde Recht zu gewinnen und sich auf seine Andersartigkeit tatsächlich einzulassen sowie Respekt zu zeigen gegenüber einer fremden Kultur, indem

---

[126] Tatsächlich kanzelt *Legrand,* Alterity: About Rules, for Example, S. 23 f., den etablierten Sprachgebrauch als unmaßgeblich ab. Dies steht im Widerspruch zu seinen sonstigen Einlassungen, das fremde Recht für sich selbst sprechen lassen zu wollen; siehe zum Beispiel *Legrand,* Comparative Legal Studies and the Matter of Authenticity, S. 445. An anderer Stelle geht der Autor jedoch davon aus, das fremde Recht ließe sich nur in der Sprache des Vergleichers erfassen, vgl. *Legrand,* Comparing in Circles, S. 5.

[127] Siehe die Aufrufe zum Rechtskulturschutz von *Legrand,* Against a European Civil Code, S. 44, oder *dems.,* Antivonbar.

[128] *Legrand,* The Impossibility of Legal ‘Transplants’; *ders*., The Same and the Different, S. 271 f.; *ders.,* Comparative Legal Studies and the Matter of Authenticity, S. 453.

[129] *Legrand,* European Legal Systems are not Converging, S. 64 („I argue that the common law mentalité, specifically as it is expressed in England, is irreducibly different from the civil law’s […]“).

[130] *Legrand* versteht seine Auseinandersetzung mit der etablierten Rechtsvergleichung als „ethical in character“, vgl. *dens.,* Paradaoxically, Derrida, S. 655 und 713.

man sich voreiliger Überlegenheitsurteile enthält beziehungsweise eine Instrumentalisierung des Fremden im heimischen Diskurs vermeidet.

3. Das zeitgenössische englische Privatrechtsdenken: Transformation in Differenz

Wer heute nach einer Rechtsdogmatik in England fragt, muss sich vor allem der Avantgarde der Privatrechtswissenschaft an den englischen, aber auch den kanadischen, australischen und neuseeländischen Spitzenuniversitäten zuwenden. Seit den Neunzigerjahren des 20. Jahrhunderts haben sich verschiedene Strömungen herausgebildet, deren gemeinsames Ziel es ist, das Privatrecht als ein kohärentes und sinnvolles Ganzes zu verstehen. Diese Forschungsansätze gehen weit über das dem *common law* typischerweise zugeschriebene Prinzipiendenken hinaus, indem sie sich um klare und verständliche Begriffe, eine übersichtliche Binnengliederung des Rechtsstoffs sowie um moralische Rechtfertigungen für einzelne Regeln oder größere Regelungskomplexe bemühen. Es ist vielleicht nicht übertrieben zu behaupten, dass sich eine ganze Generation junger Privatrechtswissenschaftler auf den Weg gemacht hat, das Privatrecht aus sich selbst heraus neu zu verstehen und, wo dies notwendig erscheint, einfacher und gerechter zu gestalten. Neben Versuchen, einzelne Rechtsgebiete gedanklich zu durchdringen oder das Privatrecht insgesamt neu einzuteilen, hat sich mittlerweile auch eine explizite Methodendiskussion entsponnen, die von der Analyse konkreter rechtlicher Fragestellungen losgelöst ist.[131]

Der Rechtsvergleichung bietet sich daher die Gelegenheit, sowohl die methodologischen Überzeugungen englischer Rechtswissenschaftler als auch ihre Methodenpraxis zu untersuchen. Wenn dabei zu Tage tritt, dass einer der zentralen Begriffe dieser neuen Privatrechtswissenschaft der des subjektiven Rechts ist und die Bildung allgemeiner Teile mittlerweile als ein verheißungsvolles Mittel der Strukturierung des Rechtsstoffs angesehen wird, so zeigen sich damit auf den ersten Blick frappierende Ähnlichkeiten zur deutschen Rechtsdogmatik. In Anbetracht dieser Gemeinsamkeiten dürfen folgende Unterschiede jedoch nicht übersehen werden: Der Wandel der juristischen Methode vollzieht sich vor dem Hintergrund einer gänzlich unterschiedlichen rechtswissenschaftlichen Tradition – die Ausgangsbedingungen englischer Rechtslehrer sind wesentlich bescheidener als die ihrer kontinentaleuropäischen Kollegen. Es sind zudem durchaus verschiedene Gründe, die sie zur Rationalisierung des Rechts bewegen – ihr Systematisierungstreben wird oftmals durch völlig andere Fragestellungen ausgelöst. Schließlich verlaufen auch die Frontlinien in den wissenschaftlichen Kontroversen mitunter

[131] Siehe dazu unten, S. 239 ff. (Kapitel 7).

gänzlich anders – insbesondere, wenn es zur Auseinandersetzung mit einer älteren Generation von Universitätsjuristen kommt.[132]

Der angedeutete Wandel des englischen Privatrechtsdenkens soll deshalb nicht nur anhand der jüngeren Methodendebatte sowie einzelner Versuche von Universitätsjuristen, das Recht analytisch zu durchdringen, exemplifiziert werden. Um die vielschichtige Andersartigkeit der Ausgangssituation und die damit verbundenen Hindernisse für dogmatisches Denken in England zu verstehen, darf die Untersuchung nicht auf eine rein geistesgeschichtliche Dimension beschränkt bleiben, sondern muss auch mentalitäts- und institutionengeschichtliche Faktoren miteinbeziehen.[133] Die Annäherung an Rechtsdogmatik in England soll deshalb in drei aufeinanderfolgenden Anläufen erreicht werden.

Als erster Zugang bietet sich die Frage an, ob die dogmatische Tradition des römisch-kanonischen Rechts in England tatsächlich nicht Fuß fassen konnte. So wie England an allen wesentlichen kulturellen Entwicklungen Europas teilhatte, gab es seit der Frühen Neuzeit auch immer wieder – an entsprechende kontinentale Vorbilder anknüpfende – Versuche, das englische Recht im Ganzen darzustellen und dabei sinnvoll zu unterteilen. Diese Unternehmungen blieben jedoch Einzelleistungen, die sich nicht zu einem durchgehenden dogmatischen Strang zusammenfügen lassen. Während manche ordnenden Gesamtdarstellungen des englischen Rechts wie Matthew Hales „Analysis“ oder William Blackstones „Commentaries“ höchst folgenreich für die englische Rechtsgeschichte wurden, fanden ihre Autoren keine unmittelbaren Nachfolger. Andere Werke mit ähnlichen Ambitionen blieben schon in ihrer unmittelbaren Wirkung deutlich hinter den genannten zurück.[134]

Kommt darin ein geringeres Interesse an juristischer Systembildung zum Ausdruck, das sich möglicherweise auf Mentalitätsunterschiede zurückführen lässt? In einem zweiten Schritt soll die geläufige These hinterfragt werden, die Aversion der Engländer gegenüber allem Theoretischen und Spekulativen sei dafür verantwortlich, dass diese niemals ein komplettes Gedankengebäude des Rechts entworfen, sondern das vorhandene Bauwerk immer wieder den jeweiligen Bedürfnissen entsprechend erweitert hätten, ohne auf einen eleganten Gesamteindruck Rücksicht zu nehmen. Gegenüber einem solchen Schluss von dem angeblichen englischen Nationalcharakter auf den juristischen Denkstil ist jedenfalls schon deshalb Vorsicht geboten, weil sich derar-

---

[132] Siehe dazu unten, S. 239 ff. und 295 ff. (Kapitel 7 und Schluss).

[133] Im besten Falle ergibt sich so eine „dichtere“ Beschreibung des rechtswissenschaftlichen Diskurses in England und dem Commonwealth. Zu der ethnographischen Aufgabe, den Sinn sozialen Verhaltens durch eine Enthüllung seines Kontextes zu formulieren, vgl. *Geertz,* Thick Description: Toward an Interpretive Theory of Culture, S. 13 ff. Ein meisterhaftes Beispiel dafür, wie verschiedene Zugänge zu einem historischen Phänomen sich gegenseitig erhellen können, findet sich bei *E. Kantorowicz,* The King’s Two Bodies.

[134] Siehe unten, S. 71 ff. (Kapitel 2).