

§ 5. Rechtsprechungsrecht

These 6

Rechtsprechungsrecht ergänzt Gesetzesrecht um eine zweite Dimension rechtlicher Positivität. Allerdings öffnet sich das Recht damit nur scheinbar gegenüber seiner Umwelt.

Denn Rechtsprechungsrecht entsteht heutzutage ausschließlich im Rechtssystem.

Ein geltungstheoretisch auf Kodifikationen und sonstige Gesetze beschränktes Bild des Rechts übergeht die besondere Bedeutung judikativer Rechtserzeugung heute. Diese Bedeutung der Rechtsprechung hat letztlich mediale Ursachen. Denn wo immer gerichtliche Entscheidungen publiziert werden, werden die Richter aus Sicht anderer Juristen zu „inoffiziellen“ bzw. „informellen“ Normsetzern;¹⁴⁰ auch gesetzlich geregelte Teile des Rechts bekommen damit unweigerlich ein rechtsprechungsrechtliches Gepräge.¹⁴¹

Im Bereich des gemeinen Rechts lässt sich ein solcher Aufstieg des Rechtsprechungsrechts seit dem 17. Jahrhundert beobachten, wobei die Publikation von Entscheidungen zunächst allerdings nicht von den Gerichten selbst, sondern von einzelnen Richtern oder interessierten Praktikern betrieben wurde.¹⁴² Seit dem 19. Jahrhundert haben die

140 U. Volkmann, Verfassungsänderung und Verfassungswandel. Beobachtungen zum Verhältnis von Stabilität und Dynamik im Verfassungsrecht der Bundesrepublik Deutschland, JZ 2018, 265–271, 266.

141 Näher, auch zum Folgenden, Jansen, Methoden, Institutionen, Texte (Fn. 87), 35 ff. Der Begriff des Rechtsprechungsrechts geht zurück auf M. Albers, Höchstrichterliche Rechtsfindung und Auslegung gerichtlicher Entscheidungen, VVDStRL 71 (2012), 257–295, 259 und *passim*. Gegenüber dem Begriff des „Richterrechts“ bringt er treffend zum Ausdruck, dass es sich hierbei um ein eigenes „Text- und Kommunikationsformat“ handelt, „dessen Rechtsgehalt sich in den anschließenden Deutungsprozessen entfaltet und herauskristallisiert“: *loc. cit.*

142 Zum Ganzen näher H. Coing, Europäisches Privatrecht, Bd. I. Älteres Gemeines Recht, 1500–1800, 1985, 125 f.; F. Ranieri, Kasuistik und Regelbildung bei der Rechtsfindung im europäischen *Ius Commune* des 16.–17. Jahrhunderts, in:

deutschen Gerichte die Publikation ihrer Entscheidungen dann aber auch in eigene Hände genommen;¹⁴³ das zeugt nicht zuletzt davon, dass ihnen mittlerweile die Bedeutung dieser Veröffentlichungen bewusst wurde. Die Gerichte verstanden sich jetzt selbst als Akteure im Prozess der Rechtserzeugung¹⁴⁴ und wollten ihre Entscheidungspraxis dementsprechend als autoritativ wahrgenommen wissen. Angesichts der Komplexität des gemeinen Rechts schien das erforderlich, um ein für die Praxis akzeptables Maß an Rechtssicherheit zu gewährleisten.¹⁴⁵ Mit der Gründung des Reichsoberhandels- und später des Reichsgerichts war schließlich auch die Grundlage für eine judikative Rechtsvereinheitlichung gelegt.¹⁴⁶

Heute ist ausgemacht, dass Verfassungen und Kodifikationen eine ergänzende Rechtserzeugung durch die Judikative nicht entbehrlich machen.¹⁴⁷ Materien wie die gesetzlichen Schuldverhältnisse oder die Grundrechte sind bewusst dünn und damit interpretationsoffen formu-

G. Essen, N. Jansen (Hg.), *Dogmatisierungsprozesse in Recht und Religion*, 2011, 153–187, 174 ff., jeweils m.w.N.

- 143 Näher *Dawson*, *Oracles of the Law* (Fn. 87), 432 ff.; *H. Mohnhaupt*, Sammlung und Veröffentlichung von Rechtsprechung (Fn. 87). Für eine Dokumentation *id.*, Deutschland, in: F. Ranieri (Hg.), *Gedruckte Quellen der Rechtsprechung in Europa (1800–1945)*, zwei Halbbände, 1992, Bd. I, 95–325. Das vergleichende Bild ist im Übrigen bunt, bestätigt aber überall den Eindruck von der Rechtsprechung als einem zunehmend selbstbewussten Akteur im Feld der Rechtserzeugung; siehe den Überblick bei *Ranieri*, *loc. cit.*
- 144 *H.-P. Haferkamp*, *The Science of Private Law and the State in Nineteenth Century Germany*, in: N. Jansen, R. Michaels (Hg.), *Private Law Beyond the State. Rethinking Private Law*, 2008, 245–267, 257 f. m.w.N.; vgl. auch *K. Kroeschell*, *Deutsche Rechtsgeschichte*, Bd. III. Seit 1650, 5. Aufl., 2008, 171 f.
- 145 Ausführlich und anschaulich *Mohnhaupt*, Sammlung und Veröffentlichung von Rechtsprechung (Fn. 87), 411 ff. m.w.N. Vgl. zum „Aufstieg der Rechtsprechung“ seit Mitte des 19. Jahrhunderts auch *Schröder*, *Recht als Wissenschaft* (Fn. 53), 279 ff., 305 ff.
- 146 *M. Payandeh*, *Judikative Rechtserzeugung. Theorie, Dogmatik und Methodik der Wirkungen von Präjudizien*, 2017, 86 f. m.w.N.
- 147 *Dawson*, *Oracles of the Law* (Fn. 87), 432, 461 ff.: „Germany’s case-law revolution“; *R. Zimmermann*, *N. Jansen*, *Quieta Movere. Interpretative Change in a Codified System*, in: P. Cane, J. Stapleton (Hg.), *The Law of Obligations. Essays in Celebration of John Fleming*, 1998, 285–315, 287 ff., 296 ff. und *passim*; HKK/*Zimmermann*, vor § 1. Das Bürgerliche Gesetzbuch ..., Rn. 17; *Jansen*, *Codifica-*

liert, also von vornherein auf eine rechtsprechungsrechtliche Ausgestaltung angelegt. Selbst das Strafrecht kommt ohne eine judikative Konkretisierung des Gesetzesrechts nicht aus – offenkundig ist das etwa bei Blutalkoholgrenzwerten im Straßenverkehr. Juristen wissen, dass sich ein umfassendes Bild des geltenden Rechts erst aus der Zusammenschau von Gesetz und judikativ erzeugtem Recht ergeben kann.¹⁴⁸ Dabei regelt Rechtsprechungsrecht nicht nur Fragen von untergeordneter Bedeutung. Im Bereicherungs- und Haftungsrecht, aber auch bei den Grundrechten finden sich entscheidende Wertungen häufig nicht im Gesetz, sondern in der Rechtsprechung.¹⁴⁹

Für Praktiker, die sich die Rechtslage typischerweise über einen Standardkommentar erschließen, der das Gesetz mit der einschlägigen Rechtsprechung verbindet, ist all das geradezu trivial.¹⁵⁰ Es entspricht aber auch dem Selbstverständnis von Höchstgerichten, die für sich in Anspruch nehmen, mit ihrer Judikatur, zunehmend auch in Form streitirrelevanter *obiter dicta*, die Rechtsentwicklung mitzugestalten, also generelle rechtliche Aussagen zu treffen, deren Bedeutung weit über den konkret entschiedenen Fall hinausreichen soll.¹⁵¹ Der Bundesgerichtshof beschreibt seine eigene Rechtsprechung regelmäßig als grundsätzlich bindendes Richterrecht;¹⁵² und im Bereich des – für die Praxis besonders wichtigen – Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen hat das Gericht seine Rechtsprechung sogar ausdrücklich

tions, commentators, and courts in tort law: the perception and application of the civil code and the constitution by the German legal profession, in: M. Lobban, J. Moses (Hg.), *The Impact of Ideas on Legal Development*, 2012, 186–203.

148 Vgl. A. Heldrich, 50 Jahre Rechtsprechung des BGH – auf dem Weg zu einem Präjudizienrecht?, NJW 2000, 497–500.

149 Für die Grundrechtsdogmatik anschaulich Volkmann, Verfassungsänderung und Verfassungswandel (Fn. 140), 269 f.; für die gesetzlichen Schuldverhältnisse Jansen, Gesetzliche Schuldverhältnisse: eine historische Strukturanalyse, AcP 216 (2016), 112–233.

150 Ein ausführliches, differenzierendes Bild der Wirkweise von Präjudizien zeichnet insbesondere Payandeh, Judikative Rechtserzeugung (Fn. 146), 1 ff., 11 ff. und *passim* m.w.N.

151 A. Höland, Wie wirkt Rechtsprechung?, ZfRSoz 30 (2009), 23–26, 24 f., 33 ff.

152 BGHZ 121, 13, 18 (10.12.1992); BGH, NJW 2014, 1168 (20.12.2013); BGH, NJW-RR 2006, 107, 108 (9.9.2005): Regelung, die „kraft Richterrechts gilt“.

dem Gesetz gleichgestellt.¹⁵³ Es ist deshalb nur folgerichtig, dass die Rechtsprechung das Vertrauen von Bürgern in Hinblick auf eine einschlägige Judikatur anerkannt und mittels einer Vielzahl unterschiedlicher dogmatischer Instrumente geschützt hat.¹⁵⁴ Für Bürger ist Rechtsprechungsrecht ebenso verbindlich wie das Gesetz.

Mit alldem unterscheidet sich die Wirkung von Präjudizien in Deutschland und den anderen kodifizierten Rechtsordnungen Europas heute kaum mehr von der im *common law*.¹⁵⁵ Es mag deshalb auf den ersten Blick verwundern, dass die Rechtswissenschaft lange Zeit keinen rechten Platz für rechtsprechungsrechtliche Phänomene gefunden hat. Die herrschende Lehre mochte als Rechtsquellen nur Gesetze und das Gewohnheitsrecht gelten lassen;¹⁵⁶ sie beschrieb die Bindungswirkung von Präjudizien deshalb als lediglich „faktisch“. ¹⁵⁷ Dahinter stand der von Gerichten wie in der Wissenschaft immer wieder aufs Neue bekräftigte Satz, dass auch höchstrichterliche Entscheidungen immer unter dem Vorbehalt „besserer Erkenntnis“ bzw. überwiegender

- 153 BGHZ 121, 13, 18 (10.12.1992): „Rechtsvorschriften‘ bzw. ‚gesetzliche Regelungen‘ i.S. des § 307 Abs. 2, Nr. 1 und Abs. 3 BGB seien „nicht nur die Gesetzesbestimmungen selbst, sondern ... auch alle ungeschriebenen Rechtsgrundsätze, die Regeln des Richterrechts oder die aufgrund ergänzender Auslegung nach §§ 157, 242 BGB ... (also ebenfalls dem Rechtsprechungsrecht, N.J.) zu entnehmenden Rechte und Pflichten“. Ebenso BGH, NJW 2014, 1168 (20.12.2013).
- 154 Umfassende Bestandsaufnahme bei *Payandeh*, Judikative Rechtserzeugung (Fn. 146), 330 ff. Zur Frage, wie Vertrauensschutz sich mit den Mitteln des Privatrechts operationalisieren lässt, *Zimmermann, Jansen, Queta Movere* (Fn. 147), 300 ff., 307 ff.
- 155 Systematisch für den Kontinent *S. Vogenauer*, Die Auslegung von Gesetzen in England und auf dem Kontinent, 2001, Bd. I, 224 ff., 338 f., 427 f.; für das *common law* Bd. II, 1236 ff.
- 156 *K. Larenz*, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 6. Aufl., 1991, 431 f.; id. *C.-W. Canaris*, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 3. Aufl. (Studienausg.), 1995, 255 f.; *K.F. Röhl, H.C. Röhl*, Allgemeine Rechtslehre, 3. Aufl., 2008, 544 ff., 571 f.; *B. Rüthers, C. Fischer, A. Birk*, Rechtstheorie, 9. Aufl., 2016, Rn. 220 ff., 238.
- 157 BGHZ 23, 184, 189 (29.1.1957): „zwar nicht normative, wohl aber faktische Rechtsgeltung“; *Larenz*, Methodenlehre (Fn. 156), 431 f.; *Larenz, Canaris*, Methodenlehre (Fn. 156), 255; *U. Keil*, Die Systematik privatrechtlicher Rechtsprechungsänderungen, 2007, 48 ff.

Gegenargumente stehen müssten.¹⁵⁸ Wenn die Lehre Präjudizien deshalb methodisch als unverbindliche „Rechtserkenntnisquellen“ beschrieben hat,¹⁵⁹ so eskamotierte sie damit freilich zugleich die richterliche Rechtserzeugung insgesamt aus dem Rechtssystem heraus. Den normativen Erwartungen von Juristen und Bürgern – gerade angesichts der Unsicherheit des Gesetzes – wurde das nicht gerecht und verfehlte damit die normative Bedeutung von Rechtsprechungsrecht.¹⁶⁰

Sieht man näher hin, so lässt sich diese Unsicherheit durchaus erklären. Phänomene judikativer Rechtserzeugung finden in einem Rechtssystem, das gedanklich auf der fundamentalen Unterscheidung zwischen gesetzgeberischer Rechtssetzung und richterlicher Rechtsanwendung beruht und die Tätigkeit von Juristen als wissenschaftliche Beschreibung des geltenden Rechts versteht, keinen rechten Platz;¹⁶¹ sie stehen also quer zu etablierten Denkmustern und habituellen Selbstverständnissen. Rechtsprechungsrecht entzieht sich dementsprechend auch der üblichen verfassungsrechtlichen Rechtfertigung staatlicher Rechtssetzung. Denn eine präjudizielle Wirkung höchstrichterlicher Entscheidungen scheint vorauszusetzen, Gerichte als „Gesetzgeber“ zu betrachten, die über die Kompetenz zur „Erzeugung genereller Rechtsnormen“ verfügen müssten.¹⁶²

In vielen Rechtsordnungen, auch in Deutschland, kommt Präjudizien allerdings keine strikte Bindungswirkung in diesem Sinne zu.

158 RGZ 3, 210, 211 f. (28.10.1880); BVerfGE 84, 212, 227 (26.6.1991); 122, 248, 277 (15.1.2009); 126, 369, 394 f. (21.7.2010); BVerfG, NJW 2015, 1867, 1868 (25.4.2015); L. Kähler, Strukturen und Methoden der Rechtsprechungsänderung, 2. Aufl., 2011, 311 ff., 394 ff. und *passim*.

159 Larenz, Methodenlehre (Fn. 156), 431 f.; Larenz, Canaris, Methodenlehre (Fn. 156), 256 – höchstrichterliche Entscheidungen hätten dann keinen anderen Status als ein instanzgerichtliches Urteil; F. Bydlinski, Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff, 2. Aufl., 1991, 504 f. Gegen eine Bindung an Präjudizien ausführlich Kähler, Rechtsprechungsänderung (Fn. 158), 311 ff., 394 ff.; siehe auch Keil, Systematik (Fn. 157), 36 ff., 48 ff.

160 Ausführlich Payandeh, Judikative Rechtserzeugung (Fn. 146), 125 ff. m.w.N.; vgl. auch Bydlinski, Methodenlehre (Fn. 159), 506–508.

161 Vgl. Payandeh, Judikative Rechtserzeugung (Fn. 146), 112 ff.

162 Kelsen, Reine Rechtslehre (Fn. 136), 255 und ff.

Rechtsprechungsrecht entsteht viel mehr erst in nachlaufenden Prozessen der Interpretation und Anerkennung möglicherweise präjudizieller Entscheidungen.¹⁶³ Nicht bereits die einzelne Entscheidung schafft also neues Recht, sondern die Tatsache, dass sich Gerichte – etwa durch Zitate – an diese Entscheidung binden,¹⁶⁴ und dass die Entscheidung in der einschlägigen Kommentarliteratur¹⁶⁵ als maßgebliche Interpretation des geltenden Rechts Anerkennung findet: Rechtsprechungsrecht lässt sich nicht von Richtern setzen, sondern kristallisiert sich erst im informellen Diskurs unter Gerichten und in der dogmatischen Literatur heraus.¹⁶⁶

Auch solches Rechtsprechungsrecht bildet freilich positives Recht – es webt zwischen die Fäden des Gesetzes ein feines Gewebe ergänzender Positivität,¹⁶⁷ das die Akteure in einem Rechtssystem zwar anders, aber kaum minder intensiv bindet als ein Gesetz,¹⁶⁸ sich aber gleichwohl nicht in den begrifflichen Kategorien positiver Gesetze be-

- 163 Vgl. *N. Duxbury*, *the Nature and Authority of Precedent*, 2008, 113 ff.: „distinguishing ... provides judges with the power to make new law out of existing law“ (115); *M. Tushnet*, *Following the Rules Laid Down. A Critique of Interpretivism and Neutral Principles*, Harvard LR 96 (1983), 781–827, 813 f.: „At the moment a decision is announced, we cannot identify the principle that it embodies. ... we often learn the justifying principle of case 1 only when a court in case 2 states it.“ Naturgemäß haben solche Interpretationsprozesse keine Grenzen.
- 164 *Duxbury*, *Precedent* (Fn. 163), 116: Präjudizienbindung nach der *doctrine of precedent* als „strategy of self-binding“.
- 165 *U. Wesel*, hM, *Kursbuch* 56 (1979), 88–109, 89 f., 97 f., 104 ff.; *J. Braun*, *Einführung in die Rechtswissenschaft*, 4. Aufl., 2011, 385 f.; *Kästle-Lamparter*, *Kommentare* (Fn. 14), 322 m.w.N.
- 166 Ein anschauliches Bild zeichnet *Albers*, *Höchststrichterliche Rechtsfindung* (Fn. 141), 269 ff., 266 ff., 286 f.; zusammenfassend *Vogenauer*, *Auslegung von Gesetzen I* (Fn. 155), 224 ff., 338 f., 427 f.; *Zimmermann*, *Jansen*, *Quieta Movere* (Fn. 147), *passim*; *Payandeh*, *Judikative Rechtserzeugung* (Fn. 146), 267 ff., jeweils m.w.N. Zu den Voraussetzungen bzw. Mechanismen solcher Autorisierungsprozesse *Jansen*, *Methoden, Institutionen, Texte* (Fn. 87), 36–40.
- 167 *J. Esser*, *Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung. Rationalitätsgarantien richterlicher Entscheidungspraxis*, 1970, 187: „Positivierungsbedeutung“ von Präjudizien „in der Klarstellung von bewährter Lehre und Überlieferung“.
- 168 Das setzt voraus, wer gegen einen Gerichts- bzw. Rechtsprechungspositivismus polemisiert; so insbesondere im Staatsrecht *B. Schlink*, *Die Entthronung der*

schreiben lässt. Die deutsche Rechtstheorie weist deshalb völlig zu Recht darauf hin, dass sich die präjudizielle Wirkung von Gerichtsentscheidungen in der Kategorie von Geltung und Nichtgeltung nicht erfassen lässt.¹⁶⁹ Es verwundert deshalb nicht, dass man hier neuerdings auf den alten Begriff der Autorität rekurriert, um die normative Bedeutung von Präjudizien zu erfassen.¹⁷⁰ Die Literatur macht sich damit

Staatsrechtswissenschaft durch die Verfassungsgerichtsbarkeit, Der Staat 28 (1989), 161–172, 163 f., 168 ff.; *M. Jestaedt*, Verfassungsgerichtspositivismus. Die Ohnmacht des Verfassungsgesetzgebers im verfassungsgerichtlichen Jurisdiktionsstaat, in: O. Depenheuer u.a. (Hg.), *Nomos und Ethos. Hommage an Josef Isensee*, 2002, 183, 188 ff. Für das Privatrecht ähnlich *Bydlinski*, Methodenlehre (Fn. 159), 507; *Braun*, Einführung (Fn. 165), 383 ff.; *S. Martens*, Methodenlehre des Unionsrechts, 2013, 288 f.; *F. Hartmann*, Die Krise der universitären Juristenausbildung als Krise der Rechtswissenschaft, *Hamburger Rechtsnotizen* (HRN) 2015, 4–11, 6, 11; *T. Lobinger*, Perspektiven der Privatrechtsdogmatik am Beispiel des allgemeinen Gleichbehandlungsrechts, *AcP* 216 (2016), 28–106, 68, 103 f., 106: „Rechtsprechungspositivismus“. Wirklich neu sind solche Klagen freilich nicht; vgl. *P. Oertmann*, *Bürgerliches Gesetzbuch. Allgemeiner Teil*, 2. Aufl., 1908, vi. Zum Hintergrund *Kästle-Lamparter*, *Kommentare* (Fn. 14), 279 f.

- 169 *Larenz*, Methodenlehre (Fn. 156), 431 f.; *Bydlinski*, Methodenlehre (Fn. 159), 501 ff.; *Albers*, Höchstrichterliche Rechtsfindung (Fn. 141), 286 f. und *passim*; *Payandeh*, Judikative Rechtserzeugung (Fn. 146), 136 ff. Genau umgekehrt für das *common law*, freilich aufgrund einer strikten *doctrine of precedent*, wonach Gerichte im Falle einer Regelungslücke neues Recht setzen *J. Raz*, *The Authority of Law*, 2. Aufl., 2009, 195: „Strictly speaking judge-made law is binding and valid, just as much as enacted law.“ Auch wenn Richter von einem Präjudiz abweichen, und sei es im Wege des *distinguishing*, versteht Raz dies als einen Akt neuer Normsetzung.
- 170 *Payandeh*, Judikative Rechtserzeugung (Fn. 146), 142 ff., 145 ff., 277 ff.: „Judikative Rechtserzeugung als autoritative Interpretation des Rechts“. Payandeh möchte mit diesem Ansatz zugleich einen verfassungsrechtlichen Argumentationsraum zur Legitimation von Rechtsprechungsrecht jenseits demokratischer Willensbildung öffnen; danach ergeben Rechtspflichten zur Berücksichtigung einschlägiger Präjudizien sich nicht aus einer richterlichen Rechtssetzungskompetenz, sondern finden ihre Grundlage in andersartigen Verfassungsargumenten wie der Rechteinheit (Art. 95 III GG), dem Rechtsstaatsprinzip und dem institutionellen Zusammenwirken von Gerichten und Gesetzgebern, sowie im einfachen Gerichtsverfassungs- und Prozessrecht: *loc. cit.*, 151 ff., 188 ff., 230 ff., 256 ff., 289 ff.

bewusst¹⁷¹ einen Gedanken des gelehrten Rechts zu eigen¹⁷² und bringt bemerkenswerte Parallelen zwischen heutigem Rechtsprechungsrecht und dem gelehrten Recht auf den Begriff. Denn ebenso wie die *auctoritas* des gelehrten Rechts beruht die Autorität modernen Rechtsprechungsrechts auf Erwartungs-Erwartungen: Dass ein Präjudiz autoritativ sei, bedeutet nichts anderes, als dass Juristen davon ausgehen, von ihnen werde erwartet, dieses Präjudiz ihren Entscheidungen zugrunde zu legen; das erklärt, warum die Berufung auf ein solches Präjudiz weitere (Sach-)Argumente entbehrlich machen kann.¹⁷³

Damit scheint die Öffnung einer Rechtsordnung für Elemente ergänzenden Rechtsprechungsrechts die operative Schließung des Rechts ein Stück weit zurückzunehmen. Es scheint deshalb nahezuliegen, das heutige Nebeneinander von Gesetz und Rechtsprechungsrecht mit der Konkurrenz von politischem Gesetz und Wissenschaft zu parallelisieren, die den Kern der frühneuzeitlichen Positivierungsgeschichte des Rechts ausgemacht hatte (These 3). Aber das wäre kurzschrittig, denn die informelle Erzeugung von Rechtsprechungsrecht liegt heute nicht mehr in den Händen einer führenden Professorenelite, die das Recht und die Wissenschaft durch ihre Persönlichkeiten und mit ihren Fakultäten auch institutionell zu verbinden vermag. Seit dem 19. Jahrhundert hat sich die juristische Profession zunehmend in Wissenschaftler einerseits sowie Richter und andere Praktiker andererseits differenziert; nur am Bundesverfassungsgericht sind Professoren noch in nennenswertem Umfang als Richter aktiv.¹⁷⁴ Die juristischen Fakultäten agieren heute nurmehr als Institutionen des Wissenschaftssystems; 1879 endete ihre Aktivität als Spruchfakultäten.¹⁷⁵ Rechtspre-

171 *Payandeh*, Judikative Rechtserzeugung (Fn. 146), 147 ff.; Payandeh recurriert hier vor allem auf Studien zum Begriff der Autorität im gemeinen Recht: *Jansen*, Making Legal Authority (Fn. 83); *id.*, Rechtssystem und informelle Autorität (Fn. 81); *id.*, Informal authorities in European private law, *Maastricht Journal of European and Comparative Law* 20 (2013), 482–505.

172 Oben These 3, S. 28 ff.

173 *Jansen*, Making Legal Authority (Fn. 83), 43.

174 *M. Jestaedt*, Wissenschaft im Recht. Rechtsdogmatik im Wissenschaftsvergleich, *JZ* 2014, 1–12, 3.

175 *P. Oestmann*, Aktenversendung, in: HRG, 2. Aufl., 2008, Sp. 128–132, 131.

chungsrecht entsteht also nicht mehr in der Rechtswissenschaft, sondern im Rechtssystem; hier liegt auch der Ort der informellen Interpretations- und Anerkennungsprozesse, die seine Autorität tragen. Auch Rechtsprechungsrecht lässt die mittlerweile klar gezogenen Grenzen zwischen den Feldern des Rechts und der Wissenschaft nicht wieder verfließen.

Es bildet eine Folge dieser Differenzierung von Rechtssystem und Rechtswissenschaft, dass Professoren im Vergleich zu Höchstgerichten zunehmend an juristischer Autorität zu verlieren scheinen;¹⁷⁶ ihr im Wissenschaftssystem erworbenes soziales Kapital lässt sich offenbar nicht mehr ohne weiteres in juristische Autorität ummünzen. Seit dem 19. Jahrhundert gilt für Richter ohnehin ein universitäres Ausbildungsprogramm,¹⁷⁷ das sie zu „Gelehrte(n) auf dem Richterstuhl“¹⁷⁸ machen sollte;¹⁷⁹ umgekehrt erwirbt heute praktisch jeder Hochschullehrer mit dem Zweiten Staatsexamen die „Befähigung zum Richteramt“.¹⁸⁰ Gleichzeitig gewannen Richter zunehmend an Unabhängigkeit; und mit alldem wuchs auch ihr Selbstbewusstsein: Es gibt keine guten Gründe mehr, warum Gerichte der Wissenschaft eine besondere Führungsrolle im Prozess der Rechtsfortbildung einräumen sollten – dass ihnen hierbei das letzte Wort gebührt, auch bei der Frage, ob eine Entscheidung zum autoritativen Präjudiz werden soll, ist ohnehin selbstverständlich.

Dementsprechend mehren sich die Anzeichen, dass die Wissenschaft ihre Führungsposition auf dem juristischen Büchermarkt zu verlieren droht. „Große Lehrbücher“, das traditionell prägende Format der Rechtswissenschaft, in denen Professoren ein Teilgebiet des

176 J. Lennartz, *Dogmatik als Methode*, 2017, 16 f.

177 Vgl. P. Krause, *Geschichte der Justiz- und Verwaltungsbildung in Preußen und Deutschland*, in: C. Baldus, T. Finkenauer, T. Rübner (Hg.), *Juristenausbildung in Europa zwischen Tradition und Reform*, 2008, 95–125, besonders 100 ff.

178 von Savigny, *System I* (Fn. 131), 89.

179 Näher H.-P. Haferkamp, *Die Historische Rechtsschule*, 2018, 269 ff.

180 So § 5 Deutsches Richtergesetz. Nach: 7 DRiG sind Professoren freilich auch ohne Zweites Staatsexamen „zum Richteramt befähigt“.

Rechts systematisch aufarbeiteten,¹⁸¹ erscheinen zunehmend selten; ihre Orientierungsfunktion für die Praxis schwindet. Offenbar haben die Systemvorstellungen, die in dieser Literaturform zum Ausdruck kamen, bei der Rechtsanwendung an Bedeutung verloren – nicht zuletzt auch aufgrund der Transformation moderner Rechtsordnungen in transnationale Mehrebenensysteme, die wenig Raum für tradierte Systemvorstellungen lassen.¹⁸² Seit der zweiten Hälfte des letzten Jahrhunderts drängen Professoren dementsprechend auf den Markt der Praxiskommentare,¹⁸³ den sie nach 1900 zunächst gemieden hatten.¹⁸⁴ Mittlerweile charakterisiert die Wissenschaft den Gesetzeskommentar sogar „als das für die Rechtsdogmatik eigentümlichste Publikationsformat“.¹⁸⁵ Sie beschreibt damit ihre Kerndisziplin – die Dogmatik – mittels einer Literaturform, für deren moderne Gestalt und Methode nicht zufällig ein Rechtsanwalt (*Hermann Staub*) und ein Richter (*Adolf Baumbach*) Pate stehen.¹⁸⁶

181 Zu den maßgeblichen Werken nach 1900 *Kästle-Lamparter*, Kommentare (Fn. 14), 238 f.

182 *Lobinger*, Perspektiven der Privatrechtsdogmatik (Fn. 168), 68; *M. Auer*, Zum Erkenntnisziel der Rechtstheorie. Rechtsphilosophische Grundlagen multidisziplinärer Rechtswissenschaft, 2018, 64 f.

183 In diesem Sinne zum Münchener Kommentar zum BGB *F.J. Säcker*, Münchener Kommentar zum BGB, in: D. Willoweit (Hg.), Rechtswissenschaft und Rechtsliteratur im 20. Jahrhundert. Mit Beiträgen zur Geschichte des Verlages C.H. Beck, 2007, 405–417. Dieses als Professorenkommentar konzipierte Werk (*loc. cit.*, 408) verdankt seine Entstehung nicht dem Plan eines Verlags, sondern der Initiative eines Hochschullehrers, des späteren Mitherausgebers Säcker: *loc. cit.*, 405 f.

184 Details bei D. Willoweit, Juristische Literatur des 20. Jahrhunderts, in: id. (Hg.), Rechtswissenschaft und Rechtsliteratur (Fn. 183), 3–61, 58 f.; *Kästle-Lamparter*, Kommentare (Fn. 14), 240 f.; vgl. auch J. Thiessen, „Ein ungeahnter Erfolg“. Zur (Rezeptions-) Geschichte von Hermann Staubs Kommentaren, in: T. Henne, R. Schröder, J. Thiessen (Hg.), *Anwalt – Kommentator – „Entdecker“*. Festschrift für Hermann Staub zum 150. Geburtstag, 2006, 55–108, 81 ff. Die großen Kommentare der ersten Jahrzehnte waren der Praktikerkommentar Staudingers sowie der autoritative Kommentar Plancks, an dem vor allem Mitglieder der 2. BGB-Kommission mitarbeiteten; näher *Kästle-Lamparter*, *loc. cit.*, 246–255.

185 *Jestaedt*, Wissenschaft im Recht (Fn. 174), 6.

186 *Thiessen*, „Ein ungeahnter Erfolg“ (Fn. 184), 59 ff., 86 ff.; *Kästle-Lamparter*, Kommentare (Fn. 14), 224 ff.; *Willoweit*, Juristische Literatur (Fn. 184), 28 ff.

Damit wendet die Wissenschaft ihren Fokus strukturell auf die Gerichtspraxis und folgt dieser zumeist nach: Reflektierte ein Digestenkommentar des *usus modernus* die wissenschaftliche Literatur zum römischen Recht als Hauptquelle des gemeinen Rechts, so geht es einem Gesetzeskommentar heute in erster Linie darum, das Gesetz zu erschließen und dabei die einschlägige Rechtsprechung systematisierend einzuordnen.¹⁸⁷ Auf diese Weise bilden juristische Kommentare die für das moderne Recht charakteristische Verwebung von Gesetzesrecht und Rechtsprechung in einem für Juristen einfach zugänglichen Format ab. Dabei bemisst sich die Qualität solcher Literatur primär nach ihrem Nutzen für die Rechtspraxis,¹⁸⁸ nicht nach dem Wissenschaftskriterium des Erkenntnisgewinns. Dass an diesen Kommentaren auch Wissenschaftler mitschreiben und wesentlich zur Qualität der Rechtspraxis beitragen, ändert daran nichts. Professoren agieren hier als Experten, nicht als Forscher; sie erbringen Serviceleistungen für die Rechtspraxis.¹⁸⁹

These 7

Für die traditionelle dogmatische Rechtswissenschaft bedeutet die Differenzierung von Recht und Wissenschaft offenbar eine Verlusterfahrung. Die Rechtsdogmatik versucht diese Differenzierung deshalb durch eine Betonung ihrer angeblichen „Doppelrolle“ zwischen Wissenschaft und Praxis zu unterlaufen. Zukunftsträchtiger scheint es mir, diese Differenzierung als eine Befreiung wahrzunehmen; das eröffnet Räume für eine praxisentlastete und zukunftsorientierte wissenschaftliche Rechtsdogmatik.

Die eben zu These 6 herausgearbeiteten Befunde bilden den Ausgangspunkt für These 7. Je weiter seit dem 19. Jahrhundert die Autorität der Rechtsprechung im Rechtssystem gestiegen ist, desto mehr musste die wissenschaftliche Jurisprudenz umgekehrt an Einfluss und

187 Willoweit, Juristische Literatur (Fn.184), 23 ff.; Kästle-Lamparter, Kommentare (Fn. 14), 280 ff.

188 Willoweit, Juristische Literatur (Fn.184), 28 f.

189 Ähnlich Hartmann, Krise (Fn. 168), 9.

Status verlieren. Soll langjährig verfestigtes Rechtsprechungsrecht geändert werden, so bedarf es normalerweise der Intervention des Gesetzgebers – „bessere Erkenntnis“ führt hier kaum weiter.¹⁹⁰ Aber auch sonst begannen sich Hochschullehrer in der zweiten Hälfte des 20. Jahrhunderts offenbar um ihren schwindenden Einfluss auf die Rechtsprechung zu sorgen.¹⁹¹ Dem wollte man mit der Hinwendung der Wissenschaft zum Praxiskommentar gegensteuern; gleichen Zwecken dienten die seit den 1950er Jahren fest institutionalisierten Gelegenheiten zur Diskussion und Begegnung von Wissenschaft und Praxis wie etwa das 1959 gegründete Karlsruher Forum, auf dem Professoren mit Richtern des Bundesgerichtshofs und Vertretern der Ministerialbürokratie, später auch mit profilierten Vertretern der Versicherungspraxis zusammenkommen sollten.¹⁹²

Es kann nicht verwundern, dass diese Entwicklung für Professoren zumeist eine schmerzliche Verlusterfahrung bedeutet hat. Man stritt deshalb gegen den Rechtsquellencharakter von Richterrecht und erhob gegen die Orientierung der Rechtsdogmatik am Rechtsprechungsrecht polemisch den Vorwurf eines Rechtsprechungspositivismus.¹⁹³ Dabei finden sich solche Äußerungen allerdings nicht in Kritiken rechtsdogmatischer Beiträge, sondern standen zumeist ohne persönlichen Adressaten im Kontext der juristischen Methodendiskussion, in der immer auch das Selbstverständnis der Rechtswissenschaft mitverhandelt wurde. Man hoffte, Richter mit den Mitteln der juristischen Methodenlehre an das Gesetz zu binden, gleichzeitig aber auch der juris-

190 Kähler, Rechtsprechungsänderung (Fn. 158), 159 ff. mit einer exakten quantitativen Analyse. Die besonders prominente Änderung der Rechtsprechung zur Rechtsnatur der BGB-Gesellschaft bildete insoweit also eine Ausnahme.

191 Vgl. auch W. Ernst, Gelehrtes Recht. Die Jurisprudenz aus der Sicht des Zivilrechtslehrers, in: C. Engels, W. Schön (Hg.), Das Proprium der Rechtswissenschaft, 2007, 3–49, 7 f.

192 F. Hauß, 25 Jahre Karlsruher Forum, in: 25 Jahre Karlsruher Forum. Jubiläumsausgabe 1983, 1983, 1 f.: „So waren die Verhandlungen gerade für die Richter des BGH von hohem Wert, wenn sie vor der Entscheidung standen, ob Kurskorrekturen ihrer Rechtsprechung angezeigt waren, oder es um die dogmatische Einordnung und die sachgerechte Eingrenzung richterrechtlich geprägter Fortentwicklungen des Haftungsrechts ging.“

193 Oben Fn. 168.

tischen Profession – Wissenschaft und Judikative – genügend Luft zu lassen, das Recht zu modernisieren und an sich wandelnde Gesellschaftsverhältnisse anzupassen.¹⁹⁴ Insbesondere *Josef Esser* hatte allerdings bereits in den 1950er Jahren klar gesehen, dass für die Wertungen, die bei der Rechtsanwendung und Rechtsfortbildung erforderlich waren, wissenschaftlich erkennbare Richtigkeitskriterien nicht greifbar waren; damit schien die herrschende Wertungsjurisprudenz ihrer Grundlagen beraubt.¹⁹⁵ Esser hatte deshalb bereits in den 1950er Jahren für eine richterrechtliche Selbstbindung der Rechtsprechung plädiert, nicht zuletzt um die individuellen Vorprägungen von Richtern zu neutralisieren.¹⁹⁶ Wenn Esser dabei die „Objektivierung“ des Auslegungsvorgangs“ in Frage stellte, musste er sich freilich vorhalten lassen, die Rechtswissenschaft vor einen „Scherbenhaufen“ zu stellen.¹⁹⁷ In der Tat: Wenn die rechtsanwendungsleitenden Wertungen keiner objektiven Erkenntnis zugänglich waren, waren der dogmatischen Rechtswissenschaft endgültig die Grundlagen ihrer intellektuellen Führungsposition im Rechtssystem entzogen. *Larenz* sprach unverblümt aus, dass es bei der Methodendiskussion um die Wertungsjurisprudenz genau darum ging: „An die Stelle der normativen Rechtswis-

194 Hierzu und zum Folgenden statt aller *H.P. Haferkamp*, Zur Methodengeschichte unter dem BGB in fünf Systemen, AcP 214 (2014), 60–92 m.w.N.

195 *Haferkamp*, Methodengeschichte (Fn. 194), 88 f. m.w.N.

196 *J. Esser*, Interpretation und Rechtsneubildung im Familienrecht, JZ 1953, 521–526, 521 ff., mit der These, hierbei handle es sich um im älteren „Gemeinrechtsdenken“ und im *common law* Selbstverständliches. Näher dazu *I. Kauhausen*, Nach der ‚Stunde Null‘. Prinzipiendiskussionen im Privatrecht nach 1945, 2007, 266–268. Siehe später auch *Esser*, Vorverständnis und Methodenwahl (Fn. 167), 187 ff.

197 *Larenz*, Methodenlehre (Fn. 156), 121. *Larenz* bezog hier scheinbar nicht gegen Esser Stellung, sondern gegen *Dieter Simon*, Die Unabhängigkeit des Richters, 1975. In der Tat waren Essers Arbeiten komplex genug, um sich auch für Positionen der Wertungsjurisprudenz in Anspruch nehmen zu lassen, denn auch Esser ging es um die Operationalisierung „vorrechtlicher Wertung“ (etwa *Esser*, Interpretation [Fn. 196], 522). Dass *Larenz* seine Kritik aber genau gegen den richterrechtlichen Kern der Theorie Essers verstanden wissen wollte, machte er wenig später deutlich: „Aber einen Weg, um die Richtigkeit auf solche Weise ... gefundener Entscheidungen zu überprüfen, vermag *Esser* nicht anzugeben; es bleibt bei dem persönlichen Werturteil des entscheidenden Richters“: *loc. cit.*, 141 f.

senschaft, die prüft, wie er (der Richter, N.J.) entscheiden *soll*,“ so fürchtete er, „tritt dann eine Tatsachenwissenschaft ...“.¹⁹⁸ Die Rechtswissenschaft sah ihre Rechtserzeugungsfunktion im Rechtssystem und damit letztlich ihren traditionellen gesellschaftlichen Status und Einfluss bedroht.

Noch deutlicher kommt diese Sorge in einer Reihe zeitgenössischer Beiträge zur Methoden- und Dogmatikdebatte zum Ausdruck, die den „hybriden“ Charakter¹⁹⁹ bzw. die „Doppelrolle“²⁰⁰ der Rechtsdogmatik zwischen Wissenschaft und Praxis betonen und damit offenbar die Differenz zwischen dem Recht und seiner Wissenschaft unterlaufen wollen.²⁰¹ In diesem Sinne beschreibt etwa *Thomas Lobinger* die Dogmatik als „institutionelles Bindeglied zwischen Rechtssetzung und Rechtsprechung“²⁰² und sperrt sich mit der These, „nur die Gerichte“ könnten „dogmatische Erkenntnisse“ „mit praktischer Wirksamkeit versehen“,²⁰³ auch semantisch gegen eine Differenzierung von Geltung und Wahrheit.²⁰⁴ Aber so einfach lassen sich Differenzen nicht aus der Welt schaffen: Man kann von Erkenntnissen Gebrauch machen

198 *Larenz*, Methodenlehre (Fn. 156), 121.

199 *Auer*, Erkenntnisziel der Rechtstheorie (Fn. 182), 14 f.; *Jestaedt*, Wissenschaft im Recht (Fn. 174), 3 ff., 6. Vgl. auch *id.*, Wissenschaftliches Recht. Rechtsdogmatik als gemeinsames Kommunikationsformat von Rechtswissenschaft und Rechtspraxis, in: G. Kirchhof, S. Magen, K. Schneider (Hg.), Was weiß Dogmatik? Was leistet und wie steuert die Dogmatik des Öffentlichen Rechts, 2012, 117–137, 136 f., der die Differenzierung von Recht und Wissenschaft freilich nicht bestreiten will, sondern vielmehr deutlich macht, dass eine Entdifferenzierung beider Systeme nicht mehr möglich ist, die Dogmatik also allenfalls kognitiv (nicht operativ) Recht und Wissenschaft zu verbinden vermag.

200 *C. Bumke*, Rechtsdogmatik, 2017, 135.

201 *Auer*, Erkenntnisziel der Rechtstheorie (Fn. 182), 14 f.; *Bumke*, Rechtsdogmatik (Fn. 200), 130 f. (es gebe in der Dogmatik keine Trennung zwischen Beschreiben und Vorschreiben), 134 f. (die Rechtsdogmatik sei sowohl an den Idealen der Wissenschaft als auch am Richtigkeitsanspruch des Rechts ausgerichtet).

202 *Lobinger*, Perspektiven der Privatrechtsdogmatik (Fn. 168), 63 ff.

203 *Lobinger*, Perspektiven der Privatrechtsdogmatik (Fn. 168), 65.

204 Ähnlich ambig *Bumke*, Rechtsdogmatik (Fn. 200), 122: Zwar vermöge die Rechtsdogmatik als wissenschaftliches Unterfangen keine Rechtsakte zu „kreieren“, entsprechend besäßen „rechtsdogmatische Erläuterungen keine rechtliche Verbindlichkeit“. Gleichwohl will Bumke aber an der „Normativität wissenschaftlicher Arbeit“ festhalten, weil die „rechtsdogmatisch verfahrenende Wissenschaft“

oder auch nicht; aber für die „praktische Wirksamkeit“ – gemeint scheint die Verbindlichkeit – von Recht ist Wahrheit nach allem kein relevantes Kriterium: Wenn Gerichte rechtswissenschaftliche Erkenntnisse ignorieren, so tut das der Autorität ihrer Rechtsprechung zumeist keinen Abbruch, mindert aber auch nicht den wissenschaftlichen Wert solcher Erkenntnisse. Aber Lobinger geht es im Kern nicht um die Wissenschaft, sondern um die „eigenständige Bedeutung der Rechtswissenschaft gerade gegenüber der Rechtsprechung“, also wieder um Einfluss und Status im Rechtssystem.²⁰⁵ Unter Berufung auf die Historische Schule setzt die Dogmatik der Orientierung an einschlägigem Rechtsprechungsrecht hier das Ideal eines „wissenschaftlichen“ bzw. „Juristenrechts“ entgegen.²⁰⁶ Jeglicher „Rechtsprechungspositivismus“ sei „für eine richtig verstandene Privatrechtsdogmatik geradezu funktionswidrig“.²⁰⁷ Das ist schon semantisch keine empirische Analyse, sondern ein normatives Argument, mit dem Lobinger allen aus der Seele spricht, die am „Hybridcharakter“ der Dogmatik festhalten und ihr einen Platz im Rechtssystem vindizieren.²⁰⁸ Aber auch Lobin-

„die Inhalte des positiven Rechts“ „eben nicht nur nach-, sondern auch vorzeichnen“.

205 Lobinger, Perspektiven der Privatrechtsdogmatik (Fn. 168), 52.

206 Lobinger, Perspektiven der Privatrechtsdogmatik (Fn. 168), 60 ff. In gleicher Richtung behandelt Bumke, Rechtsdogmatik (Fn. 200), 161 ff., die Methode Savignys als auch heute gültigen Standard rechtsdogmatischer Arbeit; und Lennartz, Dogmatik als Methode (Fn. 176), 172 ff., beschreibt die juristische Konstruktion – für ihn das methodische Paradigma juristischer Arbeit im 19. Jahrhundert (*loc. cit.*, 27 ff.) – als allein passende Methode auch für die heutige Dogmatik. Siehe, mit ähnlicher Argumentation, Jestaedt, Wissenschaft im Recht (Fn. 174), 3 ff., 7 f.

207 Lobinger, Perspektiven der Privatrechtsdogmatik (Fn. 168), 68; siehe auch *loc. cit.*, 103.

208 Eben Fn. 199, 201. Matthias Jestaedt hat freilich von jeher die Differenzen zwischen deskriptiven und präskriptiven Sätzen innerhalb der Dogmatik betont und ist einer Selbstermächtigung der Rechtswissenschaft zur Rechtserzeugung mit Nachdruck entgegengetreten: Jestaedt, Das mag in der Theorie richtig sein (Fn. 111), 43 ff., 62 ff. und *passim*. Die dabei vorausgesetzte Differenzierung von Rechtserkenntnis- und Rechtsgewinnungsquellen scheint mir freilich artefiziell, solange beispielsweise „wissenschaftliche“ Praxiskommentare wie der Palandt oder die Münchener Kommentare als Autoritäten im Rechtssystem fungieren; dazu näher Jansen, Making Legal Authority (Fn. 83), 121 ff.

ger weiß, dass er damit kein realistisches Bild zu zeichnen vermag.²⁰⁹ Zu Beginn des 21. Jahrhunderts scheint die Rechtswissenschaft ihren Platz als Akteur im deutschen Rechtssystem endgültig zu verlieren. Wo Wissenschaftler im Rechtssystem aktiv sind – als Verfasser eines Praxiskommentars, eines Gutachtens, oder auch in einer Kritik der Rechtsprechung –, können sie dies zwar gewiss als Experten, aber nicht mehr aus der Perspektive der Wissenschaft tun.

Natürlich untergräbt ein solcher Differenzierungsprozess unweigerlich das tradierte Selbstverständnis der dogmatischen Rechtswissenschaft; unweigerlich führt er zu Ungewissheit über die eigene Rolle.²¹⁰ Wird die Rechtswissenschaft nicht sinnlos, wo dogmatische Lehren ihre traditionelle Orientierungsfunktion für die Rechtsprechung einbüßen? Mir scheinen solche Befürchtungen durchaus berechtigt, man soll solche Verluste nicht kleinreden. Eine zunehmende Differenzierung von Recht und Rechtswissenschaft muss zu Veränderungen der gesellschaftlichen Rolle von Juraprofessoren führen. Gleichwohl scheinen mir derartige Sorgen letztlich unbegründet. Denn man kann die Differenzierung von Recht und Rechtswissenschaft auch positiv als eine Befreiung der Wissenschaft verstehen, die Räume für eine praxisentlastete²¹¹ und zukunftsorientierte wissenschaftliche Rechtsdogmatik eröffnet und der Rechtsdogmatik damit ganz neue Erkenntnisräume erschließt²¹² – nicht zuletzt auch jenseits nationalstaatlicher

209 *Lobinger*, Perspektiven der Privatrechtsdogmatik (Fn. 168), 68 mit der Diagnose eines „immer weiter ausgreifenden Rechtsprechungspositivismus“.

210 Einen Ausdruck dieser Ungewissheit bietet das Papier des Wissenschaftsrates zur Rechtswissenschaft und die darauf bezogene Debatte: Wissenschaftsrat, Perspektiven der Rechtswissenschaft in Deutschland. Situation, Analysen, Empfehlungen, 2012.

211 Vgl. *Ernst*, Gelehrtes Recht (Fn. 191), 3 ff. Ernst betont, völlig zu Recht, dass das Spezifikum der europäischen Rechtswissenschaft aufgrund ihrer Orientierung an der Juristenausbildung schon immer darin bestanden habe, das Recht praxisentlastet und in Form rationaler Systeme zu rekonstruieren.

212 In ähnlicher Weise machte Ende des 19. Jahrhunderts die Entlastung der juristischen Romanistik vom Bezug auf das geltende Recht zuvor unvorstellbare rechtshistorische Erkenntnisse möglich, weil man sich jetzt der Antike um ihrer selbst willen zuwenden konnte; vgl. *R. Zimmermann*, „In der Schule von Ludwig Mitt-

Grenzen, insbesondere im europäischen Rechtsraum.²¹³ Eine solche Rechtsdogmatik sieht sich nämlich von ihrer traditionell engen Bindung an das positive Recht einer konkreten Rechtsordnung entbunden, die aus der Wissenschaft eine „Landesjurisprudenz“ zu machen droht.²¹⁴ Sie spricht also nicht mehr isoliert zu einer nationalen Judikatur allein, sondern kann sich aus einer weiteren Perspektive um eine Reflektion tradierter Dogmatiken und damit um ein neues, besseres Verständnis dogmatischer Probleme bemühen.²¹⁵ Eine solche Dogmatik sieht ihr Wissen deshalb nicht länger mit jeder neuen Gerichtsentcheidung veralten und braucht der immer schneller zugänglichen Judikatur nicht zunehmend kurzatmig in immer kürzeren Neuauflagenschritten hinterherzueilen. Es geht ihr ja gar nicht um eine möglichst präzise Darstellung des aktuell geltenden Rechts, sondern um die juristische Analyse und Strukturierung normativer Zusammenhänge: um Panoramen von Konstruktionsmöglichkeiten und Entscheidungsoptionen.

Nun ist hier nicht der Ort, das Methodenprogramm einer solchen praxisentlasteten Rechtswissenschaft im Detail zu entfalten. Ein solches Programm lässt sich ohnehin nicht am Reißbrett konstruieren, sondern kann sich nur im Wege von *trial and error* herausbilden. Im-

eis“. Ernst Rabels rechtshistorische Ursprünge, RabelsZ 65 (2001), 1–38, 16 ff.; *id.*, Roman Law, Contemporary Law, European Law. The Civilian Tradition Today, 2000, 22 ff.

213 A. von Bogdandy, Deutsche Rechtswissenschaft im europäischen Rechtsraum, JZ 2011, 1–6, 3 ff.

214 Klassisch R. v. Jhering, Der Geist des römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung, Teil I, 2. Aufl. Leipzig 1866, 15. Bereits Jhering forderte deshalb *loc. cit.*, „jene Schranken zu überspringen und den Charakter der Universalität, den sie (die Rechtswissenschaft, N.J.) so lange besaß, in einer anderen Form als vergleichende Jurisprudenz sich für alle Folgezeit zu sichern ... Ihre Methode wird eine andere, ihr Blick ein weiterer, ihr Urteil ein reiferes, ihre Behandlung des Stoffs eine freiere werden“; dadurch werde sich die Jurisprudenz „auf eine höhere Stufe der wissenschaftlichen Tätigkeit erheben.“

215 Siehe bereits Jansen, Dogmatik, Erkenntnis und Theorie im europäischen Privatrecht, ZEuP 13 (2005), 750–783; *id.*, Rechtsdogmatik im Zivilrecht, in: Enzyklopädie zur Rechtsphilosophie (EzR), <http://www.enzyklopaedie-rechtsphilosophie.net> (2011); exemplarisch *id.*, R. Zimmermann, Commentaries on European Contract Laws, 2018.

merhin so viel lässt sich aber schon jetzt sagen: Eine solche Rechtswissenschaft braucht sich nicht länger blind zu stellen gegenüber der kontingenten Pfadabhängigkeit des eigenen Rechts; vielmehr sieht sie ihre Aufgabe nicht zuletzt darin, dogmatische Fehlentwicklungen und Verkrustungen zu identifizieren.²¹⁶ Schon aus diesem Grunde wird eine solche Dogmatik sich gegenüber rechtsvergleichenden und rechtshistorischen Befunden²¹⁷ sowie gegenüber rechtsphilosophischen bzw. ökonomischen Argumenten öffnen müssen. Auch wenn das natürlich Veränderungen rechtswissenschaftlichen Arbeitens mit sich bringt,²¹⁸ braucht – und sollte! – die Rechtswissenschaft damit freilich nicht ihre spezifisch juristische Disziplinarität aufgeben.²¹⁹ Dass der „strictly legal point of view“ eine „exklusive“ Orientierung am positiven Recht einer konkreten Rechtsordnung erforderlich mache,²²⁰ glaubt man jedenfalls erst seit dem 20. Jahrhundert – noch im

216 Vgl. etwa *Jansen*, Gesetzliche Schuldverhältnisse (Fn. 149); *id.*, „Tief ist der Brunnen der Vergangenheit“. Funktion, Methode und Ausgangspunkt historischer Fragestellungen in der Privatrechtsdogmatik, ZNR 27 (2005), 202–228. Auch im von *Joachim Rückert*, *Matthias Schmoeckel* und *Reinhard Zimmermann* herausgegebenen Historisch-kritischen Kommentar finden sich solche Ansätze.

217 Für ein solches Programm steht insbesondere *Reinhard Zimmermann*; siehe insbesondere *id.*, Savigny’s Vermächtnis: Rechtsgeschichte, Rechtsvergleichung und die Begründung einer Europäischen Rechtswissenschaft, 1998 (auch in *Juristische Blätter* 1998, 273–293; siehe auch den englischen Paralleltext: *Savigny’s Legacy: Legal History, Comparative Law, and the Emergence of a European Science*, LQR 112 (1996), 576–605); w.N. oben Fn. 212.

218 von *Bogdandy*, Deutsche Rechtswissenschaft (Fn. 213), 5.

219 Ausführlich *Ernst*, Gelehrtes Recht (Fn. 191), 17 ff., 25 f., 29 f., der völlig zu Recht betont, dass eine interdisziplinäre Öffnung der Rechtswissenschaft nicht bedeuten darf, den *strictly legal point of view* aufzugeben, sondern dass es darum gehen muss, diesen im Rückgriff auf Erkenntnisse und Methoden anderer Wissenschaften zu bereichern. Siehe exemplarisch etwa *M. Auer*, Eigentum, Familie, Erbrecht. Drei Lehrstücke zur Bedeutung der Rechtsphilosophie im Privatrecht, AcP 216 (2016), 239–276; *L. Klön*, Minderheitenschutz im Personengesellschaftsrecht. Rechtsökonomische Grundlagen und Perspektiven, AcP 216 (2016), 281–319.

220 *Jestaedt*, Wissenschaft im Recht (Fn. 174), 8, 12.

19. Jahrhundert bildete die gegenteilige Annahme²²¹ die selbstverständliche Grundlage der am römischen Recht orientierten Rechtsdogmatik.²²² Im europäischen Rechtsraum ist eine derart exklusive Orientierung am nationalen Recht ohnehin überholt.²²³

Mit alldem – so ist zu hoffen – kann eine solche Dogmatik *à la longue* für Gesetzgeber ebenso interessant werden wie für die Wissenschaften anderer Rechtsordnungen.²²⁴ Natürlich wird die Wissenschaft wünschen, dass ihre dogmatischen Erkenntnisse (nicht: ihre juristischen Meinungen!) der Praxis weiterhelfen. Und nicht zuletzt eignet sich eine solche Dogmatik in besonderer Weise als Grundlage einer zukunftsorientierten Juristenausbildung, die ihr Ausbildungsziel primär in der Vermittlung methodischer Fähigkeiten und juristisch-kritischer Urteilsfähigkeit sieht. In gewisser Weise fände die europäische Rechtswissenschaft damit in der Differenzierung von positivem Recht und praxisentlasteter Rechtswissenschaft zu ihren undifferenzierten Anfängen in Bologna zurück (These 1). Jedenfalls bliebe sie weiterhin prägend für das Rechtssystem – freilich nicht länger dadurch, dass Professoren Gerichtsentscheidungen systematisieren und Gerichte Professorenmeinungen bestätigen, sondern dadurch, dass Professoren für die Fortbildung der Sprache des Rechts Sorge tragen, indem sie dessen dogmatische Konzepte, Kategorien, Leitbilder und Denkformen prägen, nicht zuletzt in der Ausbildung junger Juristen.²²⁵

221 A.F.J. Thibaut, System des Pandekten-Rechts, 4. Aufl., Jena 1814, Bd. I, 11 (§ 13): „Daß der Grund der recipirten Rechte jetzt wegfalle, oder unsre Lage zweckmäßigere Gesetze erheische, steht *juristisch* der Anwendung derselben nicht entgegen.“

222 Zu den Diskussionen nach 1806 Haferkamp, Historische Rechtsschule (Fn. 179), 62 ff.: „Warum tote Rechte lehren“.

223 von Bogdandy, Deutsche Rechtswissenschaft (Fn. 213), 3 ff.; Zimmermann, Savigny's Vermächtnis (Fn. 217); T. Duve, Transnationalization of Law and Legal Scholarship: Intellectual and Institutional Challenges, International Journal of Legal Information 44 (2016), 28–34. Ebenso die Empfehlungen des Wissenschaftsrats, Perspektiven der Rechtswissenschaft in Deutschland (Fn. 210), 8 f., 26 ff. Kritisch freilich C. Hillgruber, Mehr Rechtswissenschaften wagen!, JZ 2013, 700–704, 701.

224 Vgl. auch Ernst, Gelehrtes Recht (Fn. 191), 44.

225 Ernst, Gelehrtes Recht (Fn. 191), 3 ff.

