

„Integration von Theorie und Praxis“ als Leitgedanke der „einstufigen Juristenausbildung“ in Hannover 1974/75

Stephan Meder

I. Einleitung

Am 26. November 1973 übersandte der Niedersächsische Ministerpräsident Alfred Kubel (1909-1999) an den Präsidenten des Niedersächsischen Landtags einen vom Landesministerium beschlossenen Gesetzentwurf über die Reform der Juristenausbildung.¹ Darin heißt es, dass die „einstufige Juristenausbildung“ in der Landeshauptstadt Hannover erprobt und „der Lehrbetrieb“ an der „neu gegründeten Fakultät für Rechtswissenschaften“ im „Wintersemester 1974/75 beginnen“ soll.² Eine „Integration von Theorie und Praxis“ soll den „Juristen zu einer Berufspraxis“ befähigen, die den Ansprüchen einer modernen demokratischen Verfassung genüge.³

Der Entwurf gibt nicht nur Auskunft über die Ziele, sondern auch über die Gründe, die den Gesetzgeber zur Einführung einer einstufigen Juristenausbildung bewogen haben: Zwar sei die Lehre der „systematischen Formung des Rechtsstoffs“ nach wie vor „eine unentbehrliche Voraussetzung“ für die „Juristenausbildung“.⁴ Doch reiche die Vermittlung von bloßer Theorie und Dogmatik unter den gewandelten sozialen und gesellschaftlichen Verhältnissen nicht mehr aus: „Um die Rationalität des Rechts in seiner praktischen Anwendung sicherzustellen“, müssen „die Sozialwissenschaften in einem umfassenden Sinne in die Juristenausbildung“ einbezogen werden.⁵ Dies sei auch aus dem Grund erforderlich, weil in einer „sich wandelnden“ und immer komplexeren Gesellschaft die Anforderun-

1 Entwurf eines Gesetzes über die einstufige Juristenausbildung (1973), Niedersächsischer Landtag, Drs. 7/2331, S. 1-32.

2 Entwurf (Fn. 1), S. 1 (Vorblatt).

3 Entwurf (Fn. 1), S. 5 (§ 2 Abs. 1 – Ausbildungsgrundsätze).

4 Entwurf (Fn. 1), S. 11; *Niedersächsisches Ministerium der Justiz* (Hrsg.), Modell Hannover: Vorschläge für die Einführung der einstufigen Juristenausbildung, 1972, S. 19 (mit zum Teil gleichen Formulierungen).

5 Entwurf (Fn. 1), S. 11.

gen an „den Juristen“ ständig höher werden.⁶ Im Rahmen der einstufigen Juristenausbildung müsse daher auch „die Bereitschaft des Studenten zu kritischer Mitarbeit und zu eigenem Studium“ gefördert werden.⁷ Mit diesen Stichworten sind die wichtigsten Ziele und Gründe, die zur Einführung einer einstufigen Juristenausbildung geführt haben, schon umrissen. Dabei versteht sich, dass das Reformvorhaben nicht erst durch den Landesgesetzgeber formuliert wurde, sondern eine facettenreiche Vorgeschichte hat.

II. Zur Vorgeschichte der einstufigen Juristenausbildung an der rechtswissenschaftlichen Fakultät in Hannover

Über das Verhältnis von Theorie und Praxis bzw. von Universitätsstudium und praktischem Vorbereitungsdienst (Referendariat) wird hierzulande seit Jahrhunderten diskutiert. Die Geschichte der Zweistufigkeit der Juristenausbildung reicht bis ins ausgehende 17. Jahrhundert zurück.⁸ Im 19. Jahrhundert wurde, jedenfalls in Preußen, der Vorbereitungsdienst sogar als die entscheidende Phase der Juristenausbildung angesehen.⁹ Erst um die Wende zum 20. Jahrhundert hat die erste Ausbildungsphase allmählich wieder an Bedeutung gewonnen, was auch auf eine stärkere Praxisorientierung des Universitätsstudiums zurückzuführen war.¹⁰ In den späten 1960er und frühen 1970er Jahren wurde dann in fast allen Ländern der (alten) Bundesrepublik über das Erfordernis eines gesteigerten Praxisbezugs und über die Einführung einer einphasigen Juristenausbildung nachgedacht.¹¹

6 Entwurf (Fn. 1), S. 12.

7 Entwurf (Fn. 1), S. 5, 12.

8 Einen guten Überblick geben die Veröffentlichungen des *Arbeitskreises für Fragen der Juristenausbildung*, Dölle (Hrsg.), *Die Ausbildung der deutschen Juristen: Darstellung, Kritik und Reform*, Tübingen 1960, S. 52-87. Siehe ferner: Lührig, *Die Diskussion über die Reform der Juristenausbildung von 1945 bis 1995*, Frankfurt a.M. u.a. 1997, S. 26-109; Köbler, *Juristenausbildung*, in: Cordes/Lück/Werkmüller (Hrsg.), *Handwörterbuch zur deutschen Rechtsgeschichte* (HRG), Bd. II, 2. Aufl., Berlin 2012, Sp. 1430-1436.

9 Dölle (Hrsg.), *Ausbildung* (Fn. 8), S. 9.

10 Dölle (Hrsg.), *Ausbildung* (Fn. 8), S. 9, 52-87.

11 Richter, In welcher Weise empfiehlt es sich, die Ausbildung der Juristen zu reformieren? Gutachten für den 48. Deutschen Juristentag, München 1970, S. 82-110; Hart, *Juristische Ausbildung*, in: Görlitz (Hrsg.), *Handlexikon zur Rechtswissenschaft*, München 1972, S. 211-217; Voegeli, *Einphasige Juristenausbildung: Zur Pathologie der Reform*, Frankfurt a.M./New York 1979, S. 1-3; Lührig, *Diskussion* (Fn. 8), S. 110-237; Rinken, *Einführung in das juristische Studium: Juristenausbildung und Juristenpraxis*

Ein aus heutiger Sicht besonders wertvolles Dokument bildet das Protokoll jener Diskussionen, die Anfang November 1968 auf einer von der Evangelischen Akademie in Loccum über die „Krise der juristischen Bildung“ veranstalteten Tagung geführt wurden.¹² Exemplarische Bedeutung für die in der zweiten Hälfte der 1960er Jahre einsetzenden Reformbestrebungen kommt dem Referat zu, welches der Frankfurter Rechtswissenschaftler Rudolf Wiethölter unter dem Titel „Anforderungen an den Juristen heute“ in Loccum hielt.¹³ Genau genommen sind es zwei Gründe, warum der Vortrag heute auf Interesse stoßen muss: Erstens, weil er ein in vieler Hinsicht repräsentatives Bild vom damals erreichten Stand der Wissenschaft vermittelt, und zweitens, weil darin die in dem Niedersächsischen Gesetzentwurf von 1973 genannten Stichworte wie „Praxis“, gesellschaftlicher „Wandel“ oder Einbindung der „Sozialwissenschaften“ eine rechtstheoretische Fundierung erfahren haben.

III. „Integration von Theorie und Praxis“ als rechtsquellentheoretisches Phänomen

„Juristen wissen nicht, was Sie tun“, sie durchschauen heute „weder ihre Eigenwelt noch ihre Umwelt“.¹⁴ Schlechter kann ein Urteil über „den Juristen heute“ kaum ausfallen. Nach den Ausführungen von Wiethölter reichen die Gründe zurück bis in die Anfänge des 19. Jahrhunderts und liegen vor allem in der „typisch deutschen Antithetik von Theorie und Praxis“.¹⁵ Denn das Ideal der deutschen Universität sei die Anhäufung von Wissen in

im Verfassungsstaat, 3. Aufl., München 1996, S. 282-320; *Requate*, Der Kampf um die Demokratisierung der Justiz: Richter, Politik und Öffentlichkeit in der Bundesrepublik, Frankfurt a.M. u.a. 2008, S. 293 (300) („alle im Bannkreis des Loccumer Modells“).

- 12 „Krise der juristischen Bildung“. Tagung vom 1. bis 4. November 1968, in: Loccumer Protokolle 25/1968. Auf dieser Tagung wurde der Loccumer Arbeitskreis für Juristenausbildung als ein „Stück privater Initiative in der verwalteten Welt“ ins Leben gerufen, *Wassermann*, Mut zu Experimenten, in: Loccumer Arbeitskreis (Hrsg.), Neue Juristenausbildung: Materialien des Loccumer Arbeitskreises zur Reform der Juristenausbildung, Neuwied 1970, S. 7. Zu den Impulsen aus Loccum: *Lührig*, Diskussion (Fn. 8), S. 116-124.
- 13 *Wiethölter*, Anforderungen an den Juristen heute, in: Krise der Juristischen Bildung (Fn. 12), S. 20-43.
- 14 *Wiethölter*, Anforderungen (Fn. 13), S. 20.
- 15 *Wiethölter*, Anforderungen (Fn. 13), S. 23; *Wassermann*, Erziehung zum Establishment?, in: Krise der Juristischen Bildung (Fn. 12), S. 1 (10) (die Ausbildung sollte

Form von lebensferner Theorie: Der „tief gebildete Mensch“ und „nicht der rational ausgebildete Fachmann und politisch informierte und handelnde Bürger“ würde den Maßstab bilden.¹⁶ Zu den Merkmalen dieser „Bildungsbürgerwelt“ gehöre die Antipathie „gegen alles Politische“.¹⁷ Im Gebiet der Rechtswissenschaften finde sie in dem berühmten Diktum des Leipziger Pandekisten Bernhard Windscheid (1817-1892) einen Ausdruck, wonach den „Juristen als solchen“ politische, ethische, ökonomische und soziale Überlegungen nichts angehen.¹⁸ „Unsere Hauptaufgabe heute“ sei es daher, sich „um den Gegenstand in unserer Zeit zu bemühen, nämlich Verständnis und Entwicklung, Analyse und Veränderung unserer menschlichen Gesellschaft“.¹⁹ Die Forderung nach einer Einbindung der Sozialwissenschaften in die Juristenausbildung erscheint vor diesem Hintergrund nur folgerichtig.

Was aber hat sich im Gebiet des Rechts so stark verändert, dass dessen „Rationalität“ in seiner „praktischen Anwendung“ sichergestellt werden muss?²⁰ Wiethölter gibt eine rechtsquellentheoretische Antwort: „Die Spaltung Rechtsetzung durch Politik und Rechtsanwendung durch Nichtpolitik“ sei heute „unhaltbar geworden“.²¹ Sie habe der „Rechtspositivismus des 19. Jahrhunderts“ hervorgebracht, welcher sich in Sätzen wie „Gesetz ist Gesetz“ erschöpfe.²² Die Trennung zwischen Normgewinnung auf der einen und Applikation auf der anderen Seite sei letztlich ein Erbe „der Philosophie des deutschen Idealismus“²³ welchem auch das Rechtsdenken der Historischen Rechtsschule und namentlich Savignys entsprungen sei.²⁴

„besser von Universität und Praxis in gemeinsamer Verantwortung durchgeführt werden).

16 Wiethölter, Anforderungen (Fn. 13), S. 23.

17 Wiethölter, Anforderungen (Fn. 13), S. 23.

18 Wiethölter, Anforderungen (Fn. 13), S. 23.

19 Wiethölter, Anforderungen (Fn. 13), S. 23 (Hervorhebung im Original).

20 Entwurf (Fn. 1), S. 11; Wiethölter, Anforderungen (Fn. 13), S. 23.

21 Wiethölter, Anforderungen (Fn. 13), S. 38.

22 Wiethölter, Anforderungen (Fn. 13), S. 28; Geulen, Anpassung oder Emanzipation?, in: Krise der Juristischen Bildung (Fn. 12), S. 62 (69, 78) („formal exegetische Gesetzesinterpretation“, die „soziale Sachverhalte auf ihre Subsumtionsfähigkeit hin“ reduziere). Eine ähnliche Kritik war bereits Anfang des 20. Jahrhunderts durch das Freirecht und die „soziologische Jurisprudenz“ vorgetragen worden.

23 Wiethölter, Anforderungen (Fn. 13), S. 32 und öfter (a.a.O., S. 22, 25-27). Dass nicht nur hierzulande, sondern auch in den Ländern des Common Law über diese Trennung geklagt wird, zeigt ein Bericht des Richters Hutcheson über seine juristische Ausbildung: Judgment Intuitive – The Function of the Hunch in Judicial Decision, Cornell Law Quarterly 1929, 274 (274 f.).

24 Wiethölter, Anforderungen (Fn. 13), S. 22, 31, 32.

Die These, die Historische Rechtsschule sei aus dem deutschen Idealismus hervorgegangen, war in der zweiten Hälfte des 20. Jahrhunderts weit verbreitet und findet bis heute viele Anhänger.²⁵ So glaubte man, der „deutsche Idealismus“ unterscheide sich nur „scheinbar“ von „Savignys historischer Rechtsschule“, der „mit dem Zerfall des deutschen Idealismus“ die „Grundlage für den Umschwung in den Gesetzespositivismus gelegt“ habe.²⁶ Ähnlich meint Wiethölter hervorheben zu müssen: Richter wenden Recht nicht nur an, „sondern setzen Recht“, wirken mithin auch politisch und nicht nur juristisch.²⁷ Und diese „Wirkungsweise“ werde

„umso fühlbarer, je mehr der moderne Gesetzgeber - zwangsläufig oder aus Kompromißgründen - zu Generalklauseln greift. Denn dann offenbart sich eine von Rechtstheorie wie von Methodik im Stich gelassene Rechtsprechung in Mentalitäten und Dezisionismen. Sie zu analysieren, wäre Aufgabe der Rechtswissenschaft, die aber gerade vor der Aufgabe versagt, die entsprechenden Voraussetzungen dafür zu schaffen.“²⁸

Es macht also einen bedeutsamen Unterschied, ob ein Jurist darauf beschränkt ist, das Recht ‚anzuwenden‘ oder ob er selbst an der Normgewinnung teilnimmt.²⁹ Gerade dort, wo – wie bei unbestimmten Rechtsbegriffen oder Generalklauseln – die legislative Rechtsetzung in den Hintergrund tritt, ist der schöpferische Anteil des Juristen besonders hoch zu veranschla-

25 Vgl. nur Wieacker, Privatrechtsgeschichte der Neuzeit, 2. Aufl., Göttingen 1967 (subjektiver Idealismus); Rückert, Idealismus, Jurisprudenz und Politik bei Friedrich Carl von Savigny, Ebelsbach 1984 (objektiver Idealismus). Savigny hat freilich sowohl den subjektiven als auch den objektiven Idealismus abgelehnt, näher Meder, Savignys Weg in die juristische Moderne, Berlin 2023.

26 Voegeli, Juristenausbildung (Fn. 11), S. 30 („Entwicklung der Rechtswissenschaft im 19. Jahrhundert“).

27 Wiethölter, Anforderungen (Fn. 13), S. 39.

28 Wiethölter, Anforderungen (Fn. 13), S. 39.

29 Das rechtsquellentheoretische Argument spielt auch im Bericht der Niedersächsischen Reformkommission eine maßgebliche Rolle, worauf der Entwurf (Fn. 1) wiederholt Bezug nimmt. Danach müsse „der Tatsache Rechnung getragen werden, daß [...] die gestaltenden Funktionen des Rechts zugenommen haben. Die Ausbildung des Juristen darf nicht nur an der Gesetzesvollziehung ausgerichtet sein, sondern muß auch die gestaltenden Aufgaben des Juristen berücksichtigen. Deren verantwortungsbewußte Erfüllung verlangt ein hohes Maß politischen und sozialen Verständnisses, kritische Reflexion [...] und Fähigkeit zur Zusammenarbeit mit anderen Wissenschaften“, Modell Hannover (Fn. 4), S. 19. Mit Wiethölter stimmt die Reformkommission also darin überein, dass die neuen Herausforderungen in der Berufspraxis aus einer Steigerung des Anteils der Juristen an der Rechtsgewinnung resultieren (siehe auch unten IV).

gen. Diese kreative Leistung müssen Juristen in der Berufspraxis erbringen, wobei sich von selbst verstehe, dass ihre Tätigkeit umso anspruchsvoller werde, je mehr sie an der Rechtsgewinnung beteiligt seien. Um diesen ‚Veränderungen‘ gerecht werden zu können, „brauchen wir Theorie- und Praxismodelle“ und „nicht zuletzt Kunstreihen als methodische Handlungsleitung für Richter, Anwälte, Verwaltungs- und Wirtschaftsjuristen, nicht zuletzt für den Rechtsunterricht selbst“.³⁰ Die Diagnose muss also lauten: Es besteht ein Bruch zwischen Theorie und Praxis, wobei ‚Theorie‘ für die applikativen und ‚Praxis‘ für die gestaltenden Elemente der Jurisprudenz steht. Die Forderung nach einer „Integration von Theorie und Praxis“ kann nur erfüllt werden, wenn das Spannungsverhältnis von formaler und materialer Rationalität zum Gegenstand der Wissenschaft erhoben wird.

IV. Kurzurische Würdigung einiger Aussagen über die „Anforderungen an den Juristen heute“

Es ist oft gesagt worden: Unsere heutige Rechtsordnung ruht auf den Schultern des 19. Jahrhunderts. Aber was wissen wir über dessen Rechtswissenschaft? Die Ästhetik der Frühromantik, die Verankerung des Rechts in der Geschichte, die Vorstellung eines Systems des heutigen römischen Rechts, die Idee einer Autonomisierung der Jurisprudenz und die damit einhergehende Opposition sowohl gegen den subjektiven als auch gegen den objektiven Idealismus: Das sind die wichtigsten Grundlagen, auf denen Savigny ein Rechtsdenken formuliert hat, welches – wie die Diskussionen über die einphasige Juristenausbildung – um die Rechtsquellenlehre kreist. Wie fremd uns dieses Denken heute geworden ist und wie nahe es uns zugleich noch immer steht, lässt ein berühmtes Diktum Savignys von 1814 erkennen: „Unsere Theorie muß praktischer und unsere Praxis wissenschaftlicher werden“.³¹

Mit seiner Hermeneutik hat Savigny eine Art Praxeologie entwickelt, die auf der Prämisse eines Primats des Falles vor der Norm beruht. Anders als der subjektive Idealismus der Kantianer oder der objektive Idealismus der

30 *Wiethölter*, Anforderungen (Fn. 13), S. 41 (mit dem Zusatz: „Sie fehlen uns allerorten“).

31 *Savigny*, Vom Beruf unsrer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft, Heidelberg 1814, S. 126 f.; näher *Meder*, Mißverstehen und Verstehen: Savignys Grundlegung der juristischen Hermeneutik, Tübingen 2004, S. 69-79.

Hegelschule geht er davon aus, dass Recht nicht nur von staatlichen Gesetzgebbern, sondern auch von Juristen produziert wird. Denn eine vorhandene Norm kann im Augenblick der Entscheidung nicht einfach reproduziert werden: Ihr muss durch ‚Konkretisierung‘ zum Übergang in das „Leben“ verholfen werden.³² Dass eine juristische Entscheidung allein durch die Norm noch nicht gegeben ist, gehört zu den Einsichten, die heute wohl als herrschend bezeichnet werden dürfen: „Rechtsquelle der richterlichen Entscheidung ist nicht nur das Gesetz, sondern auch die Person des Richters selbst.“³³

So weit wäre Savigny mit guten Gründen zwar nicht gegangen. Doch ist es falsch, wenn die Protagonisten der einphasigen Juristenausbildung behaupten, „Savignys historische Rechtsschule“ unterscheide sich nur „scheinbar“ von den Lehren des „deutschen Idealismus“³⁴. Ein Tadel wäre gleichwohl unangebracht, weil die Ausbildungsreformer für die Unzulänglichkeiten des zu ihrer Zeit erreichten Stands der Wissenschaft nicht verantwortlich gemacht werden können.³⁵ Mögen die rechtshistorischen Annahmen der Reformer aus heutiger Sicht auch obsolet geworden sein,

32 Savigny, System des heutigen Römischen Rechts, Bd. I, Berlin 1840, S. 207, 209 f., 213, 318-326. Das rechtspraktische Erfordernis der Konkretisierung ist freilich nur eines von vielen Beispielen, die auf einen schöpferischen Anteil des Juristen an der Entscheidungsfindung schließen lassen. Auch das Justizverweigerungsverbot gebietet es, Fälle zu entscheiden, für deren Lösung keine Normen vorhanden zu sein scheinen. Ebenso sind Juristen im Fall von Lücken oder bei Normen mit nur geringer Regelungsdichte herausgefordert, wofür etwa die von Wiethölter erwähnten Generalklauseln ein Beispiel bilden; näher Meder, Die Zukunft der juristischen Methode: Rehabilitierung durch Chat-GPT?, JZ 2023, 1041-1051 (1047) (unter den Gesichtspunkten von funktionaler Differenzierung und Autonomisierung moderner Jurisprudenz). Hier liegen die Gründe, warum sich Savigny so sehr für Fragen der Ausbildung interessiert und den „Gelehrten auf dem Richterstuhl“ gefordert hat, vgl. die Nachweise in Meder, Savignys Weg (Fn. 25).

33 Häuser, Die Illusion der Subsumtion, BJ 2011, 151 (152); Lamprecht, Die Richterperson als Rechtsquelle, BJ 2005, 14-17; Hassemer, Rechtssystem und Kodifikation: Die Bindung des Richters an das Gesetz, in: ders./Neumann/Saliger (Hrsg.), Einführung in die Rechtsphilosophie und Rechtstheorie der Gegenwart, 9. Aufl., Heidelberg 2016, S. 227 (237).

34 Z.B. Voegeli, Juristenausbildung (Fn. 11), S. 30 (siehe oben III).

35 Die Wurzeln des schiefen Bildes, welches nach 1945 von der Wissenschaft des 19. Jahrhunderts gezeichnet wurde, liegen, von den ideologisch motivierten Fehldeutungen der NS-Jurisprudenz einmal abgesehen, in Jherings Kritik einer angeblichen „Begriffsjurisprudenz“, vgl. Meder, Savignys Weg (Fn. 25), S. 22-25. Ein zeitgenössisches Beispiel für diese (bis heute verbreitete) Sichtweise bilden die – im Übrigen ansprechenden – Ausführungen von Adomeit, Juristische Methode, in: Görlitz (Hrsg.), Handlexikon Rechtswissenschaft (Fn. 11), S. 217-222.

ihre rechtsquellentheoretischen Argumente sind nach wie vor aktuell. Denn noch immer wird gesagt, es sei eine „Lebenslüge der Juristen“, wenn sie glaubten, ihre Entscheidung beruhe allein auf einer Anwendung von Gesetzen.³⁶

V. Fortsetzung: Integration von Theorie und Praxis nach dem Scheitern der Ausbildungsreform

Nachdem die Bemühungen um die Einführung einer einphasigen Juristenausbildung in der ersten Hälfte der 1980er Jahre zum Erliegen gekommen waren, stand noch immer die Forderung im Raum, das Verhältnis von Theorie und Praxis zum Gegenstand rechtswissenschaftlicher Analyse zu machen. Hervorhebung verdient ein hierzulande viel diskutierter Versuch des französischen Soziologen und Sozialphilosophen Pierre Bourdieu (1930-2002), der eine Theorie der Praxis entworfen hat, die allerdings ebenfalls auf einigen heute überholten Prämissen fußt. Wie die Protagonisten der einphasigen Juristenausbildung nimmt nämlich auch Bourdieu an, auf dem Gebiet des Rechts würde ein rigider „Formalismus“ – oder wie er auch sagt: „Legalismus“ – herrschen.³⁷

Der Soziologe glaubt nun, die „Illusion des Juridischen“ dekuvrieren zu können, indem er auf die Schwächen einer Methode aufmerksam macht, die in der Jurisprudenz seit mehr als 150 Jahren unter Stichworten wie Syllogismus, geschlossenes System, Logik, Deduktion, Subsumtion, Mechanismus etc. kritisiert wird.³⁸ Die Formalisten würden „in der Schrift des

36 *Sendler*, Die Methoden der Verfassungsinterpretation – Rationalisierung der Entscheidungsfindung oder Camouflage der Decision?, in: Ziemske (Hrsg.), Staatsphilosophie und Rechtspolitik: Festschrift für Martin Kriele zum 65. Geburtstag, München 1997, S. 457 (461); *Häuser* (Fn. 33), BJ 2011, 154.

37 *Bourdieu*, Die Kraft des Rechts – Elemente einer Soziologie des juridischen Feldes (1986), in: Kretschmann (Hrsg.), Das Rechtsdenken Pierre Bourdieus, Weilerswist 2019, S. 35 (dabei stützt er sich lediglich auf ein zweibändiges Werk des französischen Rechtshistorikers Julien Bonnecase [1878-1950], das 1933 [!] unter dem Titel „La pensée juridique français, de 1804 à l’heure présente“ erschienen ist). Daneben nennt Bourdieu noch den von ihm sogenannten „Instrumentalismus“ der marxistischen Rechtstheorie, die bekanntlich auch in den Reformdiskussionen der (späten) 1960er und 1970er Jahre eine Rolle spielte (a.a.O., S. 35 f. – „Basis-Überbau-Metapher“).

38 *Bourdieu*, Recht (Fn. 37), S. 44-46 (Syllogismus, Subsumtion, Deduktion); *ders.*, Die Kodifizierung (1986), in: *ders.*, Rede und Antwort, Frankfurt a.M. 1992, S. 99 (108 ff.) („Illusion des Juridischen“). Das sind im Kern die Merkmale, welche die angebliche „Begriffsjurisprudenz“ auszeichnen (siehe oben IV a.E.).

Gesetzes“ die „Offenbarung des Gerechten“ suchen und dabei die Praxis den Normen unterordnen.³⁹ Dies sei eine „Illusion“, weil Normen „niemals ohne Weiteres einfach auf einen neuen Fall angewendet werden“ können: „Kurz gesagt, der Richter ist keineswegs ein bloßer Anwender, der nur die Konsequenzen aus dem Gesetz zieht und sie direkt auf den Einzelfall umlegt“.⁴⁰

Bourdieu hat also verkannt, dass dem „Formalismus“ schon viele Autorinnen und Autoren widersprochen haben. Als Beispiele seien nur so verschiedene Strömungen wie die Historische Rechtsschule im 19. und das Freirecht oder der Rechtsrealismus in der ersten Hälfte des 20. Jahrhunderts genannt. Die Unzulänglichkeiten des Forschungsstandes entfalten mithin auch nach dem Scheitern der Ausbildungsreform noch Wirkungsmacht. Nach wie vor treten Autorinnen und Autoren auf, die behaupten, den schöpferischen Anteil der Jurisprudenz an der Entscheidung „neu“ entdeckt zu haben. Die Schwächen der Formalismuskritik ändern aber nichts daran, dass Bourdieu mit seiner Theorie der Praxis eine Reihe von neuen Gesichtspunkten zu Tage förderte, die in den Rechts- und Sozialwissenschaften nicht ohne Grund auf Resonanz gestoßen sind. Im Zentrum seiner Lehre vom „praktischen Sinn“ steht der „Habitus“, worunter Bourdieu ein Verhalten versteht, das vom strikten Recht, der von ihm sogenannten „Kodifizierung“, zu unterscheiden ist:

„Der Habitus ist aufs engste mit dem Unscharfen und Verschwommenen verbunden. Als eine schöpferische Spontaneität, die sich in der unvorhergesehenen Konfrontation mit unaufhörlich neuen Situationen geltend macht, gehorcht er einer Logik des Unscharfen, Ungefähren, die das normale Verhältnis zur Welt bestimmt“.⁴¹

Habitus ist also zwar durch kognitive Elemente geleitet, fußt aber eher auf einer praktischen Rationalität als auf theoretischer Vernunft.⁴² Als eine Art „zweite Natur“⁴³ oder ‚Bewusstsein ohne Bewusstsein‘ eignet er sich zur

39 Bourdieu, Recht (Fn. 37), S. 45.

40 Bourdieu, Recht (Fn. 37), S. 46 f. Es gebe, wie schon Savigny nicht müde wurde zu betonen, neben den Gesetzen „noch andere Erzeugungsprinzipien von Praktiken“, Nachweise bei Kretschmann, Pierre Bourdieus „Praxistheorie des Rechts“, in: dies. (Hrsg.), Das Rechtsdenken Bourdieus (Fn. 37), S. 112 (117).

41 Bourdieu, Kodifizierung (Fn. 38), S. 101.

42 Nour, Bourdieus juridisches Feld, in: Buckel/Christensen/Fischer-Lescano (Hrsg.), Neue Theorien des Rechts, 2. Aufl., Stuttgart 2009, S. 179 (182).

43 Nour, Bourdieu (Fn. 42), S. 183.

Erklärung dessen, was geschieht, wenn einer Norm zum Übergang in das „Leben“ zu verhelfen ist. Parallelen mit Savignys Rechtsdenken drängen sich geradezu auf: Dazu gehört z.B. Bourdieus „akteursabhängige“ Herangehensweise, welche nicht nur den schöpferischen Anteil von Juristen an einer Entscheidung, sondern auch die Anforderungen in den Fokus rückt, die an die Juristenausbildung zu stellen sind.⁴⁴ Hinzu kommt die Beschreibung des „praktischen Sinnes“ als „intuitives Erkennen“, als „Takt“ oder Judiz, das auf Kongruenzen mit Bourdieus ‚Bewusstsein ohne Bewusstsein‘ schließen lässt.⁴⁵ Ein weiteres Beispiel bildet der für Bourdieu charakteristische „quasi-gewohnheitsrechtliche Blick“, der in vieler Hinsicht Kongruenzen mit Savignys Überlegungen zur Legitimation des Juristenrechts aufweist.⁴⁶ Die Liste ließe sich unschwer fortsetzen.

Auch nach der Wende zum 21. Jahrhundert werden Fragen nach dem Verhältnis von Theorie und Praxis im Zeichen der skizzierten Unzulänglichkeiten des Forschungsstandes erörtert. So heißt es, das „rechtliche Verfahren“ sei „keine Veranstaltung allein formaler Rationalität“:⁴⁷ „Neuere Methodenlehren“ würden „in Richtern nicht länger Subsumtionsautomaten und in Rechtsnormen mehr als ihren bloßen Wortlaut“ sehen.⁴⁸ Als Beleg dient Literatur aus den 1990er Jahren, sodass einmal mehr der Eindruck entsteht, das Rad müsse neu erfunden werden, weil in den Rechtswissenschaften vor 1990 unangefochten die Formalismusthese geherrscht habe. Von den methodengeschichtlichen Mängeln ist die Behauptung zu unterscheiden, das Habitus-Konzept helfe zu erklären, wie Juristen „das Span-

44 Vgl. Kretschmann, Pierre Bourdieus Beitrag zur Analyse des Rechts, in: dies. (Hrsg.), Das Rechtsdenken Bourdieus (Fn. 37), S. 10 (15). Zu Savignys Diktum vom „Gelehrten auf dem Richterstuhl“ siehe bereits oben IV.

45 Nachweise bei Meder (Fn. 32), JZ 2023, 1041-1051. Unter den Prämissen der in den jüngeren Methodenlehren weithin angenommenen doppelten Struktur des Entscheidungsprozesses, nämlich der Unterscheidung von „Herstellung“ und „Darstellung“ (Luhmann, Recht und Automation in der öffentlichen Verwaltung, Berlin 1966, S. 51), wäre „Habitus“ auf der Ebene der „Herstellung“ anzusiedeln. Da Bourdieu diese Differenz nicht kennt, bleibt offen, nach welchen Maßstäben Richter ihre Entscheidung begründen sollen. Von Anhängern der Habitus-Lehre wird behauptet, die „soziale Praxis“ bzw. das „Sozialleben“ müsse den Ausschlag geben, was, wie sogleich noch auszuführen ist, der „Autonomie“ des Rechts zuwiderlaufen würde und schon aus diesem Grunde nicht befriedigen kann.

46 Kretschmann, Praxistheorie (Fn. 40), S. 125. Zu Savignys „quasi-gewohnheitsrechtlichen Blick“ siehe die Nachweise bei Meder, Savignys Weg (Fn. 25), S. 278-280 („nicht ganz passender Sprachgebrauch“).

47 Morlok/Köbel, Rechtspraxis und Habitus, Rechtsttheorie 2001, 289 (292).

48 Morlok/Köbel/Launhardt, Recht als soziale Praxis, Rechtsttheorie 2000, 15 (17).

nungsverhältnis von formaler und materialer Rationalität“ handhaben.⁴⁹ Zu überzeugen vermag auch die These, der Habitus sei eine Art „begriffsloses Erkennen“, welches sich nicht lernen, sondern allenfalls einüben lasse.⁵⁰ Damit stellt sich die Frage, ob das Theorie-Praxis-Problem der Jurisprudenz im Rahmen einer Ausbildungsreform überhaupt zu bewältigen ist:

„Die ‚Urteilskraft‘, die jeder praktischen Meisterschaft zugrunde liegt, entsteht in diffusen Bildungsprozessen einer ‚stillen Pädagogik‘. Sie wird im Handeln und nicht über Diskurs vermittelt. Auch im Richterberuf erwirbt man echte Professionalisierung ‚nur durch die praktische Einübung in eine Kunstlehre und Handlungspraxis‘; auch hier ist ‚die Ausbildung primär nicht Wissenserwerb, sondern Habitusformation‘“⁵¹.

Es bleibt die Frage, nach welchen Gesichtspunkten zu entscheiden ist, wenn der Jurist „mit der Logik des Unscharfen, Ungefährnen“ in Berührung kommt. Die Antworten der Praxistheoretiker sind, wie schon angedeutet, unbefriedigend: Recht gebe es in solchen Fällen nur „als soziale Praxis“⁵². Und diese Praxis werde „nicht durch das Recht selbst autonom bestimmt“, sondern durch andere Disziplinen, insbesondere durch Politik.⁵³ Damit wären persönlicher Neigung, Willkür oder Zufall Tür und Tor geöffnet. Gerade in den Fällen des „Unscharfen“ und „Ungefährnen“ kommt es darauf an, dass ausschließlich Recht und immer nur Recht angewendet wird.⁵⁴

49 Morlok/Kölbl (Fn. 47), Rechtstheorie 2001, 300.

50 Morlok/Kölbl (Fn. 47), Rechtstheorie 2001, 301.

51 Morlok/Kölbl (Fn. 47), Rechtstheorie 2001, 303.

52 Morlok/Kölbl/Launhardt (Fn. 48), Rechtstheorie 2000, 34. Denn das „Sozialleben“ akzeptiere „lediglich bestimmte (‘angemessene’) Lösungen“ (a.a.O., 31). Dass Praxistheoretiker dazu neigen, über das Ziel hinauszuschießen, wenn sie Gesetzesbindung und Rechtssicherheit eine rigorose Absage erteilen (a.a.O., 17), zeigt sich auch darin, dass sie glauben, Rechtsnormen würden „erst in und durch die Praktiken ihrer Verwendung“ entstehen (a.a.O., 18).

53 Morlok/Kölbl (Fn. 47), Rechtstheorie 2001, 296 – mit Hinweis auf Bourdieus Luhmann-Kritik, die auf der Prämisse fußt, Luhmann habe Autonomie als Autarkie verstanden, z.B. Bourdieu, Recht (Fn. 37), S. 37. Dass es sich hier um einen Irrtum handelt, ist an anderer Stelle ausgeführt worden: Meder, Savignys Weg (Fn. 25), S. 97-100. Zur Politisierung der Justiz als Motiv für eine Reform der Juristenausbildung: Rupp, Die Bindung des Richters an das Gesetz, NJW 1973, 1769 (1771 f.) (Richter als Sozialingenieur, Demokratiemissionar).

54 Vgl. Meder, Eugen Huber und die „juristische Consequenz“, in: Fasel (Hrsg.), Symposium Eugen Huber: Modernisierung modo legislatoris, Bern 2024, S. 39-77. Schon in Loccum wurde gegenüber Wiethölter der Vorwurf erhoben, er wolle das Recht der Politik unterordnen, Krise der Juristischen Bildung (Fn. 12), S. 44. Dies sei nur in autoritären Obrigkeitstaaten möglich, die Politik habe sich umgekehrt dem Recht

VI. Fazit

Habitus, Urteilskraft oder intuitives Erkennen sind Fähigkeiten, die sich nicht lernen, sondern allenfalls üben lassen. In der Ausbildung müssen also zunächst Rechtskenntnisse erworben werden.⁵⁵ Sobald Juristinnen und Juristen in der Praxis dann mit Fällen des „Unscharfen“ und „Ungefährten“ konfrontiert werden und z.B. instanzgerichtliche Urteile zu kontrollieren haben, müssen sie immer Recht anwenden und dürfen nur rechtlich argumentieren. Ihnen ist es verwehrt, sich in ihren Entscheidungsbegründungen auf außergerichtliche Gründe oder auf „soziale Praxis“ zu stützen, wenn sie Auskunft über die Motive geben, die sie veranlasst haben, so und nicht anders zu entscheiden.⁵⁶

Andererseits haben heute in verstärktem Umfang auch Elemente der Praxis Eingang in die Ausbildung gefunden. Als Beispiel sei die Einrichtung einer „Legal clinic“ genannt, wo Studierende unter Anleitung erste Berufserfahrungen sammeln können. Auch simulierte Gerichtsverhandlungen in Form von „Moot courts“ oder die zunehmende Relevanz von Anwaltsklauen für die Prüfung wären in diesem Zusammenhang zu nennen. Hinzu kommt, dass im Studium seit jeher anhand von praktischen Rechtsfällen gelernt wird.⁵⁷ Ein Problem ist eher darin zu sehen, dass bei einer zu starken Praxisorientierung die Grundlagen des Rechts auf der Strecke bleiben. So muss in der Methodenlehre, wie ausgeführt, aus Mangel an wissenschaftsgeschichtlichen Kenntnissen das Rad auf Basis simpler Schemata wie Formalismus und Antiformalismus immer wieder neu erfunden werden. Zu Recht werden denn auch nach wie vor Forderungen nach einer Stärkung der Grundlagenfächer erhoben.⁵⁸ Angesichts der vorstehend skizzierten Fehldeutungen der wissenschaftlichen Leistungen des 19. Jahrhun-

unterzuordnen (a.a.O., S. 44). Dem hätte auch Wiethölter nicht widersprochen: Er hielt Rechtssicherheit für unabdingbar und meinte nur, dass „sie heute auf traditionelle Weise nicht mehr zu haben“ sei (a.a.O., S. 44); näher Meder, Zwischen strengem Formalismus und totaler Materialisierung: Das Paradigma von den „Wandlungen“ der Rechtsordnung, KJ 2019 (Heft 4, FS Rudolf Wiethölter), 528-542.

55 Was von Seiten der Ausbildungsreformerinnen und -reformer gerne unterschätzt wird, vgl. nur Zenz, Das Recht nicht mehr allein dogmatisch lehren, in: Krise der Juristischen Bildung (Fn. 12), S. II-IV; Wassermann, Establishment (Fn. 15), S. 4.

56 Meder (Fn. 32), JZ 2023, 1047-1051.

57 Vgl. Böning, Rechtswissenschaft, juristische Ausbildung und soziologische Praxistheorie, ZDRW 2014, 195 (200).

58 Zu den Ende 2012 beschlossenen Empfehlungen des Wissenschaftsrates siehe nur den Abschnitt „Loccum lebt“ bei Rixen, Juristische Bildung, nicht leicht gemacht, JZ 2013, 708.

derts, nicht nur bei Soziologen, Philosophen oder Methodologen, sondern auch bei den Juristen selbst, dürfte hier vor allem auch an die Rechtsgeschichte zu denken sein.

Wo stehen wir heute? Es scheint eine Auffassung im Vordringen zu sein, die zwischen Theorie und Praxis wieder einen Trennstrich ziehen möchte: Wer „von der Theorie auf die Praxis“ schließen möchte, vollzieht einen „methodisch fragwürdigen“ Schritt.⁵⁹ Andererseits sind die Forderungen nach einer engeren Verknüpfung von Theorie und Praxis nicht wirklich verstummt.⁶⁰ Sie werden gerade auch mit Blick auf die fortschreitende Digitalisierung der modernen Lebenswelt zu Recht erhoben. Denn auf den „praktischen Sinn“, wovon Begriffe wie Judiz, intuitives Erkennen oder Habitus handeln, kommt es gerade dann an, wenn, wie an anderer Stelle näher ausgeführt,⁶¹ ein unerwartetes Ereignis eintritt, die vorhandenen Normen unklar sind oder nicht ausreichen – die Rechtsordnung also mit dem „Unscharfen“ und „Ungefähren“ konfrontiert wird. Dies ändert zwar nichts daran, dass Juristinnen und Juristen auch in solchen Fällen immer *rechtlich* argumentieren und ihre Gründe unter Gesichtspunkten der juristischen Methode plausibel machen müssen. Sie sollten in der Ausbildung aber darauf vorbereitet werden, dass in der Praxis nicht die Norm, sondern der Fall den Ausgangspunkt einer Entscheidung bilden muss.

59 *Haferkamp*, Lernen aus der Rechtsgeschichte? – Hermann Kantorowicz und Friedrich Carl v. Savigny, JZ 2019, 901 (909) (wobei offenbleibt, mit welcher Methode ein solcher Schritt in Konflikt treten könnte). Weitere Nachweise dazu bei *Meder*, Savignys Weg (Fn. 25), S. 411-429.

60 Z.B. *Böning* (Fn. 57), ZDRW 2014, 195-211; *Kretschmann*, Praxistheorie (Fn. 40), S. 112-127; *Brachthäuser*, Daddy Issues – Habituelle Beziehungen in der Rechtswissenschaft, KJ 2021, 284-293.

61 *Meder* (Fn. 32), JZ 2023, 1041-1051.

