



Würzburger Vorträge  
zur Rechtsphilosophie,  
Rechtstheorie  
und Rechtssoziologie

56

Nils Jansen

## **Rechtswissenschaft und Rechtssystem**

Sieben Thesen zur  
Positivierung des Rechts und  
zur Differenzierung von Recht  
und Rechtswissenschaft



Nomos Verlag

**Würzburger Vorträge zur Rechtsphilosophie,  
Rechtstheorie und Rechtssoziologie**

Herausgegeben von Horst Dreier  
und Dietmar Willoweit

Begründet von Hasso Hofmann, Ulrich Weber †  
und Edgar Michael Wenz †

Heft 56

Nils Jansen

# Rechtswissenschaft und Rechtssystem

Sieben Thesen zur Positivierung des Rechts  
und zur Differenzierung von Recht und  
Rechtswissenschaft



**Nomos**

Vortrag gehalten am 16. Mai 2018.

**Die Deutsche Nationalbibliothek** verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

ISBN 978-3-8487-5497-7 (Print)

ISBN 978-3-8452-9682-1 (ePDF)

1. Auflage 2018

© Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden 2018. Gedruckt in Deutschland. Alle Rechte, auch die des Nachdrucks von Auszügen, der fotomechanischen Wiedergabe und der Übersetzung, vorbehalten. Gedruckt auf alterungsbeständigem Papier.

## Inhaltsverzeichnis

§ 1. Einleitung	7
§ 2. Gelehrtes Recht	9
These 1	9
These 2	14
§ 3. Die Positivierung des Rechts	21
These 3	21
§ 4. Verfassung und Rechtsgeltung	33
These 4	33
These 5	42
§ 5. Rechtsprechungsrecht	47
These 6	47
These 7	57
§ 6. Ergebnisse in sieben Thesen	67



## § 1. Einleitung

Moderne Gesellschaften bilden bekanntlich hoch ausdifferenzierte Systeme; und sie unterscheiden sich genau dadurch von den vormodernen Gesellschaften des Mittelalters und der frühen Neuzeit. Bis ins 18. Jahrhundert operierten Religion, Politik, Recht, Wirtschaft und Wissenschaft in enger Verflechtung. Beispielsweise mochten weder der Staat noch die Kirchen die Geisteswissenschaften oder auch nur die Naturwissenschaften in die akademische Unabhängigkeit entlassen. Denn das hätte unweigerlich die Weltbilder gefährdet, auf denen rechter Glaube, Ordnung und damit die überkommenen Formen von politischer und religiöser Herrschaft ruhten.

Will man diese Ausdifferenzierung moderner Gesellschaften verstehen, so lohnt es, genauer auf die Geschichte des Rechts zu schauen. Denn einerseits ist das Recht lange Zeit anderen gesellschaftlichen Teilsystemen stets den einen oder anderen Differenzierungsschritt vorausgegangen; und es war immer wieder ein zentraler Ort zur Austragung sozialer Differenzierungskonflikte. Andererseits ist die Vorstellung eines ausdifferenzierten Rechtssystems aber bis heute nicht selbstverständlich: nicht nur, weil Politiker die rechtsstaatliche Eigenrationalität des Rechts nicht akzeptieren möchten, sondern vor allem, weil deutsche Juristen ihr Recht typischerweise über seine Wissenschaftlichkeit definieren und mit ihrer Vorstellung einer wissenschaftlichen Rechtsdogmatik mögliche Grenzen zwischen dem Recht und seiner Wissenschaft verwischen.

Im Folgenden möchte ich deshalb einige Hauptstationen auf dem Weg der Ausdifferenzierung des Rechts und vor diesem Hintergrund sodann auch die aktuelle Dogmatikdiskussion in den Blick nehmen. Strukturiert wird diese Geschichte durch eine Reihe von Thesen, die jeweils kurz erläutert werden sollen. Obwohl die Geschichte der Ausdifferenzierung des Rechts ihren ersten Höhepunkt in der antiken rö-

ischen Jurisprudenz fand,<sup>1</sup> beginne ich im Mittelalter. Denn die Geschichte des modernen Rechts Europas beginnt in den Rechtsschulen Bolognas. Ich werde deshalb fragen, wie es den Juristen im Mittelalter gelang, mit der Legistik – der an den römischen Quellen orientierten gelehrt Jurisprudenz – ein weit ausdifferenziertes gesellschaftliches Funktionssystem im Feld der Bildung zu etablieren und später auch gegen religiöse Übergriffe der Römischen Kirche zu verteidigen. Diese Beobachtungen bilden sodann den Ausgangspunkt für die Frage nach der Geschichte der Positivierung des Rechts. Denn die Positivierung bildet in gewisser Weise den Schlussstein im Prozess der Ausdifferenzierung des Rechtssystems, weil sie das Recht semantisch gegenüber den Feldern von Wissenschaft, Moral, Religion und Politik abkapselt, so dass im Recht nurmehr der Code von Geltung und Nicht-Geltung – nicht der von Wahrheit und Unwahrheit – gilt.

Mit diesen Fragen verbinde ich einen historischen mit einem sozial-wissenschaftlich-theoretischen Blick auf die Rechtsgeschichte. Mir geht es also insbesondere um die begrifflichen Leitunterscheidungen, mit denen das Recht als ein eigenständiges diskursives Feld etabliert wurde. Konkret werde ich fragen, in welchen Kontexten Leitunterscheidungen wie die von Geltung und Nicht-Geltung formuliert bzw. leitend wurden. Wichtig ist dabei insbesondere, gegenüber welcher anderen sozialen Handlungslogik und gegenüber welchen Akteuren Juristen ihr Recht abgrenzen. Wer waren überhaupt die relevanten Akteure: Anwälte, Richter oder Professoren bzw. ihre historischen Pendants? Welche Interessen verfolgten diese Akteure jeweils; welche Einstellungen leiteten ihr Tun; und worum ging es – gegebenenfalls – ihren jeweiligen Gegenspielern? Und welche Interessen stehen heute bei der Diskussion um das Selbstverständnis der Rechtswissenschaft und ihrer Dogmatik auf dem Spiel?

1 M.T. Fögen, Römische Rechtsgeschichten. Über Ursprung und Evolution eines sozialen Systems, 2002.

## § 2. Gelehrtes Recht

### *These 1*

*Bereits im Mittelalter entwickelte sich mit der Legistik ein selbständige operierendes gesellschaftliches Teilsystem, das von einer besonderen juristisch-wissenschaftlichen Sinnrationalität bestimmt war, mit der es sich von innen gegenüber der übrigen Gesellschaft abgrenzte, und das prinzipiell jedermann, unabhängig von seiner gesellschaftlichen Herkunft, offenstand.<sup>2</sup> Dieser Differenzierungsprozess beruhte auf spezifischen Entwicklungen in den Feldern der Rechtpflege und der höheren Bildung; er ging der Ausdifferenzierung der Religion zeitlich voraus.*

Die Rechtsgeschichte des 20. Jahrhunderts hat die Entstehung der mittelalterlichen Jurisprudenz bekanntlich als Reaktion auf die päpstliche „Revolution“ im Mittelalter gedeutet.<sup>3</sup> Aber eine solche These geht an der historischen Entwicklung vorbei. Denn als die Kurie in der zweiten Hälfte des 11. Jahrhunderts für die Hildebrandschen Reformen stritt, hatte man in den oberitalienischen Städten längst begonnen, eine professionell exegetische Jurisprudenz zum lombardischen und auch

2 Vgl. auch *H. Grundmann*, Vom Ursprung der Universität im Mittelalter, Berichte über die Verhandlungen der Sächsischen Akademie der Wissenschaften, Philologisch-historische Klasse, Bd. 103, Heft 2, 1957.

3 *H.J. Berman*, Law and Revolution. The Formation of the Western Legal Tradition, 1983. Vgl. auch die bekannte These Luhmanns, die Entstehung moderner Gesellschaften sei ausgelöst worden „durch Sonderentwicklungen im Bereich der Religion“: *N. Luhmann*, Die Ausdifferenzierung von Religion, in: *id.*, Gesellschaftsstruktur und Semantik, Bd. 3, 1989, 259–357, 261 sowie 340 ff.; *D. Pollack*, Religion und gesellschaftliche Differenzierung. Studien zum religiösen Wandel in Europa und in den USA III, 2016, 1–25; siehe auch *id.*, Die Genese der westlichen Moderne, Frühmittelalterliche Studien 47 (2013), 273–305. Nicht bestreiten lässt sich allerdings, dass die Hildebrandschen Reformen einen Prozess der Verrechtlichung der Römischen Kirche in Gang setzten. Wie weit das intendiert war, ist indes eine ganz andere Frage; zweifelnd *R. Schieffer*, „The Papal Revolution in Law? Rückfragen an Harold J. Berman, Bulletin of Medieval Canon Law 19 (1988), 19–30, 29 f. m.w.N.

zum römischen Recht zu betreiben.<sup>4</sup> Und als das Papsttum die Römische Kirche im 12. und 13. Jahrhundert zu einer rechtlich verfassten quasi-staatlichen Institution formte,<sup>5</sup> hatte sich in den Rechtsschulen Bolognas längst die Legistik als die Wissenschaft vom römischen Recht etabliert. Damit waren gleichzeitig und gleichursprünglich die Institution der mittelalterlichen Rechtsschule geboren und eine ganz neue Sinnrationalität der Konfliktbewältigung in der Welt.

Immer einen Schritt voraus war die Legistik dabei auch der Kanonistik – der Lehre vom Recht der Kirche, die im Mittelalter als eigenständige Disziplin an selbständigen Rechtsschulen unterrichtet wurde. So hat die Digestenvulgata, die neu ans Licht gehobene Textgrundlage der Legistik, zwischen 1070 und 1080 ihre endgültige Textform gefunden.<sup>6</sup> Aber erst um 1140 war mit dem *Decretum Gratiani* ein vergleichbarer Referenztext für das kanonische Recht formuliert.<sup>7</sup> Es scheint mir angesichts dessen offensichtlich, dass die wesentlichen

4 C.M. Radding, *The Origins of Medieval Jurisprudence*, 1988, 113 ff.

5 Daran knüpft die bekannte These von der Kirche als Modell des späteren Nationalstaats an: *Berman*, *Law and Revolution* (Fn. 3), 85 ff., 113 ff.; *W. Reinhard*, Geschichte der Staatsgewalt. Eine vergleichende Verfassungsgeschichte Europas von den Anfängen bis zur Gegenwart, 3. Aufl., 2002, 28, 186 f., 259 ff., 285 f.; *H. Dreier*, Kanonistik und Konfessionalisierung – Marksteine auf dem Weg zum Staat, JZ 2002, 1, 4 ff. m.w.N. Entsprechend sieht *Berman* im kanonischen Recht die erste moderne Rechtsordnung: *loc. cit.*, 12, 116 ff., 199 ff. Gerade mit diesen Thesen hat *Berman* freilich auch deutlichen Widerspruch erfahren; vgl. nur *Schieffer*, „The Papal Revolution in Law“ (Fn. 3); *K. Pennington*, Review: *Law and Revolution*, AmJCompL 33 (1985), 546–548. Den entscheidenden Schritt zur Ausdifferenzierung des Rechts als autonomes gesellschaftliches Funktionssystem hatten jedenfalls die Legisten getan, deren Fokus auf dem römischen, nicht dem kanonischen Recht lag.

6 Der Text der Vulgata bildete das Ergebnis detaillierter philologischer Arbeit an antiken Texten; näher zum Ganzen *H. Kantorowicz*, Über die Entstehung der Digestenvulgata, 1910, 35 f., 65 f. und *passim*; *Radding*, *Origins* (Fn. 4), 156 ff.; *C.M. Radding*, *A. Ciaralli*, *The Corpus iuris civilis in the Middle Ages. Manuscripts and Transmission from the Sixth Century to the Juristic Revival*, 2007, 169–210.

7 Ältere Glossen zu vorgratianischen Kanonessammlungen beschränken sich zumeist auf bloße Wörterklärungen ohne systematisch-wissenschaftlichem Gehalt; näher *R. Wiegand*, The Development of the *Glossa ordinaria* to Gratian's *Decretum*, in: *W. Hartmann*, *K. Pennington* (Hg.), *The History of Medieval Canon Law in the Classical Period, 1140–1234*, 2008, 55–97, 55 ff.

Impulse zur Entstehung und Konsolidierung der mittelalterlichen Rechtswissenschaft von der Legistik, nicht von der Kanonistik ausgegangen sind.<sup>8</sup>

Nun hat die Rechtsgeschichte diesen Prozess üblicherweise als „Wiedergeburt“ einer römischen Rechtswissenschaft beschrieben<sup>9</sup> – und daran ist gewiss richtig, dass dieser Prozess ohne das antike Erbe nicht möglich gewesen wäre. Aber es ist doch wichtig zu sehen, dass es den Legisten um ganz anderes ging als den Römern. Die römischen Juristen arbeiteten nämlich immer praxisorientiert: Den Römern ging es darum, Fälle zu entscheiden; sie unterschieden also rechtmäßiges und rechtswidriges Verhalten. Weder haben die Römer ihre Jurisprudenz als Wissenschaft noch sich selbst als Rechtslehrer verstanden. Ganz anders die Legisten, die sich mit ihrem Tun und Habitus primär im Feld von Bildung und Wissenschaft placierten, also scheinbar nur mittelbar oder nebenher als Juristen agierten. In der Legistik unterschied man wahre von falschen Sätzen über die *libri legales*; nur mittelbar ging es um Recht und Unrecht.

Hilfreich ist hier ein Vergleich mit der Kanonistik, in der es von Anfang an geradezu selbstverständlich um die aktuellen Rechtsfragen der Zeit ging. Insbesondere reflektierten die Kanonisten sehr genau die zeitgenössischen theologischen Debatten zur Rechtsnatur des Geldes oder auch die Praxis des Handels und der entstehenden Versicherungen. Es ging ihnen also darum, Recht und Unrecht abzugrenzen. Praktisch nichts davon liest man in den Texten der Legisten;<sup>10</sup> ebenso wenig von den Treuebindungen, die die Gesellschaft des 12. Jahrhunderts sozial zusammenhielten: von Gefolgschaftstreue,<sup>11</sup> Schwurge-

8 Vgl. auch *Radding*, *Origins* (Fn. 4), 169–171.

9 *W. Engelmann*, Die Wiedergeburt der Rechtskultur in Italien durch die wissenschaftliche Lehre, 1938, insb. 20 ff.; siehe auch *F. Wieacker*, Privatrechtsgeschichte der Neuzeit, 2. Aufl., 1967, 129 ff., 131 ff.: „Verwissenschaftlichung“ des Rechtswesens.

10 Vgl. *Accursius*, Glossa Ordinaria zum *Corpus iuris civilis* (Codex lib. I–IX Venedig 1607; *Institutiones*, *Digesta*, Codex lib. X–XII etc., Lyon 1552 f.), Gl. *De quibus causis* zu D. 1,3,31 (32).

11 Dazu, nach wie vor maßgeblich, *M. Bloch*, Die Feudalgesellschaft, 1999, 201 ff., 319 ff.

meinden und Gilden.<sup>12</sup> Hier ging es vielmehr fast ausschließlich um Rechtsfragen einer vergangenen Kultur – insbesondere auch bis ins Detail um die Sklaverei, die im Mittelalter doch wenig gebräuchlich war.<sup>13</sup> Ausnahmen wie insbesondere die Glossierungen der *Libri feudorum*, in denen die Grundsätze des mittelalterlichen Lehnrecht erläutert wurden, bestätigen nur den allgemeinen Befund.<sup>14</sup> Wer die Entstehung der Legistik erklären will, muss deshalb verstehen, warum die römischen Rechtsbücher so wichtig wurden, dass man sie mit dem bekannten großen Erfolg zum Gegenstand einer professionellen Ausbildung in Rechtsschulen machen konnte, obgleich diese Texte eigentlich gar nicht geltendes Recht formulierten.

Dabei sind die entscheidenden Anstöße zur Wiedererschließung der römischen Quellen, auch der Digesten, durchaus von der juristischen Praxis ausgegangen.<sup>15</sup> Die Digesten wurden nur deshalb zum Gegenstand einer gelehrten Jurisprudenz, weil sie in der Praxis als autoritativ galten.<sup>16</sup> Erst die Legisten des 11. und 12. Jahrhunderts haben diese Texte aber vollständig erschlossen, mit dem analytischen Instrumentarium scholastischer Textwissenschaft traktiert<sup>17</sup> und weitgehend lückenlos glossiert. Fragt man deshalb, warum genau und wozu sie das

12 Bloch, Feudalgesellschaft (Fn. 11), 465 ff., 468 ff.

13 Unbekannt war sie freilich nicht; vgl. T. Rüsfner, Die Rezeption des römischen Sklavenrechts im Gelehrten Recht des Mittelalters, in: T. Finkenauer (Hg.), Sklaverei und Freilassung im römischen Recht. Symposium für Hans Josef Wieling zum 70. Geburtstag, 2006, 201, 202 ff. m.w.N.

14 In diesen Kontext gehören beispielsweise auch Relativierungen des römischen Grundsatzes „Kauf bricht Miete“ für Fälle der *locatio ad longum tempus*. Denn das *ius in re* des Mieters sollte jetzt als *dominium utile* eigentumsrechtlich geschützt sein; näher D. Kästle-Lamparter, Welt der Kommentare. Struktur, Funktion und Stellenwert juristischer Kommentare in Geschichte und Gegenwart, 2016, 150 ff.

15 Führend waren hier gelehrte Richter aus Pavia; näher zur Rolle dieser *iudices sacri palatii*, die in ganz Oberitalien aktiv waren, Radding, Origins (Fn. 4), 37 ff.

16 Radding, Origins (Fn. 4), 111 f., 113 ff.; M.H. Hoeflich, J.M. Grabher, The Establishment of Normative Legal Texts. The Beginnings of the *Ius commune*, in: Hartmann, Pennington, History of Medieval Canon Law (Fn. 7), 1–21, 8 f.; J. Fried, ... „auf Bitten der Gräfin Mathilde“. Werner von Bologna und Irnerius, in: K. Herbers (Hg.), Europa an der Wende vom 11. zum 12. Jahrhundert, 2001, 171–201, 193 f.

17 H. Rashdall, The Universities of Europe in the Middle Ages, 2. Aufl. von F. M. Powicke und A.B. Emden, 1936, 123 ff.

taten, so sucht man ausdrückliche Antworten allerdings vergeblich. Immerhin finden sich implizite Aussagen zum Status der *libri legales* in der juristischen Argumentation in den Glossen zum Begriff des Rechts<sup>18</sup> und zu den Rechtsquellen.<sup>19</sup> Ganz offensichtlich glaubte man, in den römischen Quellen ein Recht „per excellentiam“ zu finden.<sup>20</sup> Nur die römischen Rechtstexte boten auf jede Frage Antworten, noch dazu solche von „höchster Gerechtigkeit“.<sup>21</sup> Sie galten deshalb geradezu als „heilig“<sup>22</sup> und „unermesslich wertvolles Geschenk“<sup>23</sup> Kenntnisse des Zivilrechts als „vera philosophia“.<sup>24</sup> Ihr Nutzen war – für Rechtslehrer – ebenso offensichtlich<sup>25</sup> wie ihre Anwendbarkeit bei der Rechtsfindung selbstverständlich.

Aus soziologischer Perspektive machen all diese Aussagen anschaulich, wie weit die juristische Bildung zu einem sozialen Kapital

18 Inst. 1,1: *De iustitia et iure*; D. 1,1: *De iustitia et iure* (Gerechtigkeit und Recht).

19 Siehe insbesondere Inst. 1,2: *De iure naturali et gentium et civili* (Über Naturrecht, Völkergemeinrecht und *ius civile*); D. 1,3: *De legibus senatusque consultis et longa consuetudine* (Über die Gesetze, Senatsbeschlüsse und das Gewohnheitsrecht); D. 1,4: *De constitutionibus principum* (Über die kaiserlichen Konstitutionen); C. 1,14: *De legibus et constitutionibus principum et edictis* (Über die Gesetze, die kaiserlichen Konstitutionen sowie die Edikte).

20 *Accursius*, Glossa Ordinaria (Fn. 10), Gl. *nostrum* zu Inst. 1,2,2 de iure natur. etc.: „Romanorum, per excellentiam“.

21 *Accursius*, Glossa Ordinaria (Fn. 10), Gl. *enunciati* zur *inscriptio* der Digesten, vor 1,1: „aequissimae sententiae ... illas dulces sententias Iustinianus ex aliis excerpit, & nobis tradidit legendas“; Gl. *vigore* zu C. 10,1,5: „Id est principem, qui est vigor iustitiae: unde dicitur lex animata ...“; siehe auch Gl. *Nam* & zu D. 1,3,2: „nutu divino faciunt principes leges“.

22 *Accursius*, Glossa Ordinaria (Fn. 10), Gl. *religiosissimus* zu Inst. *Prooemium*: „nam ipsae (leges, N.J.) sunt sacrae“.

23 Siehe dazu insbesondere *Accursius*, Glossa Ordinaria (Fn. 10), Gl. *ius civile* zu Inst. 1,2,1. Nach einer Unterscheidung einer Vielzahl von Bedeutungen dieses Begriffs heißt es dort in einer bemerkenswert ahistorischen Interpretation (fünftens): „quidquid scriptum habemus de iure, dicitur ius civile ... Est enim sanctissima res civilis sapientia, quae pretio nummario non est aestimanda“. Siehe auch Gl. *ius nostrum* zu Inst. 1,2,3: „id est civile Romanorum ... Large vocatur ius civile quicquid scriptum habemus de iure generali“.

24 *Accursius*, Glossa Ordinaria (Fn. 10), Gl. *nisi fallor* zu D. 1,1,1: „civilis sapientia vera philosophia est“.

25 *Accursius*, Glossa Ordinaria (Fn. 10), Gl. *collecti* zur *inscriptio* der Digesten, vor 1,1.

von hohem Wert geworden war. Offenbar war die Legistik zu einem eigenständigen Funktionssystem im Felde höherer Bildung geworden. Auch Zeitgenossen waren vom Wert juristischer Bildung und von den Vorzügen von Entscheidungen nach rechtswissenschaftlichen Maßstäben überzeugt.<sup>26</sup> Damit wurde das Wissen der Legistik für weite Bevölkerungsgruppen als potentiellen Klägern bzw. Beklagten relevant und in diesem Sinne zu einem zentralen Aspekt der mittelalterlichen Lebenswelt.<sup>27</sup> Das zeigen nicht zuletzt die Karrieren, die Juristen in der Gesellschaft des Mittelalters offenstanden, und die hohe soziale Anerkennung, die den *Doctores* zuteilwurde. Nur deshalb investierte man ganze Vermögen für ein Studium in Bologna.

### *These 2*

*Die Legistik wurde zu einem ausdifferenzierten Funktionssystem erst dadurch, dass einzelne Bologneser Rechtsschulen eine spezifisch legistische Rationalität im Umgang mit den Quellen durchzusetzen vermochten. Wo die Autonomie der Legistik unter Druck geriet, reagierte man mit einer Schärfung dieser Rationalität.*

Es steht heute fest, dass die Rechtsschulen Bolognas nicht zuletzt deshalb so erfolgreich waren, weil die Legisten für ein solches Bildungsprojekt in Oberitalien besonders günstige Voraussetzungen vorfanden. Insbesondere gab es hier nämlich eine breite Kultur der Schriftlichkeit und höherer Bildung, und zwar – anders als das nördlich der Alpen der Fall war – auch außerhalb von Domschulen und Klöstern, also un-

26 Zum Ganzen statt aller *M. Bellomo*, Europäische Rechtseinheit. Grundlagen und System des Ius Commune, 2005; *J.A. Brundage*, The Medieval Origins of the Legal Profession. Canonists, Civilians, and Courts, 2008.

27 Vgl. zu diesem Merkmal gesellschaftlicher Funktionssysteme *R. Stichweh*, Soziologische Differenzierungstheorie als Theorie sozialen Wandels, in: J. Miethke, K. Schreiner (Hg.), Sozialer Wandel im Mittelalter. Wahrnehmungsformen, Erklärungsmuster, Regelungsmechanismen, 1994, 29–43, 38.

abhängig von religiösen Bildungszielen.<sup>28</sup> Auch Bologna war im 11. Jahrhundert zunächst für ein Studium der *artes liberales* bekannt geworden.<sup>29</sup> Mit den scholastischen Methoden der Textexegese konnte man hier jetzt auch komplizierte Texte wie die Digesten sinnvoll erschließen. Zudem bestand in Oberitalien offenbar ein besonderes Bedürfnis nach vertiefter juristischer Bildung. Denn seit dem 10. Jahrhundert hatte sich die Richterschaft Italiens zunehmend mit neuen, häufig streitigen Fragen konfrontiert gesehen, die sie mit ihren tradierten Methoden und ihrem Wissen offenbar nicht mehr adäquat in den Griff zu bekommen glaubte.<sup>30</sup>

Freilich wäre es verfehlt anzunehmen, dass unter solchen Bedingungen eine autonome Rechtswissenschaft gleichsam von selbst entstehen musste. Als entscheidender Aspekt erwies sich vielmehr die spezifische Rationalität der legistischen Wissenschaft, die in den Rechtsschulen Bolognas entwickelt und im Laufe des 12. Jahrhunderts konsequent geschärft wurde. Deutlichster Ausdruck und Schlussstein dieser Entwicklung ist die *Glossa ordinaria* zu den römischen Rechtsbüchern (um 1230), mit der ihr Verfasser *Accursius* eine kompilierende Summe aus 250 Jahren legistischer Arbeit an den römischen Quellen zog. In diesem Werk präsentierte Accursius die Legistik geradezu als Karikatur weltfremder Gelehrsamkeit, der es ausschließlich um das Recht der Römer gegangen zu sein scheint. Denn das römische Recht, so heißt es in der Glosse, biete für jedes Problem eine Lösung, für jede

28 Näher, auch zum Folgenden *Rashdall, Powicke, Emden, Universities* (Fn. 17), 91 ff., 149 ff. In Italien lag der Schwerpunkt der Ausbildung in den *artes liberales* zudem nicht auf der spekulativen Dialektik, sondern auf den exegetischen Fächern Grammatik und Rhetorik.

29 *Rashdall, Powicke, Emden, Universities* (Fn. 17), 108 ff.

30 Die Ursprünge der mittelalterlichen Rechtswissenschaft sind im Einzelnen bekanntlich umstritten und liegen teils im Dunkel; näher insbesondere *J. Fried*, Die Entstehung des Juristenstandes im 12. Jahrhundert, 1974, insb. 102 ff. m.w.N.; *id.*, Werner von Bologna und Irnerius (Fn. 16); *H. Lange*, Die Anfänge der modernen Rechtswissenschaft. Bologna und das frühe Mittelalter, 1993; *G. Pace*, „Garnerius Teutonicus“. Nuove fonti su Irnerio e i „quattro dottori“, *Rivista Internazionale di Diritto Comune* 2 (1991), 123–133; *Radding, Origins* (Fn. 4); *Bellomo*, Europäische Rechtseinheit (Fn. 26), 53 ff. Ich folge hier im Wesentlichen der materialreichen und plausiblen Analyse bei *Radding, Origins* (Fn. 4), 37 ff., 93 ff. und *passim*.

Frage eine Antwort.<sup>31</sup> Ein solcher Autonomieanspruch überrascht nicht nur aus heutiger Perspektive, sondern insbesondere auch im Vergleich der Legistik mit der Kanonistik. Während Kanonisten nämlich entspannt auf römisches Recht zurückgriffen, wo ihnen das sinnvoll schien,<sup>32</sup> es aber auch ignorierten, wo es nicht weiterhalf, war die Legistik sich offenbar selbst genug.<sup>33</sup> Weder kanonisches Recht noch die Lebenswelt spielen hier ernsthaft eine Rolle. Von einer Aktualisierung der römischen Texte oder einem Bezug auf aktuelle Rechtsfragen ist nichts zu finden;<sup>34</sup> man fragte auch nicht, wie weit Normen des römischen Rechts für die Praxis relevant waren. Es scheint, als sei es den Legisten ausschließlich um das Recht der Römer gegangen, nicht um ihre juristische Gegenwart. Jedenfalls zielte ihre Methode allein darauf, die römischen Texte aus sich selbst heraus zu erklären.<sup>35</sup>

Dabei hatten die Legisten die politischen Konflikte und die Gesetzgebung ihrer Zeit natürlich immer im Blick; wo ihnen das wichtig schien, fügten sie unbefangen kaiserliche Gesetze als Authentiken in die römischen Rechtsbücher ein. Wenn die Glosse gleichwohl jeden Gesellschaftsbezug ausblendete, so war das zudem auch in Bologna nicht selbstverständlich – anfangs hatte man dort auch langobardi-

31 *Accursius*, Glossa Ordinaria (Fn. 10), Gl. *notitia* zu D. 1,1,10: „omnia in corpore iuris inveniuntur“; ebenso zu Inst. 1,1,1. Siehe auch Gl. *prima elementa* zu Inst. *prooemium*: „Quia sicut ex quatuor elementis omnia corpora conficiuntur, ut terra & aqua & igne & aere, id est, ex viribus horum quatuor elementorum totus mundus gubernatur: ita hic liber comprehendit omnia iura“. Theologie brauche, wer Legist werden wolle, deshalb nicht zu studieren: *Accursius*, Glossa Ordinaria (Fn. 10), Gl. *notitia* zu D. 1,1,10.

32 *Ecclesia vivit lege Romana: F. Merzbacher*, Die Parömie „Legista sine canonibus parum valet, canonista sine legibus nihil“, in: *Studia Gratiana* 13 (Collectanea Stephan Kuttner III.) (1967), 273–282. Merzbachers Bild verflochter Wissenschaften trifft also nur aus seiner Perspektive der Kanonistik zu, nicht aus der der Legistik; legistische Quellen spielen in seiner Darstellung keine Rolle.

33 *Fried*, Werner von Bologna und Irnerius (Fn. 16), 190 f. Das gilt jedenfalls seit der zweiten Hälfte des 12. Jahrhunderts.

34 *S. Lohsse*, *Accursius* und „die Glosse“. Eine Bestandsaufnahme zum 750. Todestag, ZEuP 2011, 366–391, 388 f.; vgl. auch *Kästle-Lamparter*, Kommentare (Fn. 14), 156 ff.

35 Statt aller *Kästle-Lamparter*, Kommentare (Fn. 14), 133 ff., 156 ff.

sches Recht gelehrt;<sup>36</sup> und bis ins 13. Jahrhundert spielte die Anwendung römischer Regeln auf aktuelle Fälle in allen Rechtsschulen eine wichtige Rolle.<sup>37</sup> Das hermetische Bild der Glosse repräsentiert jedenfalls nicht die gesamte Legistik, sondern lediglich die Schule des *Accursius*,<sup>38</sup> die sich freilich gegenüber den anderen Rechtsschulen nicht zuletzt aufgrund ihres Modells einer römischen Wissenschaft durchsetzte. Nun verfolgte die Wissenschaft (natürlich) auch in dieser Schule, wie *Savigny* einmal gesagt hat, einen „praktischen Zweck“.<sup>39</sup> Aber dieser Zweck lag auf der Ebene juristischer Bildung, nicht auf dem der Rechtsanwendung. Der Erfolg der Glosse des *Accursius* beruhte ja primär darauf, dass sie das komplexe Gelehrtenwissen über das Recht der Römer in einer für jeden gelehrten Juristen einfach zugänglichen und hilfreichen Form aufbereitete.<sup>40</sup> Wer nach dem Studium eine glosierte Version der römischen Rechtsbücher nach Hause trug, hatte in einer für jedermann sichtbaren Weise an diesem Wissen teil.

Wer nun verstehen will, warum die Legistik zu einer reinen Wissenschaft vom römischen Recht wurde, muss sich bewusst machen, dass Autorität, Status, Einkommen und damit natürlich auch der Habitus der Legisten zuvörderst an ihrem Wissenschaftsanspruch hingen; und dass der damit verbundene Wahrheitsanspruch im Mittelalter prekär war. Insbesondere ließ die Kurie nämlich bis in die Neuzeit hinein keinen Zweifel an ihrem „Verfügungsanspruch über die Textgestalt und Systematik“ des kanonischen Rechts;<sup>41</sup> noch schärfere Formen der Wahrheitskontrolle bilden die Häresieprozesse, mit denen man

36 *Carolus de Tocco*, *Leges Langobardorum cum argutissimis glosis* (ursprünglich 1225), Venedig 1537; als Nachdruck neu hrsgg. von Guido Astuti, 1964.

37 Näher *Bellomo*, Europäische Rechtseinheit (Fn. 26), 144 ff., 180 f.; *id.*, *Quaestiones in iure civili disputatae*, 2008.

38 *Bellomo*, Europäische Rechtseinheit (Fn. 26), 173 f.

39 Siehe bereits *F.C. von Savigny*, Geschichte des Römischen Rechts im Mittelalter, Bd. III, 2. Aufl., Heidelberg 1834, 83 ff., 85.

40 Näher *Lohse*, *Accursius* (Fn. 34), 383 ff.; *Kästle-Lamparter*, Kommentare (Fn. 14), 162.

41 *A. Thier*, Kanonisches Recht, in: J. Basedow, K. Hopt, R. Zimmermann (Hg.), Handwörterbuch des Europäischen Privatrechts (HWBEuP), Bd. I, 2009, 920–924.

Theologen wie Petrus Abaelard oder Gilbert von Poitiers überzog.<sup>42</sup> Die Legistik war daher auf eine eigenständige Semantik angewiesen, die weder mit den weltlichen und geistlichen Herrschaftsansprüchen noch mit den religiösen Wahrheitsansprüchen anderer Akteure kollidierte. Genau deshalb bezogen sich die Legisten allein auf die römischen Quellen – nur so wurde ihr Anspruch plausibel, eine universelle Grammatik des Rechts zu lehren, mit der über konkrete Regeln nichts religiös-politisch Anstößiges gesagt werden konnte. Zugleich war damit die Grundlage einer eigenständigen juristischen Rationalität gelegt.

Die Legisten positionierten sich im komplexen Feld der Jurisprudenz also auf Seiten der reinen Wissenschaft, während die Kanonisten auf der praktischen Seite der politischen und religiösen Macht gebunden blieben. In diesem Sinne ist etwa der Mythos zu verstehen, Irnerius, der Gründervater der Schule von Bologna, sei ein *magister artium*, also zuvörderst ein Gelehrter, und als Jurist ein Autodidakt gewesen. Man stellte die Legistik damit in die Lehrtradition der *artes liberales* und übergang die Wurzeln in der Gerichtspraxis früherer Jahrhunderte. Und wenn Legisten als Richter agierten, traten sie im Habitus von Gelehrten auf, nicht als Experten der Rechtspraxis. In Urkunden erscheinen sie als *doctores*, *magistri* oder auch *professores*,<sup>43</sup> nicht einfach als *domini* oder *signori*, wie sie sich untereinander anzureden pflegten.<sup>44</sup> Offenbar lebte man in einer Gelehrtenwelt mit ihren spezifischen Regeln, Werten und Erwartungen; dementsprechend wurde die elegante Sprache der Römer – nicht anders als später bei den Huma-

- 42 Zu diesen Prozessen C.J. Mews, The Council of Sens (1141). Abelard, Bernard, and the Fear of Social Upheaval, *Speculum* 77 (2002), 342 ff.; S. Gammersbach, Gilbert von Poitiers und seine Prozesse im Urteil der Zeitgenossen, 1959; P. Godman, The Silent Masters. Latin Literature and Its Censors in the High Middle Ages, 2000.
- 43 Quellenbelege und Urkundennachweise bei F.C. von Savigny, Geschichte des Römischen Rechts im Mittelalter, Bd. IV, 2. Aufl., Heidelberg 1850, 68 ff. (quatuor doctores), 75 (Bulgarus), 142 (Jacobus), 232 (Aldricus), 315 (Pillius de Medicina; allerdings meist als dominus); Geschichte V, 46 (Hugolinus), 143 (Albertus de Bobbio), 184 f. (Roffredus), 263 (Accursius).
- 44 Vgl. nur Odofredus, *Lectura super Digesto veteri*, Bd. I (Lyon 1550), *passim*.

nisten – zu einem intellektuell-gesellschaftlichen Distinktionsmerkmal.<sup>45</sup> Dass es jetzt nicht mehr anging, bei der Arbeit an den römischen Texten außertextliche Umstände zu thematisieren, erklärt sich aus diesem Selbstverständnis.

Besonders deutlich zeigt all das die Diskussion der *aequitas*: Ältere Glossatoren hatten die *aequitas* nämlich ohne weiteres als „*iusticie fons et origo*“ qualifiziert<sup>46</sup> und der ungeschriebenen *aequitas*, zumindest theoretisch, den Vorrang vor dem *ius scriptum* eingeräumt.<sup>47</sup> Im Laufe des 13. Jahrhunderts wurde die Behauptung, man stütze ein Argument auf die *aequitas*, indes zu einem üblen Vorwurf, mit dem man akademische Gegner vernichtete. Diesen markanten Wandel versteht nur, wer in Betracht zieht, dass erstens die *aequitas* mittlerweile zu einem Zentralbegriff des kanonischen Rechts geworden war, und dass zweitens das Papsttum seine geistlichen Herrschaftsansprüche zunehmend machtbewusst auch auf das Zivilrecht ausdehnte.<sup>48</sup> Die Legisten mussten sich deshalb gefordert sehen, „ihre Autonomie gegen religiö-

45 Das erklärt abschätzige Bemerkungen über lokale Statuten und die Sprachkompetenz ihrer Verfasser: *Odofredus*, *Lectura super Digesto veteri I* (Fn. 44), *ad D. 1,3,1*: „quando plebei (sic!) huius civitatis volunt facere sua statuta, non plus vocarent prudentes quam tot asinos: & ideo ipsi faciunt talia statuta que nec habent latinum nec sententiam“. Das mit der „Überheblichkeit gelehrter Koryphäen gegenüber plebejischen Emporkömmlingen“ zu erklären (*H. Lange*, Die Universitäten des Mittelalters und das römische Recht, 2006, 16), geht am Kern der Sache, dem wissenschaftlichen Profil der Legistik und dem damit verbundenen Habitus der rechtsgelehrten *doctores*, vorbei. Auch im Mittelalter bestand offenbar „eine enge Entsprechung zwischen stilistischer Position und Position im ... Feld“ der Wissenschaft: *P. Bourdieu*, *Homo academicus* (dt.), 1988, 73. Als Esel beleidigt Odofredus hier ja nicht den Rat der Stadt, sondern dessen ungelehrten Ratgeber. Nicht um eine politische Kontroverse oder Statusfragen ging es Odofredus, sondern um die Inferiorität statutarischen Rechts, das deshalb keine gelehrte Analyse verdiente.

46 *Martinus*, *Exordiam Institutionum*, in: *H. Fitting*, Juristische Schriften des frühen Mittelalters, Halle 1876 (repr. 1965), 216.

47 Hierzu und zum Folgenden *S. Lohsse*, *Aequitas Martiniana*, Habilitationsschrift Bonn 2011, § 1, insb. II. und III. Ganz ähnlich wie Martinus hatte sich offenbar auch schon Irnerius/Wernerius geäußert: *Lohsse, loc. cit.*, 316 ff.

48 Entsprechend waren im *Liber extra* (1234) weite Bereiche des Zivilrechts geregelt; siehe *Lange*, Anfänge (Fn. 30), 43.

se Kontrollen durchzusetzen“.<sup>49</sup> Ihren spezifisch juristischen Wahrheitsanspruch hätten sie nicht aufrechterhalten können, wenn sie mit der geistlichen Wahrheit der Päpste in Konflikt geraten wären. Das machte die *aequitas* brisant: Hier klangen zu viele religiöse Obertöne an, als dass dafür noch Platz in der geschärften Rationalität der späteren Legistik sein konnte.

49 Vgl., insoweit natürlich völlig zutreffend, N. Luhmann, Die Ausdifferenzierung von Religion, in: *id.*, Gesellschaftsstruktur und Semantik, Bd. 3, 1989, 259–357, 291. Dass diese wechselseitige Abgrenzung erst jetzt erfolgte, scheint mir für ein Verständnis der mittelalterlichen Differenzierungsprozesse zentral zu sein. Der Suprematieanspruch der Religion war wichtig, auch für die Schärfung der Sprache des Rechts, aber er erklärt nicht die ursprüngliche Ausdifferenzierung der Rechtswissenschaft.

## § 3. Die Positivierung des Rechts

### *These 3*

*Die Unterscheidung von rechtlicher Geltung und wissenschaftlicher Wahrheit geht auf Diskussionen in der politischen Theorie im 17. Jahrhundert und auf eine parallele Neu-ausrichtung der Rechtswissenschaft im usus modernus zurück. Zu einer wirklichen Dif-ferenzierung von Rechtswissenschaft und Rechtssystem hat diese Unterscheidung indes nicht geführt; und sie trägt seither eine doppelte Bedeutung.*

Mit dem Begriff der Positivierung ist üblicherweise ein Differenzierungs- bzw. Modernisierungsprozess gemeint,<sup>50</sup> der zu einem positivistischen Rechtsverständnis hinführt, das als ein Kennzeichen moderner Rechtsordnungen gilt. Dabei ist der Begriff des Rechtspositivismus allerdings mehrdeutig wie wenig andere Begriffe der Rechtswissenschaft; und er trägt unklare normative Konnotationen mit sich. Insbesondere kann die Positivierung des Rechts eine Entkoppelung des Rechts von der Moral bedeuten, die man bedauern oder begrüßen kann. Ebenso kann man damit aber auch die Vorstellung des Rechts als einer im Kern kontingenten Normordnung verbinden, die ihre Legitimation nurmehr aus dem Feld der gesetzgebenden Politik bezieht.

Im Rahmen einer Differenzierungsgeschichte scheint es mir allerdings hilfreicher zu sein, nicht auf eine derart normativ aufgeladene Vorstellung eines positivistischen Rechtsbegriffs abzustellen, sondern die Positivierung des Rechts primär als Differenzierung von rechtlicher Geltung und wissenschaftlicher Wahrheit und damit von Wissenschaft und Rechtssystem zu begreifen. Denn oben (These 1) ist deutlich geworden, dass die Legistik ihre Autonomie ursprünglich als Wissenschaft vom römischen Recht gewann; ihre zentrale Institution blieb immer die Universität, nicht das Gericht. Ein selbständiges Rechts-

50 N. Luhmann, Rechtssoziologie (1972), 4. Aufl., 2008, 190–205.

system neben dem Wissenschaftssystem konnte es dementsprechend zunächst nicht geben. Eine Unterscheidung rechtlicher Geltungs- und wissenschaftlicher Wahrheitsansprüche wäre den Legisten Bolognas jedenfalls ebensowenig in den Sinn gekommen wie heutigen politischen Philosophen wie etwa *Rawls* oder *Habermas*. Für Juristen ist die Unterscheidung indes selbstverständlich.

„Auctoritas non Veritas facit legem“.<sup>51</sup> In dieser prägnanten Formulierung von *Thomas Hobbes* (1668), die in der englischen Originalversion des Leviathan von 1651 übrigens keine direkte Entsprechung findet,<sup>52</sup> ist die Differenz von Wahrheit und Geltung in der Welt: Wissenschaftler unterscheiden wahre von falschen Aussagen. Juristen entscheiden: Sie unterscheiden Normen, die gelten, von solchen, bei denen das nicht der Fall ist. *Im Recht* gibt es also keine Wahrheit; hier geht es um die Frage „was gilt?“

Diese Differenz von Geltung und Wahrheit ist etwas anderes als die Differenz von positivem Recht und Naturrecht.<sup>53</sup> Allenfalls mittelbar trennt sie Recht und Moral; primär geht es um den Unterschied von

51 *T. Hobbes*, Leviathan (engl./lat. 1651/1668), hrsgg. von N. Malcolm, 3 Bde, 2012, Bd. II und III (engl./lat.), *cap.* 26 (II/431): „In Civitate constituta, Legum Naturae Interpretatio non à Doctoribus & Scriptoribus Moralis Philosophiae dependet, sed ab Authoritate Civitatis. Doctrinae quidem verae esse possunt; sed Authoritas non Veritas facit legem.“

52 Vgl. parallel *Hobbes*, Leviathan (engl.) (Fn. 51), *cap.* 26 (II/430): „The Interpretation of the Lawes of Nature, in a Common-wealth, dependeth not on the books of Morall Philosophy. The Authority of writers, without the Authority of the Common-wealth, maketh not their opinions Law, be they never so true. That which I have written in this Treatise concerning the Morall Vertues, and of their necessity, for the procuring, and maintaining peace, though it bee evident Truth, is not therefore presently Law; but because in all Common-wealths in the world, it is part of the Civill Law: For though it be naturally reasonable; yet it is by the Soveraigne Power that it is Law: Otherwise, it were a great error to call the Lawes of Nature unwritten Law; whereof we see so many volumes published, and in them so many contradictions of one another, and of themselves.“

53 Insoweit verkürzt *J. Schröder*, Recht als Wissenschaft. Geschichte der juristischen Methodenlehre in der Neuzeit, 2. Aufl., 2012, 99 ff., der „die ‚Positivierung‘ des positiven Rechts“ auf einen dualistischen Rechtsbegriff zurückführt, der Natur- und positives Recht unterschieden habe. Indes ist die Differenz von Naturrecht und positivem Recht so alt wie die Vorstellung eines Naturrechts; in der Form der Differenz von *ius naturae* und *ius civile* war sie im 15. Jahrhundert zum Motor der Fort-

wissenschaftlichen Wahrheits- und politischen Herrschaftsansprüchen. Dahinter steht die Überzeugung, dass Herrscher zu entscheiden haben, wo man nicht wissen kann, was wahr und falsch ist. Es bildet deshalb keinen Zufall, dass diese Differenz im Zeitalter der Religions- und Bürgerkriege formuliert wurde, und dass die Formulierung aus der Feder eines Autors floss, der außerhalb des Felds der Wissenschaft stand und als Berater politischer Akteure agierte:<sup>54</sup> Hobbes war weder Jurist noch Professor. Er verdankte seine gesellschaftliche Stellung seiner humanistischen Bildung und Anstellungen an Höfen des Hochadels. Diese gesellschaftliche Positionierung ist repräsentativ für die politischen Intellektuellen der frühen Neuzeit. Ähnlich agierten auch andere Intellektuelle wie Grotius und Locke außerhalb juristischer und theologischer Fakultäten und fanden ihre Beschäftigungen im Feld der Politik. Das Interesse dieser Autoren galt den politisch-religiösen Katastrophen ihrer Zeit und den politischen Interessen der Akteure, bei denen sie ihr Brot verdienten. Entsprechend strebten sie nicht primär nach akademischer Anerkennung. Und natürlich hatten sie ganz andere Interessen, Präferenzen und Wertvorstellungen als zeitgenössische Professoren.

Mit seiner Differenzierung von *auctoritas* und *veritas* wandte Hobbes sich insbesondere gegen Theologen und Juristen. Denn „... commonly they that call for right reason to decide any controversy, do mean their own“.<sup>55</sup> Hobbes hatte im *civil war* gesehen, wie Wahrheitsansprüche von Klerikern und Juristen zu Quellen von Terror und Gewalt wurden.<sup>56</sup> Ihm musste deshalb daran gelegen sein, diese *noblesse*

bildung des Naturrechts in der Spätscholastik geworden. Den entscheidenden Impuls im Zeitalter der Religionskriege setzte vielmehr die Konfessionalisierung der Wahrheit.

- 54 Zu den politischen und religiösen Frontlinien, die in England zum *civil war* führten, und zur antiklerikalen politischen Philosophie skeptischer Humanisten wie John Selden, ausführlich und anschaulich, R. Tuck, *Philosophy and Government*. 1572–1651, 1993, 202–278.
- 55 So 1640 T. Hobbes, *The Elements of Law. Natural and Politic*, hrsgg. von F. Tönnies, 2. Aufl., 1969, 188.
- 56 Näher Tuck, *Philosophy* (Fn. 54), 314 m.N. Ende 1640, kurz vor dem *civil war*, hatte er selbst aufgrund royalistischer Positionen nach Paris emigrieren müssen.

*de la robe* aus dem Feld der Politik zu drängen. Wo normative Fragen verbindlich zu entscheiden waren, konnte das legitim nicht im Rückgriff auf den „right reason“ von Professoren, sondern nur politisch geschehen.<sup>57</sup> In Hobbes' Rechtssystem war deshalb von vornherein kein Raum mehr für eine gelehrte Jurisprudenz, denn Juristen stritten nicht weniger über das Recht als Theologen über die Religion.<sup>58</sup> Für Hobbes bedeutete es eine Anmaßung, derartig streitige normative Fragen im Modus der Wahrheit zu entscheiden. Solche Entscheidungen fielen in die Kompetenz souveräner Herrscher, und das hieß: ihrer politisch verantwortlichen Administration.

Hobbes hat seinen voluntativ-positivistischen Rechtsbegriff wesentlich schärfer formuliert als andere Zeitgenossen. Freilich konnte er sich in vielem insbesondere an Grotius anlehnen,<sup>59</sup> der ebenso wie Hobbes<sup>60</sup> dem Naturrecht das *ius voluntarium* gegenübergestellt hatte, also das im Kern positive Recht, dessen Bindungswirkung auf einem Willensakt beruhte,<sup>61</sup> und das inhaltlich dementsprechend beliebig war. Ebenso wie Hobbes hatte Grotius dabei das Gesetz gedanklich ins Zentrum gestellt;<sup>62</sup> das auf dem Kontinent zentrale gemeine Recht fand hier keinen rechten Platz. Und ganz genau wie Hobbes hatte Grotius schließlich die Bindungswirkung des Rechts mit der *summa po-*

57 Hobbes, Elements of Law (Fn. 55), 189: „for example, upon the occasion of some strange and deformed birth, it shall not be decided by Aristotle, or the philosophers, whether the same be a man or no, but by the laws.“

58 Hobbes, Leviathan (engl./lat.) (Fn. 51), cap. 26 (II/422 ff.). Daher die These, die einzige (legitime) Form der Gesetzesauslegung sei die *interpretatio authentica* durch den Herrscher selbst: *loc. cit.*, cap. 26 (II/430 f.).

59 H. Grotius, De iure belli ac pacis libri tres, cum notis Jo.Fr. Gronovii et Joannis Barbeyracii (Leipzig 1758; zuerst 1625), lib. I, cap. I: „Quid bellum? Quid ius?“

60 Hobbes, Leviathan (engl./lat.) (Fn. 51), cap. 26 (II/441 f.): „Another division of Lawes, is into *Naturall* and *Positive*. ... *Positive*, are those which have not been from Eternity; but have been made Lawes by the Will of those that have had the Sovereign Power over other; and are either written, or made known to men, by some other argument of the Will of their Legislator.“

61 Grotius, De iure belli ac pacis (Fn. 59), lib. I, cap. I, § IX, n. 2.

62 Grotius, De iure belli ac pacis (Fn. 59), lib. I, cap. I, § XIV, n. 1: „Est ergo hoc (*scil.* ius humanum) vel civile, vel latius patens, vel arctius.“

*testas* des Souveräns erklärt.<sup>63</sup> Besonders interessant ist dabei vor allem, wie *Grotius* diese *summa potestas* bestimmte,<sup>64</sup> nämlich mittels der Unterscheidung von *potestas* und *auctoritas*. Mit informeller politischer *auctoritas*, wie sie der römische Senat mit seinen *Senatusconsulta* ausgeübt hatte, konnte *Grotius* nichts anfangen.<sup>65</sup> Herrscher befahlen und entschieden. Sie taten das in Gesetzen, Urteilssprüchen und Einzelfallentscheidungen.<sup>66</sup> Herrscher brauchten nicht zu argumentieren, und sie sollten das auch gar nicht tun. Nichts anderes meinte *Hobbes* mit der Gegenüberstellung von *authoritas* und *veritas*. Denn *authoritas* trägt hier gerade nicht die ursprüngliche Bedeutung, sondern steht als Zentralbegriff einer Repräsentationstheorie politischer Herrschaft und bezeichnet die legitime Macht des „autorisierten“ politischen Vertreters; in der Sache geht es um die *potestas* des Souveräns.<sup>67</sup>

Wenn in der politischen Theorie des 17. Jahrhunderts mit alldem selbstverständlich wurde, dass das Recht einen Ausdruck letztlich beliebiger Entscheidungen politischer Herrscher bildete,<sup>68</sup> so war dies also nicht einfach das Resultat einer theoretischen Kontroverse. Viel-

63 *Hobbes*, Leviathan (engl./lat.) (Fn. 51), *cap.* 26, *passim*; *Grotius*, De iure belli ac pacis (Fn. 59), *lib.* I, *cap.* I, § XIV, *n.* 1.

64 *Grotius*, De iure belli ac pacis (Fn. 59), *lib.* I, *cap.* IIII („Belli partitio in publicum et privatum. Summi imperii explicatio“), §§ VIff.

65 *Grotius*, De iure belli ac pacis (Fn. 59), *lib.* I, *cap.* IIII, § XIX: Die *auctoritas senatus*, so *Grotius* (schief) sei letztlich dem Volk untertan gewesen; man müsse dementsprechend sagen, dass das römische Volk eine unbeschränkte Alleinherrschaft ausgeübt habe. An anderer Stelle sprach *Grotius* daher von einer *potestas senatus* (*loc. cit.* § X, *n.* 5) oder von einem *senatus judicium* (*loc. cit.* § V, *n.* 5), wo in Rom von einem *senatus consultum* die Rede gewesen wäre.

66 *Grotius*, De iure belli ac pacis (Fn. 59), *lib.* I, *cap.* III, §§ VI, *n.* 1.

67 *Hobbes*, Leviathan (lat.) (Fn. 51), *cap.* 26 (II/414 ff.); zum Ganzen *H.F. Pitkin*, Hobbes's Conception of Representation I, und II, American Political Science Review 58 (1964), 328–340 und 902–918; *ead.*, The Concept of Representation, 1967; *A.P. Martinich*, Authorization and Representation in Hobbes's Leviathan, in: *id.*, K. Hoekstra (Hg.), The Oxford Handbook of Hobbes, 2016, 315–338. Den historischen Kontext rekonstruiert insbesondere *Q. Skinner*, Hobbes on Representation, European Journal of Philosophy 13 (2005), 155–184.

68 Repräsentativ und autoritativ *S. Pufendorf*, De iure naturae et gentium libri octo (cum integris commentariis *Io. Nic. Hertii* atque *Io. Barbeyraci*, Frankfurt/Leipzig

mehr traten hier politische Akteure gegen juristische und theologische Eliten an und kämpften um gesellschaftlichen Einfluss. Den politischen Akteuren einer Ausdifferenzierung von Recht und Politik ging es um eine politische Delegitimierung von Theologie und gelehrter Jurisprudenz. Einfache Gesetze, so nahm man an, könnten Juristen entbehrlich machen. Hobbes' Positivismus stand damit für ein politisches Programm: für eine Aufwertung der Politik und eine Abwertung wissenschaftlicher Expertise bei der Entscheidung normativer Konflikte.

Um die Positivierung des Rechts zu verstehen, genügt es freilich nicht, die Ideengeschichte politischer Theorien nachzuzeichnen. Entscheidend waren vielmehr Prozesse innerhalb des Felds des Rechts; und es gilt deshalb nach der Reaktion von Juristen auf derartige Verschiebungen politischer Legitimationsvorstellungen zu fragen. Dabei war am Ende des 17. Jahrhunderts auch im Alten Reich nicht mehr zu erkennen, dass die Zukunft dem Fürstenstaat gehörte; und es war nur natürlich, dass diese Entwicklung ihren Widerhall nicht nur in der politischen Theorie, sondern auch in der Rechtstheorie und insbesondere in der Rechtsquellenlehre fand.<sup>69</sup> Mit der neuen politischen Theorie wurde nämlich unklar, warum deutsche Gerichte überhaupt das *Corpus iuris* anwenden sollten,<sup>70</sup> das indes die selbstverständliche Grundlage der gelehrt Rechtspraxis im Alten Reich bildete. Denn es war bekannt, dass die Anwendung des römischen Rechts ihre Grundlage jedenfalls nicht im Anwendungsbefehl eines Kaisers fand.<sup>71</sup>

Gleichwohl mochten Juristen das Programm einer Umstellung des Rechts auf fürstliche Gesetzgebung nicht akzeptieren. Aus ihrer Per-

1759), *lib. I, cap. VI*, § 1 (Abgrenzung von *lex* und *consilium*), § 4 (*lex* als Gebot des Herrschers an seine Untertanen; *potestas*, nicht *ratio* als Grundlage der Verbindlichkeit).

69 Für den Forschungsstand: Schröder, Recht als Wissenschaft (Fn. 53), 99 ff.

70 K. Luig, Der Geltungsgrund des römischen Rechts im 18. Jahrhundert in Italien, Frankreich und Deutschland, in: La formazione storica del diritto moderno in Europa (Atti del terzo congresso internazionale della Società Italiana di Storia del Diritto), Bd. II, 1977, 819–845.

71 S. Stryk, Discursus Praeliminaris de Usu et Auctoritate Juris Romani in Foris Germaniae, in: *id.*, Specimen Usus modernus Pandectarum, 6. Aufl., 1723 (zuerst 1690 ff.), § 19 ff.

spektive hatte dies Programm auch nur wenig für sich. Zum einen ver-dankten die Juristen der Frühen Neuzeit, nicht anders als die des Mittelalters, ihre soziale Stellung und ihr Vermögen ihrer Expertise auf dem Gebiet des gelehrten Rechts. Das galt umso mehr, als die juristischen Fakultäten als Spruchkollegien in die Gerichtsverfassung eingebunden waren und in dieser Funktion tagtäglich über Anfragen aus der Praxis zu entscheiden hatten.<sup>72</sup> Zum anderen hatten die Juristen wenig Grund, ihr Vertrauen auf die fürstliche Gesetzgebung zu setzen. Denn die politisch-religiösen Großkonflikte, die die späthumanistischen politischen Intellektuellen umtrieben, lagen jenseits ihres Alltags von Verträgen, Testamenten, Abgaben und Unfällen. Hier lebte man ohne Kodifikationen in einer oft unüberschaubaren Rechtsvielfalt von lokalen Statuten, Policeygesetzen, örtlichen und überörtlichen Gewohnheiten, Privilegien einzelner Bevölkerungsgruppen sowie überregionalen gemeinen Rechten.<sup>73</sup> Gewiss stand hier vieles im Streit. Aber dass Gesetzgeber hier mit umfassenden Gesetzen helfen könnten, war schlechterdings nicht zu erwarten.<sup>74</sup> Nur ein pragmatischer Umgang mit den komplizierten Regeln des römisch-gemeinen Rechts<sup>75</sup> versprach hier praxistaugliche Lösungen.

Vor diesem Hintergrund mussten die Professoren ihre Aufgabe darin sehen, die einschlägigen Rechtsmassen dogmatisch zusammenzuführen. Sie begannen deshalb, in ihren Kommentaren zum römischen Recht die Praxis von Gerichten und Spruchfakultäten zu verarbeiten, machten also das tatsächlich geltende Recht zum Gegenstand wissenschaftlicher Literatur.<sup>76</sup> Damit wurde allerdings unmittelbar sichtbar,

72 Vgl. P. Oestmann, Wege zur Rechtsgeschichte: Gerichtsbarkeit und Verfahren, 2015, 189–194.

73 Statt aller Jansen, *Ius commune* (gemeines Recht), in: HWBEuP I (Fn. 41), 916–920 m.w.N.

74 Ausdrücklich Stryk, *De Usu et Auctoritate Juris Romani* (Fn. 71), § 42.

75 Dazu P. Oestmann, Rechtsvielfalt, in: N. Jansen, P. Oestmann (Hg.), *Gewohnheit. Gebot. Gesetz. Normativität in Geschichte und Gegenwart: eine Einführung*, 2011, 99–123, 111 ff.

76 Siehe etwa G.A. Struve, *Jurisprudentia romano-germanica forensis* (zuerst 1670); Stryk, *Usus modernus* (Fn. 71; ab 1690); J. Voet, *Commentarius ad Pandectas* (1698/1704).

dass römisches Recht nirgendwo in seiner Gesamtheit an die Stelle anderer Rechte getreten war. In Geltung standen, sah man näher hin, immer nur einzelne römische Regeln oder Institute, die jeweils von lokalem Recht ergänzt, überformt und auch uneinheitlich interpretiert wurden. Man konnte römisches Recht also nicht mehr als Ausdruck juristischer Rationalität anwenden; entscheidend war vielmehr die Rezeptionsfrage, wie weit römische Regeln tatsächlich Eingang in die Rechtspraxis gefunden hatten.<sup>77</sup> Entschieden wurde diese Frage nicht zuletzt von Professoren der Spruchfakultäten.

Damit wurde die kontingente Faktizität auch des gemeinen Rechts zu einem zentralen Diskussionsthema der gelehrten Jurisprudenz; und das bedeutet, dass die Differenz von Geltung und Wahrheit jetzt auch im Feld des Rechts sichtbar wurde. Die im 18. Jahrhundert maßgebliche Erläuterung dazu findet sich in *Samuel Stryks* Hauptwerk *Usus modernus pandectarum*, mit dem *Stryk* seiner Epoche – dem *usus modernus* – ihren Namen geben sollte.<sup>78</sup> Anders als Zeitgenossen wie etwa *Simon van Groenewegen*<sup>79</sup> fragte *Stryk* bei der Anwendbarkeit römischen Rechts allerdings nicht einfach nach dem *usus*, der tatsächlichen Anwendung, denn, so *Stryk* auf dem Boden der herrschenden Rechtsquellendoktrin: nicht auf die Praxis von Untertanen komme es an, sondern auf den Willen des Fürsten.<sup>80</sup> Entscheidend sei deshalb die *auctoritas* der römischen Quellen, also bemerkenswerterweise genau der Begriff, den *Grotius* als Grundlage einer politischen Theorie ver-

77 *J. Schilter*, *Praxis Juris Romani in Foro Germanico* (Frankfurt/Main, 1733; zuerst 1698), exerc. I, § XII: „.... videtur, ut nec Iustiniani promulgatio, ad nos nihil attinens, nos obliget, nec ius illud sub autoritate necessaria, sed probabili tantum ... receptum valet, neque nisi ab observantia, usque approbantium autoritatem vimque obtineat“. Entsprechend sei im Prozess nicht abweichendes Recht zu allegieren, sondern umgekehrter der Gebrauch des römischen Rechts darzutun.

78 *Stryk*, *De Usu et Auctoritate Juris Romani* (Fn. 71). Dazu insbesondere *K. Luig*, *Samuel Stryk* (1640–1710) und der „*Usus modernus pandectarum*“, in: *Festschrift für Sten Gagnér*, 1991, 219–235, 223 ff.

79 *S. van Groenewegen*, *Tractatus de legibus abrogatis et inusitatis in Hollandia viciniisque provincibus*, Den Haag 1649.

80 *Stryk*, *De Usu et Auctoritate Juris Romani* (Fn. 71), § 35: „voluntas Principis est anima Legis“.

worfen<sup>81</sup> und den *Hobbes* fundamental re-interpretiert hatte.<sup>82</sup> Stryk verwendete den Begriff freilich in der unter Juristen üblichen ursprünglichen römischen Bedeutung.

Mit der Frage nach der *auctoritas* des römischen Rechts ging es Stryk um den von Rechts wegen erwarteten Rückgriff auf die römischen Quellen. Auch Stryk argumentierte also im Kern positivistisch. Er fragte nicht, ob eine Norm vernünftig war, sondern ob sie als autoritativ galt, ob also Juristen davon ausgingen, es werde von ihnen erwartet, diese Norm anzuwenden.<sup>83</sup> Stryk ging es darum, die in diesem Sinne anwendbaren Normen des römischen Rechts von denen zu unterscheiden, die nicht in diesem Sinne verbindlich waren. Damit hatte Stryks *auctoritas* eine ähnliche Funktion wie der heutige Begriff der Geltung, folgte aber einer anderen, informell-flexiblen Anwendungslogik. Denn wer von *auctoritas* sprach, kam ohne einen Rechtsanwendungsbefehl aus, der sich für das *Corpus iuris* nun einmal nicht nachweisen ließ,<sup>84</sup> zudem war der Begriff graduierbar: Jedermann wusste,

81 Oben bei Fn. 64 ff. Das Folgende baut auf auf Jansen, Rechtssystem und informelle Autorität, in: P. Becchi u.a. (Hg.), Texte und Autoritäten. Autorität der Texte, 2012, 52–78.

82 Oben bei Fn. 67.

83 Zu diesem Konzept der Autorität rechtlicher Texte Jansen, The Making of Legal Authority. Non-legislative Codifications in Historical and Comparative Perspective, 2010, 41–45. Solche Autorität beruht auf komplexen Anerkennungsprozessen, in denen faktische und normative Faktoren zusammenspielen: Juristen wissen, dass von ihnen erwartet wird, bestimmte Texte als rechtliche Autoritäten zu behandeln; und sie halten diese Erwartungen für legitim. Solche über Erwartungs-Erwartungen vermittelte Anerkennungsprozesse unterscheiden sich strukturell nicht von den Anerkennungsprozessen, die letztlich jede Institution tragen; dazu, aus soziologischer Perspektive, etwa K.-S. Rehberg, Institutionen als symbolische Ordnungen. Leitfragen und Grundkategorien zur Theorie und Analyse institutioneller Mechanismen, in: G. Göhler (Hg.), Die Eigenart der Institutionen. Zum Profil politischer Institutionentheorie, 1994, 47–84, besonders 58 ff.; id., Weltrepräsentanz und Verkörperung. Institutionelle Analyse und Symboltheorien – Eine Einführung in systematischer Absicht, in: G. Melville (Hg.), Institutionalität und Symbolisierung. Verstetigungen kultureller Ordnungsmuster in Vergangenheit und Gegenwart, 2001, 3–49; P.L. Berger, T. Luckmann, Die gesellschaftliche Konstruktion der Wirklichkeit. Eine Theorie der Wissenssoziologie (engl./dt. 1966/1969), 22. Aufl., 2009, insb. 57 ff.

84 Stryk, De Usu et Auctoritate Juris Romani (Fn. 71), §§ 16, 19 ff.

dass die unterschiedlichen *auctoritates*, die es in der juristischen Argumentation zu berücksichtigen galt, von ganz unterschiedlichem Gewicht waren.

Mit seinem *Usus modernus* setzte Stryk auch methodisch Maßstäbe für eine – seinerzeit – moderne Rechtswissenschaft. Anders als die Glossatoren leistete er freilich keine Exegese der Quellen; Stryk nahm für sich gar nicht mehr in Anspruch, die ursprüngliche oder eine „eigentlich richtige“ Bedeutung der römischen Texte zu erläutern. Vielmehr beschrieb er ihren *usus* – ihren Gebrauch in der zeitgenössischen Rechtspraxis.<sup>85</sup> Der gelehrten Jurisprudenz ging es also nicht um Wahrheit, sondern um die Faktizität des geltenden Rechts. Paradoxerweise war dieser *usus* für Stryk nun allerdings die gelehrt Wissenschaft selbst. Als Autoritäten allegierte er praktisch ausschließlich gelehrt Literatur sowie Entscheidungen seiner Spruchfakultät. Detailliert beschrieb er die vielstimmigen Kontroversen zu konkreten Fragen des geltenden Rechts; er benannte die Abweichungen des *usus modernus* vom Recht der Römer; und er fügte all das, so gut das ging, in einfache,<sup>86</sup> kohärente Bilder. Genau das sollte also als Recht gelten, was die gelehrt Jurisprudenz für Recht hielt.

Mit alldem ging es auch Stryk, nicht anders als Hobbes, ausschließlich um das positiv geltende Recht seiner Zeit. Allerdings war das positive Recht bei Stryk etwas ganz anderes als das Gesetzesrecht bei Hobbes. Denn obgleich der Begriff der *auctoritas* das Recht normativ an den Fürstenwillen band, war Stryks Recht – trotz seiner etatistischen Geltungstheorie – in seiner normativen Substanz herrschaftsunabhängig. Es wurde von gelehrt Juristen administriert und an die Bedürfnisse der Zeit angepasst. Eine andere Positivität als die der gelehrt Jurisprudenz war in der Praxis seiner Zeit freilich kaum zu finden. Eine ernstzunehmende privatrechtliche Gesetzgebung gab es nicht, und Gerichte pflegten ihre Entscheidungen nur ausnahmsweise

85 Vgl. Stryk, *Usus modernus* (Fn. 71), *lib. II, tit. XIV*, § 1: „Hodie ex omni pacto datur actio“; *lib. III, tit. V*, § 1: „Titulus hic in foro utilis“; *lib. IX, tit. II*, § 1: „Tituli praesentis usus amplissimus“; *lib. IX, tit. III*, § 1: „Usum fori quod attinet“.

86 Luig, Stryk (Fn. 78), 228 ff.

zu veröffentlichen.<sup>87</sup> Entsprechend war das Recht, anders als bei *Hobbes*, gerade nicht inhaltlich beliebig: Zwar befand es sich in stetem Wandel. Aber obwohl es ein Produkt von Entscheidungen gelehrter Juristen bildete, stand es nicht zur Disposition des Einzelnen.

Wenn die geleherte Jurisprudenz bei *Stryk* auf diese Weise ihre Entscheidungen als geltendes Recht beschrieb, so ließen die Juristen – das ist für die hier gewählte differenzierungstheoretische Fragestellung entscheidend – die Felder der Wissenschaft und des Rechts allerdings weiterhin undifferenziert ineinanderfließen: Einerseits lehrten sie an Universitäten und verfassten geleherte Wissenschaftsliteratur. Andererseits waren sie als Hauptakteure im Rechtssystem sichtbar. Zwar musste die Jurisprudenz damit letztlich auf den Anspruch der Scholastik verzichten, wissenschaftlich wahre Sätze über das Recht zu formulieren. Zu Problemen innerhalb der Universität hat das aber offenbar nicht geführt; denn solange das Rechtssystem für seine Entscheidungen auf Professorenexpertise angewiesen war, und solange der Gelehrte, nicht der Forscher, den dominanten Wissenschaftlertypus bildete, blieb der gesellschaftliche Status der gelehrteten Juristen unangefochten.<sup>88</sup>

87 Erst seit dem 19. Jahrhundert gibt es systematische Entscheidungssammlungen, und erst seither hat die Rechtsprechung die Publikation ihrer Entscheidungen selbstbewusst in eigene Hände genommen. Sie folgte damit dem Beispiel der juristischen Spruchfakultäten, die seit dem 17. Jahrhundert ihre im Rahmen von Aktenversendungen ergangenen Entscheidungen für den professionell-akademischen Diskurs publiziert hatten. Näher zum Ganzen *J.P. Dawson*, *The Oracles of the Law*, 1968, 218 ff., 226 ff., 432 ff.; *H. Mohnhaupt*, Sammlung und Veröffentlichung von Rechtsprechung im späten 18. und 19. Jahrhundert in Deutschland. Zu Funktion und Zweck ihrer Publizität, in: F. Battenberg, F. Ranieri (Hg.), *Geschichte der Zentraljustiz in Mitteleuropa*, Festschrift für Bernhard Diestelkamp zum 65. Geburtstag, 1994, 403–420; *Jansen*, Methoden, Institutionen, Texte. Zur diskursiven Funktion und medialen Präsenz dogmatisierender Ordnungsvorstellungen und Deutungsmuster in Recht und Religion, *ZRG* (germ.) 128 (2011), 1–71, 36–39 m.w.N.

88 Die Frage nach der Wissenschaftlichkeit der Rechtswissenschaft ist zwar alt (vgl. *I. Kant*, *Der Streit der Fakultäten*, Königsberg 1798), doch ging es zunächst vor allem um das Selbstverständnis der Fakultäten und der Universität (freilich auch um politisch-gesellschaftlichen Einfluss: *loc. cit.*, 42). Erst seit dem 20. Jahrhundert spürt die dogmatische Rechtswissenschaft ernsthaft Gegenwind etwa bei der Ver-

Seit dem 17. Jahrhundert steht damit fest, dass die Geltung von Rechtsnormen und juristische Wahrheit zweierlei sind. Wenn Juristen entscheiden – nur darauf zielt die juristische Argumentation –, unterscheiden sie also geltende von nicht geltenden Normen.<sup>89</sup> Was das bedeutet, blieb freilich lange Zeit offen. Denn mit der Differenzierung von Geltung und Wahrheit waren zwei Begriffe positiven Rechts in der Welt: das tradierte Recht, wie es in der Praxis faktisch galt und sich im Durcheinander von Gelehrtenkontroversen, örtlichen Gewohnheiten und der Rechtssetzung regionaler Herrscher herausgebildet hatte, und das politische Recht, das in der Gesetzgebung wie in der Rechtsanwendung beliebig zur Disposition von Herrschern stehen sollte. Nur nach diesem zweiten gesetzesorientierten Rechtsbegriff von *Hobbes* führte die Differenz von Geltung und Wahrheit zu einer institutionellen Differenz von politisch gestaltetem Recht und Wissenschaft; nur mit dem ersten juristischen Rechtsbegriff hatte sich das (gemeine) Recht als ein gelehrtes Recht gegen seine Umwelt weitgehend abgeschlossen.<sup>90</sup> Dabei hatte *Hobbes* seinen Rechtsbegriff programmatisch provokant, *Stryk* das Gegenmodell pragmatisch klug formuliert. Zwar war die *auctoritas* einer Norm bei *Stryk* ebenso wie bei *Hobbes* eine normative Frage der politischen Verfassungsordnung. Für die Rechtspraxis änderte sich indes nichts. Juristen durften die Frage, welche Normen autoritativ waren, weiterhin als eine sozial-rechtliche Tatsache behandeln. Nur bei *Hobbes* wurde das Recht dementsprechend zu einem Instrument politischer Herrschaft und war folglich auch inhaltlich beliebig änderbar; bei *Stryk* blieb es, obwohl Produkt der Rechtswissenschaft, auch für Juristen unverfügbar.

teilung von Forschungsgeldern durch die DFG einerseits und die Universitätsleitungen andererseits.

89 Näher unten These 5, S. 44 ff.

90 Von einem autopoietischen System sollte man hier freilich nicht sprechen, weil das Recht hier in informellen Anerkennungs- und Autorisierungsprozessen innerhalb des Wissenschaftssystems entstand und sich nicht rechtsförmig durch Rechtsakte reproduzierte; vgl. *G. Teubner*, Recht als autopoietisches System, 1989, 28 ff.

## § 4. Verfassung und Rechtsgeltung

### *These 4*

*Mit den Verfassungen des (langen) 19. Jahrhunderts und der daran anknüpfenden Verfassungskontrolle der Gesetzgebung kommt es zu einer operativen Schließung des Rechtssystems. Diese lässt sich adäquat nur als Ergebnis verbundener, aber unabhängiger Prozesse in den Feldern der Politik und des Rechts verstehen, in denen die ganz unterschiedlichen politischen und juristischen Rechtsvorstellungen von Thomas Hobbes und Samuel Stryk zum Ausdruck kamen.*

1852 fragte *Robert von Mohl*, ein hochangesehener Staatsrechtslehrer und einflussreicher Reformpolitiker,<sup>91</sup> in einer auch später maßgeblichen<sup>92</sup> Abhandlung nach der „rechtliche(n) Bedeutung verfassungswidriger Gesetze“.<sup>93</sup> Bereits 1803 hatte nämlich der US Supreme Court in *Marbury v. Madison* eine Gesetzesverwerfungskompetenz für sich beansprucht,<sup>94</sup> und die darauf bezogene internationale Diskussion wurde in Deutschland genau beobachtet.<sup>95</sup> Die Frage war spannend,

- 91 E. Angermann, Robert von Mohl, Neue deutsche Biographie, Bd. 17, 1994, 692–694 m.w.N.
- 92 R. Wahl, Der Vorrang der Verfassung, *Der Staat* 20 (1981), 485–516, 492 ff.; E.-W. Böckenförde, Geschichtliche Entwicklung und Bedeutungswandel der Verfassung, in: *id.*, *Staat, Verfassung, Demokratie*, 1991, 29–52, 36.
- 93 R. von Mohl, Ueber die rechtliche Bedeutung verfassungswidriger Gesetze, in: *id.*, *Staatsrecht, Völkerrecht und Politik*, Bd. I, Tübingen 1860, 66–95 (ursprünglich 1852).
- 94 *Marbury v. Madison*, 5 U.S. (1 Cranch) 137, 176–180 (1803) – freilich hat der Supreme Court erst in der 2. Hälfte des 19. Jahrhunderts tatsächlich begonnen, Gesetze wegen Verfassungsverstoßes für unwirksam zu erklären. Aus der deutschen Literatur dazu etwa W. Hoffmann-Riem, Das Ringen um die verfassungsgerichtliche Normenkontrolle in den USA und Europa, *JZ* 2003, 269–275, 269 f.
- 95 Siehe etwa R. von Mohl, *Das Bundes-Staatsrecht der Vereinigten Staaten von Nord-Amerika*, Teil I, Stuttgart und Tübingen 1824, 133 ff. zum Vorrang der US-amerikanischen Verfassung und zu den besonderen Bestimmungen zur Verfassungsänderung. Ferner insbesondere H. Bischof, *Verfassung, Gesetz, Verordnung*

und die Vorstellung mehrstufiger Rechtssysteme im 19. Jahrhundert auch theoretisch neu. Denn erst mit den modernen Verfassungen war die Verbindlichkeit von Normen zu einer Rechtsfrage geworden.<sup>96</sup> Insbesondere hatte man nämlich das Naturrecht, so ernsthaft man es in den Jahrhunderten zuvor diskutiert hatte, niemals als vorrangig verstanden.<sup>97</sup> Erst in den Verfassungen sahen Juristen sich also mit Normen konfrontiert, die ausdrücklich regelten, in welcher Form und mit welchem Inhalt die Regierungen Recht setzen durften.

Im Vordergrund der politisch aufgeheizten Diskussion in Deutschland stand dabei die „Lebensfrage“<sup>98</sup> der Verbindlichkeit von Verordnungen der Krone. Mehrere Regierungen hatten nämlich mittels solcher Verordnungen Vorschriften erlassen, für die eigentlich ein Gesetz

und richterliches Prüfungsrecht der Verfassungsmäßigkeit landesherrlicher Gesetze und Verordnungen, Zeitschrift für Civilrecht und Prozeß 16 (1859), 235–294 und 385–442, 286 ff., 405 ff. m.w.N.

96 Vgl. etwa *Zachariä*, Erstreckt sich das richterliche Entscheidungsrecht auf die Frage, ob die Regierung eine Verordnung, auf welche sich in einer Streitsache die Parteien beziehn, zu erlassen berechtigt gewesen sey, AcP 16 (1833), 145–182, 145 ff.; *G.F. Puchta*, Vorlesungen über das heutige römische Recht, Bd. I, Leipzig 1847, 33 f. (§ 15).

97 *Hobbes*, Leviathan (engl./lat.) (Fn. 51), *cap. 26* (II/418 f): „Lex enim Naturalis omnis, virtus moralis est, ut Aequitas, Iustitia, Gratitudo quae ... Leges propriè dicta non sunt; sed Qualitates“, siehe auch *cap. 15* (II/240 f.): „The Lawes of Nature ... bind to a desire they should take place“; lat: „Leges Naturales obligant in *Foro interno*, id est, eorum transgressio, non crimen propriè, sed Vitium dicendum est“ – *forum internum* bezeichnet hier einfach das persönliche Gewissen. Für den deutschen Sprachraum *Pufendorf*, De iure naturae et gentium (Fn. 68), *lib. VIII*, *cap. I*, § 1. Eine bloß natürliche Obligation sei nicht mittels einer Klage, sondern nur mit sozialen Reaktionen sanktioniert; ausdrücklich verwahrt Pufendorf sich auch gegen einen Rückgriff auf Naturrecht, wo das *ius civile* einen Mangel habe: „Ne nunc dicam, quod semper, ubi lex civilis deficit, ad naturalem rationem recurritur ...“. Anschaulich auch *C. Thomasius*, Fundamenta Juris Naturae et Gentium, 4. Aufl., Halle 1718, *lib. II*, *cap. V*, § 34. Näher zum Ganzen *J. Schröder*, Recht als Wissenschaft (Fn. 53), 113 f.; detaillierter *id.*, „Naturrecht bricht positives Recht“ in der Rechtstheorie des 18. Jahrhunderts?, in: Festschrift für Paul Mikat, 1989, 419–433; Beispiele etwa bei *K. Luig*, Der Einfluß des Naturrechts auf das positive Privatrecht im 18. Jahrhundert, ZRG (germ.) 96 (1979), 38–54, insbesondere 43–47 zur römischen Regel „Kauf bricht Miete“ und dem gegenläufigen naturrechtlichen Grundsatz.

98 *Zachariä*, Richterliches Entscheidungsrecht (Fn. 96), 147.

und damit die Zustimmung des bürgerlichen Parlaments erforderlich war, die die Regierung jedoch nicht erwarten konnte.<sup>99</sup> Welche Folgen ein solcher Verfassungsverstoß hatte, war in den frühkonstitutionellen Verfassungen allerdings zumeist ungeregelt geblieben. Einen ausdrücklichen Vorrang der Verfassung statuierten die Verfassungen jedenfalls nicht. Gleichwohl hatten die meisten Juristen bis etwa 1850 geradezu selbstverständlich ein Recht zur richterlichen Prüfung derartiger Vorschriften befürwortet.<sup>100</sup> Und auch als der Dritte Deutsche Juristentag 1862 die Frage diskutierte, ob „Verordnungen und Erlasse des Staatsoberhauptes oder der Staatsregierung, deren Inhalt nur in der Form des Gesetzes mit Zustimmung der Stände hätte festgestellt wer-

99 R. Ogorek, Richterliche Normenkontrolle im 19. Jahrhundert. Zur Rekonstruktion einer Streitfrage, ZNR 11 (1989), 12–38, 17 ff., 24 ff.

100 Zu diesen zählte insbesondere auch von Mohl, Bedeutung verfassungswidriger Gesetze (Fn. 93), der die Prüfung der formellen Verfassungsmäßigkeit von Gesetzen als unstrittig darstellte und sich darüber hinaus auch für ein materielles Prüfungsrecht aussprach; ebenso zuvor *id.*, Das Staatsrecht des Königreiches Württemberg, 2. Aufl., Tübingen 1840, 90 ff.; später *id.*, Art. „Gesetz, Gesetzgebende Gewalt, Gesetzgebung“, in: J.C. Bluntschli, K. Brater (Hg.), Deutsches Staatswörterbuch, Bd. 4, Stuttgart und Leipzig 1859, 267–289, 268, 271–276, und *passim*. Um die Jahrhundertmitte wollte die wohl herrschende Lehre die Prüfungskompetenz der Gerichte demgegenüber mehr oder weniger deutlich auf die formelle Verfassungsmäßigkeit beschränken: Bluntschli, Allgemeines Staatsrecht, Bd. I, 2. Aufl., München 1857, 488 ff.; ebenso G. Beseler, System des gemeinen deutschen Privatrechts, Bd. I, 3. Aufl., Leipzig 1847, 71. Mehrheitlich ohne eine derartig klare Differenzierung hatten sich zuvor für ein Verwerfungsrecht ausgesprochen insbesondere Jordan, Bemerkungen über den Gerichtsgebrauch, dabei auch über den Gang der Rechtsbildung und die Befugnisse der Gerichte, AcP 8 (1825), 191–260, 214 ff.; Zachariä, Richterliches Entscheidungsrecht (Fn. 96), 170 ff., 175 ff.; A. Vollert, Ueber die Gültigkeit der mit dem Landtag im Fürstenthum Reuss j. L. ... von der Staatsregierung vereinbarten und erlassenen Gesetze ..., Zeitschrift für die gesamte Staatswissenschaft 10 (1854), 338–359, 345 f., 358 f. Ferner etwa A.W. Heffter, System des römischen und deutschen Civil-Prozessrechts, 2. Aufl., Bonn 1843, 107 f. Weitergehend aber C. Welcker, Art. „Gesetz“, in: C. von Rotteck, C. Welcker (Hg.), Das Staats-Lexikon. Encyclopädie der sämmtlichen Staatswissenschaften, Bd. 5, Altona 1847, 695–714, 704 f.; Puchta, Vorlesungen (Fn. 96), 33 f. (§ 15); detaillierter *id.*, Brief an Gustav Hugo vom 14.2.1839, in: H.H. Jakobs (Hg.), Georg Friedrich Puchta. Briefe an Gustav Hugo, 2009, 197 f. – näher zur Auffassung Puchtas insoweit C.-E. Mecke, Begriff und System des Rechts bei Georg Friedrich Puchta, 2009, 338 ff.

den können, ... für den Richter ... verbindende Kraft“ haben, folgte eine „an Einstimmigkeit grenzende Majorität“<sup>101</sup> dem ablehnenden Votum *Jherings*.<sup>102</sup> Ebenso hatten zuvor auch die maßgeblichen Oberappellationsgerichte entschieden.<sup>103</sup>

Als der Juristentag diese Frage diskutierte, wehte dieser Justiz freilich längst ein scharfer Wind entgegen. Denn die monarchisch-restaurativen Regierungen des Vormärz waren nicht bereit, eine Judikatur hinzunehmen, die sie als eine ungebührliche Einmischung in ihre souveräne Regierungstätigkeit wahrnahmen. Art. 106 Abs. 2 der preußischen Verfassungsurkunde von 1850 entzog den Gerichten deshalb ausdrücklich jedes Recht zur Prüfung der Verfassungsmäßigkeit „gehörig verkündeter Königlicher Verordnungen“; und auch wo die Verfassungen keine solche Einschränkung statuierten, sahen liberale Richter sich unter Umständen massivem politischen Druck ausgesetzt. Die militärische Bundesintervention Bayerns im Kurhessischen Verfassungskonflikt 1850/51 hatte das jedermann in aufsehenerregender Weise vor Augen geführt.<sup>104</sup>

Es wäre allerdings verkürzt, diese Auseinandersetzungen als politischen Herrschaftskonflikt zu beschreiben, in dem es bürgerlich-liberalen Juristen „nur um die Sicherung der landständischen Beteiligung am Prozeß staatlicher Normgebung“ gegangen wäre.<sup>105</sup> Aus juristi-

101 Verhandlungen des Dritten Deutschen Juristentages, Bd. II, Berlin 1863, 61.

102 R. *Jhering*, (stenographischer) Bericht für den Dritten Deutschen Juristentag: Verhandlungen des Dritten Deutschen Juristentages II (Fn. 101), 10–19 und 49–55. Zu Jherings Richterbild näher U. *Falk*, Von Dienern des Staates und anderen Richtern. Zum Selbstverständnis der deutschen Richterschaft im 19. Jahrhundert, in: A. Gouron u.a. (Hg.), Europäische und amerikanische Richterbilder, 1996, 251–292, 271–279.

103 OAG Lübeck, 8.1.1835, Seufferts Archiv 4 (1851), Nr. 250, 399–403, mit Hinweisen auf die Rechtsprechung des OAG Darmstadt, bayerischer Gerichte und des OGH Cassel. W.N. zum In- und Ausland (Frankreich) etwa bei *Zachariä*, Richterliches Entscheidungsrecht (Fn. 96), 151 f., 154, 156–158; *Ogorek*, Richterliche Normenkontrolle (Fn. 99), 26.

104 Einzelheiten bei E.R. *Huber*, Deutsche Verfassungsgeschichte seit 1789, Bd. II. Der Kampf um Einheit und Freiheit 1830–1850, 2. Aufl., 1960, 908 ff., 926 ff. Anschaulicher Bericht bereits bei *Bischof*, Verfassung (Fn. 95), 396–405 und öfter.

105 So indes *Ogorek*, Richterliche Normenkontrolle (Fn. 99), 17 ff., 38.

scher Perspektive ging es vielmehr darum, die Integrität des Rechts gegen eine übergriffige Politik zu verteidigen, also um einen Grenzkonflikt zwischen Recht und Politik. Kaum jemand hat das so deutlich ausgesprochen wie *Jhering* in seiner Rede auf dem Juristentag. Hier betonte Jhering nämlich mit Nachdruck, „daß die ... Frage eine durch und durch civilistisch-juristische ist. ... Ich weiß, bei Manchem hat diese Frage ... einen bedeutenden politischen Beigeschmack – ich glaube indeß, wir sind da, um unser Recht als Juristen geltend zu machen und einer juristischen Frage nicht darum den Charakter einer politischen zuzugestehen, weil sie von mancher Seite *leider* eine politische Bedeutung erlangt hat“.<sup>106</sup> Dass er mit diesen Worten den versammelten Professoren, Richtern und Anwälten aus der Seele sprach, belegen nicht nur protokollierte Bravorufe, sondern vor allem die Einmütigkeit des nachfolgenden Abstimmungsergebnisses.<sup>107</sup> Denn eine solche Einmütigkeit lässt sich kaum damit erklären, dass alle Juristen politisch im selben Lager gestanden hätten;<sup>108</sup> vielmehr kam hier offenbar ein habituell verfestigter spezifisch juristischer Blick auf diesen Verfassungskonflikt zum Ausdruck. Gewiss: der politische Herrscher war frei, Recht zu setzen, wie er es für richtig hielt. Aber hier ging es darum, Fragen des Verfassungsrechts politisch zu entscheiden. Das ging nicht an. Denn das stellte den *legal point of view* in Frage und damit die Grundlagen juristischen Handelns überhaupt: Wenn die Verfassungen die Rechtssetzungsbefugnis ministerialer Verordnungsge-

106 *Jhering*, Bericht für den Dritten Deutschen Juristentag (Fn. 102), 13 (Hervorhebung i.O.).

107 Verhandlungen des Dritten Deutschen Juristentages II (Fn. 101), 61.

108 Zur politischen Haltung der deutschen Richterschaft im 19. Jahrhundert anschaulich *Falk*, Von Dienern des Staates (Fn. 102), *passim*. Gewiss stammte die Mehrzahl der Richter aus dem Bürgertum (*R. Koseleck*, Preußen zwischen Reform und Revolution. Allgemeines Landrecht, Verwaltung und soziale Bewegung von 1791 bis 1848, 1967, 245 f., 434 ff.); entsprechend waren viele Richter politisch liberal eingestellt. Gewiss beeinflusste das auch ihr Richterbild und damit ihr richterliches Selbstverständnis; näher *R. Ogorek*, Richterkönig oder Subsumtionsautomat. Zur Justiztheorie im 19. Jahrhundert (1986), 2. Aufl., 2008, 280 ff., 287 f., 325 ff., 366 ff. Sozial oder politisch homogen war die Juristen- und Richterschaft jedoch zu keinem Zeitpunkt; vielmehr verstanden sich viele Richter als Verteidiger der alten ständischen Ordnung oder auch des spätabsolutistischen Fürstenstaates.

setzgeber zu einer Rechtsfrage gemacht hatten, dann hatten darüber Richter zu entscheiden, nicht politische Herrscher. Verfassungen galten als verbindliches Recht. Sie waren deshalb nach ihrem Sinn und Zweck gegenüber einfachen Gesetzen zumindest grundsätzlich höherrangig.<sup>109</sup>

Mit alldem machten die neuen Verfassungen die Verbindlichkeit des Rechts zu einer Rechtsfrage.<sup>110</sup> Sie bilden damit den Schlussstein der politischen Positivierung des Rechts. Einerseits waren sie nämlich ein Ausdruck politischer Kompromisse. Ob eine Norm verbindlich war, ließ sich also nicht mehr – wie im *usus modernus* – als Gegenstand wahrheitsfähiger Sätze wissenschaftlich diskutieren, sondern war zu einem Gegenstand politischer Rechtssetzung geworden. Andererseits unterwarfen die Verfassungen den politischen Gesetzgebungsprozess rechtlichen Vorgaben: Unter welchen Umständen der Satz *authoritas facit legem* galt, war – jedenfalls aus Sicht der Juristen – zu einer Rechtsfrage geworden,<sup>111</sup> bei deren Beantwortung selbstverständlich der juristischen Argumentation von Richtern das letzte Wort gebührte. Die Verfassungen bildeten damit zugleich auch den Anknüpfungspunkt für eine Schließung des Rechtssystems durch die Gerichtsbarkeit.

109 von Mohl, Bedeutung verfassungswidriger Gesetze (Fn. 93), 82.

110 Vgl. J. Raz, Legal Validity, ARSP 63 (1977), 339–353, 344.

111 Es ist deshalb nicht ganz treffend, bereits die Hobbesche Formel als Beleg für die operative Schließung des Rechts zu einem autopoietischen System heranzuziehen; so indes M. Jestaedt, Das mag in der Theorie richtig sein ... Vom Nutzen der Rechtstheorie für die Rechtspraxis, 2006, 36. Hobbes trat damit lediglich Vorstellungen einer „rechtsschaffenden Wissenschaft“ entgegen; treffend *loc. cit.*, 67.

112 Auch das Reichsgericht hat ein materielles richterliches Prüfungsrecht im Kaiserreich im Einklang mit der Staatsrechtslehre verneint (RG 9, 232, 234 ff.) und ein solches Recht erst in der Weimarer Zeit für sich in Anspruch genommen (RGZ 111, 320, 322 – Aufwertung (1925); RGZ 124, 173, 178 (1929)); dazu Hoffmann-Riem, Normenkontrolle (Fn. 94), 270, m.N. Wie viele andere auch, übergeht Hoffmann-Riem freilich die deutschen Anläufe im Vormärz. Für ein detailliertes und nuanciertes Gesamtbild der Verfassungsgerichtsbarkeit in der Kaiserzeit und vor allem in Weimar siehe insbesondere H. Dreier, Verfassungsgerichtsbarkeit in der Weimarer Republik, in: T. Simon, J. Kalwoda (Hg.), Schutz der Verfassung: Normen, Institutionen, Höchst- und Verfassungsgerichte (= Beilhefte zu „Der Staat“, Bd. 22), 2014, 317–372, 322 ff., 327 ff.

Gewiss war hier vieles unklar; und eine volle Verfassungskontrolle parlamentarischer Gesetze hat sich bekanntlich erst in der zweiten Hälfte des 20. Jahrhunderts<sup>112</sup> endgültig durchgesetzt.<sup>113</sup> Wichtig ist freilich nur, dass die Ablehnung einer umfassenden Verfassungsgerichtsbarkeit gerade nicht mehr bedeuten konnte, dass das (Staats-)Recht „aufgehört“ hätte, wo es die Macht des Souveräns nicht ausdrücklich limitierte.<sup>114</sup> Auch wer den Gerichten ein Prüfungsrecht absprach, musste die Verbindlichkeit verfassungswidriger monarchischer Gesetzesbefehle jetzt als eine Rechtsfrage behandeln.<sup>115</sup> Wenn die deutsche Staatsrechtslehre bis in die Weimarer Zeit hinein eine materielle richterliche Verfassungskontrolle von Reichsgesetzen mit den Argumenten abgelehnt hat,<sup>116</sup> der Wille des Souveräns sei die höchste Instanz im Staat,<sup>117</sup> das spätere Gesetz derogiere das frühe-

113 Der Begriff „volle Verfassungsgerichtsbarkeit“ soll keinesfalls ein bestimmtes Ideal oder eine Fortschrittsgeschichte suggerieren – so etwa *Hoffmann-Riem*, Normenkontrolle (Fn. 94). Aber dazu sind die Probleme einer Verfassungsgerichtsbarkeit viel zu komplex und die Lösungen auch im internationalen Vergleich viel zu unterschiedlich. „Es gibt kein allgemein konsentiertes Bild von Verfassungsgerichtsbarkeit und deswegen keinen fixen Maßstab, es gibt nur die überaus differenten Realisierungsformen ...“: *H. Dreier*, Verfassungsgerichtsbarkeit (Fn. 113), 319. Entscheidend ist an dieser Stelle allein, wie weit die staatliche Rechtssetzung einer rechtlichen Kontrolle durch Gerichte unterworfen bzw. entzogen ist.

114 *Wahl*, Vorrang der Verfassung (Fn. 92), 494. 1821 hatte man in diesem Sinne freilich noch argumentieren können, es gebe keine normativen rechtlichen Maßstäbe, die die Befugnisse von Regenten regelten: *C.J.A. Mittermaier*, Beiträge zur Lehre von den Gegenständen des bürgerlichen Prozesses, *AcP* 4 (1821), 305–370, 334 f.

115 So auch im 19. Jahrhundert *Bischof*, Verfassung (Fn. 95), 240 ff., 385 ff., mit der Unterscheidung „logischer“ und „juristisch wirklicher“ Widersprüche gegen die Verfassung.

116 Nachweise eben Fn. 112; daneben insbesondere *G. Jellinek*, Gesetz und Verordnung, Tübingen 1887, 263 f.; *id.*, System der subjektiven öffentlichen Rechte, 2. Aufl., 1905, 96 f. Jellinek hat die Frage differenziert im Wege der Auslegung der jeweiligen Verfassung beantwortet. W.N. zur Diskussion bei *Wahl*, Vorrang der Verfassung (Fn. 92); näher *H. Dreier*, Verfassungsgerichtsbarkeit (Fn. 113), 324 ff., 332 ff.

117 *P. Laband*, Das Staatsrecht des Deutschen Reiches, 4 Bände, Tübingen bzw. Freiburg 1876–1882, Bd. II, 38: „... es gibt keinen höheren Willen im Staate als den des Souveräns und in diesem Willen wurzelt gleichmäßig die verbindliche Kraft

re,<sup>118</sup> und die gesetzgebende Gewalt sei der Rechtsprechung übergeordnet,<sup>119</sup> so waren auch das offenkundig rechtliche Antworten auf die Frage nach der Verbindlichkeit verfassungswidriger Gesetze.

Mit alldem wurde das Recht zu einem autopoietischen, also zu einem sich selbst reproduzierenden System.<sup>120</sup> Neues Recht sollte grundsätzlich nur noch nach Maßgabe des Rechts, also durch rechtlich kontrollierte Rechtsakte – und nicht mehr einfach durch Herrscherdekrete (*authoritas*) oder, wie im gemeinen Recht, im Wege informeller Anerkennungsprozesse (*usus*) – entstehen. Es wäre freilich verkürzt, diese Schließung des Rechtssystems als gleichsam notwendige Reaktion des Rechts auf die zunehmende Komplexität moderner Gesellschaften zurückzuführen.<sup>121</sup> Es gibt kein gesellschaftsstrukturelles Entwicklungsgesetz, wonach Rechtsordnungen sich in diesem Sinne operativ gegenüber ihrer Umwelt abschließen müssten;<sup>122</sup> das zeigt sich deutlich etwa im heutigen transnationalen Handelsrecht, wo sich mangels exklusiver Rechtssetzungskompetenzen geltende Rechtsnormen nicht von nicht geltenden unterscheiden lassen. Juristen vermeiden deshalb die Rede von der Geltung des Rechts und fragen stattdessen fallweise nach der Anwendbarkeit einschlägiger Regelwerke, ohne

der Verfassung wie der Gesetze. Die Verfassung ist keine mystische Gewalt, welche über dem Staat schwebt, sondern gleich jedem andern Gesetz ein Willensact des Staates und mithin nach dem Willen des Staates veränderlich.“ Siehe auch *G. Meyer; G. Anschütz*, Lehrbuch des deutschen Staatsrechts, 7. Aufl., 1919, 743 f.

118 *Meyer; Anschütz*, Staatsrecht (Fn. 117), 662, 743 f.

119 So die berühmte Herausgeberanmerkung von *J.C. Bluntschli* zu Mohls Argumentation für eine umfassende richterliche Prüfungspflicht: *von Mohl*, Art. „Gesetz“ (Fn. ), 275 f.

120 Zum Konzept autopoietischer Systeme etwa *R. Stichweh*, Die Autopoiesis der Wissenschaft, in: *id.*, Wissenschaft, 47–72, 50 f.; *Teubner*, Recht als autopoietisches System (Fn. 90), 21 ff. und *passim*. Mit der Politik ist das Recht zwar insbesondere durch Gesetze strukturell verkoppelt; es lässt sich aber nicht mehr unmittelbar durch die Politik steuern.

121 So *Luhmann*, Rechtssoziologie (Fn. 50), 190 ff.; Luhmann folgend etwa *T. Gutmann*, Genesis, Geltung, Genealogie, in: *M. Quante* (Hg.), Geschichte – Gesellschaft – Geltung. XXIII. Deutscher Kongress für Philosophie, 2016, 719–734, 720 ff. m.w.N.

122 Näher *Jansen*, Making Legal Authority (Fn. 83), 148 f. m.w.N.

dabei auch nur über allgemein anerkannte Kriterien zu verfügen, die verbindliche Aussagen über die Autorität solcher Regelwerke tragen könnten.<sup>123</sup>

Damit bildet diese Schließung des Rechts ein kontingentes Resultat historischer Prozesse in den Feldern von Politik und Recht, in denen politische und juristische Akteure jeweils eigene Agenden verfolgten; zugleich kamen hier ganz unterschiedliche politische und juristische Vorstellungen vom Recht zum Tragen, wie sie idealtypisch bei *Hobbes* und *Stryk* ihren Ausdruck gefunden hatten:<sup>124</sup> Die politische Verfassungsgesetzgebung bildete einen Prozess innerhalb des politischen Felds; hier galt naturgemäß der gesetzesorientierte Rechtsbegriff, wie ihn paradigmatisch *Hobbes* formuliert hatte. Zu einem Ende kam dieser Prozess freilich erst durch die Reaktion der Justiz, die die Verfassungen als höherrangiges Recht deutete. Diese Reaktion lässt sich geradezu idealtypisch als Grenzarbeit im Konflikt sozialer Geltungsansprüche beschreiben.<sup>125</sup> Denn wenn die Juristen hier habituell ihren *legal point of view* einnahmen, so bekräftigten sie damit letztlich nur den Anspruch, dass im Recht Juristen das letzte Wort gebühre. Selbstverständlich war dieser Anspruch aber nur aus ihrer Perspektive.

123 Vgl. *R. Michaels*, Preamble I. Purposes, Legal Nature, and Scope of the PICC; Applicability by Courts; Use of the PICC for the Purpose of Interpretation and Supplementation and as a Model, in: S. Vogenauer (Hg.), Commentary on the Unidroit Principles of International Commercial Contracts (PICC), 2. Aufl., 2015, 31–109; *M. Scherer*, Preamble II. The Use of the PICC in Arbitration, *loc. cit.*, 110–149.

124 Oben These 3, S. 22 ff., 28 ff.

125 Vgl. bereits (in etwas anderem Sinn) *G. Radbruch*, Grundzüge der Rechtsphilosophie, 1914, 159: „Grenzproblem“.

## *These 5*

*Die operative Schließung des Rechts findet semantisch Ausdruck in der Umstellung des Rechts auf den Begriff der Geltung.*

Es ist im Nachhinein bemerkenswert, wie rasch die Juristen diese Schließung ihrer Rechtssysteme auf den Begriff gebracht haben.<sup>126</sup> Zu Beginn des 19. Jahrhunderts war nämlich, wenn die Verfassungsmäßigkeit eines Gesetzes in Rede stand, zumeist untechnisch von der „verfassungsmäßigen Gültigkeit“ die Rede gewesen,<sup>127</sup> eine spezifische Terminologie für die Verbindlichkeit des Rechts gab es noch nicht. Allerdings meinten führende Juristen wie *Puchta* und *Jhering*, die Frage der Verbindlichkeit von Gesetzen treffender mit dem Begriff der „Existenz“ einer Norm fassen zu können.<sup>128</sup> Sie zielten mit dieser Begriffswahl auf die Frage, ob das Gesetz einen Teil des Rechtssystems bildete, und brachten damit zum Ausdruck, dass die Verbindlichkeit einer Rechtsnorm nichts anderes bedeutete als ihre Zugehörigkeit zum Rechtssystem. Aus der normativen Perspektive des Rechts erschien es jetzt also plausibel, die Verbindlichkeit eines Gesetzes als eine gleichsam ontologische Aussage zu reformulieren.

Ab der Jahrhundertmitte etablierte sich für diesen Gedanken dann der spezifische Begriff der Geltung – ein Modebegriff, der, soweit ich

126 Das ist der zentrale Aspekt der operativen Schließung des Rechts im Begriff der Geltung; die zunehmende Bedeutung von Gesetzesrecht war demgegenüber sekundär. Darauf stellt indes als maßgeblich ab: *N. Luhmann*, Die Geltung des Rechts, Rechtstheorie 22 (1991), 273–286, 273.

127 OAG Lübeck, 8.1.1835, Seufferts Archiv 4 (1851), Nr. 250, 399 f. m.N.; siehe auch *Zachariä*, Richterliches Entscheidungsrecht (Fn. 96), 175 und öfter: „Rechtsgültigkeit der Verordnungen“ (1833); *von Mohl*, Bedeutung verfassungswidriger Gesetze (Fn. 93), 81: „keine Gültigkeit“; „kein gültiges“ Gesetz.

128 *Puchta*, Brief an Gustav Hugo vom 14. 2.1839 (Fn. 100), 197: „Ich behaupte, daß der Richter die Existenz des Gesetzes zu beurtheilen habe“; *id.*, Vorlesungen (Fn. 96), 33: „Existenzfrage“. Ebenso *Jhering*, Bericht für den Dritten Deutschen Juristentag (Fn. 102), 11.

sehe, zuvor in dieser Bedeutung nicht gebräuchlich gewesen war.<sup>129</sup> Damit wurde „Geltung“ zu einem juristischen *terminus technicus*,<sup>130</sup> und zwar auch außerhalb des engeren verfassungsrechtlichen Kontexts. In diesem Sinne sprach Savigny 1840 von der „Geltung“ des gemeinen Rechts<sup>131</sup> und Beseler 1843 von der „allgemeinere(n) Geltung des römischen Rechts in einer früheren Zeit“.<sup>132</sup> Ganz genauso diskutierte Bluntschli dann 1868 die Geltung völkerrechtlicher Normen<sup>133</sup> und von Liszt 1881 die zeitliche Geltung von Strafvorschriften.<sup>134</sup> Bei

- 129 Ausführlich J. Grimm, W. Grimm, Deutsches Wörterbuch, bearbeitet von R. Hildebrand und H. Wunderlich, Bd. IV, Abt. 1, Theil 2, Leipzig 1897, Sp. 3066–3096, Stichwort „Gelten“, sowie Sp. 3098 f., Stichwort „Geltung“. Ursprünglich bedeutet *gelten* „das Schuldige leisten“, insbesondere auch eine Gegenleistung („vergelten“), nimmt dann aber, zunächst im Geschäftsleben, auch die Bedeutung von „einen anerkannten Wert haben“ an (eine bestimmte Währung „gilt“ an einem bestimmten Ort; vgl. J. Möser, Patriotische Phantasien, Bd. II, Berlin 1776, 463: „Circulation mit zu vielen Geltungen (Münze und Papier sind beyde Geltungen)“). Seit der Aufklärungszeit wurde der Begriff dann auch auf andere Arten von Normativität, etwa auf Regeln der Grammatik, bezogen. Zudem wurde der Begriff seit dem 16. Jahrhundert im Sinne von „gelten lassen“ auch auf Satzungen aller Art bezogen; in diesem Sinne konnte man davon sprechen, ein Gesetz gelten zu lassen (Grimm, Grimm, loc. cit., Sp. 3085 f.). Dabei ging es aber offenbar nicht um Fragen der Gültigkeit bzw. Wirksamkeit, sondern um die Anerkennung tradierter oder später auch statuierter Normen.
- 130 Siehe etwa Beseler, System des deutschen Privatrechts (Fn. 100), 72: „Umfang und Maß der Geltung des Gesetzes“. Beseler hatte die formelle Verfassungsmäßigkeit allerdings unter der Überschrift „Form der Gesetze“ (68 ff.) diskutiert, und bezog den Begriff der Geltung auf materielle Fragen, insbesondere auf die Irrelevanz entgegenstehender Privatrechte und auf die Verbindlichkeit auch gegenüber dem Souverän.
- 131 F.C. von Savigny, System des heutigen römischen Rechts, Bd. I, Berlin 1840, 4: „Bey der Auflösung des Deutschen Reichs behaupteten nun manche Schriftsteller, daß das gemeine Recht mit seiner Basis, der Reichsstaatsgewalt, auch seine Geltung verloren habe.“
- 132 G. Beseler, Volksrecht und Juristenrecht, Leipzig 1843, 31.
- 133 J.C. Bluntschli, Das moderne Völkerrecht der civilisirten Staaten, Nördlingen 1868, 10: „Das Völkerrecht ... hat schon manchen Sieg über die Schwierigkeiten erfochten, welche seiner Geltung im Wege stehen“.
- 134 F. von Liszt, Das deutsche Reichssstrafrecht, Berlin u.a. 1881, 44: „fortdauernde Geltung des §. 270 des preuß. StGB.“; siehe auch loc. cit., 49: „Die Strafrechtsätze ... finden keine Anwendung auf die vor oder nach ihrer Geltung begangenen Delikte“.

*Laband* fungiert die Geltung dann durchgehend als Fluchtpunkt der dogmatischen Darstellung.<sup>135</sup>

Auch heute definiert die Rechtstheorie „Geltung“ in gleicher Weise als „spezifische Form der Existenz einer Norm“,<sup>136</sup> wobei diese Existenz nach wie vor nichts anderes besagen soll als die Zugehörigkeit einer Norm zur Rechtsordnung.<sup>137</sup> Dabei formulieren moderne Rechtsordnungen in ihren Verfassungen einfach handhabbare normative Maßstäbe für die Wirksamkeit von Rechtsschöpfungsakten, anhand derer sich ohne weiteres bestimmen lässt, ob ein Gesetz oder eine Verordnung in dem Sinne „existiert“, dass die Norm ein Element der Rechtsordnung bildet. Es ist deshalb möglich, so *Gustav Radbruch* bereits 1914, „die Geltung des Rechts darzutun, ohne die Sphäre des Rechts zu überschreiten, die Geltung von Rechtssätzen immer wieder

135 *Laband*, Staatsrecht I (Fn. 117), 8: „Gesetze ..., welche wegen ihres Ursprungs formell gemeinrechtliche Kraft und Geltung hatten und welche trotz der Auflösung des Reiches diese Bedeutung behielten“; Bd. II, 1: „Geltung“ von Gewohnheitsrecht; Bd. III/1, 3: „Die Reichsverfassung enthält demnach gleichsam ein Idealrecht, welches nirgends verwirklicht ist, das vielmehr nur die Normallinie bildet, um welche sich die tatsächlich in Geltung stehenden Regeln in mancherlei Windungen ziehen“; Bd. III/2, 2: „Bis zum Erlass dieser gemeinsamen Gesetzgebung blieb allerdings ... die bunte Masse der partikularen Rechtsvorschriften über das Verfahren in Geltung ...“. Daneben sprach *Laband* durchgehend im heutigen Sinn von „in Geltung treten“ bzw. „stehen“ oder „haben“.

136 *H. Kelsen*, Reine Rechtslehre, 2. Aufl., 1960, 9 (u. ff.); *Raz*, Legal Validity (Fn. 110), 339, 341; vgl. auch *G. Jellinek*, Allgemeine Staatslehre, 3. Aufl., 1921, 20 f. Vgl. auch *R. Lippold*, Geltung, Wirksamkeit und Verbindlichkeit von Rechtsnormen, Rechtstheorie 19 (1988), 463–489, 467, Fn. 12: Geltung sei „die Form ..., in der eine Norm normativ existiert; ebenso wie man sagen kann, daß Leben die Form ist, in der Lebewesen biologisch (und nicht bloß chemisch) existieren.“

137 *H.L.A. Hart*, The Concept of Law, 2. Aufl., 1994, 103; *Kelsen*, Reine Rechtslehre (Fn. 136), 196 ff.; *Lippold*, Geltung (Fn. 136), 465 ff.; vgl. auch *Jestaedt*, Das mag in der Theorie richtig sein (Fn. 111), 32 ff., 38 ff., 40 ff.; *id.*, „Öffentliches Recht“ als wissenschaftliche Disziplin, in: *C. Engel*, *W. Schön* (Hg.), Das Proprium der Rechtswissenschaft, 2007, 241–281, 272 f.; *Raz*, Legal Validity (Fn. 110), 343: „law regulates its own validity ... it can and does set social and factual tests for validity – quite unlike those determining the validity of moral rules“. Ob das für sämtliche Rechtssysteme gilt, ist nach allem historisch zweifelhaft; umgekehrt lässt sich freilich auch nicht sagen, dass eine geschriebene Verfassung eine Voraussetzung dafür bildet, dass Geltungsfragen zu Rechtsfragen werden.

auf die Geltung anderer Rechtssätze zu gründen“.<sup>138</sup> Genau das beschrieb die Systemtheorie später als die operative Schließung autopoietischer Rechtssysteme gegenüber ihrer Umwelt.

In dieser Bedeutung bestimmt die Differenz von Geltung und Nichtgeltung heutzutage als der Zweitcode des Rechts das Denken von Juristen. „Geltung“ fungiert heute selbstverständlich als dogmatischer Grundbegriff. Juristen unterscheiden nicht mehr einfach Recht und Unrecht, sondern geltende Normen von solchen, die nicht gelten. Besonders deutlich ist das natürlich, wo die Geltung einer Norm den Gegenstand eines Verfassungsrechtsstreits bildet. Es gilt aber gleichermaßen bei jeder juristischen Kontroverse. Denn wenn eine Rechtsfrage ernsthaft kontrovers ist, wenn also verschiedene Möglichkeiten für die Entscheidung eines anstehenden Falls bestehen, müssen Juristen entscheiden, welche der möglichen Normen tatsächlich gelten soll. Genau auf solche Entscheidungen zielt die juristische Argumentation. Wo in dieser Weise entschieden wird, geht es aber nicht um eine Differenzierung „wahrer“ von „falschen“, sondern geltender von nicht geltenden Rechtssätzen. In der juristischen Argumentation steht dementsprechend nicht die „Wahrheit“ oder „Richtigkeit“ einer Rechtsbehauptung zur Debatte, sondern die Geltung einer Rechtsnorm – etwa als Grundlage eines Urteils. Dass Juristen solche Entscheidungen in der beschreibenden Sprache einer Rechtsdogmatik formulieren,<sup>139</sup> ändert daran nichts.

138 Radbruch, Rechtsphilosophie (Fn. 125), 159. In genau demselben Sinn später Luhmann, Geltung (Fn. 126), 279: „Das Recht bestimmt, was als Recht gilt und geht dabei vom gegebenen Recht aus“.

139 Vgl. Kelsen, Reine Rechtslehre (Fn. 136), 77: die normativen Sätze der Rechtswissenschaft hätten einen „beschreibenden Sinn“. In diesem Sinne hat H.L.A. Hart die rechtsdogmatische Tätigkeit mit der Übersetzung fremdsprachiger Befehle verglichen: Kelsen Visited, in: *id.*, Essays in Jurisprudence and Philosophy, 1983, 286–308, 287 ff., 293 f. Zum Ganzen M.P. Golding, Kelsen and the Concept of a „Legal System“, ARSP 47 (1961), 355–386, 357 ff., 361 ff.; siehe auch Raz, Legal Validity (Fn. 110), 346 ff.



## § 5. Rechtsprechungsrecht

### These 6

*Rechtsprechungsrecht ergänzt Gesetzesrecht um eine zweite Dimension rechtlicher Po-sitivität. 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;<sup>140</sup> auch gesetzlich geregelte Teile des Rechts bekommen damit unweigerlich ein rechtsprechungsrechtliches Gepräge.<sup>141</sup>

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.<sup>142</sup> 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;<sup>143</sup> 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 Rechtserzeugung<sup>144</sup> 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.<sup>145</sup> Mit der Gründung des Reichsoberhandels- und später des Reichsgerichts war schließlich auch die Grundlage für eine judikative Rechtsvereinheitlichung gelegt.<sup>146</sup>

Heute ist ausgemacht, dass Verfassungen und Kodifikationen eine ergänzende Rechtserzeugung durch die Judikative nicht entbehrlich machen.<sup>147</sup> 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.<sup>148</sup> 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.<sup>149</sup>

Für Praktiker, die sich die Rechtslage typischerweise über einen Standardkommentar erschließen, der das Gesetz mit der einschlägigen Rechtsprechung verbindet, ist all das geradezu trivial.<sup>150</sup> 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.<sup>151</sup> Der Bundesgerichtshof beschreibt seine eigene Rechtsprechung regelmäßig als grundsätzlich bindendes Richterrecht;<sup>152</sup> 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.<sup>153</sup> 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.<sup>154</sup> 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*.<sup>155</sup> 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;<sup>156</sup> sie beschrieb die Bindungswirkung von Präjudizien deshalb als lediglich „faktisch“.<sup>157</sup> 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 Vertrauenschutz sich mit den Mitteln des Privatrechts operationalisieren lässt, *Zimmermann, Jansen, Quieta 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.<sup>158</sup> Wenn die Lehre Präjudizien deshalb methodisch als unverbindliche „Rechtserkenntnisquellen“ beschrieben hat,<sup>159</sup> 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.<sup>160</sup>

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;<sup>161</sup> 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.<sup>162</sup>

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.<sup>163</sup> Nicht bereits die einzelne Entscheidung schafft also neues Recht, sondern die Tatsache, dass sich Gerichte – etwa durch Zitate – an diese Entscheidung binden,<sup>164</sup> und dass die Entscheidung in der einschlägigen Kommentarliteratur<sup>165</sup> 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.<sup>166</sup>

Auch solches Rechtsprechungsrecht bildet freilich positives Recht – es webt zwischen die Fäden des Gesetzes ein feines Gewebe ergänzender Positivität,<sup>167</sup> das die Akteure in einem Rechtssystem zwar anders, aber kaum minder intensiv bindet als ein Gesetz,<sup>168</sup> 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-Lamarter, Kommentare (Fn. 14), 322 m.w.N.

166 Ein anschauliches Bild zeichnet Albers, Höchstrichterliche 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.<sup>169</sup> Es verwundert deshalb nicht, dass man hier neuerdings auf den alten Begriff der Autorität rekurriert, um die normative Bedeutung von Präjudizien zu erfassen.<sup>170</sup> 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. Oermann*, 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.

bewusst<sup>171</sup> einen Gedanken des gelehrt Rechts zu eigen<sup>172</sup> und bringt bemerkenswerte Parallelen zwischen heutigem Rechtsprechungsrecht und dem gelehrt Recht auf den Begriff. Denn ebenso wie die *auctoritas* des gelehrt 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.<sup>173</sup>

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 kurzsichtig, 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.<sup>174</sup> Die juristischen Fakultäten agieren heute nurmehr als Institutionen des Wissenschaftssystems; 1879 endete ihre Aktivität als Spruchfakultäten.<sup>175</sup> Rechtspre-

171 Payandeh, Judikative Rechtserzeugung (Fn. 146), 147 ff.; Payandeh rekurriert 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;<sup>176</sup> 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,<sup>177</sup> das sie zu „Gelehrte(n) auf dem Richterstuhl“<sup>178</sup> machen sollte;<sup>179</sup> umgekehrt erwirbt heute praktisch jeder Hochschullehrer mit dem Zweiten Staatsexamen die „Befähigung zum Richteramt“.<sup>180</sup> 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 Verwaltungsausbildung in Preußen und Deutschland, in: C. Baldus, T. Finkenauer, T. Rüfner (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,<sup>181</sup> 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.<sup>182</sup> Seit der zweiten Hälfte des letzten Jahrhunderts drängen Professoren dementsprechend auf den Markt der Praxiskommentare,<sup>183</sup> den sie nach 1900 zunächst gemieden hatten.<sup>184</sup> Mittlerweile charakterisiert die Wissenschaft den Gesetzeskommentar sogar „als das für die Rechtsdogmatik eigentümlichste Publikationsformat“.<sup>185</sup> 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.<sup>186</sup>

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 Rechtspraxis 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.<sup>187</sup> 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,<sup>188</sup> 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.<sup>189</sup>

### *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. Zukunftsrichtiger 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.<sup>190</sup> Aber auch sonst begannen sich Hochschullehrer in der zweiten Hälfte des 20. Jahrhunderts offenbar um ihren schwindenden Einfluss auf die Rechtsprechung zu sorgen.<sup>191</sup> 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.<sup>192</sup>

Es kann nicht verwundern, dass diese Entwicklung für Professoren zumeist eine schmerzliche Verlusterfahrung bedeutet hat. Man stritt deshalb gegen den Rechtsquellencharakter von Richterrecht und erobt gegen die Orientierung der Rechtsdogmatik am Rechtsprechungsrecht polemisch den Vorwurf eines Rechtsprechungspositivismus.<sup>193</sup> 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. Hauf*, 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.<sup>194</sup> 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.<sup>195</sup> 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.<sup>196</sup> Wenn Esser dabei die „Objektivierung“ des Auslegungsvorgangs“ in Frage stellte, musste er sich freilich vorhalten lassen, die Rechtswissenschaft vor einen „Scherbenhaufen“ zu stellen.<sup>197</sup> 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 unverblümmt 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 handele es sich um im älteren „Gemeindeverstand“ 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 ...“.<sup>198</sup> 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“ Charakter<sup>199</sup> bzw. die „Doppelrolle“<sup>200</sup> der Rechtsdogmatik zwischen Wissenschaft und Praxis betonen und damit offenbar die Differenz zwischen dem Recht und seiner Wissenschaft unterlaufen wollen.<sup>201</sup> In diesem Sinne beschreibt etwa *Thomas Lobinger* die Dogmatik als „institutionelles Bindeglied zwischen Rechtssetzung und Rechtsprechung“<sup>202</sup> und sperrt sich mit der These, „nur die Gerichte“ könnten „dogmatische Erkenntnisse“ „mit praktischer Wirksamkeit versehen“,<sup>203</sup> auch semantisch gegen eine Differenzierung von Geltung und Wahrheit.<sup>204</sup> 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 verfahrende 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.<sup>205</sup> Unter Berufung auf die Historische Schule setzt die Dogmatik der Orientierung an einschlägigem Rechtsprechungsrecht hier das Ideal eines „wissenschaftlichen“ bzw. „Juristenrechts“ entgegen.<sup>206</sup> Jeglicher „Rechtsprechungspositivismus“ sei „für eine richtig verstandene Privatrechtsdogmatik geradezu funktionswidrig“.<sup>207</sup> 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.<sup>208</sup> Aber auch Lobin-

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

- 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 entgegentreten: 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.<sup>209</sup> 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.<sup>210</sup> 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 praxisentlastete<sup>211</sup> und zukunftsorientierte wissenschaftliche Rechtsdogmatik eröffnet und der Rechtsdogmatik damit ganz neue Erkenntnisträume erschließt<sup>212</sup> – 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 rechts-historische 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.<sup>213</sup> 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.<sup>214</sup> 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.<sup>215</sup> 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 Neuauflegenschritten 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.<sup>216</sup> Schon aus diesem Grunde wird eine solche Dogmatik sich gegenüber rechtsvergleichenden und rechtshistorischen Befunden<sup>217</sup> sowie gegenüber rechtsphilosophischen bzw. ökonomischen Argumenten öffnen müssen. Auch wenn das natürlich Veränderungen rechtswissenschaftlichen Arbeitens mit sich bringt,<sup>218</sup> braucht – und sollte! – die Rechtswissenschaft damit freilich nicht ihre spezifisch juristische Disziplinarität aufgeben.<sup>219</sup> Dass der „strictly legal point of view“ eine „exklusive“ Orientierung am positiven Recht einer konkreten Rechtsordnung erforderlich mache,<sup>220</sup> 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 Schmoekel* 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 Annahme<sup>221</sup> die selbstverständliche Grundlage der am römischen Recht orientierten Rechtsdogmatik.<sup>222</sup> Im europäischen Rechtsraum ist eine derart exklusive Orientierung am nationalen Recht ohnehin überholt.<sup>223</sup>

Mit alldem – so ist zu hoffen – kann eine solche Dogmatik *à la longue* für Gesetzgeber ebenso interessant werden wie für die Wissenschaften anderer Rechtsordnungen.<sup>224</sup> 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.<sup>225</sup>

221 A.F.J. Thibaut, System des Pandekten-Rechts, 4. Aufl., Jena 1814, Bd. I, 11 (§ 13): „Daß der Grund der recipirten Rechte jetzt wegfallen, oder unsre Lage zweckmäßiger 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.



## § 6. Ergebnisse in sieben Thesen

These 1: Bereits im Mittelalter entwickelte sich mit der Legistik ein selbständige operierendes gesellschaftliches Teilsystem, das von einer besonderen juristisch-wissenschaftlichen Sinnrationalität bestimmt war, mit der es sich von innen gegenüber der übrigen Gesellschaft abgrenzte, und das prinzipiell jedermann, unabhängig von seiner gesellschaftlichen Herkunft, offenstand. Dieser Differenzierungsprozess beruhte auf spezifischen Entwicklungen in den Feldern der Rechtspflege und der höheren Bildung; er ging der Ausdifferenzierung der Religion zeitlich voraus.

These 2: Die Legistik wurde zu einem ausdifferenzierten Funktionsystem erst dadurch, dass einzelne Bologneser Rechtsschulen eine spezifisch legistische Rationalität im Umgang mit den Quellen durchzusetzen vermochten. Wo die Autonomie der Legistik unter Druck geriet, reagierte man mit einer Schärfung dieser Rationalität.

These 3: Die Unterscheidung von rechtlicher Geltung und wissenschaftlicher Wahrheit geht auf Diskussionen in der politischen Theorie im 17. Jahrhundert und auf eine parallele Neuausrichtung der Rechtswissenschaft im *usus modernus* zurück. Zu einer wirklichen Differenzierung von Rechtswissenschaft und Rechtssystem hat diese Unterscheidung indes nicht geführt; und sie trägt seither eine doppelte Bedeutung.

These 4: Mit den Verfassungen des (langen) 19. Jahrhunderts und der daran anknüpfenden Verfassungskontrolle der Gesetzgebung kommt es zu einer operativen Schließung des Rechtssystems. Diese lässt sich adäquat nur als Ergebnis verbundener, aber unabhängiger Prozesse in den Feldern der Politik und des Rechts verstehen, in denen die ganz unterschiedlichen politischen und juristischen Rechtsvorstellungen von *Thomas Hobbes* und *Samuel Stryk* zum Ausdruck kamen.

These 5: Die operative Schließung des Rechts findet semantisch Ausdruck in der Umstellung des Rechts auf den Begriff der Geltung.

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.

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.



Prof. Dr. Nils Jansen

### Curriculum vitae

1967	Geboren in Hannover
1989	Nach Berufsausbildung (zum Bankkaufmann) und Wehrdienst (im Stabsmusikkorps der Bundeswehr) Studium der Rechtswissenschaften sowie der Philosophie und Politik in Passau
1994	Erstes Juristisches Staatsexamen (Passau)
1998	Zweites Juristisches Staatsexamen (München)
1997	Promotion in Kiel
2002	Habilitation in Regensburg; Professur an der Universität Augsburg
2003	Wechsel an die Heinrich-Heine-Universität Düsseldorf
2006	Wechsel an die Westfälische Wilhelms-Universität Münster; dort Direktor am Institut für Rechtsgeschichte
Seit 2007	Exzellenzcluster Religion und Politik (Principal Investigator; seit 2010 Mitglied im Vorstand)
2014 bis 2016	Professor Extraordinary, University of Stellenbosch
2015	Wahl in die nordrhein-westfälische Akademie der Wissenschaften und der Künste

Längere Forschungsaufenthalte und Gastprofessuren in Oxford (1998 und 2009), Cambridge (1998–1999), Duke University Law School (2008), Stellenbosch Institute of Advanced Study (2013 und 2015)

## Ausgewählte Veröffentlichungen

- Die Struktur der Gerechtigkeit, Baden-Baden 1998.
- Die Struktur des Haftungsrechts. Geschichte, Theorie und Dogmatik außervertraglicher Ansprüche auf Schadensersatz, Tübingen 2003.
- Binnenmarkt, Privatrecht und europäische Identität. Eine historische und methodische Bestandsaufnahme, Tübingen 2004.
- „Tief ist der Brunnen der Vergangenheit“. Funktion, Methode und Ausgangspunkt historischer Fragestellungen in der Privatrechtsdogmatik, in: Zeitschrift für Neuere Rechtsgeschichte 27 (2005), S. 202–228.
- Comparative Law and Comparative Knowledge, in: The Oxford Handbook of Comparative Law, hrsgg. von M. Reimann und R. Zimmermann, Oxford 2006, S. 305–338.
- The Making of Legal Authority: Non-Legislative Codifications in Historical and Comparative Perspective, Oxford 2010.
- Methoden, Institutionen, Texte. Zur diskursiven Funktion und medialen Präsenz dogmatisierender Ordnungsvorstellungen und Deutungsmuster im normativen Diskurs, in: Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte (germanistische Abteilung) 128 (2011), S. 1–71.
- Revision des Verbraucher-*acquis*? Zwölf Thesen zum Kommissionsvorschlag eines Gemeinsamen Europäischen Kaufrechts und zur Zukunft des europäischen Vertragsrechts, Bonn 2012.
- Theologie, Philosophie und Jurisprudenz in der spätscholastischen Lehre von der Restitution. Außervertragliche Ausgleichsansprüche im frühneuzeitlichen Naturrechtsdiskurs, Tübingen 2013.
- Gesetzliche Schuldverhältnisse: eine historische Strukturanalyse, in: Archiv für die civilistische Praxis 216 (2016), S. 112–233.

## Herausgeberschaften

- Beyond the State: Rethinking Private Law, Tübingen 2008 (gemeinsam mit *Ralf Michaels*).
- Dogmatisierungsprozesse in Recht und Religion, Tübingen 2011 (gemeinsam mit *Georg Essen*).
- Revision des Verbraucher-Acquis, Tübingen 2011 (gemeinsam mit *Horst Eidenmüller, Florian Faust, Christoph Grigoleit, Gerhard Wagner* und *Reinhard Zimmermann*).
- Gewohnheit. Gebot. Gesetz. Normativität in Geschichte und Gegenwart: eine Einführung, Tübingen 2011 (gemeinsam mit *Peter Oestmann*).
- Kommentare in Recht und Religion, Tübingen 2014 (gemeinsam mit *David Kästle*).

Privatrechtstheorie heute. Perspektiven deutscher Theoriebildung, Tübingen 2017  
(gemeinsam mit *Michael Grünberger*).

Commentaries on European Contract Laws. Foundations, Commentaries, Synthesis, Oxford 2018 (gemeinsam mit *Reinhard Zimmermann*).

