

# Selbstreflexion der Rechtswissenschaft

Herausgegeben von  
ERIC HILGENDORF und  
HELMUTH SCHULZE-FIELITZ

2. Auflage

*Recht – Wissenschaft – Theorie*

10

---

**Mohr Siebeck**

Recht – Wissenschaft – Theorie  
Standpunkte und Debatten

herausgegeben von

Matthias Jestaedt, Oliver Lepsius,  
Christoph Möllers und Andreas Voßkuhle

10





# Selbstreflexion der Rechtswissenschaft

2. Auflage

Herausgegeben von

Eric Hilgendorf und Helmuth Schulze-Fielitz

Mohr Siebeck

*Eric Hilgendorf*, Ordinarius für Strafrecht, Strafprozessrecht, Rechtstheorie, Informationsrecht und Rechtsinformatik an der Universität Würzburg.

*Helmuth Schulze-Fielitz*, Ordinarius für Öffentliches Recht, Umweltrecht und Verwaltungswissenschaften an der Universität Würzburg, seit 2012 emeritiert.

1. Auflage 2015.

2. Auflage 2021.

ISBN 978-3-16-160106-4 / eISBN 978-3-16-160107-1

DOI 10.1628/978-3-16-160107-1

ISSN 1864-905X / eISSN 2569-4243 (Recht – Wissenschaft – Theorie)

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

© 2021 Mohr Siebeck Tübingen. [www.mohrsiebeck.com](http://www.mohrsiebeck.com)

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 die Verbreitung, Vervielfältigung, Übersetzung und die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronischen Systemen.

Das Buch wurde von Gulde Druck in Tübingen gesetzt, auf alterungsbeständiges Werkdruckpapier gedruckt und gebunden.

Printed in Germany.

## Vorwort zur ersten Auflage

Der vorliegende Band wäre ohne vielfältige tatkräftige Unterstützung nicht zu realisieren gewesen. Zu danken haben wir zunächst der Thyssen-Stiftung, die das Tagungsprojekt (Würzburg, 20./21.9.2013) großzügig gefördert hat. Zu danken haben wir ferner den Mitarbeiterinnen und Mitarbeitern am Lehrstuhl Prof. Hilgendorf, vor allem Herrn Alexander Jünemann, die zum Gelingen der Tagung wesentlich beigetragen und auch die Drucklegung energisch unterstützt haben. Das Register wurde von Marcel Gernert erstellt. Zu danken haben wir des Weiteren dem Verlag Mohr Siebeck für die Bereitschaft, die Tagungsbeiträge abzdrukken. Frau Stefanie Egidy hat einen Tagungsbericht für die Juristenzeitung verfasst (2014, S. 32–34), wofür wir ihr ebenfalls herzlich danken möchten. Unser ganz besonderer Dank gilt schließlich Matthias Jestaedt, Oliver Lepsius, Christoph Möllers und Andreas Voßkuhle für die Aufnahme des Bandes in die Reihe „Recht – Wissenschaft – Theorie. Standpunkte und Debatten“.

Würzburg, im Dezember 2014

Eric Hilgendorf und Helmuth Schulze-Fielitz



## Vorwort zur zweiten Auflage

Die erste Auflage des vorliegenden Bandes war bereits nach kurzer Zeit ausverkauft, doch leider haben ungünstige Umstände verhindert, das Buch sofort neu aufzulegen. Umso mehr freuen sich die Herausgeber, hiermit eine zweite Auflage präsentieren zu können. Sämtliche Texte wurden durchgesehen, einige überarbeitet und einer mit einem neuen Nachwort versehen. Neu hinzugekommen sind Texte von *Marietta Auer*, *Axel Birk*, *Eric Hilgendorf* und *Helmuth Schulze-Fielitz*. Sie ergänzen die bisherigen Beiträge wesentlich um vier unterschiedliche neue Dimensionen, in denen sich die unterschiedlichen Selbstreflexionsprozesse in der Rechtswissenschaft vollziehen können.

Es geht erstens erneut um die Internationalisierung der Rechtswissenschaft im Vergleich – nun aber auch im Blick auf die Strafrechtswissenschaft. *Hilgendorf* ergänzt die herkömmliche Sicht von der besonderen nationalen Orientierung der Strafrechtswissenschaft, indem er die Existenz einer länderübergreifenden „internationalen Strafrechtsdogmatik“ aufzeigt. Sie ist (z.B. im Blick auf die Dreiteilung von Tatbestandsmäßigkeit, Rechtswidrigkeit und Schuld) von der deutschen Strafrechtsdogmatik angestoßen oder beeinflusst worden, hat ihre Schwerpunkte im Allgemeinen Teil und konstituiert in zahlreichen Ländern Europas, Lateinamerikas und Asiens einen internationalen Diskussionsraum, an dem die Strafrechtswissenschaftler aus anderen Ländern gleichberechtigt mitwirken. Dieser tritt neben die vom Common Law geprägten Diskussionszusammenhänge und wird namentlich durch die langjährige internationale Offenheit der deutschen Strafrechtswissenschaft, ihre modifizierte Rezeption in verschiedenen anderen Ländern, aber auch durch eine globalisierte Ausrichtung an gemeinsamen Grund- und Menschenrechten und ihrer internationalen Diskussion gefördert. Die ungelösten Problemstellungen im Allgemeinen Teil des Strafrechts erfahren durch den Vergleich neue Anregungen, ohne dass es weltweit zu einer gemeinsamen Strafrechtskultur gekommen wäre, wie sie im universal intendierten Strafrechtsdenken der europäischen Aufklärung angelegt ist. Aber die Herausforderungen für die empirische Forschung, für die Probleme nationaler Theorieangebote, für die Verarbeitung kultureller und politischer Unterschiede und für den methodischen und sprachlichen Stil innerhalb der Wissenschaft regen katalysatorisch zu einer dauerhaften Selbstreflexion an.

In einer zweiten Erscheinungsform geht es um historische Selbstreflexion – nun nicht im Blick auf akademische Schulen, sondern auf die Kontinuitätslinien der Privatrechtswissenschaft seit 1800. *Auer* knüpft in ihrem großen wissenschaftstheoreti-



schen Bogen an die bahnbrechende Leistung der historischen Rechtsschule an: Diese verschmolz den normativen Individualismus der Aufklärungszeit mit der Quellenbasis des römischen Privatrechts und führte in der universitären Lehrpraxis zu einer Organisation des Privatrechtsstoffs in Form eines fünfteiligen Pandektensystems, das dann fortentwickelt im BGB kodifiziert wurde. Auf dieser Basis suchte die Zivilrechtswissenschaft in der zweiten Hälfte des 19. Jahrhunderts unter dem Eindruck des neuen szientistischen Ideals empirisch-naturgesetzlicher Objektivität vergeblich nach einer genuin dogmatischen, auf die Eigenrationalität des Rechts beschränkten konstruktiven Systematisierung des höheren Rechtsstoffs, die aus der „niederen Jurisprudenz“ hervorgeht, auf die *v. Jhering* den Willen des Gesetzgebers bezog. Aus den wissenschaftlichen Konstruktionen wurden im 20. Jahrhundert in einem fundamentalen Wandel Methoden richterlicher Rechtsfortbildung mit der Folge eines Autonomieverlustes der privatrechtlichen Systemkonstruktion und eines Wachstums von Richterrecht, das Rechtspositivismus und richterliche Gesetzesbindung wissenschaftlich möglichst objektiv disziplinieren sollten; paradoxe Kehrseite war eine Ausdehnung der richterlichen Entscheidungsfreiräume und eine Vielzahl rechtsdogmatischer Innovationen, etwa bei der Entfaltung der zivilrechtlichen Generalklauseln. Dieses Paradigma wurde in der NS-Zeit unter fundamentaler Verkehrung des Regel-Ausnahme-Verhältnisses zwischen Gesetz und dogmatischer Konstruktion zu schranklos einsetzbaren Wertkorrekturen missbraucht und nach 1945 strukturanaalog auf die zum individualistischen Privatrechtsmodell erstarkte Wertungsjurisprudenz übertragen. Dabei blieb zunächst durch die grundrechtsorientierte Konstitutionalisierung des Privatrechts das Gleichgewicht zwischen System, Methode und Zusammenspiel von Gesetzgebung und Privatrechtswissenschaft erhalten. Dieses Gleichgewicht sieht *Auer* durch das privatrechtsregelnde Unionsrecht und eine disruptive Rechtsprechung des EuGH sowie durch eine immer tiefer in das privatrechtliche Feinsystem eindringende Rechtsprechung des BVerfG und dessen Orientierung an einer *de facto* unmittelbaren Drittwirkung der Grundrechte gefährdet, sofern es nicht gelingt, die klassischen Leistungen der Privatrechtswissenschaft zu bewahren: die soziale Selbstorganisation durch individuelle Privatautonomie und Vertragsfreiheit (und deren normativen Eigenwert) mit den realen sozialen oder ökonomischen Funktionsbedingungen der zeitgenössischen Gesellschaft zum Ausgleich zu bringen.

Ein dritter Zugang zu den Prozessen der rechtswissenschaftlichen Selbstreflexion sucht statt eines internationalen oder historischen Vergleichs die aktuellen Diskussionen in der Wissenschaft des Öffentlichen Rechts sektoral zu identifizieren und zu typisieren. Für *Schulze-Fielitz* stehen neben einer vertieften Diskussion um Bedeutung, Gewinn und Grenzen der Rechtsdogmatik im Öffentlichen Recht, bei denen ein enges und ein weites Verständnis von Dogmatik eine große Bandbreite von Positionen erkennen lassen, sechs weitere Diskurse im Zentrum. Sie beziehen sich (1) auf die Rolle ökonomischer Denkweisen im Öffentlichen Recht, (2) auf die Reichweite einer Verengung der Rechtswissenschaft auf einen „Rechtsprechungspositivismus“, (3) auf eine verstärkte Besinnung auf Rechtstheorie, (4) auf die hohe Kontingenz der

Rechtserzeugung, (5) auf die zunehmenden historischen Vergegenwärtigungen der Wissenschaftsentwicklung und (6) auf die wissenschaftssoziologische Selbstreflexion der Wissenschaft des Öffentlichen Rechts. In einem weiteren Schritt sucht er nach Erklärungen für die Intensivierung dieser Diskurse in den letzten eineinhalb Jahrzehnten und diskutiert sie als Antwort auf die Erosion rechtlicher Steuerungskraft, auf die Folgerungen von Europäisierung und Internationalisierung für die Wissenschaft; als weitere Anlässe erscheinen der verstärkte Einsatz alternativer Regelungsstrukturen, der Wandel des deutschen Wissenschaftssystems und der Zwang, sich angesichts der Pluralisierung von Methoden und Problemzugängen die Gemeinsamkeiten der Disziplin zu vergegenwärtigen. Im Ergebnis bleiben angesichts des Mangels an wirklichen theoretischen Innovationen und der Eigenart der Juristischen Fakultäten als Professionsfakultäten Zweifel, ob diese Diskussionen zu nachhaltigen Veränderungen in den Kernfächern der Disziplin, geschweige in der Juristenausbildung führen.

Im Gegensatz zu den bislang erörterten Selbstreflexionsprozessen, die sich stets auf die Rechtswissenschaft als einen kollektiven Kommunikationszusammenhang beziehen, ist der vierte Problemzugang völlig individualisiert: *Birk* nimmt Selbstreflexion wörtlich – für sich als Mitarbeiter an einem juristischen Kommentar, der einen Interpretationsvorschlag erarbeitet. Auch bei dieser dogmatischen Alltagsarbeit werden außerrechtliche ethische Hintergrundannahmen und Wertungen unvermeidlich wirksam, nicht nur bei Grundrechten als Wertesystem, sondern auch im Zivilrecht, insbesondere bei der Anwendung ökonomisch-realwissenschaftlicher Überlegungen auf die teleologische Auslegung und Normkonkretisierung bei Generalklauseln. Am Beispiel der Auslegung, wann eine Verbraucherinformation „wesentlich“ i. S. von § 5a Abs. 2 UWG ist, wird selbstreflexiv der Weg aus der widerspruchsvollen Vielfalt der Meinungen in Rechtsprechung und Literatur erläutert. Auf einer ersten Reflexionsebene wird die Uneindeutigkeit der klassischen juristischen Methoden aufgezeigt, auf der zweiten der Hintergrundannahmen die Argumente für die eigene Kommentierung theoretisch hergeleitet. Aus der Verhaltensökonomie wird die weitgehende Nutzlosigkeit von Informationen der Corporate Social Responsibility angesichts ihrer Komplexität für das Verbraucherverhalten gefolgert, aus der Theorie der Märkte als Entdeckungsverfahren mit dem zentralen Maßstab von Preisen (im Anschluss an *v. Hayek*) die fehlende unmittelbare Steuerungskraft der Märkte zur Durchsetzung sozialer und ökologischer Standards, und aus eigenen theoretischen Annahmen eine normative Überforderung der Unternehmen durch den aktuellen CSR-Trend; das alles wird stets auch durch kritische Reflexion von Gegenargumenten relativiert. Das Ergebnis ist eine Bewusstmachung der eigenen Wertungen, der Realität der Methodenvielfalt und der Unvermeidlichkeit von Hintergrundannahmen, die Richterrecht als Rechtsquelle erweisen.

Die Herausgeber hoffen, der so vielschichtigen Diskussion um die „Selbstreflexion der Rechtswissenschaft“ auch diesmal neue Impulse geben zu können! Wiss. Mit. Anna Lohmann hat bei der Neuauflage überaus tatkräftig mitgewirkt; dafür danken

wir ihr herzlich. Unser herzlicher Dank gilt außerdem Daniela Brandl für die Aktualisierung des Sachregisters.

Würzburg, im Herbst 2020

Eric Hilgendorf und Helmuth Schulze-Fielitz

## Inhaltsverzeichnis

|                                       |     |
|---------------------------------------|-----|
| Vorwort zur ersten Auflage . . . . .  | V   |
| Vorwort zur zweiten Auflage . . . . . | VII |

|                                                             |   |
|-------------------------------------------------------------|---|
| <i>Eric Hilgendorf/Helmuth Schulze-Fielitz</i>              |   |
| Rechtswissenschaft im Prozess der Selbstreflexion . . . . . | 1 |

### *I. Schulenburg*

|                                                                                                                |    |
|----------------------------------------------------------------------------------------------------------------|----|
| <i>Joachim Rückert</i>                                                                                         |    |
| Denktraditionen, Schulbildungen und Arbeitsweisen<br>in der „Rechtswissenschaft“ – gestern und heute . . . . . | 13 |

|                                                                    |    |
|--------------------------------------------------------------------|----|
| <i>Oliver Lepsius</i>                                              |    |
| Problemzugänge und Denktraditionen im Öffentlichen Recht . . . . . | 53 |

### *II. Intra- und Interdisziplinarität: Chance oder Störfaktor?*

|                                                                    |    |
|--------------------------------------------------------------------|----|
| <i>Thomas Gutmann</i>                                              |    |
| Intra- und Interdisziplinarität: Chance oder Störfaktor? . . . . . | 93 |

|                                                                                             |     |
|---------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| <i>Frank Saliger</i>                                                                        |     |
| Intra- und Interdisziplinarität: Wie kommt das Neue<br>in die Rechtswissenschaft? . . . . . | 119 |

### *III. Internationalisierung der Rechtswissenschaft*

*Armin von Bogdandy*

Internationalisierung der deutschen Rechtswissenschaft.

Betrachtungen zu einem identitätswandelnden Prozess . . . . . 135

*Eric Hilgendorf*

Die internationale Strafrechtswissenschaft. . . . . 153

### *IV. Die Rolle von Reputation in der (Rechts-)Wissenschaft*

*Peter Weingart*

Reputation in der Wissenschaft – Funktion und Bedeutungsverlust . . . . . 185

*Helmut Goerlich*

Die Rolle von Reputation in der Rechtswissenschaft . . . . . 207

### *V. Organisation von Wissenschaft und wissenschaftssoziale Folgen*

*Hubert Rottleuthner*

Methodologie und Organisation der Rechtswissenschaft . . . . . 241

*Bernd Schünemann*

Vom schwindenden Beruf der Rechtswissenschaft unserer Zeit,  
speziell der Strafrechtswissenschaft . . . . . 259

*Bernd Schünemann*

Nachwort . . . . . 281

### *VI. Soziale Folgen der Hochschulpolitik für die Rechtswissenschaft*

*Wilhelm Krull*

Neue Entwicklungen in der Hochschulpolitik und ihre Folgen  
für die Rechtswissenschaften . . . . . 287

*VII. Formen und Perspektiven der Selbstreflexion**Marietta Auer*

Selbstreflexion der Privatrechtswissenschaft.

Formation, Herausforderungen, Perspektiven . . . . . 301

*Axel Birk*

Selbstreflexion ernstgenommen.

Intra- und Interdisziplinarität aus der Teilnehmerperspektive . . . . . 327

*Helmuth Schulze-Fielitz*

Die Wissenschaft des Öffentlichen Rechts im Prozess der Selbstreflexion –

eine (Zwischen-)Bilanz . . . . . 353

Autorinnen und Autoren . . . . . 391

Sachregister . . . . . 395



# Rechtswissenschaft im Prozess der Selbstreflexion

*Eric Hilgendorf/Helmuth Schulze-Fielitz*

## I. Krise der deutschen Rechtswissenschaft?

Seit einigen Jahren mehren sich in Deutschland Publikationen mit Titeln wie „Das Proprium der Rechtswissenschaft“<sup>1</sup>, „Rechtswissenschaftstheorie“<sup>2</sup> oder auch „Strafrechtswissenschaftstheorie“<sup>3</sup> und „Staatsrechtslehre als Wissenschaft“<sup>4</sup>. Dahinter steht das Bemühen von Rechtswissenschaftlern, sich über die Grundlagen, die Eigenheiten und die besonderen Probleme ihrer Disziplin, der „Rechtswissenschaft“ und ihrer verschiedenen Teildisziplinen, Rechenschaft abzulegen. Ähnliche Bestrebungen hatte es zwar auch in früheren Zeiten schon gegeben, etwa mit Blick auf die Sinnhaftigkeit einer spezifisch juristischen Methodenlehre<sup>5</sup> oder die jeweiligen Besonderheiten der juristischen Berufe;<sup>6</sup> dennoch fällt die neuartige Intensität auf, mit der seit einigen Jahren zur Selbstreflexion der Rechtswissenschaft aufgerufen wird.

*Radbruch* meinte schon zu Beginn des vorigen Jahrhunderts, die Beschäftigung mit derartigen Grundlagenfragen sei ein Krisensymptom.<sup>7</sup> Auch die heutige Hoch-

---

<sup>1</sup> *Christoph Engel/Wolfgang Schön* (Hrsg.), *Das Proprium der Rechtswissenschaft*, 2007 (Recht – Wissenschaft – Theorie, Bd. 1).

<sup>2</sup> *Matthias Jestaedt/Oliver Lepsius* (Hrsg.), *Rechtswissenschaftstheorie*, 2008 (Recht – Wissenschaft – Theorie, Bd. 2).

<sup>3</sup> *Gunnar Duttge*, *Anliegen und Grundfragen einer Strafrechtswissenschaftstheorie*, in: *Heinz Koriath u. a.* (Hrsg.), *Grundfragen des Strafrechts, Rechtsphilosophie und die Reform der Juristenausbildung*, 2010, S. 31–53.

<sup>4</sup> *Helmuth Schulze-Fielitz* (Hrsg.), *Staatsrechtslehre als Wissenschaft*, 2007 (Die Verwaltung, Beiheft 7); *Andreas Funke/Jörn Lüdemann* (Hrsg.), *Öffentliches Recht und Wissenschaftstheorie*, 2009; *Matthias Jestaedt*, *Die deutsche Staatsrechtslehre im europäischen Rechtswissenschaftsdis-kurs*, JZ 2012, S. 1–10.

<sup>5</sup> Die Fruchtbarkeit eines engen Bezugs zur allgemeinen Wissenschaftstheorie (mit der Rechtswissenschaft als besonderem Anwendungsfall) verdeutlichen die Arbeiten von *Maximilian Herberger/Dieter Simon*, *Wissenschaftstheorie für Juristen*, 1980 und *Hans-Joachim Koch/Helmut Rüßmann*, *Juristische Begründungslehre. Eine Einführung in Grundprobleme der Rechtswissenschaft*, 1982; siehe auch *Eric Hilgendorf*, *Argumentation in der Jurisprudenz. Zur Rezeption von Analytischer Philosophie und Kritischer Theorie in der Grundlagenforschung der Jurisprudenz*, 1991.

<sup>6</sup> *Erich Berneker* (Hrsg.), *Die juristischen Berufe in Vergangenheit und Gegenwart*, 1948.

<sup>7</sup> *Gustav Radbruch*, *Einführung in die Rechtswissenschaft* (1910), hier verwendet die *Gustav-Radbruch-Gesamtausgabe*, hrsg. von *Arthur Kaufmann*, Bd. 1, 1987, S. 192: „[W]ie Menschen, die sich durch Selbstbeobachtung [...] quälen, meist kranke Menschen sind, so pflegen [...] Wissenschaften, die sich mit ihrer eigenen Methodenlehre zu beschäftigen Anlaß haben, kranke Wissen-



konjunktur der „Rechtswissenschaftstheorie“ lässt sich als Ausdruck einer Krise verstehen: In der Wissenschaft vom *Öffentlichen Recht*, vor allem in der *Staatsrechtslehre* und der *Grundrechtsdogmatik*, wurden schon vor Jahren die Weichen in Richtung auf eine größere Interdisziplinarität des wissenschaftlichen Arbeitens gestellt, was der Disziplin viele hochinteressante neue Perspektiven und Fragestellungen erschlossen, aber auch zu einer offenbar wachsenden Distanz zur Rechtsprechung geführt hat. Vor allem das Bundesverfassungsgericht, so eine häufig gehörte Klage, nehme kaum noch auf staatsrechtswissenschaftliches Schrifttum Bezug.<sup>8</sup> Es ist deshalb bemerkenswert, dass gerade die Staatsrechtslehre besonders frühzeitig und besonders intensiv mit der Prüfung ihrer eigenen Grundlagen und Fragestellungen begonnen hat.<sup>9</sup> Namentlich auch die breite Diskussion um den Stellenwert der Rechtsdogmatik<sup>10</sup> oder der „juristischen Methode“ weist dabei über die Wissenschaft des Öffentlichen Rechts hinaus.<sup>11</sup>

Auch die deutsche *Zivilrechtswissenschaft* scheint von Krisenstimmung oder jedenfalls von kritischen Anfragen in Bezug auf ihre methodologische Selbstständigkeit nicht unbehelligt geblieben zu sein. Kritik entzündete sich insbesondere an der Frage, ob die traditionelle deutsche Zivilrechtsdogmatik, die noch vor 50 Jahren geradezu als Muster für dogmatisches Arbeiten schlechthin angesehen wurde,<sup>12</sup> angesichts der Öffnung des Zivilrechts gegenüber der Wirtschaft, der zunehmenden Verselbständigung der zivilrechtlichen Teilfächer und insbesondere der gerade im Zivilrecht besonders starken Europäisierung noch eine Zukunft hat.<sup>13</sup>

Von Selbstzweifeln am wenigsten berührt scheint die deutsche *Strafrechtswissenschaft* zu sein. Ihre Weltgeltung ist nach wie vor unumstritten und hat sich infolge der Zuwendung Chinas zur deutschen Verbrechenslehre, also der Dogmatik des Allgemeinen Teils, sogar noch verstärkt.<sup>14</sup> Die deutsche Strafrechtsdogmatik und mit ihr das deutsche Strafrecht sind ein „Exportschlager“. Diese großen Erfolge im Ausland

---

schaften zu sein, der gesunde Mensch und die gesunde Wissenschaft pflegt nicht viel von sich selbst zu wissen.“

<sup>8</sup> Zur Plausibilität oder Notwendigkeit dieser Zurückhaltung *Helmuth Schulze-Fielitz*, Staatsrechtslehre und Bundesverfassungsgericht – prozedural gesehen (2011), in: *ders.*, Staatsrechtslehre als Mikrokosmos, 2013, S. 394 ff.

<sup>9</sup> Exemplarisch vielleicht die Beiträge in *Schulze-Fielitz* (Hrsg.), Staatsrechtslehre als Wissenschaft (Fn. 4).

<sup>10</sup> *Jestaedt*, Staatsrechtslehre (Fn. 4), S. 2 f.; *Gregor Kirchhof/Stefan Magen/Karsten Schneider* (Hrsg.), Was weiß Dogmatik?, 2012; *Eberhard Schmidt-Aßmann*, Verwaltungsrechtliche Dogmatik, 2013, S. 3 ff.

<sup>11</sup> Zuletzt *Matthias Jestaedt*, Wissenschaft im Recht. Rechtsdogmatik im Wissenschaftsvergleich, JZ 2014, S. 1–12; *Christian Bumke*, Rechtsdogmatik, JZ 2014, S. 641–650.

<sup>12</sup> Exemplarisch insofern noch *Karl Larenz/Claus-Wilhelm Canaris*, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 3. Aufl. 1995.

<sup>13</sup> *Jan M. Smits*, The Mind and Method of the Legal Academic, 2012, S. 4 ff. und passim; *Rolf Stürner* (Hrsg.), Die Bedeutung der Rechtsdogmatik für die Rechtsentwicklung, 2012; *ders.*, Das Zivilrecht der Moderne und die Bedeutung der Rechtsdogmatik, JZ 2012, S. 10–24.

<sup>14</sup> *Eric Hilgendorf*, Contemporary German Criminal Jurisprudence, in *Peking University Law Journal* 1 (2013), S. 182–195.

können aber nicht darüber hinwegtäuschen, dass in Deutschland selbst Krisensymptome aufgetreten sind.<sup>15</sup> Zum einen ist die dogmatische Differenzierung selbst bei Randproblemen bis zu einem Grad vorangetrieben worden, an dem weitere Differenzierungsbemühungen sinnlos erscheinen. Unterscheidungen, die so fein sind, dass sie in der Rechtspraxis nicht mehr verifiziert werden können, sind praktisch unbrauchbar. Außerdem fühlt sich auch die deutsche Strafrechtswissenschaft durch das Gespenst der Europäisierung bedroht – ob zu Recht oder zu Unrecht, soll hier dahingestellt bleiben.<sup>16</sup> Fest steht, dass die Aktivitäten des primär an Kategorien wie „Verbrechensbekämpfung“ und „umfassende Prävention“ orientierten, teilweise außerordentlich punitiv eingestellten europäischen Strafgesetzgebers von den meisten deutschen Strafrechtswissenschaftlerinnen und Strafrechtswissenschaftlern als bedrohlich eingestuft werden.<sup>17</sup>

Als gemeinsames Krisenzeichen lässt sich in allen drei Teildisziplinen der Rechtswissenschaft die Fülle an Einführungsliteratur, Fall-Lösungen und Urteilsbesprechungen interpretieren, die darauf hindeutet, dass der Bedarf nach der Lösung genuin wissenschaftlicher Probleme derzeit nicht mehr groß ist. Jedenfalls ist es ein Symptom für eine Vielzahl didaktischer Bemühungen, den gewachsenen und immer weiter anwachsenden Stoff der Juristenausbildung und die Ausdifferenzierung des Rechts und der Rechtswissenschaft zu disziplinieren. Dem korrespondiert der Versuch einer Reform der universitären Juristenausbildung (von 2002), in der das erste juristische Staatsexamen durch eine Universitätsprüfung in Schwerpunktbereichen ergänzt wurde, die die Ausbildung teils vom Wissensstoff entlasten, teils spezialisieren, teils verwissenschaftlichen sollte. Dieser Versuch kann zwar schwerlich als erfolgreich bezeichnet werden. Mit ihm verbinden sich aber möglicherweise Impulse für eine verstärkte Reflexion, inwieweit in der Juristenausbildung die Gewichte von der Fülle stofflicher Einzelheiten nicht wieder stärker hin zu einer Besinnung auf die Grundfragen der Rechtswissenschaft namentlich in Grundlagenfächern – nach dem Rückgang der Angebote für diese Bereiche ab Mitte der Achtzigerjahre – verschoben werden sollten.<sup>18</sup> Damit in engem Zusammenhang steht auch eine Selbstreflexion der Rolle der Rechtswissenschaft als Wissenschaft jenseits einer praxisbezogenen Klugheitslehre.

Weitere Gründe für die – mehr oder weniger – zunehmende Selbstreflexion in den Teildisziplinen der Rechtswissenschaft liegen nicht nur in dogmatik- oder fachinternen (Fehl-)Entwicklungen. Vielmehr gibt es eine Reihe von Impulsen im äußeren Wissenschaftssystem, die solche Anstrengungen mehr als nur verstärken. Die For-

<sup>15</sup> Hilgendorf, Contemporary German Criminal Jurisprudence (Fn. 14), S. 193 ff.

<sup>16</sup> Vgl. Joachim Vogel, Strafrecht und Strafrechtswissenschaft im internationalen und europäischen Rechtsraum, JZ 2012, S. 25–31.

<sup>17</sup> Siehe nur Bernd Schünemann, Die Europäisierung der Strafrechtspflege als Demontage des demokratischen Rechtsstaats, 2014.

<sup>18</sup> Vgl. jetzt David Sörgel, Die Implementation der Grundlagenfächer in der Juristenausbildung nach 1945, 2014, S. 289 ff.

schungspolitik der DFG fördert die interdisziplinäre Zusammenarbeit in disziplinübergreifenden Sonderforschungsbereichen oder Graduiertenkollegs, die die beteiligten Wissenschaftsdisziplinen vor neue Fragen der Sensibilität für andere Problemzugänge und Probleme der Kompatibilität und Komplementarität unterschiedlicher Problemstellungen stellt und damit auch die wissenschaftlichen Selbstverständnisse der einzelnen Teildisziplinen berührt. In der ungeachtet gemeinrechtlicher Traditionen durch nationale wissenschaftliche Pfadabhängigkeiten besonders geprägten Rechtswissenschaft kommt hinzu, dass in den Staaten der Europäischen Union die immer stärkere Imprägnierung der mitgliedstaatlichen Rechtsordnungen durch vorrangiges Europäisches Recht und durch deren neuartige Formen rechtlicher Steuerung auch in Deutschland Fragen der Rechtsvergleichung<sup>19</sup> und des Wettbewerbs von Rechtsordnungen<sup>20</sup> zu einer Besinnung auf die eigenen Grundlagen zwingt, gerade auch im Vergleich mit den Rechtswissenschaftskulturen anderer europäischer Staaten.<sup>21</sup>

Mit diesen Tendenzen verbindet sich auf der Ebene der einzelnen Universitäten und ihren internen Schwerpunktbildungen die sich wohl verstärkende Dominanz einer von den Naturwissenschaften geprägten Wissenschaftskultur, die sich an dem traditionellen wissenschaftlichen Selbstverständnis von Rechtswissenschaft als (auch) praxisbezogener Klugheitslehre reibt (und umgekehrt). Gleiches gilt für die starke Orientierung am unzweifelhaft erfolgreichen angelsächsischen Wissenschaftssystem, das auch in der deutschen Rechtswissenschaft Spuren zeitigt und in ihren starken Abweichungen zur Selbstreflexion herausfordert. In diese Entwicklung fügt sich umstandslos, dass der Wissenschaftsrat zur Rolle der Rechtswissenschaft für die Juristenausbildung ausführlich Stellung genommen hat<sup>22</sup>, ohne dass bislang eine breitenwirksame Resonanz auf die skizzierten Veränderungen spürbar geworden wäre.

## II. Ein Seitenblick auf die USA: motivierend, irritierend oder (des-)orientierend?

Die traditionelle Binnenperspektive der deutschen Rechtswissenschaft unterscheidet sich erheblich von der Art der akademischen Beschäftigung mit dem Recht, die seit

<sup>19</sup> Vgl. Ulrich Becker (Hrsg.), *Rechtsdogmatik und Rechtsvergleich im Sozialrecht*, 2010; Armin von Bogdandy, *Deutsche Rechtswissenschaft im europäischen Rechtsraum*, JZ 2011, S. 1–6 (3 ff.).

<sup>20</sup> Anne Peters/Thomas Giegerich, *Wettbewerb von Rechtsordnungen*, VVDStRL 69 (2010), S. 7–56 bzw. S. 57–105.

<sup>21</sup> Eindringlich Armin von Bogdandy/Sabino Cassese/Peter Michael Huber (Hrsg.), *Verwaltungsrecht in Europa: Wissenschaft*. IPE Band IV, 2011; dazu Eberhard Schmidt-Aßmann, *Zum Stand der Rechtsvergleichung in Europa: Wissenschaft*, Die Verwaltung 45 (2012), S. 264–277.

<sup>22</sup> *Wissenschaftsrat*, *Perspektiven der Rechtswissenschaft in Deutschland. Situation, Analysen, Empfehlungen*, Drs. 2558-12 vom 9.11.2012.

den frühen 60er Jahren in den USA üblich geworden ist.<sup>23</sup> In den USA verwendet man für die systematische Beschäftigung mit dem Recht bekanntlich nicht den Begriff „Wissenschaft“ („science“), sondern spricht von „law“, ohne die akademische Disziplin begrifflich von ihrem Gegenstand zu trennen. „Law“ wird sodann üblicherweise den „humanities“, also den Geisteswissenschaften, oder den „social sciences“ (Sozialwissenschaften) zugerechnet. In den USA existiert keine allgemein konsenterte „Theorie“ des Rechts, also eine Rechtsdogmatik im deutschen Sinne. Kennzeichnend für die heute dominierende Form der akademischen Beschäftigung mit dem Recht ist vielmehr ein betont interdisziplinärer Zugang, der in Forschungsthemen wie „law and literature“, „law and economics“, „law and gender“ oder auch „law and the internet“, „law and robotics“ usw. ihren Ausdruck findet. Die häufig von Studierenden geführten US-amerikanischen Fakultätszeitschriften unterstützen diese dogmatikferne Form der akademischen Beschäftigung mit dem Recht.

Es besteht kein Zweifel, dass die forcierte Interdisziplinarität der US-amerikanischen Rechtswissenschaft eine Fülle von außerordentlich interessanten und weiterführenden Perspektiven eröffnet hat. Allerdings um einen sehr hohen Preis: Für die US-amerikanische Rechtspraxis scheint die an den Rechtsfakultäten geleistete Arbeit so gut wie keine Rolle mehr zu spielen. Dies gilt insbesondere für die Praxis des Strafrechts, also für die öffentliche Strafverfolgung, die Tätigkeit der Strafgerichte, aber auch für die Strafpolitik. Dem US-amerikanischen Strafrecht ist damit eine kritische Instanz verlorengegangen, die es möglicherweise gut gebrauchen könnte.

*Richard Posner*, der sich sowohl um die Theorie als auch um die Praxis des amerikanischen Rechts große Verdienste erworben hat, hat die oben skizzierte Entwicklung bereits vor fast 35 Jahren unter dem Titel „The Decline of Law As An Autonomous Discipline“ eingehend analysiert.<sup>24</sup> „Recht als autonome Disziplin“ meint nach Posner die Vorstellung, beim Recht handele es sich um „a subject properly entrusted to persons trained in law and in nothing else“.<sup>25</sup> Ursprünglich habe es sich dabei um eine politische Idee gehandelt,<sup>26</sup> die *Christopher Columbus Langdell*, der Reformator des Rechtsunterrichts in den USA, lediglich auf die akademische Sphäre übertragen habe. Die Ausbildung der Studierenden sollte danach darin bestehen, Gerichtsentscheidungen und Rechtsmeinungen zu studieren und zu vergleichen. *Langdells* Position wurde von Rechtsrealisten wie Justice *Oliver Wendell Holmes* kritisiert, der auf die Zweckorientierung von Recht als Mittel zur Herbeiführung sozialer Veränderungen hinwies, was den Gedanken nahelegte, dass zu einer angemessenen juristischen Ausbildung auch die Beschäftigung mit der sozialen Wirklichkeit<sup>27</sup> und der Ge-

<sup>23</sup> Vgl. *Helge Dedek*, Recht an der Universität: „Wissenschaftlichkeit“ der Juristenausbildung in Nordamerika, JZ 2009, S. 540–550.

<sup>24</sup> *Richard A. Posner*, The Decline Of Law As An Autonomous Discipline: 1962–1987, in: Harvard Law Review 100 (1987), S. 761–780.

<sup>25</sup> *Posner*, The Decline Of Law As An Autonomous Discipline: 1962–1987 (Fn. 24), S. 762.

<sup>26</sup> Ebenda. Zielsetzung war nach *Posner* die Sicherung richterlicher Entscheidungsmacht gegenüber den Eingriffsversuchen der Krone.

<sup>27</sup> „For the rational study of the law the black-letter man may be the man of the present, but the

schichte des Rechts<sup>28</sup> gehörte. Bei *Holmes* finden sich übrigens viele Formulierungen, die eine besondere Hochschätzung der europäischen, und vor allem deutschen, Rechtswissenschaft erkennen lassen.<sup>29</sup>

Die Vorstellung vom Recht als einer autonomen Disziplin war noch zu Beginn der 60er Jahre vorherrschend. *Posner* beschreibt die damalige Einstellung der Rechtsprofessoren in Harvard wie folgt:

The „faculty believed, or at least appeared to believe, that the only thing law students needed to study was authoritative legal texts – judicial and administrative opinions, statutes, and rules – and that the only essential preparation for a legal scholar was the knowledge of what was in those texts, and the power of logical discrimination and argumentation that came from close and critical study of them. The difference from Langdell’s day – a difference that was the legacy of Holmes and the legal realists – was that law now was recognized to be a deliberate instrument of social control, so that one had to know something about society to be able to understand law, criticize it, and improve it.“<sup>30</sup>

In einem anderen Text, publiziert 2002, beschreibt *Posner* das Selbstverständnis der US-amerikanischen Rechtswissenschaft um das Jahr 1960 in diesen Worten:

„The task of the legal scholar was seen as being to extract a doctrine from a line of cases or from statutory text and history, restate it, perhaps criticize it or seek to extend it, all the while striving for ‚sensible‘ results in light of legal principles and common sense. Logic, analogy, judicial decisions, a handful of principles such as stare decisis, and common sense were the tools of analysis. The humanities and the social sciences were rarely mentioned“<sup>31</sup>

Dieses Vertrauen auf das Recht als eine (mit Ausnahme geringer sozialwissenschaftlicher Beimengungen) autonomen Disziplin beruhte keineswegs nur auf dem Dünkel einer von der Praxis abgeschotteten universitären Juristenelite, sondern wurde ganz im Gegenteil durch überragende praktische Leistungen in der Anwendung und Fortbildung des US-amerikanischen Rechts bestätigt.<sup>32</sup> Bis zu Beginn der 60er Jahre schienen andere Disziplinen nichts Relevantes zum Recht und seiner Fortbildung beitragen zu können. Hinzu kam das Fehlen ideologischer Konflikte:

„At least in the academy, the radical right had been discredited, first by its isolationism and then by its racism, and the radical left had been squashed by the Cold War. Secular, humanistic, patriotic, and centrist, the American intellectual scene in the late 1950s and early 1960s was remarkably free from ideological strife. In such a period it was natural to think of law not in political but in technical terms, as a form of ‚social engineering‘ with the lawyers as the engineers.“<sup>33</sup>

---

man of the future is the man of statistics and the master of economics“ (*Oliver Wendell Holmes*, *The Path of the Law*, *Harvard Law Review* 10 (1897), S. 457 ff., hier zitiert nach: *ders.*, *The Collected Legal Papers*, 1920/2007, S. 167 [187]); siehe auch *ders.*, *The Common Law*, 1881.

<sup>28</sup> *Holmes*, *The Path of the Law*, in: *The Collected Legal Papers* (Fn. 27), S. 186.

<sup>29</sup> Siehe etwa *Holmes*, *The Path of the Law*, in: *The Collected Papers* (Fn. 27), S. 198.

<sup>30</sup> *Posner*, *The Decline Of Law As An Autonomous Discipline: 1962–1987* (Fn. 24), S. 763.

<sup>31</sup> *Richard A. Posner*, *Legal Scholarship Today*, in: *Harvard Law Review* 115 (2002), S. 1316.

<sup>32</sup> *Posner*, *The Decline Of Law As An Autonomous Discipline: 1962–1987* (Fn. 24), S. 763 f.

<sup>33</sup> *Posner*, *The Decline Of Law As An Autonomous Discipline: 1962–1987* (Fn. 24), S. 765.

In der US-amerikanischen Rechtswissenschaft der Gegenwart finden sich dagegen neben (Rest-)Elementen traditioneller Dogmatik („doctrinal scholarship“) überwiegend stark interdisziplinär orientierte Strömungen, etwa „law and economics“, „law and moral philosophy“ und „critical and feminist studies“. <sup>34</sup> Der Rechtspraxis scheinen diese Forschungen gleichgültig zu sein. Immerhin stellt *Posner* die Fruchtbarkeit derartiger Ansätze für das Recht nicht pauschal in Frage, <sup>35</sup> weist aber auf die Gefahr von qualitativen Mängeln hin. Als Lackmustest empfiehlt er „the ability of the practitioners of this (interdisciplinary, E.H. und H.S.-F.) scholarship to influence practice, rather than merely to circulate their ideas within the sealed network of a purely academic discourse.“ <sup>36</sup> Wenn man bedenkt, dass die Vertreter der „law and ...“ – Ansätze in der rezipierten Disziplin in aller Regel nicht systematisch ausgebildet wurden und dass darüber hinaus ein fachkundiges Publikum, welches durch Kritik gewisse Standards sicherstellen und verteidigen könnte, fehlt, wird man *Posners* Warnung durchaus ernst nehmen müssen.

### III. Zu den Beiträgen in diesem Band

Angesichts der skizzierten Entwicklungen in der US-Amerikanischen Rechtswissenschaft stellt sich auch für die deutsche Rechtswissenschaft die Frage, welche Richtung sie einschlagen sollte: Dogmatik? Oder Interdisziplinarität? Oder beides? Die Beantwortung dieser Frage(n) setzt zunächst eine kritische Selbstreflexion voraus, zu der die im vorliegenden Band abgedruckten Texte einen Beitrag leisten sollen. Sie entstanden als Vorträge im Rahmen einer am 20. und 21. September 2013 an der Universität Würzburg von den beiden Herausgebern des Bandes durchgeführten Tagung <sup>37</sup>, an welcher sich Vertreter des Öffentlichen Rechts, des Zivilrechts und des Strafrechts beteiligten. Die Vorträge galten sechs unterschiedlichen Problemschichten der Grundlagendiskussion, die die Hoffnung auf einen intradisziplinären Austausch eröffnen.

1. Unter dem offenen Dach der Frage nach „Schulengebilden“ widmen sich *Joaachim Rückert* und *Oliver Lepsius* im ersten Problemfeld primär aus zivilrechtlicher bzw. öffentlich-rechtlicher Sicht – über Schulengebilde hinaus – charakteristischen rechtswissenschaftlichen Denktraditionen, Arbeitsweisen, Problemzugängen und Pfadabhängigkeiten. *Rückert* relativiert deutlich, vor dem Hintergrund des ambivalenten und heterogenen Wissenschaftsverständnisses von Jurisprudenz von der Zeit des römischen Rechts bis zur Begründung durch *Savigny*, die Existenz von rechtswissenschaftlichen Schulen im Zivilrecht, soweit es um mehr als personale Beziehungen

<sup>34</sup> *Posner*, Legal Scholarship Today (Fn. 31), S. 1317 ff.

<sup>35</sup> *Posner*, Legal Scholarship Today (Fn. 31), S. 1319.

<sup>36</sup> *Posner*, Legal Scholarship Today (Fn. 31), S. 1317.

<sup>37</sup> Siehe auch den Tagungsbericht von *Stefanie Egidy*, Selbstreflexion der Rechtswissenschaft, JZ 2014, S. 32–34.

oder Denk-Bündnisse geht. Jenseits der Historischen Rechtsschule und der Smend- und Carl-Schmitt-Schule sieht er keine soliden äußeren oder inneren Kriterien wie gemeinsame Programmschriften, Zeitschriften oder einen gemeinsamen Wirkungswillen i. S. von „Schulen“, sondern eher polemische Abgrenzungsversuche Einzelner oder mehrerer Einzelner gegen ein dominierendes „Normaldenken“. Auch der Versuch *Wieackers* zur Typologisierung von fünf geistesgeschichtlichen Epochen im europäischen Rechtsdenken benutze die Wissenschaftsgeschichte als „wehrlose Beispielsammlung“ und tendiere zur Überhöhung und Bevorzugung gewisser idealer und stark werthaltiger Begriffe. Für *Rückert* stehen Wandlungen der Juristenarbeit am Problemfall seit Rom im Vordergrund, wie sie in einem jahrhundertlangen Wandel von Fallbezug und Fallvergleich hin zur zunehmenden Dogmatisierung durch Abstraktion von Einzelfällen in Form von Tatbestandselementen und Rechtsfolgenanordnungen zum Ausdruck kommen, exemplarisch belegt am Problem der Zufallsstörung im Dienstvertrag von *Irnerius* (um 1110/20), *Wolff* (um 1740) und *Windscheid* (um 1870/80) bis hin zu § 615 BGB von 1900. Die doppelte Arbeitstradition der Jurisprudenz (Umsetzung abstrakter Konditionalsätze vs. problemorientierter Fallvergleich) habe mit allgemeinen geistesgeschichtlichen Denktraditionen nichts zu tun. Wohl aber präge die seit *Kant* Wissenschaft charakterisierende Systematik seit etwa 1800 auch die Rechtswissenschaft als eine sei es eher geschlossene, sei es eher offene Wissenschaft, über jene Traditionen des Fallvergleichs hinaus.

Auch *Lepsius* widmet sich weniger einzelnen „Schulen“, sondern einem gemeinsamen Denkstil, der das „Denkkollektiv“ (*Ludwik Fleck*) der Wissenschaftler des Öffentlichen Rechts in Deutschland wissenssoziologisch prägt. Ungeachtet einzelner individueller, aber nicht diskussionsprägender Bemühungen etwa um Interdisziplinarität werde der wissenschaftliche Diskurs im Öffentlichen Recht pfadabhängig unverändert durch Problemzugänge charakterisiert, die sich im Unterschied etwa zu den USA an einer Eigenrationalität von Recht und normwissenschaftlichem Diskurs orientieren und so die soziale Dimension von Fällen zu Gunsten von Rechtsfragen vernachlässigen. Auch die neuesten Versuche der „Neuen Verwaltungsrechtswissenschaft“, diesen Denkstil neu auszurichten, hätten ebensowenig wie frühere Ansätze zu einer Abkehr von jenen Kontinuitäten geführt. Als Elemente dieses deutschen Denkstils werden akzentuiert: die primäre Orientierung am materiellen Recht (zulasten des Verfahrens- oder Organisationsrechts), die gerichtliche Ex-Post-Kontrolle (zulasten von Rechtsgestaltung), die Orientierung am positiven Recht unter übergreifender Betrachtung von Verfassungs- und Verwaltungsrecht, der Systemanspruch (unter Vernachlässigung von Akteuren, Interessen und Kompetenzen), das Denken in Typologien und Begriffen (wie von „Staat“ und „Gesellschaft“ oder von Handlungstypen der Verwaltung), ein integratives (nicht arbeitsteiliges) interdisziplinäres Verständnis von Interdisziplinarität und schließlich ein wissenschaftlicher Zugang, der dogmatisch die Teilnehmer- zulasten der Beobachterperspektive favorisiert und deshalb durch die abweichenden Perspektiven des Europarechts, des sehr innovativen Richterrechts, der Grundlagenfächer oder der Interessenanalysen eher

irritiert wird. *Lepsius* plädiert für eine Abkehr von diesem pfadabhängigen juristischen Denkstil, weil sich der materielle Systembegriff vor dem Hintergrund einer heterogenen und kompromisshaften Rechtsetzung nicht durchhalten lasse, das deutsche dogmatische Denken international nicht export- und diskursfähig sei und die zu enge Verbindung von Wissenschaft und gerichtlicher Praxis zu Innovationschwächen in der Wissenschaft führe. In der Überwindung jenes Denkstils sieht er die zentrale Zukunftsaufgabe der deutschen Staatsrechtslehre.

2. Der zweite Themenblock der Tagung war der Intra- und Interdisziplinarität gewidmet. In seinem Beitrag „Intra- oder Interdisziplinarität. Chance oder Störfaktor“ betont *Thomas Gutmann* zunächst, dass das „Kerngeschäft“ der Rechtswissenschaft nach wie vor die Dogmatik bilde, verstanden als „praxisorientierte Reflexion erster Ordnung des Rechtssystems, aus der Perspektive nicht des Beobachters, sondern des Teilnehmers“. *Gutmann* spricht von einer die Rechtswissenschaft charakterisierenden „engen Theorie-Praxis-Verklammerung“ und betont dementsprechend die Praxisorientierung auch der Rechtsdogmatik, die in erster Linie auf die systematisch strukturierte Lösung von Fällen ausgerichtet sei. Daneben sei die Rechtswissenschaft aber auch Teil des Wissenschaftssystems. Der in allen Wissenschaften feststellbare Trend zur Binnendifferenzierung habe längst auch die Rechtswissenschaft erfasst, was zu teilweise erheblichen Problemen führe. Eine der Folgen zunehmender Binnendifferenzierung sei die „Notwendigkeit interdisziplinären Arbeitens“, deren Fruchtbarkeit für die Rechtswissenschaft *Gutmann* an mehreren Beispielen belegen kann.

„Wie kommt das Neue in die Rechtswissenschaft?“ fragt sodann *Frank Saliger*, wobei er betont, dass der Begriff des „Neuen“ weit und inhaltlich neutral zu bestimmen sei. Er unterscheidet analytische, normative und paradigmatische Neuerungen: Erstere betreffen die „analytische Durchdringung eines Sachproblems“ durch Steigerung begrifflicher Präzision oder dogmatischer Konsistenz und Kohärenz. Normative Neuerungen beziehen sich dagegen auf neue Lösungen dogmatischer Sachprobleme, auch praeter und contra legem. Unter „paradigmatischen Neuerungen“ versteht *Saliger* schließlich „fundamentale Veränderungen im grundbegrifflichen, methodischen oder perspektuellen Bezugsrahmen der gesamten Rechtswissenschaft oder einer juristischen Teildisziplin“. Wie *Thomas Gutman* weist auch *Saliger* auf den engen Zusammenhang zwischen Spezialisierung und Intra- bzw. Interdisziplinarität hin und betont deren „produktive Wechselwirkung“. Als Beispiele hierfür nennt er die Entwicklung des Rechts der Sterbehilfe und die Auseinandersetzung mit den Problemen einer „Criminal Compliance“.

3. Im dritten Problemfeld nimmt *von Bogdandy* die Selbstreflexionsschübe durch die Prozesse der Internationalisierung der Rechtswissenschaft auf. Nach seiner Ausgangsthese könne sich die deutsche Rechtswissenschaft nicht mehr als international exemplarisch und vorbildhaft begreifen, sondern müsse sich aufgrund der Zwänge der europäischen Integration mit ihrer politikgetriebenen Ausbildung eines europäischen Forschungsraums neu formieren. Dessen Entstehung stelle „etablierte For-



schungsgegenstände, überkommene Methoden, Publikationsmuster, Karriere-muster, Reputationshierarchien und nicht zuletzt wissenschaftliche Identitäten“ grundsätzlich in Frage und zwingt für den europäischen Rechtsraum zu einer Neubestimmung der herkömmlichen Dogmatik des deutschen Rechts, will die deutsche Rechtswissenschaft in einem faktisch zunehmend durch die amerikanischen Law Schools und die englische Sprache geprägten kontinentaleuropäischen rechtswissenschaftlichen Diskurs präsent sein. Ungeachtet der Gefahren negativer Effekte für die deutsche Rechtswissenschaft plädiert der Autor vor dem Hintergrund der grundsätzlich positiven weltweiten Spezialisierung und wettbewerblichen Konkurrenz für eine neue Gewichtung der Rechtsvergleichung und eine Integration des europäischen rechtlichen Bezugsrahmens in den mitgliedstaatlichen Interpretationskontext. Die disziplinäre Identität müsse sich unter Bewahrung ihrer dogmatischen Ausrichtung verstärkt wandeln – hin zu einer stärker wirkungsorientierten, aufgabenbezogenen und nicht zuletzt kritischen Betrachtungsweise des Rechts im europäischen Rechtsraum, unter Überschreitung nationalstaatlicher rechtsquellentheoretischer Grenzziehungen.

4. Die weiteren Problemebenen gelten weniger den fachlich-internen als den sozialen, den organisatorischen bzw. den (hochschul-)politischen Rahmenbedingungen und Abhängigkeiten der rechtswissenschaftlichen Forschung. In einem wissenschaftssoziologischen Problemzugang eröffnen *Peter Weingart* in Anknüpfung an den Stand der internationalen Wissenschaftssoziologie und *Helmut Goerlich* in Anknüpfung an Beobachtungen insbesondere der konkreten Wissenschaftsgemeinschaft der deutschen Staatsrechtslehrer die Diskussion über die Rechtswissenschaft als reputationsgesteuertes soziales Feld mit spezifischen Eigengesetzlichkeiten. Weingart expliziert disziplinübergreifend die zentrale Steuerungsfunktion von Reputation nach wissenschaftsinternen Leistungskriterien, soweit ihre Verlässlichkeit nicht durch den Matthäus-Effekt, die Überlastung der Peer Review oder wissenschaftliches Fehlverhalten etwa aufgrund übermäßiger Konkurrenz gestört wird. Als solche verzerrenden Störfaktoren des wissenschaftlichen Anreizsystems können sich auch Leistungsindikatoren etwa im Blick auf Evaluationsverfahren erweisen oder die fortschreitende Orientierung an Erwartungen der Medienöffentlichkeit, für die weniger die Herstellung von Erkenntnisfortschritten als von Aufmerksamkeit von zentraler Bedeutung ist. Funktional steuert wissenschaftliche Reputation die Wissenschaft thematisch und kontrolliert die Qualität von Forschung – im Rahmen der Medialisierung der Wissenschaft können dann wissenschaftsexterne Kriterien die Themenwahl stärker bestimmen.

*Goerlich* bestätigt Reputation als praktische Orientierungshilfe, konkretisiert und differenziert dieses Bild für die Rechtswissenschaft aber durch Verallgemeinerungen aufgrund teilnehmender Beobachtung seiner Disziplin in mehrfacher Hinsicht, plausibilisiert durch zahlreiche konkrete oder anonymisierte Beispiele. Er bezieht die Rolle der wissenschaftlichen Praktiker und des Bezugs zu politischer Herrschaft mit ein, unterscheidet verschiedene kontextabhängige Reputationsmuster und akzentu-

iert den historischen und zeitgenössischen Wandel von Reputation unter Juristen. Danach bestimmen zahlreiche subjektive und objektive Elemente den Reputationserwerb als einen weithin informellen elitär-egalitären Kommunikationsprozess, die in ihrem unterschiedlichen Stellenwert ausführlich bestimmt werden – bis hin zur Rolle von Nebentätigkeiten etwa als Gutachter, Richter, Politiker oder Wissenschaftsmanager. Der Autor betont aber auch die Schwächen in Form von irreführenden Zuschreibungen, Fehlsteuerungen und Missbrauch zu wissenschaftsfremden Zwecken, gegen die er als ethischen Standard ein inneres Gleichgewicht, in Distanz zur Reputationsdynamik des Wissenschaftssystems, als Ausdruck eines selbstreflexiven Reputationsmanagements nahe legt.

5. Ein fünftes Problemfeld bilden die Organisation von Wissenschaft und die daraus sich ergebenden wissenschaftssozialen Folgen. *Hubert Rottleuthner* verweist gleich zu Beginn seiner Ausführungen über „Methodologie und Organisation der Rechtswissenschaft“ auf die merkwürdige Diskrepanz „zwischen dem permanenten Selbstzweifel von Rechtswissenschaftlern an der Wissenschaftlichkeit und am Wissenschaftscharakter ihrer Disziplin“ einerseits und der „traditionell festen organisatorischen Etablierung des Faches an den Universitäten“ andererseits. Er erwähnt den gelegentlich sehr unspezifischen, bisweilen geradezu „unwissenschaftlich[en]“ Gebrauch wissenschaftstheoretischer Konzepte wie „Theorie“, „Hypothese“, „Forschung“ usw. in der Rechtswissenschaft. Auch das Dogmatik-Konzept der Rechtswissenschaft sei im Kern ungeklärt und werfe vor allem infolge der nicht durchgeführten Trennung zwischen Teilnehmer- und Beobachterperspektive große Probleme auf. Dagegen sei die Rechtswissenschaft organisatorisch fest im universitären Betrieb verankert, eine Stellung, die jedoch in jüngster Zeit gefährdet erscheine. *Rottleuthner* nennt in diesem Zusammenhang insbesondere die Schwierigkeiten der Rechtswissenschaftler, hinreichend Drittmittel einzuwerben, und allgemein die Gefahr einer radikalen Ökonomisierung der Universitäten, wie sie in Großbritannien bereits durchgesetzt worden sei.

„Vom schwindenden Beruf der Rechtswissenschaft unserer Zeit, speziell der Strafrechtswissenschaft“ handelt der Beitrag *Bernd Schünemanns*. Eingangs stellt *Schünemann* fest, dass sich der Beruf des Universitätslehrers seit den Zeiten *Max Webers* erheblich gewandelt habe; als „juristischer Kohlverkäufer“ wetteifere er heute mit den juristischen Repetitoren darum, „den Geist der Jurisprudenz sozusagen auf Trinkstärke für durch dessen Genuss eigentlich überforderte Studenten zu verdünnen“. Die gesellschaftliche Aufgabe der (Straf-)Rechtswissenschaft sieht *Schünemann* in der intellektuellen Kontrolle der Rechtsprechung, ein sehr anspruchsvolles Konzept, das *Schünemann* dennoch auch in Europa und darüber hinaus als Leitmodell hinstellt. Die praktischen Verwirklichungschancen des „mos teutonicus“ der Rechtsdogmatik im internationalen Kontext sieht er allerdings skeptisch.

6. In seinem Beitrag über „Neue Entwicklungen in der Hochschulpolitik und ihre Folgen für die Rechtswissenschaften“ behandelt *Wilhelm Krull* aus wissenschaftspolitischer Sicht die aktuellen Herausforderungen für die Rechtswissenschaft. Ein

wichtiger Ausgangspunkt ist die Sonderrolle der Rechtswissenschaft (und der Medizin) im Bologna-Prozess, die im Festhalten an den Staatsprüfungen ihren deutlichsten Ausdruck findet. Allerdings scheine sich die Ablehnung einer Einführung des Bachelor-Master-Modells in der Rechtswissenschaft allmählich abzuschwächen. Wie *Krull* betont, erfordert eine erfolgreiche universitäre Ausbildung auch „die Förderung eines ‚(pro)aktiven‘, eines ‚lebendigen‘ und kreativen Studierenden“. Interdisziplinarität könne dazu beitragen, an den rechtswissenschaftlichen Fakultäten ein Klima der Vielfalt herzustellen. In der Exzellenzinitiative seien die Rechtswissenschaften nur schwach vertreten gewesen; als eigenständige Disziplin wurden sie nicht gefördert. Umso wichtiger sei es, nicht den Anschluss an die Reformdiskussion insgesamt zu verpassen. Als für das Recht besonders wichtige Themenfelder nennt *Krull* die Rechts- und Vertragsgestaltung, Fragen von „Good Governance“ und Compliance, Mediation und das internationale und europäische Recht. Im Anschluss an *Andreas Voßkuhle* sieht er in einem „Grundverständnis von gesellschaftlichen und politischen Strukturen, Interessen und Bedürfnissen“ eine wichtige Voraussetzung gelingender juristischer Praxis. Dies gelte insbesondere im Hinblick auf die fortschreitende Europäisierung und Internationalisierung sowie die damit verbundene „Notwendigkeit verstärkter sprachlicher und ‚interkultureller‘ Kompetenz“.

Insgesamt zeigen die abgedruckten Beiträge, dass die Auseinandersetzungen um die künftige Entwicklung der deutschen Rechtswissenschaft und ihre internationale Wirkung noch keineswegs abgeschlossen sind. Eine zentrale Weichenstellung ist die Entscheidung zwischen der Innen- oder der Außenperspektive auf das Recht, zwischen Dogmatik und einer – evtl. interdisziplinär angereicherten – „Meta-Dogmatik“. Zu klären wäre weiterhin, inwieweit Mischformen möglich und zweckmäßig sind, und wie weit die Öffnung der Rechtswissenschaft zu Nachbardisziplinen wie der Politologie, der Ökonomie und der Soziologie gehen soll. Zu den großen Fragen der Zukunft gehört weiterhin auch die Reform der Juristenausbildung, die der veränderten Stellung von Recht und Rechtswissenschaft Rechnung tragen sollte.

# Denktraditionen, Schulbildungen und Arbeitsweisen in der ‚Rechtswissenschaft‘ – gestern und heute

*Joachim Rückert<sup>1</sup>*

Das nicht ganz kleine Thema bedarf einer etwas ordnenden Umschau. Ordnungs- und Orientierungsbedürfnisse scheinen dabei ja deutlich durch. Dieser Umschau gelten Teil I und II. Ein alternativer Blick auf die Juristenarbeit in Rom, die „Rechtswissenschaft“ in Bologna, im Vernunftrecht und bei Windscheid wird in Teil III geworfen. In Teil IV wird das verknüpft mit Überlegungen zu den Wissenschaftsangeboten seit Kant auch an die Jurisprudenz und dazu, was daraus als Wissenschaft der Juristen wurde. Auf drei größere lange Linien verkürzt Teil V das Bild zum Schlussbild.

## I. Orientierungen: Warnungen, Hoffnungen, Weiterungen, Zweifel, Abwege, Traditionsträume

Sollte man das Thema besser meiden? Ist die Rechtswissenschaft eine kranke Wissenschaft, wenn sie sich solche Fragen stellt wie die nach ihren Denktraditionen? Nicht nur Gustav Radbruch sah das so:

„Wie Menschen, die sich durch Selbstbeobachtung quälen, meist kranke Menschen sind, so pflegen aber Wissenschaften, die sich mit ihrer eigenen Methodenlehre zu beschäftigen Anlaß haben, kranke Wissenschaften zu sein, der gesunde Mensch und die gesunde Wissenschaft pflegt nicht viel von sich selbst zu wissen.“<sup>2</sup>

Das schrieb Radbruch auf dem Höhepunkt der sog. Freirechtsbewegung 1910 und ließ es später so stehen. Seinem Bannspruch gegen Methodenüberlegungen gab er aber selbst keine Folge. Und offenbar sehen das auch die Veranstalter dieser „Reflexions“-Tagung anders. Als Historiker kann man den Bannspruch immerhin gelassen zur Kenntnis nehmen. Radbruchs biologistischer Gesund-Krank-Maßstab war of-

---

<sup>1</sup> Der Text ist eng an meinen Vortragsnotizen ausgearbeitet, enthält aber auch einiges aus Zeitgründen Gekürzte, bes. in Teil IV. und V. Die 2. Aufl. enthält einige Nachträge mit [ ] in den Fußnoten.

<sup>2</sup> *Gustav Radbruch*, Einführung in die Rechtswissenschaft, 1910, S. 116 zur Eröffnung im letzten Kapitel: „Rechtswissenschaft“.

fenbar ein Zeitphänomen des *fin de siècle* vor 1914. Und die historische Reflexion hat er in diesem Anflug von zeitgemäßem Sozialdarwinismus wohl nicht gemeint. Radbruch sollte uns und mich also nicht entmutigen.

Oder sollte man bei Jurisprudenz lieber nicht nach *Denken* fragen? Die Frage nach Denktraditionen erscheint wenig aussichtsreich, wenn womöglich von juristischem *Denken* gar nicht die Rede sein kann. Handelt es sich nicht eigentlich um eine Kunst, um eine *ars*? Jedenfalls war es so im immer wieder beschworenen römischen Musterfall. *Jus est ars boni et aequi* definierte Ulpian um 200, mit dem etwas älteren Celsus, und auf dem Höhepunkt der römischen Jurisprudenz. Justinian hat das prominent zu Beginn der berühmten Digesten, a<sup>o</sup> 533, in I 1.1.2.pr überliefert. Wie wurde bei *ars* gedacht? Die Kunst-Perspektive irritiert bei diesem sprichwörtlichen Musterjuristen. Einer der besten Kenner des „Geist(s) des römischen Rechts“ und einer seiner einflussreichsten Lobredner schwärmte vom römischen Recht als „Kunstwerk“, nicht als Denkwerk. In seinen „Augen ist die Geschichte dieses Rechts ein unübertroffenes Kunstwerk, in dem die höchste Einfachheit und Einheit mit der reichsten Fülle der Entwicklung sich paart.“<sup>3</sup> Das schrieb Rudolf (von) Jhering, am Beginn eines großen juristischen Neuaufbruchs, 1852, unter der geflügelten Formel von 1857 „Durch das römische Recht über das römische Recht hinaus.“<sup>4</sup> Jurisprudenz als Kunst statt als Wissenschaft wird auch heute durchaus hochgehalten, wenn es heißt: „Die Kunst des Juristen ist die Kunst der Argumentation“. Das moderne rechtswissenschaftliche Studium biete wenig Gelegenheit, sie zu erlernen, und die Lehrbücher zur Methodik der Rechtswissenschaft seien zu abstrakt.<sup>5</sup> Die Perspektive der Jurisprudenz als Kunst muss jedenfalls bei der Frage nach ihren Traditionen beachtet werden.

Sind diese *Traditionen*, sei es Denken sei es *ars*, überhaupt beherrschbar? Wie soll man mit rund 2000 Jahren umgehen? Deutlich kleiner macht sich das öffentliche Recht, aber schon nicht mehr, wenn man vom Staat her denkt. Lässt sich also die gewiss folgenreiche römische Jurisprudenz so einfach als Anfang einer Rechtswissenschafts-Tradition bis heute verstehen, wie dies gern wie selbstverständlich geschieht? So heißt es z. B. in einer verbreiteten modernen Einführung unter der Überschrift „Rechtswissenschaft“ lapidar: „Cicero hat in einer Schrift, die uns nicht mehr überliefert ist, gefordert, die Rechtskunde zu einer Wissenschaft zu entwickeln (*de iure civili in artem redigendo*). Diese Forderung fällt in die erste Blütezeit der römischen Rechtswissenschaft.“<sup>6</sup> Aber Cicero war nicht Jurist, sondern Rhetor. Auch er spricht nicht von Wissenschaft, sondern von *ars*. Und *ars* war nicht Wissenschaft, sondern gekanntes Handwerk.<sup>7</sup> Einige vielzitierte römische Juristenformeln bestätigen das

<sup>3</sup> Rudolf Jhering, Geist des römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung, Teil 1, 4. Aufl. 1878, S. 62 und ebenso schon 1. Aufl. 1852.

<sup>4</sup> Rudolf Jhering, Unsere Aufgabe, in: Jahrbücher für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Rechts, Bd. 1, 1857, hier S. 52.

<sup>5</sup> So Ingeborg Puppe, Kleine Schule des Juristischen Denkens, 2008, Vorwort.

<sup>6</sup> So der historisch gewiss kompetente Norbert Horn, Einführung in die Rechtswissenschaft und Rechtsphilosophie, 4. Aufl. 2007, Rn. 270.

<sup>7</sup> Siehe nur die treffende Übersetzung von Detlef Liebs, Lateinische Rechtsregeln und Rechts-

etwas Nebelhafte an diesem Bild. Denn von Wissenschaft reden die Römer nicht, wenn sie mit inzwischen berühmten Formeln Gerechtigkeit definieren als „*Justitia est constans et perpetua voluntas suum cuique tribuere*“<sup>8</sup> – Gerechtigkeitsarbeit entspringt hier aus *voluntas*, aus Wille und Haltung. Oder wenn sie die Gesetzeskenntnis definieren als „*Scire leges non est verba eorum tenere, sed vim ac potestatem*“<sup>9</sup> – es geht zwar nicht nur um die Worte, aber auch nicht um eine Wissenschaft, sondern um Wissen, um Kundigkeit, um *scire*. Oder wenn sie die Jurisprudenz definieren als „*Juris prudentia est divinarum atque humanarum rerum notitia, iusti atque iniusti scientia*“<sup>10</sup> – *prudentia* ist Klugheit, *notitia* meint Kenntnis und *scientia* Wissen. Die Eigenart römischer Jurisprudenz wird so nicht klarer und die Tradition auch nicht. Nicht zufällig kam das leitende Stichwort „Rechtswissenschaft“ eben erst um 1800 und zuerst in der Strafrechtstheorie auf. Jedenfalls müsste man also ebenso über *ars* wie über Wissenschaft reden.

Oder wird es leichter mit dem Blick auf das Mittelalter? Hier findet man seit Savigny die Geburtsstunde der europäischen Rechtswissenschaft. Aber für die unstrittig große Blüte der Jurisprudenz seit Bologna im 11. Jahrhundert, wirken die Berichte auch nicht besonders stimmig. Zwar wird wieder erfreulich traditionsträchtig von „Rechtswissenschaft“ gesprochen, ja geradezu „Die Entstehung der europäischen Rechtswissenschaft“<sup>11</sup> hierher verlegt, aber dann wird erläutert, sie sei ebenso wie die Theologie und Medizin dadurch „ausgezeichnet, dass im Mittelpunkt das Studium

---

sprichwörter, 7. Aufl. 2007, Nr. J 180: „Das Recht ist das Handwerk des Billigen und Gerechten“, Dig. I 1.12.pr, oben zitiert im Text.

<sup>8</sup> *Pseudo-Ulpian*, Dig. 1.1.10.pr und Inst. 1.1.pr.: „Gerechtigkeit ist der stetige und fortwährende Wille, jedem das Seine zu geben“, mit *Liebs* (Fn. 7), Nr. J 195.

<sup>9</sup> *Celsus*, Dig. 1.3.7: „Die Gesetze kennen heißt nicht, ihre Worte behalten, sondern ihre Macht und ihr Vermögen.“, mit *Liebs* (Fn. 7), Nr. S. 6.

<sup>10</sup> Etwa: Rechtsklugheit ist die Kenntnis von den göttlichen und menschlichen Dingen, das Wissen vom Rechten und Unrechten; nicht bei *Liebs* (Fn. 7); die bewusst „zielsprachliche“ Übersetzung in: *Corpus Iuris Civilis*. Text und Übersetzung, hrsg. von Okko Behrends u.a., Bd. 2, 1995, mit „Rechtswissenschaft“ für *Juris prudentia* verwischt diese Differenz; anders nach wie vor *Hermann Gottlieb Heumann/Emil Seckel*, Handlexikon der Quellen des römischen Rechts, 1856 ff.), viele Aufl. bis heute, unter *prudentia*: Umsicht, Klugheit, Kenntnis, Rechtskenntnis. [Die moderne rechtshistorische Romanistik interessiert sich nur wenig und ohne klärende Wissenschaftstheorie für diese Fragen, s. etwa *Jan D. Harke*, Juristenmethode in Rom, in: Karl Riesenhuber (Hrsg.), Europäische Methodenlehre, 3. Aufl., 2015, S. 7–21, oder auch *Paul du Plessis*, Classical and Postclassical Roman Law, in: The Oxford Handbook of European Legal History, hrsg. von Heikki Pihlajamäki/Markus D. Dubber/Mark Godfrey, 2018, ch. 8, S. 186–200; sehr interessiert dagegen noch die Generation davor, freilich im Rahmen ihres sehr weiten Wissenschaftsbegriffs, s. bes. *Wolfgang Kunkel*, Römische Rechtsgeschichte, 5. Aufl. 1968, S. 85, 98 ff., 100: in der ausgehenden Republik „Berührung mit der griechischen Wissenschaft ... vor allem Rhetorik und Philosophie ... [nun] dialektische Methode ... aus der bloßen Rechtskunde ... nun erst eine Rechtswissenschaft im eigentlichen Sinne des Wortes“ – aber ohne Erklärung dieses Eigentlichen.].

<sup>11</sup> So die immer noch bewundernswerte Darstellung von *Franz Wieacker*, Privatrechtsgeschichte der Neuzeit unter besonderer Berücksichtigung der deutschen Entwicklung, 2. Aufl., 1967, im 1. Teil: Die mittelalterlichen Grundlagen der neueren Privatrechtsgeschichte, und hier als Überschrift zu Kapitel 2, S. 45 ff.; ebda. S. 49 auch die „Geburt“.

angesehener, mit Autorität ausgestatteter Texte stand.<sup>12</sup> Wie passt aber die Bindung an Autorität zu Wissenschaft? – für uns gewiss schlecht, es sei denn man denkt vor allem an die Gesetzesbindung. Sollte es also um mehrere Traditionen gehen?

Nun, vielleicht gibt es gar keine so lange Tradition und Denktradition? Auch daraus ließe sich ja lernen. In Jan Schröders grundlegender Darstellung „Recht als Wissenschaft“ ist denn auch trotz des schönen Haupttitels nicht „Rechtswissenschaft“ der rote Faden, sondern mit dem konkreteren Untertitel die „Geschichte der juristischen Methodenlehre in der Neuzeit (1500–1933)“. Und in den „Zusammenfassende(n) Überlegungen“ am Ende steht der lapidare Satz: „Im 19. Jahrhundert setzt sich zum ersten Mal in der Neuzeit der Gedanke einer wissenschaftlichen (positiven) Rechtsfindung durch. Er beruht auf der Vorstellung, dass das positive Recht einen sinnvollen Zusammenhang aufweist, ein lückenloses inneres System bildet, aus dem über die geschriebenen und gewohnheitsrechtlichen Sätze hinaus neues Recht abgeleitet werden kann.“<sup>13</sup> In der Tat hatte Savigny in seiner ebenso pionierhaften wie absolut grundlegenden „Geschichte des Römischen Rechts im Mittelalter“ (6 Bände, 1. Aufl. 1815–1831)<sup>14</sup> eine „Wiederherstellung der Rechtswissenschaft“ zum tragenden Gesichtspunkt gemacht und in diesem Sinne eine große Kontinuität betont: Vom „12. Jahrhundert bis zum Schluss des Mittelalters“ sei „in diesem ganzen Zeitraum ... der wissenschaftliche Charakter im Römischen Recht vorherrschend“, und daher vor allem „Literärgeschichte“, Bücherwerk, zu finden.<sup>15</sup> Also Wissenschaft als Denktradition überall seit Rom? Aber hier verwendete Savigny einen nur relativ schwachen Begriff von Rechtswissenschaft im Sinne von „gründlichem“ Wissen und gründlicher „Interpretation“ der römischen Texte.<sup>16</sup> Eine „systematische Behandlung der Rechtswissenschaft“ sei nur schmal in den sog. *Summen* angefangen worden, also in den schlichten, einführenden Übersichten über den Inhalt ganzer Titel, d. h. größerer Abschnitte der Justinianischen Rechtsbücher wie zu Kauf, Miete u. ä.<sup>17</sup> Auf diese recht anspruchslose Weise konnte Savigny dann eine gewaltige Linie bis in seine Ge-

<sup>12</sup> Siehe nur Horn (Fn. 6), Rn. 291; ganz ähnlich Wieacker (Fn. 11), S. 49.

<sup>13</sup> Jan Schröder, *Recht als Wissenschaft* ..., 2001, § 67 I/S. 269 f.; ebenso 2. Aufl. 2012, S. 275.

<sup>14</sup> Siehe dazu Joachim Rückert, Friedrich Carl von Savigny (1779 bis 1861). *Geschichte des Römischen Rechts im Mittelalter*, in: *Hauptwerke der Geschichtsschreibung*, hrsg. von Volker Reinhardt, 1997, S. 152–156.

<sup>15</sup> Siehe den einschlägigen Bd. 3, 1822, Kapitel 18, S. 75–89, und Vorrede S. III und IV.

<sup>16</sup> Ebda. S. 75 „neue gründliche Kenntnis“ und S. 514 „Der Hauptgegenstand aber der Bücher, wie der Vorlesungen, war stets die Interpretation des Corpus Juris“, im Kapitel 24: Die Glossatoren als Schriftsteller. Ein leicht greifbares Beispiel für eine Interpretation findet man bei Hans Hattenhauer/Arno Buschmann, *Textbuch zur Privatrechtsgeschichte der Neuzeit mit Übersetzungen*, 1967, im Abschnitt „Die Wiederbelebung des römischen Rechtes in Oberitalien“, S. 43–48 aus Accursius (um 1230); ähnlich auch noch S. 82–86 aus Bartolus (um 1330) und S. 86–92 aus Jason de Mayno (um 1480).

<sup>17</sup> Ebda. S. 524. Beispiele für kleine Summen findet man bei Hattenhauer/Buschmann (Fn. 16), S. 35–38 aus Placentin und S. 38–42 aus Azo (um 1200); ein Quellenbeispiel einer freilich ganz kleinen Summe, einer *summula*, und einer *quaestio*, auch bei Karl Kroeschell, *Deutsche Rechtsgeschichte*, Bd. 1: Bis 1250, 13. Aufl. 2008, S. 256 f. (Quelle Nr. 64 f.) im Kap. „Bologna und die Erneuerung der Rechtswissenschaft“.

genwart ziehen. Denn, so schreibt er, dieser „wissenschaftliche Sinn für das Recht“ habe sich „von jetzt an ununterbrochen“ erhalten, er sei im 16. Jahrhundert nur „tiefer begründet und vielseitiger angewendet“<sup>18</sup> worden, also im Humanismus, und, so kann man anschließen, er mündete offenbar in Savignys eigene wahrhaft-„geschichtliche Rechtswissenschaft“, die gerade nicht nur „geschichtlich“ war, sondern auch überaus anspruchsvoll „innerlich“-„systematisch“. Denn Savigny zielte darauf und glaubte daran, etwas wie innere Notwendigkeiten, leitende Grundsätze und große Prinzipien für den ganzen Rechtstoff zu enthüllen. Diese weitgehende Systemvorstellung kam in der Tat erst im 16. Jahrhundert auf, obwohl schon Azo, freilich sehr großzügig eine „große systematische Zusammenfassung des römischen Rechts“ zugeschrieben wird.<sup>19</sup> Recht erscheint bei Savigny als Produkt organischer Entwicklung, als Tradition in diesem Sinne, als letztlich notwendig, nicht als kontingent. Geschichte war hier nicht bloßes Faktum, gar Chaos, sondern sinnerfüllte, prinzipiell organische Entwicklung, fortschreitendes System. Konsequentergibt sich eine erhebende, große Kontinuität, eine Folge von bloßen Metamorphosen. Eine so lange Linie lässt sich auch durchaus modern, ohne Organologie, ziehen, wenn man schon zu den Römern vermerkt: „unwissenschaftlich kann sie nur derjenige nennen, der keinen Respekt hat vor der wissenschaftlichen Elementarleistung des Aufbaus von Terminologien“, oder wenn man sich mit dem wissenschaftstheoretisch sehr unscharfen allgemeinen Stichwort „rational“ begnügt.<sup>20</sup> Diese Kontinuität, mit oder ohne Organologie, deckt also wieder sehr verschiedene Formen von Wissenschaft und damit sehr verschiedene Denk-Traditionen. Wir hätten also eine lange, aber allzu unspezifische und daher inhaltlich wenig belehrende Kontinuität von ‚Rechtswissenschaft‘ als Denktradition.

<sup>18</sup> Savigny, *Geschichte* III (Fn. 15), S. 78.

<sup>19</sup> Zum 16. Jh. Schröder (Fn. 13), 2012, § 18; Kriechbaum (Fn. 20), S. 266; zu Azo Lange, *Glossatoren* (Fn. 20), S. 261.

<sup>20</sup> Und: „Die Römer haben Definitionen entwickelt nach Maßgabe einleuchtender und dauerhaft-gleichförmig zu gebrauchender Unterscheidungskriterien. Mit ihren Begriffen haben spätere Generationen das Recht immer geschickter systematisiert ...“, so Roland Dubischar, *Vorstudium zur Rechtswissenschaft. Eine Einführung in die juristische Theorie und Methode anhand von Texten*, 1974, in seinem gedankenreich einführenden Kapitel über „Typen rechtswissenschaftlicher Theorie. Ein historischer Überblick“ anhand klassischer Texte, S. 1–29; „rational“ mit Bezug auf Franz Wieackers Definition genügt Hans Thieme im an sich repräsentativen Handwörterbuch zur deutschen Rechtsgeschichte, unter „Rechtswissenschaft“ in Bd. 4, 1990 (hier 1986), Sp. 419–423. Die wissenschaftsgeschichtliche Pointe dieses nach 1933 paradox prominent gewordenen Stichworts aus Max Weber kann hier nicht vertieft werden. Auch in der neuen grundlegenden Darstellung der Zeit von Hermann Lange reduziert sich ‚Wissenschaft‘ ganz unscharf auf irgendwie „rational“, s. *ders.*, *Römisches Recht im Mittelalter*, Bd. 1: Die Glossatoren, 1997, hier S. 463; schön konkret und genau differenzierend aber *ders./Maximiliane Kriechbaum*, ebda., Bd. 2: Die Kommentatoren, 2007, S. 265 ff. Auf die bekannte Bewertungsfrage zu Glossatoren und Kommentatoren kommt es hier, für die allgemeine Kontinuitätsbehauptung, nicht an. [Konkreter und bes. klar, aber ganz analog mit „rational“ auch der Überblick von Rom bis 1900 von Tilman Repgen, *Ius Commune*, in: Hans-Peter Haferkamp/Tilman Repgen (Hrsg.), *Usus modernus pandectarum. Römisches Recht, Deutsches Recht und Naturrecht in der Frühen Neuzeit*, 2007, S. 157–173.].



Gerne zitiert wird auch der besonders bedeutende Glossator Azo (um 1200) mit einer ihm zugeschriebenen Eloge auf die „Rechtswissenschaft“ gleich zu Beginn seiner *Summa institutionum*. Sie adle, verdoppele die Ehren und führe die *iuris professores* zur Herrschaft und sogar in die kaiserliche Aula, ins Kaisergericht.<sup>21</sup> Als zeitgenössisches Zeugnis wäre dies von besonderem Gewicht. Der Bezug für den mit *Haec* beginnenden Lobessatz wird aber in den Zitaten in Übersetzung ergänzt. Und das entscheidende Wort Rechtswissenschaft bzw. etwa *scientia* kommt bei Azo im Bezugssatz davor nicht vor, noch ganz abgesehen davon, dass *scientia* eher als Gelehrtheit zu verstehen wäre. In den Quellen gilt der Bezug vielmehr einem längeren Satz, in dem es darum geht, *dogmata* und *doctrina* zu lernen.<sup>22</sup> Immerhin in der später vorangestellten kleinen Gliederung der Drucke, hier etwa 1566, steht als Inhalt für diesen Satz „Scientia iuris utilitas“. Diesen Nutzen der Gelehrtheit mit Wissenschaft zu übersetzen ist hier freilich ebenso verwirrend wie für die Römer.

Lassen Sie mich zum Schluss dieser Orientierung einen Blick in die mutige Würzburger Problemreduktion von Eric Hilgendorf werfen, also in seinen Band „dtv-Atlas Recht. Bd. 1: Grundlagen Staatsrecht Strafrecht“<sup>23</sup>. Salomonisch weit beginnt der Abschnitt „Rechtswissenschaft“<sup>24</sup> mit den Worten: „Rechtswissenschaft und Rechtsanwendung bilden zusammen die Jurisprudenz ...“ Die „Geschichte der Rechtswissenschaft“ reicht hier von der griechischen Antike bis zum BGB 1900. In Griechenland habe es zwar eine „hoch entwickelte Rechtsphilosophie“ gegeben, aber „noch keine Rechtswissenschaft im heutigen Sinn. Diese sei eine Erfindung der Römer und habe sich aus der Rechtsprechung der Priester“ entwickelt, konkret dann aus „Gutachten und Vertragsgestaltungen“, kurz aus „Kautelarjurisprudenz“.<sup>25</sup> Unter diesem sehr großen Dach von „Rechtswissenschaft“ leben jedenfalls recht unterschiedliche Versionen friedlich nebeneinander.

Unausgetilgt wie die olympische Flamme und das ewige Licht der katholisch-christlichen Kirchen scheint die ‚Rechtswissenschaft‘ von Rom zu uns gewandert zu sein, immer leuchtend und im Kern stabil trotz mancher Wandlungen. Aber diese Traditionsvorstellungen sind als Wissenschaftsgeschichten ebenso verführerisch wie trügerisch und träumerisch. Sie sind erkaufte mit allzu allgemeinen und inhaltsarmen

<sup>21</sup> Siehe die grundlegende Arbeit von *Johannes Fried*, Die Entstehung des Juristenstandes im 12. Jahrhundert. Zur sozialen Stellung und politischen Bedeutung gelehrter Juristen in Bologna und Modena, 1974, hier das Quellenzitat auf S. 115, S. 26 f. zur aula-Funktion; das gleiche Zitat dann bei *Gerhard Otte*, Die Rechtswissenschaft, in: Peter Weimar (Hrsg.), Die Renaissance der Wissenschaften im 12. Jahrhundert, 1981, hier S. 135, und *Lange* (Fn. 20), S. 259 f.

<sup>22</sup> Siehe die Handschrift online der Cologny, Fondation Martin Bodmer, Cod. Bodmer 14, f. 207r – Azo Bononiensis. Hugolinus Bononiensis. Iohannes Bassianus. Placentinus (abrufbar unter <http://www.e-codices.unifr.ch/de/list/one/cb/0014>) aus dem 14. Jh.; ebenso das Münchener Digitalisat des *Drucks Venetiae* 1566, Sp. 1043.

<sup>23</sup> *Eric Hilgendorf*, 2003 und öfter.

<sup>24</sup> Ebda., S. 14–15.

<sup>25</sup> Diese übergreifende Kennzeichnung als „Rechtswissenschaft“ wird in der parallelen bildlichen Epochendarstellung nicht übernommen und für die Zeit seit Bologna bis 1900 nicht eigens wiederholt.

Formeln. Offenbar bedarf es konkreter Nachschau und Fragestellung, um nicht in weiträumig beliebigen und heterogen zerfallenden Traditionen zu versinken. Für die eigene Nachschau könnte die Anknüpfung an das ebenfalls benannte, übergreifende Arbeitsthema „Schulbildung“ helfen. Schulen sind eine etwas greifbarere Erscheinung als Denken und Traditionen.

## II. Denktraditionen, Schulbildungen, Luftschlösser

Eine genauere Fragestellung kann nicht schaden. Sie lässt sich am besten in der Anschauung unserer näheren, eigenen Schul-Geschichte entwickeln. Worüber reden wir eigentlich bei rechtswissenschaftlichen Schulen? Im Lexikon steht dazu „Rechtsschule ist eine Lehrstätte oder Geistesrichtung innerhalb der Rechtswissenschaft“, Beispiele sind die Freirechtsschule, die historische Rechtsschule, die Prokulianer, die Sabinianer, Beryt, Ravenna, Pavia, Verona und Bologna.<sup>26</sup> Mit „Geistesrichtung“ ist Schule freilich für meine Zwecke viel zu weit gefasst.

Schulen brauchen Schüler und Schüler sammeln sich um Lehrer. Damit bilden sich Schulen. Wo aber findet man die juristischen Schüler und Lehrer und damit die Schulen? In Zeitschriften, Festschriften, Nachrufen, Zitierungen, bewusst gemeinsamen Inhalten? – eine langwierige Aufgabe. Ein *Citation Index* existiert dafür nicht.<sup>27</sup> Natürlich hat man da gewisse Vorverständnisse und Vermutungen. Als Zivilrechtler, wie ich es bin, denkt man etwa an Schulen unter Heck, Binder, Rabel, Flume, von Caemmerer, Westermann sr., Larenz, Esser, Coing, Wiethölter, Canaris. Glücklicherweise lässt sich das prüfen. Denn es gibt ein recht umfassendes „Verzeichnis der Zivilrechtslehrer deutscher Sprache. Lehrer – Schüler – Werke“.<sup>28</sup> Das Werk enthält ca. 350 Namen und erfasst die Zeit von ca. 1900–1986. Es vermerkt sogar eigens die akademischen Lehrer- und Schülerbeziehungen<sup>29</sup> und zwar auf der Basis von Eigenaussagen der systematisch befragten Betroffenen, meist indiziert durch die Habilitation. Die Wirklichkeit sieht wie so oft etwas anders aus als die Vermutungen. Eine Durchsicht aller Schülernennungen ergibt folgende Rangliste:

<sup>26</sup> Siehe den Artikel Rechtsschule in *Gerhard Köbler*, Lexikon der europäischen Rechtsgeschichte, 1997; ebenso 4. Aufl. 2008. [Ein allgemeiner Überblick bei *Rüdiger Stolz*, Schulbildung in der Wissenschaft. Historisches Phänomen und theoretisches Problem, in: ders. (Hrsg.), Wissenschaft und Schulbildung, 1991, S. 9–25. Er arbeitet mit den vier Merkmalen: gemeinsame theoretische Grundlage, gleicher Forschungsbereich, gemeinsames Netzwerk, Gründerfigur. Das passt auch zu den hier verwendeten Kriterien für wissenschaftliche Schulen.]

<sup>27</sup> Vgl. aber aus dem seinerzeit vor 1990 auch von mir mitaufgebauten Projekt: Die Emigration deutschsprachiger Rechtswissenschaftler ab 1933. Ein bio-bibliographisches Handbuch, Bd. 1, Berlin 2012; die Untersuchung von *Leonie Breunung*, Romanistik in der Weimarer Republik – Das „Selbstbild“ einer Disziplin, ZSRom 116 (1999), S. 279–312.

<sup>28</sup> Verzeichnis der Zivilrechtslehrer deutscher Sprache. Lehrer – Schüler – Werke, hrsg. von Hyung-Bae Kim Seoul/Wolfgang Freiherr Marschall von Bieberstein, 1988.

<sup>29</sup> Siehe ebda. jeweils die Rubriken Akademischer Lehrer und Schüler.

1. Wolfgang Kunkel mit 12 Schülern – 2. Helmut Coing mit 11 – 3. Ernst Rabel mit 10 – 4. Claus-Wilhelm Canaris mit 9 – 5. Martin Wolff und Gerhard Schiedermaier mit 8 – 6. Und eine ganze Reihe von Lehrern mit 7 Schülern, nämlich von Caemmerer, Larenz, Mestmäcker, Wiethölter, Zweigert – dann 7. Esser, Habscheid, Steindorff, Thieme und Wieacker mit 6.

Es kommt nicht darauf an, ob diese Zahlen ganz exakt sind – sie sind es sicher nicht<sup>30</sup>. Die Dimensionen können hier genügen. Heck, Binder, Flume, Westermann sr., sind jedenfalls nicht dabei. Sie hatten nur 2 (Heck, Binder) bzw. 5 (wohl Flume, Westermann) Schüler.

An diesen Nennungen kann man persönliche Schulverhältnisse erkennen. Was diese wissenschaftlich bedeuten, ist damit noch nicht klar. In der gerade referierten Rangliste führt zum Beispiel nicht zuletzt die Fächerkombination von Zivilrecht mit Rechtsgeschichte oder Rechtsvergleichung zu höheren Schülerzahlen. Von Schulbildungen im wissenschaftlichen Sinn zu sprechen wird sinnvoll bei gemeinsamen Inhalten und Methoden. Diese müssen als gemeinsam vorgestellt, erklärt und betrieben werden. Das geschieht in Programmen, speziellen Zeitschriften, Gemeinschaftswerken und laufenden Bezugnahmen. Exemplarisch ist dafür die Historische Schule von 1815. Der AcP-Gruppe seit 1818, der Zeitschrift für Deutsches Recht unter Reyscher, Wilda und später Beseler ab 1839, den Jahrbüchern von Jhering und Gerber seit 1857 und anderen ist das nicht so klar gelungen.<sup>31</sup> Schulbildungen im wissenschaftlichen Sinn speisen sich auch nicht nur aus Schülern. Treue Anhänger können auch außerhalb der Promotions- oder Habilitationsbeziehung erwachsen und nicht jeder Habilitierte erweist sich als Schüler. So hat etwa bei der Historischen Schule Puchta nie direkt bei Savigny gelernt und ebenso wenig der germanistische Mitgründer von 1815, Eichhorn, oder der später führende Windscheid. Max Rümelin und Heinrich Stoll waren Mitstreiter für Hecks Interessenjurisprudenz, aber nicht seine Schüler. Die sog. Begriffsjurisprudenz, wenn sie überhaupt außer im übertriebenen Scherz-Artikel und einzelnen Beispielen Jherings existierte<sup>32</sup>, lässt sich nicht als Schulbeziehung Savigny-Puchta-Windscheid-Gerber-Laband darstellen. Eher kann man von

<sup>30</sup> Nicht alle Befragten haben geantwortet, es fehlen etwa Flume und H.H. Jakobs, aber einige Schüler nennen Flume als Lehrer. Für Canaris sind bis 1986 nur die zwei Schüler Koller und J. Hager genannt, es kommen aber bis heute ca. sieben weitere dazu, vgl. die Festschrift 2007. [Inzwischen sind es 12, freundlicher Hinweis von Marietta Auer.]

<sup>31</sup> Siehe dazu meine Zeitschriftenuntersuchungen: Geschichtlich, praktisch, deutsch. Die „Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft“ (1815–1850), das „Archiv für die civilistische Praxis“ (1818–1867) und die „Zeitschrift für deutsches Recht und deutsche Rechtswissenschaft“ (1839–1861), in: Michael Stolleis (Hrsg.), Juristische Zeitschriften. Die neuen Medien des 18. bis 20. Jahrhunderts, 1999, S. 107–257; sowie: Zur Charakteristik juristischer Periodika im 19. Jahrhundert in Deutschland, in: Juridica International 17 (Tartu 2010), S. 19–39. [Zur historischen Schule als Schule nun die umfassende und grundlegende Darstellung von Hans-Peter Haferkamp, Die Historische Rechtsschule, 2018].

<sup>32</sup> Siehe jetzt *meinen* Überblick: Die Schlachtrufe im Methodenkampf – ein historischer Überblick, in: Joachim Rückert/Ralf Seinecke (Hrsg.), Methodik des Zivilrechts – von Savigny bis Teubner, 2. Aufl. 2012, S. 501–550 [3. Aufl. 2017, S. 541–608].

einer Prinzipienjurisprudenz sprechen, die freilich ihre Prinzipien durchaus unterschiedlich gewann. Die Freirechtsbewegung vor 1914 war eine heterogene Bewegung von drei bis vier sehr unterschiedlichen Protagonisten (Ehrlich, Stampe, Kantorowicz, Fuchs) mit einem sehr kleinen gemeinsamen Nenner und keine Schule, obwohl Fuchs sie später so ausrief.<sup>33</sup> Die neuere „Wertungsjurisprudenz“ zerfällt erst recht in ein sehr verschiedenes Werten, nimmt man die Worte und die Kontexte etwas ernster, nämlich von Heinrich Lange in der NS-Zeit bis zu Westermann, Coing, Larenz und auch Nipperdey nach 1945.<sup>34</sup> Die Kritisch-Politische Jurisprudenz nach 1968 scharte sich etwas enger um Wiethölter und Wassermann.<sup>35</sup> Für die ökonomische Analyse des Rechts kam es wohl nicht zu einer eigenen Schulbildung.<sup>36</sup> Die Abwägungsjurisprudenz wurde und wird getragen vom Bundesverfassungsgericht und einer sog. Smend-Schule, besonders mit Konrad Hesse.<sup>37</sup> Die neuere Argumentationsjurisprudenz, besonders begründet durch und bei Alexy und Ulfrid Neumann, lässt sich nicht klar in Schulbildungen bringen.<sup>38</sup> Es blieben also nur die Schule der geschichtlichen Rechtswissenschaft und im 20. Jahrhundert die sog. Smend- und ihr gegenüber die sog. Carl Schmitt-Schule.<sup>39</sup> Das ergibt keine großen Denktraditionen.

Man kann den Schulbegriff natürlich weiter fassen, mit allen Chancen und Risiken, etwa wie erwähnt im Lexikon. Savigny spricht sehr weit von einer „Glossatorenschule“, immerhin sind das gut zwei Jahrhunderte, differenziert sie dann aber in eventuelle „Secten“.<sup>40</sup> Ein Kenner wie Bellomo unterscheidet wieder anders „zwei große divergierende Denkschulen“ seit ca. 1230, eine um Accursius auf der Grundlage von Azo und eine um Odofredus mit Hugolinus, die erste mit strenger Auswahl und Ergänzung, abstrakter und enger am Text, die zweite ausführlicher und breiter kommentierend.<sup>41</sup> Stintzings immer noch wichtige „Geschichte der deutschen Rechtswissenschaft“ kennt in den Überschriften eine „niederländische“ und eine „französische“ Schule – das wird aber kaum inhaltlich präzisiert.<sup>42</sup> Ähnlich steht es mit der „Hallischen“ Schule, der „deutschen eleganten Schule“, der „Schule Nettel-

<sup>33</sup> Ebda., S. 517–519 und genauer in *Joachim Rückert*, Vom „Freirecht“ zur freien „Wertungsjurisprudenz“ – eine Geschichte voller Legenden, ZSGerm 125 (2008), S. 199–255.

<sup>34</sup> *Rückert*, Schlachtrufe (Fn. 32), S. 521–529.

<sup>35</sup> Ebda., S. 530–532.

<sup>36</sup> Ebda., S. 532 f.

<sup>37</sup> Ebda., S. 533–539.

<sup>38</sup> Ebda., S. 539–542, obwohl es eine Alexy-Schule gibt.

<sup>39</sup> In diesem Sinne recht prägnant *Frieder Günther*, Denken vom Staat her. Die bundesdeutsche Staatsrechtslehre zwischen Dezision und Integration. 1949–1970, 2004. Hier finden sich auch die entsprechenden Überschriften: „Traditionen deutschen staatsrechtlichen Denkens seit den 19. Jahrhundert“ (S. 29–34) und „Die Formierung der Denkkollektive ... Die Schmitt-Schule ... Die Smend-Schule“ (S. 112–191).

<sup>40</sup> Siehe seine berühmte „Geschichte des Römischen Rechts im Mittelalter“, 1815 ff., hier Bd. 5, 1829, S. 221 f. im zusammenfassenden Rückblick.

<sup>41</sup> *Mario Bellomo*, Europäische Rechtseinheit. Grundlagen und System des Ius Commune, 2005 (zuerst 1988 in Italienisch), hier S. 176 f.

<sup>42</sup> Siehe die Überschriften bei *Roderich Stintzing*, Geschichte der deutschen Rechtswissenschaft, 1. und 2. Abteilung, 1880 u. 1884, Kap. 9 und 10 in Abt. 1.

blatts“ und der „historischen Schule“ in der Fortsetzung durch Landsberg.<sup>43</sup> „Schule“ ist hier immer nur eine recht locker gebrauchte Sammelbezeichnung, mal mehr personal gefügt, mal mehr räumlich, selten nach der konkreten Arbeitsweise.

Präziser scheint das wissenschaftsgeschichtliche und -soziologische Konzept der Denkstile und Denkkollektive von Ludwik Fleck (1935).<sup>44</sup> Damit wäre man schon sehr nahe bei der „geistesgeschichtlichen“ Perspektive, die insbesondere Franz Wieacker „Privatrechtsgeschichte der Neuzeit“ benutzt, deren Konzeption ebenfalls aus dieser Zeit stammt.<sup>45</sup> An dieser so einflussreichen Konzeption darf man in Sachen juristischer Denktraditionen nicht vorbeigehen. Wieacker „orientiert sich“, wie er 1967 betont, „an den Typen des wissenschaftlichen Denkens, welche die wechselnden Antworten des Geistes auf neue Erfahrungen der Rechtswirklichkeit waren“ und bewusst nicht an „methodischen Stilen des Rechtsdenkens“.<sup>46</sup> Typen also statt Stile – das sollte von den Belastungen der überzogenen Stilgeschichte befreien.<sup>47</sup> In der Sache ebenso, aber unbefangener und authentischer „geistesgeschichtlich“ orientierte

<sup>43</sup> Siehe die Überschriften bei *Ernst Landsberg*, 3. Abteilung, 1. Halbband 1898, Kap. 4, 5 II 3, 11 II 1, 12 II, sowie 2. Halbband 1910 zur Hist.Schule: Kap. 15 Begründung, 16 Frühblütezeit, 17 Hochblütezeit und 19 Krisis, Kap. 20 VI 2: Glaser und die österreichische Strafrechtsschule.

<sup>44</sup> Siehe *Ludwik Fleck*, Entstehung und Entwicklung einer wissenschaftlichen Tatsache. Einführung in die Lehre vom Denkstil und Denkkollektiv (1935), hrsg. von Lothar Schäfer/Thomas Schnelle, 4. Aufl. 1999. Es wird insbesondere von *Günther* (Fn. 39) für die Staatsrechtswissenschaft verwendet, s. S. 15–19. Weniger ergiebig ist hier die Studie von *Wilfried Schröder*, Disziplinengeschichte als wissenschaftliche Selbstreflexion der historischen Wissenschaftsforschung. Eine Darstellung unter Heranziehung von Fallstudien der Wissenschaftsgeschichte der Geophysik, 1982. Sie ist ganz auf die Naturwissenschaften zugeschnitten, vgl. aber S. 43 ff. instruktiv zu den Konzepten der Wissenschaftsgeschichte bei Kuhn, Popper, Feyerabend, Lakatos und anderen.

<sup>45</sup> *Wieacker* (Fn. 11), S. 11; siehe zur Konzeption seit den 1930er Jahren *meine Studien: Geschichte des Privatrechts als Apologie des Juristen – Franz Wieacker zum Gedächtnis*, in: *Quaderni fiorentini* 24 (1995), S. 531–562, und: *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit: Genese und Zukunft eines Faches*, in: Franz Wieacker, *Historiker des modernen Privatrechts*, hrsg. von Okko Behrends/Eva Schumann, 2010, S. 75–118, sowie jetzt umfassend *Viktor Winkler*, Der Kampf gegen die Rechtswissenschaft. Franz Wieackers „Privatrechtsgeschichte der Neuzeit“ und die deutsche Rechtswissenschaft des 20. Jahrhunderts, 2014. Denktypus und Denkart sind auch Leitbegriffe in der bekannten Programmschrift von *Carl Schmitt*, Über die drei Arten des rechtswissenschaftlichen Denkens, 1934.

<sup>46</sup> Ebda. S. 20 mit der langen Fn. 19.

<sup>47</sup> Dass *Wieacker* dabei nicht konsequent bleibt, sondern auf „Stil“ zurückfällt, zeigen Passagen wie *Privatrechtsgeschichte* S. 215, wo er „eine abkürzende Stilformel“ für das „wissenschaftliche Zeitalter“ des *Usus modernus* sucht, und Hilfe findet beim „allgemeinen Kulturstil“ des „europäischen Hochbarock“. Auf die evidenten Zusammenhänge mit der Kunstgeschichte (Winckelmann, Wölfflin, Frankl, Pinder) und Wirtschaftsgeschichte (Bechtel, Eucken, Müller-Armack) muss hier verzichtet werden; siehe für die Jurisprudenz nur die Spätschrift von *Heinrich Triepel*, Vom Stil des Rechts. Beiträge zu einer Ästhetik des Rechts, 1947, bes. Kap. 11: Stilarten der Rechtswissenschaft (S. 116–120); das „Wesen des Stils“ sei ein „Wählen und Wollen“ (S. 116), bes. der Methoden; und vor allem auch das große Kapitel „Stilgeschichte von Recht und Staat“ bei *Josef Esser*, Einführung in die Grundbegriffe des Rechtes und des Staates. Eine Einführung in die Rechtswissenschaft und in die Rechtsphilosophie, 1949, S. 49–98. Esser geht hier aus von der „Wahrheit des Naturrechtsgedankens“ (S. V) und nennt seine Stile auch „Typologie“ (S. 49 in der Fn.). Stil sei „geprägter Geist, der lebend sich entwickelt“ (S. 50), seit den germanisch-lateinisch-indisch-slawisch-griechischen „Urformen“ aller Kulturvölker (S. 50 f.); für weitere Verwendungen von „Stil“ *Joachim Rückert*, Autono-

er sich 1952 am „Geist des Rechtsdenkens“, an „Typen europäischer Geistigkeit“, an „objektiviertem abendländischen Geist in seinen strukturellen Entwicklungsprozessen“, zudem als „Ausdruck der wahren Geschichte des Geistes, nicht Begleiterscheinung des pragmatischen Materials und der zufälligen Begebenheiten“ – das waren ihm die entscheidenden, „geistesgeschichtlichen Prozesse“, die für ihn „den Verwandlungen der Rechtsanschauung zu Grunde“ lagen und ihm „eine zutreffende Periodisierung“ erlaubten.<sup>48</sup> Konsequenter bildete er fünf geistesgeschichtliche Epochen anhand von „vier großen Wendungen des europäischen Rechtsdenkens“. Daraus wird (1) die Entstehung einer europäischen Rechtswissenschaft im 12. bis 14. Jahrhundert parallel zur Scholastik<sup>49</sup>, (2) ihre Ausbreitung bzw. Rezeption in ganz Europa im 13. bis 16. Jahrhundert im Rahmen des Humanismus, (3) die Entstehung und geistige Vorherrschaft des modernen Naturrechts im 17. und 18. Jahrhundert im Rahmen des mathematischen Zeitalters und des sozialgesetzlich interessierten Vernunftrechts<sup>50</sup>, (4) die Historische Schule und der Wissenschafts- und Gesetzespositivismus des 19. Jahrhunderts im Rahmen des Neuhumanismus und des kausalgesetzlich interessierten natur- und sozialwissenschaftlichen Positivismus sowie des juristischen Naturalismus und (5) der „Zusammenbruch (der Rechtskultur) des Positivismus und die Rechtskrise unseres Jahrhunderts“.<sup>51</sup> Den Verwicklungen und Problemen dieses Deutungsschemas ist hier nicht tiefer nachzugehen. So war der besonders juristische und rechtspraktische sog. *Usus modernus* des 17. und 18. Jahrhunderts nur als Nebenschauplatz des Natur- und Vernunftrechts unterzubringen und für die privatrechtliche Institutionengeschichte fand sich kein rechter Ort. Die Weite und Maßgeblichkeit seines Begriffes von Geist bzw. wissenschaftlichem, nicht nur rechtswissenschaftlichem, Denken ermöglichte Wieacker dafür wie schon Savigny die Vorstellung einer gewaltigen Kontinuität, nämlich einer einzigen „einheitlichen geistigen Bewegung, die seit der Wende zum 12. Jahrhundert in Gang geriet“.<sup>52</sup> Im Rahmen dieser einen einheitlichen Bewegung ereigneten sich dann nur „Neuansätze“<sup>53</sup> und „Taktschläge“<sup>54</sup>.

Diese Kontinuitätserzählung preist in Wahrheit ihre Vorstellung von Rechtswissenschaft ununterbrochen an und benutzt die Wissenschaftsgeschichte als wehrlose Beispielsammlung. Denn man könnte die Geschichte auch mit guten Gründen ganz

---

mie des Rechts in rechtshistorischer Perspektive, 1988, S. 17 (zu Luhmann, Rothacker, von Kriedener/M. Weber, Proesler, O. Brunner, D. Simon u. a.).

<sup>48</sup> Alles *Wieacker*, 1. Aufl. 1952, S. 10.

<sup>49</sup> Ausdrücklich anschließend an die „allgemeinen Entwicklungsprozesse des europäischen Denkens“ 1. Aufl. S. 10f.; in der Sache parallel, aber weniger deutlich 2. Aufl. S. 22–25; zugespitzt kritisch, aber meist treffend *Winkler* (Fn. 45).

<sup>50</sup> Ebda., 1. Aufl., S. 11: „die geistige Begründung und die politische Herrschaft des Vernunftrechts.“

<sup>51</sup> Ebda., 1. Aufl., S. 10f. und 22f.; „der Rechtskultur“ ist in der 2. Aufl. gestrichen.

<sup>52</sup> So deutlich die 1. Aufl., S. 10; ähnlich 2. Aufl. gleich eingangs, S. 13.

<sup>53</sup> Ebda., S. 20 „methodische Neuansätze des europäischen Denkens ... Typen des wissenschaftlichen Denkens“.

<sup>54</sup> Ebda., 2. Aufl., S. 20 in Fn. 19; 1. Aufl., S. 10 im Text.

anders erzählen. Ihren Höhepunkt und ihre Absturzkante erreicht diese Art der Erzählung, wenn sie noch enger und konkreter zugespitzt auftritt. In dem bekannten Beispiel von Hermann Kantorowicz, dem so intensiven Quellenkenner, wird alles höchst geistreich reduziert auf eine „Pendelbewegung“ zwischen „Formalismus“ und „Finalismus“: „Wer mit zusammenfassendem Blick die geschichtlichen Wandlungen der Rechtswissenschaft überschaut, muß bald bemerken, daß hinter immer wechselnden Formen und Namen der gleiche Gegensatz sich stets von neuem auftut“ – so der erste Satz.<sup>55</sup> „Rechtswissenschaft“ überall, „Wandlungen“ nur, etwas „tut sich auf“ – die objektivistischen Kontinuitätssprachspiele sprechen deutlich. Jherings Antithetik von Begriff und Zweck wird als Formalismus und Finalismus fortgeschrieben in dieser Suche nach dem ‚Geist des ... Rechts auf den Stufen seiner Entwicklung‘.<sup>56</sup> Und Wieacker selbst wagt einmal eine Reduktion auf „Formalismus und Naturalismus in der neueren Rechtswissenschaft“ – begrenzter also auf eine neuere Phase, aber ebenso zugespitzt.<sup>57</sup> Wenn diese Ikarusflüge in den grellen Widerschein der historischen Fülle geraten, bewähren sie sich leider nicht, so sehr das Flugerlebnis begeistert.

Die starken Prämissen dieses Zugriffs teilen wir nicht mehr ohne weiteres. Denn diese Geistesgeschichte tendiert zu einer substanzhaften Überhöhung und Bevorzugung gewisser idealer und stark werthaltiger Aspekte. Sie hat auch deutliche ideologische Vorlieben und Abneigungen. Sie will „sozialethisch“ sein und auf keinen Fall besonders liberal. Sie traut dem Parlament und der Demokratie nur begrenzt und eher dem Asyl der Rechtswissenschaft und dem Juristen als fachlich neutraler, aber vor allem lebensnaher Figur. Sie vernachlässigt durchaus bewusst die Jurisprudenz der täglichen rechtlichen Problemlösung, der Falllösung, der Rechtskunst. Der große Atem wird atemberaubend.

<sup>55</sup> Siehe Hermann Kantorowicz, *Die Epochen der Rechtswissenschaft* (1914), erneut in *ders.*, *Rechtshistorische Schriften*, hrsg. von Helmut Coing/Gerhard Immel, 1970, S. 1–14, hier 1; auch 2: „Wechselspiel ...“, welches den Gang der Rechtswissenschaft im Großen seit fast einem Jahrtausend bestimmt“. Nach Helmut Coing (ebda., Einleitung, XII) eine Skizze der Gesamtgeschichte der Rechtswissenschaft, „gewiß ... verfrüht“ und in einem „gewissen Schematismus“; für die sachliche Übereinstimmung Wieackers mit Kantorowicz trotz anderer Worte sehr aufschlussreich Winkler (Fn. 45), S. 89–95.

<sup>56</sup> Anspielung auf Jherings Titel „Geist des römischen Rechts auf den Stufen seiner Entwicklung“ (1852 ff.), zu dem sein Torso „Der Zweck im Recht“ (1877 ff.) ausdrücklich die Fortsetzung war; dazu genauer Joachim Rückert, *Der Geist des Rechts in Jherings „Geist“ und Jherings „Zweck“*, RG 5 (2004), S. 128–149 und RG 6 (2005), S. 122–142; Kantorowicz bezieht sich ebda. (vorige Fn. 55) ausdrücklich auf Jhering.

<sup>57</sup> Siehe Franz Wieacker, *Formalismus und Naturalismus in der neueren Rechtswissenschaft*, in: *Festschrift für Helmut Coing*, 1982, Bd. 1, S. 703–717. Die Zuspitzung ist brisant, da mit Formalismus der Positivismus gemeint ist, mit Naturalismus der soziale Utilitarismus und der biologische Evolutionismus, und beide moralisch und politisch unbefriedigend, teils leer, teils opportunistisch, genannt werden, da bei ihnen der Zugang zu einem vorpositiven rechtlichen Sollen notwendig verlegt sei (s. S. 717, 713). Das strukturiert im Übrigen auch Wieackers *Privatrechtsgeschichte*, s. nur S. 563 ff. zu Naturalismus; eindringend dazu jetzt Winkler (Fn. 45), S. 320 ff., 353 ff.

Es kommt hinzu, dass die weittragenden Behauptungen über wissenschaftliche Typen, Stile und Schulen kaum empirisch eingelöst und einlösbar sind. Welch beträchtlicher Aufwand hier geleistet werden kann und anstünde, zeigt inzwischen das eindrucksvolle Beispiel von Schulze-Fielitz' Mikrokosmos-Studie zur Staatsrechtslehre. Sie vertagt deswegen die Antworten und mündet in zwölf erkenntnisleitende Fragen.<sup>58</sup> Auf historischem Felde zeigt die Pionierarbeit Kriechbaums zu den Kommentatoren, was zu leisten ist.<sup>59</sup>

Vielleicht waren also die Denktypen und -stile ohnehin nur zeitweilig dominierende Moden? Hat man ein genaueres Verzeichnis wie das zu den Zivilrechtslehrern seit 1900 an der Hand, so erweisen sich die Behauptungen über Schulen und Stile als höchst brüchig. Solidere äußere und innere Kriterien wie eine gemeinsame Programmschrift, eine gemeinsame Zeitschrift, ein offenes Denk-Bündnis, gemeinsame Programmpunkte, gemeinsame Denkhaltungen, gemeinsamer Wirkungswille, werden kaum und schon gar nicht systematisch vorgeführt. Sie erst unterfüttern aber die Suche nach Denkkollektiven und ihren Paradigmen, wie sie Thomas Kuhn vor gut 50 Jahren weiterentwickelt hat.<sup>60</sup> Die juristischen Schulbildungen erscheinen ohnehin eher als Bündnisse, denn als Lehrer-Schüler-Verhältnisse – man könnte passender von Denk-Bündnissen sprechen. Anschaulich wird das darin erfahrbar, dass sie meist polemisch gegründet wurden. Savigny und Eichhorn gründeten 1814/15 ihre Zeitschrift gegen zu unpositives und „ungeschichtliches“ juristisches Denken und Arbeiten, Jhering und Gerber 1857 gegen zu historische, zu positive und zu nationale Jurisprudenz<sup>61</sup>, ebenso die „Freirechtler“ Ehrlich, Stampe, Kantorowicz und Fuchs 1903–1906, nun ohne Zeitschrift. Dagegen positionierten sich wiederum Heck, Rümelin und Stoll gegen zu gesetzessfreie Jurisprudenz (Heck, dann besonders als einflussreicher AcP-Redakteur). Dagegen traten wiederum Lange, Larenz u. a. an gegen eine zu gesetzlich-interessengeprägte Jurisprudenz. Oder später, 1962, vereinigten sich Böckenförde und Schnur mit der neuen Zeitschrift „Der Staat“ für die Schmitt-Schule gegen das AöR unter Mallmann usw. Und 1968 schrieb Wiethölter einen Generalangriff, eine Entzauberung, da nach seiner Auffassung „ein Rechtssystem nicht mehr und eine Rechtswissenschaft noch nicht existieren.“<sup>62</sup> Offenbar richtet man sich bei solchen Schulanstößen und Denkbündnissen jeweils gegen das eine Periode

<sup>58</sup> Siehe *Helmuth Schulze-Fielitz*, Staatsrechtslehre als Mikrokosmos. Bausteine zu einer Soziologie und Theorie der Wissenschaft des Öffentlichen Rechts, 2013. Das Buch lag mir vor meinem Vortrag noch nicht vor.

<sup>59</sup> Siehe oben Fn. 20.

<sup>60</sup> *Thomas S. Kuhn*, The Structure of Scientific Revolutions, 1962; 2. erweiterte Aufl. 1970; dt. Übs.: Die Struktur wissenschaftlicher Revolutionen, 1967; 2. Aufl. 1976.

<sup>61</sup> Siehe *Rudolf Jhering*, Unsere Aufgabe, in: Jahrbücher für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts, 1 (1857), S. 1–52.

<sup>62</sup> *Rudolf Wiethölter*, Rechtswissenschaft (= Funkkolleg zum Verständnis der modernen Gesellschaft. Eine Vorlesungsreihe der Johann Wolfgang Goethe-Universität Frankfurt in Zusammenarbeit mit dem hessischen Rundfunk, Bd. 4), 1968. Der Titel sollte eigentlich „Recht“ lauten, siehe die Notiz auf S. 6, sowie das Zitat auf S. 3 der Originalausgabe.



bestimmende „Normaldenken“ im Sinne von Kuhn, d. h. einer Periode darin eingefahrener Tätigkeit ohne Grundsatzzweifel. Denktraditionen sind hier nur zeitweilige Denknormalitäten.

An solchen Quellen und konkreten Denkbündnissen lassen sich immerhin jüngere juristische Denkmöglichkeiten erschließen, die noch zu unseren Normalitäten gehören.<sup>63</sup> Auch ältere Traditionen lassen sich so aufnehmen, etwa der Gegensatz von *mos italicus* und *mos gallicus* im 16. Jahrhundert.<sup>64</sup> Aber der verbreitete Zugriff über Denktypen oder Stile oder Schulen und Schulbildungen in unseren einschlägigen Leitbüchern, also bei Wieacker, Larenz, Esser und ihren Epigonen, erst recht Boehmer und Schönfeld, erweist sich jedenfalls als zu geistes-, stil- oder methodengeschichtlich abstrakt, zu wertungsstark, zu ideologisch. Er führt in luftigste Höhen, aber nicht hinein in die eigentlichen Arbeitsweisen des juristischen Wirkens, in ihre Gemeinsamkeiten und Unterschiede. Ich werde daher einen radikal anderen Weg der historischen Reflexion versuchen. Es scheint mir einen Versuch wert, gewissermaßen die juristische Arbeitsweise am Fall und Problem selbst etwas konkreter zu betrachten, zu analysieren und diese Analysen zu verknüpfen.

### III. Juristenarbeit am Problem – seit Rom, oder ‚Rechtswissenschaft‘ in action

Ein solcher Zugriff muss an einem durchgehenden Problem erfolgen. Nur dann besteht die Chance, gerade die juristische Arbeitsweise in der Betrachtung zu isolieren und möglichst für sich betrachtet zu verfolgen. Anderenfalls sind Unterschiede der Arbeitsweise schon durch die unterschiedlichen Problemstellungen möglich und wahrscheinlich. Der Zugriff erfordert zweitens eine beträchtliche Problem- und Quellenkompetenz von Rom bis gestern. Selbstverständlich kann eine solche Kompetenz bei allem Respekt immer nur recht begrenzt eingelöst werden. Was mich betrifft, kann ich auf der Basis mehrerer Untersuchungen einen Versuch für das Problem der Zufallsstörungen oder Risikotragung im Dienstvertrag wagen.<sup>65</sup> Was bietet also die Tradition juristischen Denkens oder besser Arbeitens zu diesem Problem?

<sup>63</sup> In diesem Sinne *mein* Überblick seit Savigny unter dem Titel: Schlachtrufe ..., s. o. Fn. 32. [Ein souveräner Überblick seit der Antike über „Wissenschaftsgeschichtliche Aspekte des Rechtsdenkens – acht Thesen zu Rechtsdogmatik, Rechtsphilosophie, Rechtstheorie, Rechtsgeschichte, Kulturwissenschaft des Rechts und Rechtssoziologie“, jetzt durch Hasso Hofmann in JZ 74 (2019) S. 256–275].

<sup>64</sup> Dazu nach wie vor besonders Klaus Luig, *Mos gallicus, mos italicus*, in: Handwörterbuch zur deutschen Rechtsgeschichte, Bd. 2, 1984, Sp. 691–698 (noch nicht in der 2. Aufl.).

<sup>65</sup> Siehe *meine* Untersuchungen zu „Unmöglichkeit und Annahmeverzug im Dienst- und Arbeitsvertrag“, ZfA 14 (1983), S. 1–29, „Vom casus zur Unmöglichkeit und von der Sphäre zum Synallagma. Weichenstellungen bei der Risikoverteilung im gegenseitigen Vertrag, entwickelt am Beispiel des Dienstvertrages“, ZNR 6 (1984), S. 40–73, und jetzt *mein* Beitrag in: Mathias Schmoeckel/Joachim Rückert/Reinhard Zimmermann (Hrsg.), *Historisch-kritischer Kommentar zum BGB*, Bd. 3: Besonderes Schuldrecht, 2013, zu § 615, S. 1061–1195.

## 1. Römische Juristenarbeit

Das überlieferte Material zum Problem der Zufallsstörung im Dienstvertrag ist verhältnismäßig schmal und in nur acht voll einschlägigen Quellenstellen fassbar.<sup>66</sup> Das hat den Vorteil, dass sie hier vollständig zur Anschauung gebracht werden können. Ohne solche unmittelbare Quellenanschauung kann man keine Vorstellung gewinnen.<sup>67</sup> Um Veränderungen zu sehen, wird dabei nicht die sachliche Ordnung der Digesten, sondern die Chronologie befolgt. Die Begründungen sind im Folgenden jeweils kursiv hervorgehoben:

### (1) Ulpian 32 ad ed. D. 19,2,15,6 – für um 150 – **Schiffsverlust**<sup>68</sup>

In einem Fall, in dem von jemandem nach Untergang des Schiffes das Frachtgeld, das er als Gegenleistung bereits empfangen hatte, zurückgefordert wurde, wurde von Kaiser Antoninus [Pius] der Bescheid erteilt, der kaiserliche Procurator fordere zu Recht das Frachtgeld von ihm zurück, *weil die Transportpflicht nicht erfüllt worden sei*. Dies gilt ähnlich für alle Personen [also nicht nur für den Fiskus].

### (2) Papinian nach Ulpian 32 ad ed. D. 19,2,19,10 – um 206–211 – **Legatenassessor**<sup>69</sup>

Auch Papinian hat im 4. Buch seiner Rechtsgutachten geschrieben, daß beim Tod eines kaiserlichen Gesandten dessen Gefolgsleuten das Gehalt für den Rest der Zeit *auszuzahlen sei*<sup>70</sup>, *sofern sie nicht nachher in derselben Zeit Gefolgsleute bei anderen waren*.

### (3) Ulpian 32 ad ed. D. 19,2,19,9 – um 210 – **Schnellschreiber**<sup>71</sup>

In einem Fall, in dem ein Schnellschreiber jemandem seine Dienste zur Verfügung gestellt hatte und danach derjenige, der ihn in Dienst genommen hatte, gestorben war, hat der Kaiser Antoninus [Caracalla] zusammen mit dem vergöttlichten Kaiser Septimius Severus auf die Eingabe des Schreibers folgenden Bescheid erteilt: „*Wenn es, wie Du vorträgst, nicht an Dir gelegen hat, daß Du die zugesagten Dienste dem A. A. nicht geleistet hast, und wenn Du in diesem Jahr von niemand anderem eine Vergütung empfangen hast, ist es gerecht, daß die Vertragszusage erfüllt wird.*“

<sup>66</sup> Siehe zum Quellenstand Rückert (Fn. 65), § 615 Rn. 124.

<sup>67</sup> Ich stütze mich im Folgenden auf *meine* ausf. Darstellung im HKK zu § 615 (s. Fn. 65); einen guten allgemeineren Überblick gibt *Laurens Winkel*, Ratio decidendi – Legal Reasoning in Roman Law, in: Ratio decidendi. Guiding Principles of Judicial Decisions, Vol. 1: Case Law, hrsg. von William Hamilton Bryson/Serge Dauchy, 2006 (= Comparative Studies in Continental and Anglo-American Legal History, 25/1), S. 9–24.

<sup>68</sup> Nach *Ulpian*s Bericht aus den Jahren 192–217 zu einem Bescheid von um 150: „Item cum quidam, nave amissa vecturam, quam pro mutua acceperat, repeteretur, rescriptum est ab Antonio Augusto non immerito procuratorem Caesaris ab eo vecturam repetere, cum munere vehendi functus non sit: quod in omnibus personis similiter observandum est.“

<sup>69</sup> *Papinian*, ebenso in D. 1,22,4: „*Papinianus quoque libro quarto responsorum scripsit, diem functo legato Caesaris salarium comitibus residui temporis praestandum, modo si non postea comites cum aliis eodem tempore fuerunt.*“

<sup>70</sup> Die Begründung schließt ausdrücklich mit „Auch Papinian ...“ an die im Fragment unmittelbar davor an, hier sogleich Nr. 3.

<sup>71</sup> Bericht *Ulpian*s aus 197–217 zu um 210: „Cum quidam exceptor operas suas locasset, deinde si qui eas conduxerat decessisset, imperator Antoninus cum divo Severo rescripsit ad libellum exceptoris in haec verba: „Cum per te non stetisse proponas, quo minus locatas operas Antonio Aquilae solveras, si eodem anno mercedem ab alio non accepisti, fidem contractus impleri aequum est.“

(4) **Ulpian 8 de omn. trib. D. 50,13,1,13.** – wohl um 215 – **Advokatentod**<sup>72</sup>

Der vergöttlichte Kaiser Severus erlaubte nicht, von den Erben eines verstorbenen Advokaten den Lohn zurückzufordern, *da es nicht an diesem gelegen habe*, daß er die Rechtssache nicht geführt habe.

(5) **Ulpianus 38 ad ed. D. 38,1,15 pr.** – aus 192–217 – **Krankheit im Freigelassenendienst**<sup>73</sup>

Ein Freigelassener, der nach der Auferlegung von Diensten gesundheitlich gehindert war, sie voll zu leisten, haftet nicht. Es läßt sich nämlich nicht erkennen, *daß es an ihm gelegen habe*, daß er nicht voll leistete.

(6) **Codex 4,6,11** – a<sup>o</sup> 294 – **Advokatenlohn**<sup>74</sup>

Wenn wegen einer Anwaltssache Geld gegeben wurde und bewiesen wurde, *daß es an den Empfängern [des Geldes] gelegen hat*, daß die Vertragszusage nicht voll erfüllt wurde, ist man einig, daß das Geld zurückzuerstatten sei.

(7) **Paulus lib.reg. D. 19,2,38 pr.** – kaum vor dem 4. Jh. – **Grundregel**<sup>75</sup>

Wer die Leistung von Diensten versprochen hat, muß den Lohn für die gesamte Zeit erhalten, *wenn es nicht an ihm lag*, daß er die Dienste nicht geleistet hat.

(8) **Pseudo-Paulus lib.reg. D. 19,2,38,1.** – kaum vor dem 4. Jh. – **Advokatenhonorar**<sup>76</sup>

Auch Anwälte müssen das Honorar nicht zurückzahlen, *wenn es nicht an ihnen lag*, daß sie eine Sache nicht geführt haben.

Ob Jurist oder nicht, man wird sofort bemerken, dass diese Juristen fast ausschließlich vom Fall ausgehen. Nur einmal wird bloß eine etwas allgemeinere Regel berichtet (in Nr. 7). Aber auch sie gilt nur einer bestimmten Fallgruppe, der Zufallsstörung bei Diensten. Den sehr konzentrierten Fallberichten werden ebenso konzentrierte knappe Begründungen angeschlossen, in einem einzigen Satz oder Halbsatz. Die Begründungen verwenden eine bemerkenswert stabile Terminologie. In sechs der acht Stellungnahmen wird abgestellt auf *si non per eum stat/ wenn es nicht an ihm liegt*. Daraus wird in Nr. 7 eine allgemeinere Regel formuliert, zwar spät und eine seltenere Erscheinung in den römischen Quellen, aber doch. Zweimal ist die Rede von Nichterfüllung (Nr. 1 *functus non sit*, Nr. 6 *quominus fidem impleant*) – hier geht es um Gegenfälle, um dem Schuldner zurechenbare (Nr. 6 *per eos stetisse*) Nichtleistung und folglich Entgeltverlust.

Es handelt sich nicht um bloße Kasuistik, sondern um *eine* Begründung, formelartig stabilisiert, für im übrigen unterschiedliche Fälle – eine Dogmatisierung also. Denn obwohl die Einzelfälle in Rom unterschiedliche Vertragslagen betrafen (nominat, liberal, illiberal, innominat mit Reurecht), stimmen sie materiell überein und

<sup>72</sup> Ulpian, wohl um 215 entstanden: „*Divus Severus ab heredibus advocati mortuo eo prohibuit mercedem repeti, quia per ipsum non steterat, quo minus causam ageret.*“

<sup>73</sup> Ulpian: „*Libertus, qui post indictionem operarum valetudine impeditur, quo minus praestet operas, non tenetur: nec enim potest videri per eum stare, quo minus operas praestet.*“

<sup>74</sup> Justinian im Codex, de conditione ob causam datorum: „*Advocationis causa datam pecuniam, si per eos qui acceperant quominus susceptam fidem impleant, stetisse probetur, restituendam esse convenit.*“

<sup>75</sup> Pseudo-Paulus: „*Qui operas suas locavit, totius temporis mercedem accipere debet, si per eum non stetit, quo minus operas praestet.*“

<sup>76</sup> Pseudo-Paulus: „*Advocati quoque si per eos non steterit, quo minus causam agant, honoraria reddere non deberent.*“

werden zusammengeführt. Die allgemeinere Regel in Nr. 7 bezieht sich zunächst nur auf *merces*/Geldlohn-Fälle, also speziell auf die einfache Dienstmiete, wie im Schnellschreiberfall (3.). Einbezogen wird aber als materiell ähnlich der Advokatenfall in Nr. 4, bei dem es eigentlich um Honorar, nicht *merces*, gehen müsste. Entscheidungstragend ist die ewige Juristenkunst des Fallvergleichs. Die Regel in Nr. 7 wird in der Pseudo-Paulus-Regel in später Zeit explizit verallgemeinert auf Advokaten und Honorar, das dann zu dieser Zeit, nach dem Wegfall des Formularprozesses, nicht mehr unklagbar war (in 8.). Das wird auch schon für das Gehalt/*salarium* der Gesandten durchgeführt (2.). Eine vergleichende Bestätigung der Störungsregel geben der Freigelassenen-Fall in 5. und die zurechenbaren Nichtleistungen beim Schiffsverlust (1.) und im umgekehrten Advokaten-Fall (6.). Die, wenn auch späte, Formulierung der allgemeinen Dienste-Regel in Nr. 7 leistet eine weitere Dogmatisierung. Sie legt die Vermutung nahe, dass die Unterschiede der genannten Beispiele im Status (Freigelassenendienste, freie Gelddienste, ‚freiberufliche‘ Dienste) und Vertrag (nominat, innominat, illiberal, liberal) keine wesentliche Rolle mehr spielten.

## 2. Auf dem Weg zum BGB

Im Mittelalter und der Frühen Neuzeit wurden die Statusunterschiede noch einmal ständisch belebt. Aber spätestens im 19. Jahrhundert wurden alle diese Rand-Bedingungen im Zeichen von gleicher rechtlicher Freiheit scharf reduziert. Der Vertrag wird zum neuen allgemeinen Dienstvertrag in BGB § 611 universalisiert; die Zufallsstörung wird sehr generell gefasst unter nicht zu vertretender Unmöglichkeit in § 323<sup>1900</sup> bzw. § 326<sup>2002</sup>, aber für den Dienstvertrag differenziert in endgültige Unmöglichkeit (§ 323<sup>1900</sup>) und Annahmeverzug in §§ 293 ff. und 615. Letzterer lautet nun lapidar:

Kommt der Dienstberechtigte mit der Annahme der Dienste in Verzug, so kann der Verpflichtete für die infolge des Verzugs nicht geleisteten Dienste die vereinbarte Vergütung verlangen, ohne zur Nachleistung verpflichtet zu sein. Er muss sich jedoch den Wert desjenigen anrechnen lassen, was er infolge des Unterbleibens der Dienstleistung erspart oder durch anderweitige Verwendung seiner Dienste erwirbt oder zu erwerben böswillig unterlässt. ...

Der Unterschied zu Rom ist ersichtlich drastisch. Der Fallbereich wurde riesig (alle Dienste, Annahmeverzug). Eine Begründung fehlt. Nur die technischen Worte und ihr hierarchischer Zusammenhang (hier z.B. Störung, Verzug, Annahmeverzug) zählen. Die Konditionalstruktur des Textes mit Tatbestand und Rechtsfolge zielt auf bloße Subsumtion, nicht auf Sachbelehrung zum Problem. Eine lange Arbeitstradition ist verschwunden, genauer: verdrängt durch das Gesetz, noch genauer: abgedrängt in die Kommentarebene, die wiederum zuerst an den Gesetzesworten hängt, nicht an den Fällen und Begründungen. Diese Reduktion ist die Leistung einer immer weiter getriebenen juristischen Dogmatisierung der Regeln für immer mehr Fallgruppen und deren hierarchisch-systematische Ordnung nach Problemberei-