

Herausgeber:
Juristische Fakultät der
Ruprecht-Karls-Universität
Heidelberg

Thomas Lobinger (Hrsg.)

Warum Grundlagenfächer?

Ansprachen an die Absolventen der Juristischen Fakultät der Universität Heidelberg 2016–2018

2020

MISCELLANEA JURIDICA HEIDELBERGENSIA

Herausgeber:

Juristische Fakultät der Ruprecht-Karls-Universität Heidelberg

BAND 10 | *Thomas Lobinger (Hrsg.)*

Warum Grundlagenfächer?

**Ansprachen an die
Absolventen der Juristischen
Fakultät der Universität
Heidelberg 2016–2018**

2020

Thomas Lobinger (Hrsg.)

Warum Grundlagenfächer?

**Ansprachen an die Absolventen der Juristischen Fakultät der Universität
Heidelberg 2016–2018**

1. Auflage 2020

ISBN: 978-3-86825-341-2

Nachdruck, auch auszugsweise, nur mit schriftlicher Genehmigung des Verlags

© Jedermann-Verlag GmbH, Heidelberg

Gestaltung und Satz: Atelier Peter Nardo, Mannheim

Druck und Herstellung: M+M-Druck GmbH, Heidelberg

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



Jedermann-Verlag GmbH, Heidelberg 2020

Inhalt

I	Zum Geleit	
	<i>Thomas Lobinger</i>	4
II	Warum Rechtsgeschichte?	
	<i>Christian Hattenhauer</i>	7
III	Warum Rechtsphilosophie?	
	<i>Martin Borowski</i>	22
IV	Warum Rechtssoziologie?	
	<i>Doris Schweitzer</i>	46
V	Warum Legal Tech?	
	<i>Heribert M. Anzinger</i>	55
	Verfasserverzeichnis	71

I ZUM GELEIT

THOMAS LOBINGER

In seinem im Jahr 2012 vorgelegten Bericht *„Perspektiven der Rechtswissenschaft in Deutschland. Situation, Analysen, Empfehlungen“* hat der Wissenschaftsrat eine Stärkung der Grundlagenfächer im Rahmen des rechtswissenschaftlichen Studiums angemahnt: *„Die durch die Grundlagenfächer vermittelte Reflexion des positiven Norm- und Applikationswissens und seiner dogmatischen Systematisierung muss sich durch das gesamte Studium ziehen, um auf die fortschreitenden Kenntnisse der Studierenden in den verschiedenen Gebieten des positiven Rechts Bezug nehmen zu können. An allen juristischen Fakultäten sollten wieder die notwendigen Fundamente in den Grundlagenfächern gelegt und entsprechendes Orientierungswissen vermittelt werden.“* (S. 58 f.). An die Heidelberger Fakultät hätte diese Mahnung gar nicht erst gerichtet werden müssen. Sie war in diesem Punkt längst *omnimodo facturus*. Die Mindestausstattung von zwei rechtshistorischen Lehrstühlen (Romanistik und Germanistik) konnte sie selbst in der Zeit überaus schmerzhafter Einschnitte um die letzte Jahrtausendwende herum bewahren. Der Rechtsphilosophie sind heute sogar drei Lehrstühle gewidmet, was die Zahl der auf diesem Gebiet an der Fakultät tatsächlich tätigen Forscher und Lehrer noch nicht einmal vollständig zum Ausdruck bringt. Schon rein äußerlich weist dieser Befund darauf hin, dass die Grundlagenfächer in Heidelberg kaum kleingeschrieben werden. Denn mit ihren insgesamt 23 Professuren zählt die Fakultät in quantitativer Hinsicht nicht etwa zu den großen im Land.

Neben solchen institutionellen Besonderheiten spielen die Grundlagenfächer aber auch im Rahmen des Studiums eine deutlich größere Rolle als andernorts. Denn über den von der JAPrO Baden-Württemberg für die Zulassung zur Staatsprüfung geforderten sog. Grundlagenschein I hinaus erfordert in Heidelberg die Zulassung zur Studienarbeit im Rahmen der Schwerpunktbereichsprüfung noch einen sog. Grundlagenschein II, der im Römischen Privatrecht, in der Deutschen und Europäischen Rechtsgeschichte, der Methodenlehre, der Rechtsvergleichung oder der Rechtssoziologie erworben werden kann. Mit dem überobligationsmäßigen Besuch von Grundlagenveranstaltungen lässt sich ferner das Heidelberger Grundlagenzertifikat erwerben, das die besonderen Leistungen auf diesen Gebieten eigens beurkundet.

Hinter diesen Äußerlichkeiten steht eine in der Heidelberger Fakultät tief verwurzelte innere Überzeugung: Grundlagenfächer sind in der Rechtswissenschaft kein bloßer Zierrat, den man benötigt, um die dominierenden dogmatischen Fächer mit erbaulichen Bildungserlebnissen anzureichern oder gar, um die Rechtswissenschaft insge-

samt überhaupt erst in den Rang einer Wissenschaft zu erheben. Grundlagenfächer und dogmatische Fächer sind vielmehr untrennbar miteinander verwoben, weil eine der Funktion des Rechts angemessene Dogmatik überhaupt erst entwickelt werden kann, wenn man die hierbei anzuwendenden Methoden sowie auch die einzelnen Rechtsfiguren und Begriffe in ihren jeweiligen historischen, theoretisch-philosophischen und gesellschaftlichen Bezügen reflektiert und so die Basis dafür schafft, dass sich die Ableitungszusammenhänge hinter konkreten juristischen Entscheidungen möglichst transparent, schlüssig, widerspruchsfrei und damit – nicht zuletzt auch für die Betroffenen – nachvollziehbar gestalten. Dass es hierfür – gleichsam umgekehrt – immer auch den dogmatisch informierten, mit dem spezifischen juristischen Sachproblem vertrauten Blick auf das jeweilige Grundlagenfach braucht, versteht sich am Rande.

Der hier vorgelegte kleine Band geht auf eine Reihe von Festreden zurück, die zwischen 2016 und 2018 auf insgesamt vier Examensfeiern der Juristischen Fakultät in Heidelberg gehalten wurden. Mit diesen Reden sollte den frischgebackenen Referendarinnen und Referendaren die hohe Bedeutung der Grundlagenfächer wieder in Erinnerung gerufen werden. Denn diese Fächer geraten während der Zeit der Examensvorbereitung sowie auch der Prüfung zumeist doch sehr aus dem Blick. Gebannt werden sollte damit zugleich die Gefahr, dass sich die spezifische – und situationsbedingt durchaus verständliche – Perspektive von Examenskandidatinnen und -kandidaten verfestigt, wonach es bei der Entwicklung juristischer Lösungen in erster Linie um die Erzielung zahlreicher Punkte und weniger um eine auch dem eigenen tieferen Nachdenken entsprechende Richtigkeit bzw. Gerechtigkeit dieser Lösung gehe. Gerade heute gehört es wieder zu den dringlichsten Aufgaben der Universitäten und aller, die für die Ausbildung junger Juristinnen und Juristen verantwortlich sind, die Entstehung eines Rechtstechnokratentums ohne eigentlichen Sinn für die mit der Rechtsidee verbundenen Grundfragen zu verhindern. Man muss den Blick leider nicht mehr in räumlich oder kulturell weit entfernte und von anderen Grundwerten geprägte Länder werfen, um zu erkennen, dass Rechtsstaatlichkeit im modernen Verständnis selbst dort unter erheblichen Druck geraten kann, wo man das bislang kaum für möglich hielt. Zurecht feiern kann eine Juristische Fakultät ihre Absolventinnen und Absolventen deshalb erst dann, wenn es ihr neben der fachlichen Ausbildung im engeren Sinn auch gelungen ist, Bildung und Haltung ihres akademischen Nachwuchses in einem umfassenderen Sinn zu fördern. Nur dann besteht auch eine hinreichende Chance darauf, dass Gefährdungen der eigenständigen Bedeutung von Recht und Rechtsstaatlichkeit frühzeitig erkannt und abgewehrt werden können. Ein fundierter Einblick in die Grundlagenfächer ist aber auch hierfür *conditio sine qua non*.

Allen vier Festrednern sei an dieser Stelle noch einmal herzlich gedankt! Die Auswahl der Fächer war durch die Anzahl der Examensfeiern, die unter der Verantwortung des Verfassers dieser Zeilen standen, beschränkt. Hinter dieser Auswahl steht deshalb nicht etwa eine Geringschätzung der nicht zu Wort gekommenen Grundlagenfächer. Bewusst in Kauf genommen wurde ebenso, dass man sich mit Blick auf den vierten Beitrag zu „Legal Tech“ durchaus fragen kann, ob es sich hierbei überhaupt (schon) um ein eigenes Grundlagenfach handelt. Nicht zu bezweifeln ist jedenfalls, dass die Entwicklungen auf diesem Feld Grundfragen des Rechts und der Rechtswissenschaft adressieren. Damit aber bestand nicht nur nach dem Heidelberger Leitspruch *semper apertus*, sondern gerade auch nach dem soeben erläuterten Ziel der Vortragsreihe guter Grund, die Absolventinnen und Absolventen für die mit solchen technikgetriebenen Entwicklungen verbundenen grundlegenden Probleme zu sensibilisieren.

II WARUM RECHTSGESCHICHTE?¹

CHRISTIAN HATTENHAUER

1 Eine erfreuliche Initiative

Als mir Dekan Lobinger von der Idee berichtete, während seiner Amtszeit in den Festreden der Examensfeiern die Grundlagenfächer in den Mittelpunkt zu stellen, war ich freudig überrascht. Denn obwohl die Heidelberger Fakultät gerne neben ihrer Internationalität auch ihre Grundlagenorientierung hervorhebt, ist für die Grundlagenfächer durchaus noch Luft nach oben. Zwar gibt es seit dem Wintersemester 2017/18 einen kleinen Aufwuchs, wenn auch nur für die beiden im Zivilrecht verankerten rechtshistorischen Fächer. Doch insgesamt bleibt das hiesige Angebot an rechtshistorischen Lehrveranstaltungen immer noch um circa ein Drittel hinter etwa dem in Freiburg zurück. Und nur die Rechtsgeschichte hat in Heidelberg einen eigenen Schwerpunktbereich („Rechtsgeschichte und historische Rechtsvergleichung“), die anderen Grundlagenfächer sind insoweit „heimatlos“.

So sehr ich also die Initiative des Dekans begrüße, so schreckte ich doch etwas zurück, als er mich bat, mit der Rechtsgeschichte den Anfang zu machen. Zum einen zwingt das „Warum?“ unwillkürlich in eine Verteidigungshaltung. Zum anderen muss ich meine heutige Vorlesung zur Privatrechtsgeschichte für diesen Vortrag ausfallen lassen. Hier über den Sinn der Rechtsgeschichte zu sprechen, ist eigentlich ein *venire contra factum proprium*, also ein nach Treu und Glauben (§ 242 BGB) unzulässiger Verstoß gegen das eigene frühere Verhalten.

Warum also Rechtsgeschichte? Für mich selbst kann ich das rasch beantworten. Ich bin Jurist und Rechtshistoriker geworden, weil sich mir damit die ganze Bandbreite des geltenden Rechts als Ausgangspunkt für den Blick zurück öffnet. Natürlich kann man nicht alles abdecken, sondern muss sich unter den vielen Rechtsgeschichten auf wenige konzentrieren. Doch immer wieder lockt etwas neues Altes. Auch veralten rechtshistorische Forschungsergebnisse in der Regel nicht, das Aktualisierungsjoch eines Online-Kommentars bleibt einem erspart. Praktische Nützlichkeit spielt nicht unbedingt eine Rolle. Das Kuriose bereitet besondere Freude, etwa die Frage des Eigentümererwerbs am Wal in Herman Melvilles (1819–1891) Roman „Moby-Dick; or,

¹ Erweiterte und aktualisierte Fassung eines Vortrags auf der Examensfeier der Juristischen Fakultät Heidelberg am 10. Februar 2017. Die Vortragsform ist beibehalten.

The Whale“ von 1851². Ich habe schlicht Spaß an der rechtshistorischen Arbeit. Und diese Begeisterung möchte ich in meinen Lehrveranstaltungen weitergeben.

Doch geht es heute nicht um das „Warum“ der Rechtsgeschichte für den Rechtshistoriker selbst, sondern um die Frage, so verstehe ich sie jedenfalls, was die Rechtsgeschichte als Bestandteil der Rechtswissenschaft für die praktisch tätigen Juristen und im Studium leisten kann. Um dieser Frage in begrenzter Zeit nachzugehen, muss ich mich auf Beispiele beschränken. So halte ich es immer auch zu Beginn meiner rechtshistorischen Vorlesungen. Sehen Sie mir bitte nach, wenn ich eine sehr persönliche Sicht schildere und mich als Zivilrechtler vornehmlich auf das Bürgerliche Recht beziehe.

2 Der Kölner Dom und eine Moselinsel

Im juristischen Alltag sind rechtshistorische Zusammenhänge selten von unmittelbarer Bedeutung. Jeder Jurist weiß, dass bei der Rechtswendung auch die historische Auslegung einer Norm nach den Motiven des historischen Gesetzgebers eine Rolle spielen kann. Das ist allerdings nur selten der Fall. Überdies haben die Vorstellungen des Gesetzgebers eine immer geringere Bedeutung, je länger der Gesetzgebungsakt zurückliegt. Das sind beim Bürgerlichen Gesetzbuch von 1896/1900 mehr als hundert Jahre. Im Schuld- und Verjährungsrecht hat die Reform von 2002 die Rolle der historischen Auslegung zwar etwas gestärkt. Allerdings hat sich der BGH über den ausdrücklichen Willen des Reformgesetzgebers schon hinweggesetzt.³

Ein schönes Beispiel für die praktische Bedeutung historischer Vorgänge und Normen bietet eine Entscheidung des OLG Köln aus dem Jahr 1995.⁴ Das Gericht bejahte

2 *Christian Hattenhauer*, Fast-Fish and Loose-Fish – Die Konkurrenz um den Wal in Melvilles „Moby Dick“, in: Pirmin Spieß, Michael Hettinger, Christian Hattenhauer (Hrsg.), *Homo heidelbergensis*, Klaus-Peter Schroeder zum 70. Geburtstag, Neustadt an der Weinstraße 2017, 183–208.

3 Ein wegen Art. 20 III GG bedenkliches Beispiel bietet die Quelle-Entscheidung des BGH, BGHZ 179, 27 = NJW 2009, 427: Der BGH setzte sich dort über die bewusste Entscheidung des Gesetzgebers hinweg, bei der Umsetzung der europäischen Verbrauchsgüterkaufrichtlinie bei Nachlieferung einer mangelfreien Sache auch für Verbraucher Wertersatz für die Nutzung der mangelhaften Sache vorzusehen, s. § 439 Abs. 5 BGB. Wenig überzeugend nahm der BGH eine „Lücke“ im Gesetz, weil der Gesetzgeber die Richtlinie entgegen seiner Absicht nicht korrekt umgesetzt habe. Diese Lücke könne der Rechtsanwender im Wege „richtlinienergänzender Rechtsfortbildung“ ausfüllen. Auf die Quelle-Entscheidung geht § 475 Abs. 3 S. 1 BGB zurück.

4 OLG Köln, NJW 1995, 3319–3321. S. umfassend *Hans-Jürgen Becker*, Das Eigentum an den rheinischen Kathedralen Köln, Aachen, Mainz, Trier und Speyer, Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte, Kanonistische Abteilung 100 (2014), 368–406; *ders.*, Wem gehört der Speyrer Dom?, Archiv für mittelrheinische Kirchengeschichte 65 (2013), 281–337.

die in Frage stehende Parteifähigkeit der Hohen Domkirche zu Köln vor weltlichen Gerichten: Die Hohe Domkirche sei rechtsfähig und werde durch das Domkapitel vertreten. Die Rechtsfähigkeit der Hohen Domkirche stütze es auf die päpstliche Bulle „*De salute animarum*“ von 1821. Diese Bulle habe die in französischer Zeit (1795–1813) zu einer Hauptpfarrkirche degradierte Domkirche erneut in den Rang einer Metropolitankirche erhoben; aus der Zuerkennung eigener Vermögensrechte lasse sich auf die gleichzeitig zuerkannte Rechtsfähigkeit schließen. Nach Cann. 3, 4 *Codex iuris canonici* von 1917 sei die Rechtsfähigkeit bestehender juristischer Personen erhalten geblieben. Der preußische Staat habe die Rechtsfähigkeit der Hohen Domkirche mit Billigung der Bulle „*De salute animarum*“ durch königliche Kabinettsordre und ihre Aufnahme in die Preußische Gesetzessammlung anerkannt. Die nach preußischem Recht anerkannte Rechtsfähigkeit der Hohen Domkirche habe Art. 13 des Reichskonkordats von 1933 beibehalten. Dass auch die Vertretung der juristischen Person Hohe Domkirche durch das Domkapitel kirchenrechtlich begründet und staatlich anerkannt sei, legte das OLG anschließend ausführlich dar.

Die Umwälzungen der französischen Zeit stehen auch hinter einem Urteil des BGH aus dem Jahr 1985.⁵ Die Bundesrepublik Deutschland als Eigentümerin der Mosel (s. Art. 89 Abs. 1 GG) und der Eigentümer der Moselinsel „Hatzenporter Werth“ stritten um das Eigentum an den zwischen 1849 und 1905 erfolgten natürlichen Landanschwemmungen (Alluvionen) an die Insel. Die einschlägige Bestimmung fand der BGH in Art. 556 Code civil. Der Code civil ist 1804 in den damals französischen linksrheinischen Gebieten in Kraft getreten und auch nach dem Ende der französischen Herrschaft in der preußischen Rheinprovinz als deutsches Partikularrecht („Rheinisches Recht“) bis zur Ablösung durch das deutsche BGB im Jahr 1900 in Geltung geblieben. Nach Art. 65 EGBGB gelten die landesgesetzlichen wasserrechtlichen Vorschriften „mit Einschluß [...] der Vorschriften über Anlandungen, entstehende Inseln“ fort. Nach Art. 556 Code civil 1804 galt: „Les atterrissements et accroissements qui se forment successivement et imperceptiblement aux fonds riverains d’un fleuve ou d’une rivière, s’appellent alluvion. L’alluvion profite au propriétaire riverain, soit qu’il s’agisse d’un fleuve ou d’une rivière navigable...“ Die Anschwemmungen, die sich allmählich und unbemerkt an Grundstücken am Flussufer bilden, gehören also dem Grundstückseigentümer. Das OLG Koblenz hatte als Vorinstanz zwar ebenfalls den Code civil angewendet, allerdings unzutreffend dessen Art. 560 für einschlägig

5 BGHZ 92, 326–338 = BGH, NJW 1985, 1289–1291; s. den geistreichen Beitrag von *Berthold Kupisch*, Eine Moselinsel, Kaiser Napoleon und das römische Recht, JZ 1987, 1017–1020.

gehalten, nach dem im Fluss neu entstandene Inseln grundsätzlich in das Eigentum des Flusseigentümers fallen.⁶

Den BGH hat die Rechtsgeschichte offensichtlich in den Bann geschlagen. So verfolgt er die Entwicklung des Wasserrechts vom Code civil über das preußische Wassergesetz von 1913 bis zum rheinland-pfälzischen Wassergesetz von 1960, obwohl diese späteren Gesetze auf den Sachverhalt eindeutig nicht anwendbar waren, allerdings auch keine andere Lösung als Art. 556 Code civil vorsehen. In die andere Richtung gingen die Richter bis ins klassische römische Recht zurück, dessen Lösung in Art. 566 Code civil 1804 kodifiziert ist. Schon im ersten Jahrhundert nach Christi Geburt hatte sie der frühklassische Jurist *Proculus* formuliert; der byzantinische Kaiser *Justinian* hatte sie in seine *Digesten* von 533 (D. 41,1,56 pr.) aufgenommen. Auf dieser Grundlage wies das europäische *ius commune* die Anschwemmungen dem Inseleigentümer zu – zum Ausgleich für Abschwemmungen. Diesen Gedanken formulieren die Institutionen *Justinians* von 533 nicht nur ausdrücklich für den Käufer eines Ufergrundstücks („... *commodum eius esse debet, cuius periculum est*“, I. 3,23,3), sondern er galt auch als allgemeine Rechtsregel (D. 50,17,10).⁷ Auch der Senat arbeitete diese Wertungen heraus, nennt allerdings insoweit nur Entscheidungen des Reichsgerichts und des BGH. Dass der Senat auch auf das vor Art. 556 Code civil geltende Recht einging, widerspricht zwar dem Kodifikationsprinzip, nach dem eine Kodifikation das bisherige Recht vollständig ablöst, so dass man auf frühere Regelungen nicht zurückgreifen darf.⁸ Doch ist es nur allzu verständlich und verzeihlich, dass die Richter der rechtshistorischen Verführung nicht widerstehen konnten.

6 Art. 560 Code civil: Les îles, îlots, atterrissements, qui se forment dans le lit des fleuves ou des rivières navigables ou flottables, appartiennent à l'Etat s'il n'y a titre ou prescription contraire.

7 *Kupisch*, JZ 1987, 1017, 1018; *Max Kaser, Rolf Knütel, Sebastian Lohsse*, Römisches Privatrecht, 21. Aufl., München 2017, § 26, Rn. 11; *Rolf Knütel*, Von schwimmenden Inseln, wandernden Bäumen, flüchtenden Tieren und verborgenen Schätzen, Zu den Grundlagen einzelner Tatbestände originären Eigentümerserwerbs, in: Reinhard Zimmermann in Verbindung mit Rolf Knütel und Jens Peter Meincke (Hrsg.), Rechtsgeschichte und Privatrechtsdogmatik (Festschrift für Hans Hermann Seiler zum 70. Geburtstag), Heidelberg 1999, 549–577, 552 ff.

8 *Kupisch*, JZ 1987, 1017, 1018.

3 Der Blick über den Tellerrand: Die Beliebigkeit heutiger Lösungen

Genau genommen ging es in den beiden geschilderten Fällen aber überhaupt nicht um „die Rechtsgeschichte“. Dass das OLG Köln und der BGH auf Normen aus dem 19. Jahrhundert zurückgriffen, ist normale juristische Tätigkeit. Die Normen sind eben nur etwas älter. Damit kommen wir zur eigentlichen Aufgabe der Rechtsgeschichte: Sie besteht darin, den „Blick über den Tellerrand“ des geltenden Rechts zu ermöglichen. Rechtsgeschichte in diesem Sinne ist Dogmengeschichte, die Geschichte der Rechtsinstitute und -begriffe mit ihren jeweiligen politischen, sozialen oder philosophischen Hintergründen. Diese Dogmengeschichte ist Teil der Dogmatik des geltenden Rechts, die ohne sie unvollständig wäre. Dass die horizontale Rechtsvergleichung ohne Kenntnis der Dogmengeschichte wenig ertragreich ist, dass die „Zwillingsschwestern“ Rechtsgeschichte und Rechtsvergleichung „Holz vom gleichen Stamm“ sind, liegt auf der Hand.⁹ Dasselbe gilt für den Umstand, dass eine Vereinheitlichung des europäischen Privatrechts ohne Rücksicht auf die Wurzeln der europäischen Rechtsordnungen in jedem Fall scheitern muss,¹⁰ mag sie zur Zeit auch in weite Ferne gerückt sein. Gerade für diese Aufgabe bietet die Rechtsgeschichte einen Vorrat von Lösungen für die in ihrer Struktur immer gleichen Interessenkonflikte zwischen Rechtssubjekten. Das ist mit der Wendung „Die Wiederkehr von Rechtsfiguren“ treffend auf den Punkt gebracht worden.¹¹ Ein prägnantes Beispiel findet sich mit der Wiedereinführung der dreigeteilten Fahrlässigkeit bei der Arbeitnehmerhaftung für Schäden aus betriebsbezogener Tätigkeit: Dort hat sich die leichteste Fahrlässigkeit (*culpa levissima*) ihren Platz neben der einfachen (leichten) und der groben Fahrlässigkeit des allgemeinen Zivilrechts zurückerobert.¹²

Der Blick zurück zeigt auch die Beliebigkeit aktueller Regelungen. So staunt der Studienanfänger, dass beim Brötchenkauf nach deutschem Recht mit dem Kaufvertrag ein schuldrechtliches Verpflichtungsgeschäft und mit der Übereignung jeweils der Brötchen und der Geldstücke gleich mehrere dingliche Verfügungsgeschäfte geschlossen werden. Und die sollen dann auch noch unabhängig vom Kaufvertrag gültig sein. Bald hat man sich aber an das Trennungs- und Abstraktionsprinzip gewöhnt – und meint, es könne gar nicht anders sein. Doch es hätte ganz anders kommen können. Das heutige deutsche Übereignungsmodell musste sich im Jahr 1875 in der

9 Hein Kötz, Was erwartet die Rechtsvergleichung von der Rechtsgeschichte?, JZ 1992, 20–22, 20.

10 Reinhard Zimmermann, Das römisch-kanonische ius commune als Grundlage europäischer Rechts einheit, JZ 1992, 8–20.

11 Theo Mayer-Maly, Die Wiederkehr von Rechtsfiguren, JZ 1971, 1–3.

12 Mayer-Maly, JZ 1971, 2 f.; Jauernig/Mansel, BGB, 17. Aufl., München 2018, § 619a, Rn. 2 ff.

1. BGB-Kommission zunächst gegen das französische Modell durchsetzen, bei dem der Eigentumserwerb bereits mit Abschluss des Kaufvertrags erfolgt und die Übergabe der Sache nicht erforderlich ist. Für dieses im linksrheinischen Deutschland und in Baden damals geltende Konsens- oder Vertragsprinzip wurden gute Gründe vorgetragen. Die Kommission beschloss zwar mehrheitlich, das in Deutschland überwiegend geltende Traditionsprinzip zu übernehmen, die Abstimmung fiel mit sechs zu fünf Stimmen aber denkbar knapp aus.¹³

Und in Frankreich hätte es gute 70 Jahre früher bei der Gesetzgebung des Code civil des Français von 1804 ebenfalls ganz anders kommen können. *Robert-Joseph Pothier*, der bedeutendste französische Rechtswissenschaftler des 18. Jahrhunderts, nahm eine Übereignung auch ohne gültigen Kaufvertrag an, ging also von einer abstrakt wirksamen Übereignung aus.¹⁴ Während der Code civil in vielen Punkten *Pothier* folgt, der als einer der Väter des Code gilt, legt er hier das von dem Niederländer *Hugo Grotius*¹⁵ entwickelte vernunftrechtliche Konsensprinzip zugrunde.¹⁶

Dass der Blick über den Tellerrand des geltenden Rechts nützlich sein kann, zeigt sich auch im Studium. Dort sind die Grundlagenfächer „angemessen zu berücksichtigen“, § 3 Abs. 1 S. 2 JAPrO BW. Bei der Lösung von Rechtsfällen spielen rechtshistorische Kenntnisse allerdings so gut wie keine unmittelbare Rolle. Und obwohl es immer wieder Anstöße in diese Richtung gibt, finden sich fast nie rechtshistorische Zusatzfragen in den Examensklausuren. In der mündlichen Prüfung lassen sich die rechtshistorischen Hintergründe aber ohne weiteres prüfen. Immerhin erleichtern Kenntnisse dogmatischer Zusammenhänge und Entwicklungen im Studium das Verständnis des geltenden Rechts. Wer etwa die Ursachen der „Flucht aus dem Deliktsrecht“ in das Schadensrecht des Schuldverhältnisses kennt, die das deutsche Schuldrecht unter dem BGB geprägt hat, der kann sich die Grundsätze des Vertrags mit Schutzwirkungen für Dritte¹⁷ erschließen, statt sie stumpf büffeln zu müssen.

13 Das genaue Abstimmungsergebnis unter Bezug auf das Protokoll vom 18.10.1875 nennt *Werner Schubert*, Die Entstehung der Vorschriften des BGB über Besitz und Eigentumsübertragung. Ein Betrag zur Entstehungsgeschichte des BGB, Berlin, New York 1966, 144. Der späteren Edition des Sitzungsprotokolls ist dagegen lediglich zu entnehmen, dass die Mehrheit gegen die Übernahme des französischen Modells gestimmt hat, s. Horst-Heinrich Jakobs, Werner Schubert (Hrsg.), Die Beratung des BGB in systematischer Zusammenstellung der unveröffentlichten Quellen, Sachenrecht I, §§ 854–1017, Berlin, New York 1985, 72.

14 *Robert-Joseph Pothier*, Traité du Droit en Domaine de Propriété, Tome Premier, Paris 1771, No. 228–230.

15 *Hugo Grotius*, De iure belli ac pacis libri tres, Paris 1625, 2, 12, 15: „De venditione et emptione notandum etiam sine traditione, ipso contractus momento, transferrî dominium posse, atque id esse simplicissimum.“

16 Art. 1582 Abs. 1 Code civil: La vente est une convention par laquelle l'un s'oblige à livrer une chose, et l'autre à la payer. Art. 1583 Code civil: Elle est parfaite entre les parties, et la propriété est acquise de droit à l'acheteur à l'égard du vendeur, dès qu'on est convenue de la chose et du prix, quoique la chose n'ait pas encore été livrée ni le prix payé.

17 Dazu statt vieler Jauernig/Stadler, § 328, Rn. 19 ff.

4 Die verlorene Fähigkeit zur Gesetzgebung: Man könnte heulen!

Der Blick zurück zeigt, dass wir auf den Schultern von Riesen stehen. Mehr als 2000 Jahre lang haben uns kluge Juristen vorgearbeitet. Die Rechtsgeschichte lehrt Respekt vor deren Leistungen, so etwa vor dem hohen Niveau der dogmenhistorischen und rechtsvergleichenden Vorarbeiten bei der Gesetzgebung des deutschen BGB von 1896/1900. Dieses Niveau erreichen wir heute nicht mehr. Bedauerlicherweise befinden wir uns in einer Phase der Vulgarisierung des Rechts, wie sie auch das antike römische Privatrecht im 4. und 5. Jh. n. Chr. durchgemacht hat.¹⁸

Ein trauriges Beispiel bietet der verfehlt Begriff der „Entgeltforderung“,¹⁹ der mit der Schuldrechtsreform 2002 Eingang in § 286 Abs. 3 und § 288 Abs. 2 BGB gefunden hat. Die mit der Gesetzesformulierung betrauten Ministerialbeamten haben „Geld“ und „Entgelt“ verwechselt. Entgelt ist eine nicht notwendig in Geld bestehende Gegenleistung. Die Normen dienen der Umsetzung der EU-Zahlungsverzugsrichtlinie von 2000.²⁰ Es geht also nicht um Entgelt, sondern einfach um eine Forderung auf Geldzahlung als Gegenleistung. Der „Schuldner einer Entgeltforderung“ in § 286 Abs. 3 BGB ist daher auch nicht etwa jemand, der die Entgeltforderung schuldet, also abtreten muss, sondern jemand, der als Gegenleistung Zahlung schuldet. Zugespielt könnte man sagen, dass die Kombination von Entgelt und Geld in dem Begriff „Entgeltforderung“ – mit „d“ – die Sache getroffen hätte. Aber eine derartige Neuschöpfung wäre wohl doch zu innovativ gewesen.

Ein noch peinlicheres Zeugnis für die Unfähigkeit der Ministerialbürokratie zur Formulierung von Gesetzen war schon die am 1. Mai 2000 in Kraft getretene Vorgängernorm des § 286 Abs. 3 BGB:²¹ Dort war zwar immerhin noch von „Geldforderung“ die Rede. Bei diesen Forderungen wollte man zugunsten des Zahlungsgläubigers den Verzug schneller eintreten lassen, regelte aber das genaue Gegenteil. Denn der Schuldner kam erst 30 Tage nach Fälligkeit und Zugang einer Rechnung oder einer gleichwertigen Zahlungsaufforderung in Verzug. Immerhin diesen Fehler hat man erkannt und 2002 mit der Aufnahme des Wortes „spätestens“ behoben.

18 Dazu *Max Kaser*, Das römische Privatrecht, 2. Abschnitt, 2. Aufl., München 1975, 17 ff.

19 Dazu *Martin Schermaier*, „Der Schuldner einer Entgeltforderung“ und andere neue Rechtsbegriffe, NJW 2004, 2501–2503, 2501 f.; *MüKoBGB/Ernst*, 8. Aufl. 2019, § 286, Rn. 83.

20 Richtlinie 2000/35/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 29. Juni 2000 zur Bekämpfung von Zahlungsverzug im Geschäftsverkehr, Amtsblatt EG Nr. L 200 vom 08/08/2000, 35–38.

21 § 284 Abs. 3 S. 1 BGB a. F., Eingefügt durch das Gesetz zur Beschleunigung fälliger Zahlungen, BGBl. 2000, 330.

Symptomatisch für den Niveauverfall in der Gesetzgebung sind auch die 2014 reformierten Normen zum Widerrufsrecht bei Verbraucherverträgen in den §§ 355–361 ff. BGB, die mit ihrem Vollständigkeitsstreben an das preußische Allgemeine Landrecht von 1794 erinnern, anders als die handwerklich ordentlichen preußischen Vorschriften aber systematische, sprachliche und gedankliche Mängel aufweisen. Schon immer waren die 2000 in das BGB aufgenommenen Regelungen zum Widerrufsrecht misslungen,²² aber die Reform von 2014 hat es noch schlimmer gemacht. In Anlehnung an *Friedrich Carl von Savigny*, der zu Beginn des 19. Jahrhunderts seiner Zeit die Fähigkeit zu Gesetzgebung und Rechtswissenschaft abgesprochen hat,²³ kann man mit Werner Flume nur den „Beruf unserer Zeit für die Gesetzgebung“ in Abrede stellen.²⁴ Und manch einem bleibt nur der verzweifelte Ausruf „Man könnte heulen!“²⁵

5 Insbesondere: „Schuldrechtsmodernisierung“ und „Pflichtverletzung“

Welche Folgen es hat, wenn die Dogmengeschichte als Teil der zivilrechtlichen Dogmatik unberücksichtigt bleibt, hat sich bei der 2002 in Kraft getretenen Reform des deutschen Schuldrechts gezeigt. Eine fast tragische Rolle spielte der Bonner Zivilrechtler *Ulrich Huber*, einer der besten Kenner des Leistungsstörungs- und des Kaufrechts.²⁶ Anfang der achtziger Jahre hatte er in seinen Gutachten für das Bundesjustizministerium die grundsätzliche Reformbedürftigkeit des deutschen Leistungsstörungsrechts bejaht.²⁷ In seinen späteren gründlichen und auch dogmenhistorischen Untersuchungen dieser Materie²⁸ stellte er dann aber fest, dass manche Normen des BGB von 1900 schlicht nicht mehr richtig verstanden werden, weil uns heute der gemeinrechtliche Hintergrund der Verfasser des BGB fehlt.

22 Vernichtende Kritik bei *Werner Flume*, Vom Beruf unserer Zeit für die Gesetzgebung, Die Änderungen des BGG durch das Fernabsatzgesetz, ZIP 2000, 1427–1430, 1429.

23 *Friedrich Carl von Savigny*, Vom Beruf unserer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft, Heidelberg 1814.

24 S. Fn. 22.

25 So *Horst-Dieter Hensen*, Das Fernabsatzgesetz oder: Man könnte heulen, ZIP 2000, 1151–1152.

26 Dazu *Christian Hattenhauer*, Zum praktischen Nutzen der Rechtsgeschichte in der Gesetzgebung – der Einfluss Ulrich Hubers auf das Schuldrechtsmodernisierungsgesetz, in: Jörn Eckert (Hrsg.), Der praktische Nutzen der Rechtsgeschichte – Hans Hattenhauer zum 8. September 2001, Heidelberg 2003, 191–201.

27 *Ulrich Huber*, Empfiehlt sich die Einführung eines Leistungsstörungsrechts nach dem Vorbild des Einheitlichen Kaufgesetzes? Welche Änderungen im Gesetzestext und welche praktischen Auswirkungen im Schuldrecht würden sich dabei ergeben?, in: Bundesminister der Justiz (Hrsg.), Gutachten und Vorschläge zur Überarbeitung des Schuldrechts, Bd. 1, Köln 1981, 647–909.

28 *Ulrich Huber*, Leistungsstörungen, 2 Bde., Tübingen 1999.

Seine dogmengeschichtlichen Erkenntnisse machten den Gutachter *Huber* zu einem der schärfsten Kritiker des vom Bundesjustizministerium im Jahr 2000 vorgelegten Diskussionsentwurfs eines Schuldrechtsmodernisierungsgesetzes.²⁹ Doch die Geister, die er gerufen hatte, wurde er nicht mehr los. Zwar führte seine Kritik zu einer hastigen Überarbeitung des Leistungsstörungenrechts. An dessen Grundausrichtung änderte sich aber nichts. So blieb es insbesondere bei dem von *Huber* zu Recht bekämpften neuen Zentralbegriff der „Pflichtverletzung“.³⁰ *Huber* selbst hatte in seinem Gutachten den Begriff der Nichterfüllung als Grundkategorie des Leistungsstörungenrechts vorgeschlagen.³¹

Im praktischen Umgang versagt der Begriff der „Pflichtverletzung“ bereits bei der Unmöglichkeit der Leistung. In diesem Fall trifft den Schuldner keine Leistungspflicht, die er verletzen könnte. Man behilft sich überwiegend damit, im Ausbleiben der Leistung eine „objektive“ Pflichtverletzung zu sehen, also doch wieder auf die Nichterfüllung abzustellen.³² Vor allem aber steht die neue Ausrichtung auf die Pflichtverletzung für einen grundlegenden Systemwechsel, der offenbar aus blanker Ahnungslosigkeit erfolgte. Unzutreffend gingen die Schuldrechtsreformer davon aus, zwischen Pflichtverletzung und Nichterfüllung bestehe „nur ein verbaler, kein sachlicher Unterschied“.³³ Denn während die „Nichterfüllung“ bei der Erwartung des Gläubigers einer Leistung ansetzt, also beim Leistungserfolg, geht es bei der „Pflichtverletzung“ um das Verhalten des Schuldners, also um die Leistungshandlung.

Wir sind wieder auf dem Stand des preußischen Allgemeinen Landrechts von 1794,³⁴ das nach der damals einflussreichen, auf *Cicero* zurückgehenden Pflichtenlehre

29 Ulrich *Huber*, Das geplante Recht der Leistungsstörungen, in: Wolfgang Ernst, Reinhard Zimmermann (Hrsg.), Zivilrechtswissenschaft und Schuldrechtsreform, Tübingen 2001, 31–183.

30 *Huber*; Das geplante Recht der Leistungsstörungen (Fn. 29), 93 ff.

31 S. den Formulierungsvorschlag *Hubers* zu § 275 Abs. 1: „Erfüllt der Schuldner seine Verbindlichkeit nicht, insbesondere indem er die geschuldete Leistung nicht zur bestimmten Zeit oder nicht in der nach dem Inhalt des Schuldverhältnisses geschuldeten Art und Weise bewirkt oder indem er einer Unterlassungspflicht zuwiderhandelt (Nichterfüllung), so kann der Gläubiger Erfüllung und Ersatz des ihm entstandenen Schadens verlangen“, *Huber*, Gutachten (Fn. 27), 671, 699–702. Eingehende und zutreffende Kritik des Begriffs „Pflichtverletzung“ bei *Martin Schermaier*, Kommentierung der §§ 280–285 BGB (Schadensersatz wegen Pflichtverletzung), in: Joachim Rückert, Mathias Schmoekel, Reinhard Zimmermann (Hrsg.), Historisch-kritischer Kommentar zum BGB, Bd. 2, Allgemeines Schuldrecht, Tübingen 2007, Rn. 1–44.

32 Kritisch bereits *Werner Flume*, Zu dem Vorhaben der Neuregelung des Schuldrechts, ZIP 1994, 1497–1501, 1497 f.; s. auch *Hans Brox*, *Wolf-Dietrich Walker*, Allgemeines Schuldrecht, 43. Aufl., München 2019, § 22, Rn. 51.

33 Bundesminister der Justiz (Hrsg.), Abschlußbericht der Kommission zur Überarbeitung des Schuldrechts, Köln 1992, 30; BT-Drs. 14/6040, 92.

34 ALR I 5 § 285: Wer bey Abschließung oder Erfüllung des Vertrags seine Pflichten vorsätzlich, oder aus grobem Versehen, verletzt hat, muß dem Andern sein ganzes Interesse vergüten.

*Samuel Pufendorfs*³⁵ die Schadensersatzhaftung des Schuldners an die Verletzung einer Pflicht knüpfte.³⁶ Pufendorf hatte im 17. Jahrhundert in Heidelberg den weltweit ersten Lehrstuhl für Natur- und Völkerrecht inne. Doch auch mit Lokalpatriotismus mag keine rechte Freude aufkommen. Denn das reformierte Schuldrecht fällt hinter die dogmatischen Fortschritte des 19. Jahrhunderts zurück:³⁷ Auf der Grundlage von *Immanuel Kants* Unterscheidung von Recht und Moral stellte *von Savigny* dem Recht nicht mehr die Pflicht, sondern die Verbindlichkeit (*obligatio*) gegenüber. Als deren Gegenstand erkannte man den Leistungserfolg. Spätestens damit war die Haftung für Nichterfüllung begründet, die das Leistungsstörungenrecht des BGB übernahm. Entgegen den Schuldrechtsreformern beruhte der von *Huber* vorgeschlagene Begriff der Nichterfüllung daher nicht auf einer „ungewohnten Terminologie“,³⁸ sondern formulierte lediglich klar das dem BGB (und anderen Rechtsordnungen) bereits zugrunde liegende Konzept.

Insbesondere weist der Begriff der „Pflichtverletzung“ zurück auf Reformvorschläge der NS-Zeit. Darauf hat schon *Werner Flume* bei der Diskussion des Entwurfs der Schuldrechtsreformkommission von 1992³⁹ auf dem Deutschen Juristentag 1994 hingewiesen.⁴⁰ Im Jahr 1936 formulierte *Heinrich Stoll* in § 3 Abs. 1 seines Gesetzesentwurfs für die Akademie für Deutsches Recht: „Wer vorsätzlich oder fahrlässig seine Verpflichtungen (Leistungspflicht oder Schutzpflicht) verletzt, ist zum Ersatz des daraus entstehenden Schadens verpflichtet“.⁴¹ Hinter dieser Abkehr vom Gedanken der Nichterfüllung stand die nationalsozialistische Rechtsideologie, genauer der Gedanke der Volksgemeinschaft mit dem Prinzip der Vertragstreue als dessen besondere Ausprägung.⁴² Nach *Karl Larenz* war „Vertragsbruch [...] Rechtsbruch, Verletzung

35 *Samuel Pufendorf*, *De officio hominis et civis juxta legem naturalem libri duo*, Lund 1673.

36 HKK/Schermaier, §§ 280–285, Rn. 9 f., 13.

37 Näher HKK/Schermaier, §§ 280–285, Rn. 11 ff.

38 Abschlußbericht der Kommission zur Überarbeitung des Schuldrechts (Fn. 33), 129.

39 S. Fn. 33.

40 *Flume*, ZIP 1994, 1497; näher HKK/Schermaier, §§ 280–285, Rn. 24 ff.; *Jan Thiessen*, *Wirtschaftsrecht und Wirtschaftsrechtler im Schatten der NS-Vergangenheit*, in: Manfred Görtemaker, Christoph Safferling (Hrsg.), *Die Rosenburg. Das Bundesministerium der Justiz und die NS-Vergangenheit – eine Bestandsaufnahme*, 2. Aufl., Göttingen 2013, 204–295, 231 ff.

41 *Heinrich Stoll*, *Die Lehre von den Leistungsstörungen*, Denkschrift des Ausschusses für Personen-, Vereins- und Schuldrecht, Tübingen 1936, 62, 130; Gesetzesvorschlag auch bei *Werner Schubert* (Hrsg.), *Volksgesetzbuch, Teilentwürfe, Arbeitsberichte und sonstige Materialien*, Berlin, New York 1988, 271 (dort allerdings fälschlich „Erlass“ statt „Ersatz“).

42 „Verträge sind das rechtliche Mittel zur Gestaltung der wirtschaftlichen und sozialen Beziehungen der Volksgenossen untereinander. Sie müssen der Erfüllung der großen Aufgabe dienen, die Güterverteilung in der Volksgemeinschaft sinnvoll zu regeln. Niemand darf Verträge zu rücksichtsloser Verfolgung eigener Interessen mißbrauchen. Kein Vertrag darf dem Wohl der Gesamtheit zuwiderlaufen. Schuldner und Gläubiger müssen beim Abschluß eines Rechtsgeschäftes aufeinander gebührende Rücksicht nehmen und haben zur Erreichung des Vertragszweckes gegenseitig vertrauensvoll zusammenzuwir-

der Vertragspflicht, Verletzung einer Rechtspflicht, d. h. ein Handeln, das sich nicht nur gegen den anderen Vertragsgenossen, sondern zugleich gegen die Ordnung der Gemeinschaft richtet.“⁴³ Nicht die Unmöglichkeit der Leistung oder deren Verzögerung sei der eigentliche Grund für die Haftung des Schuldners, sondern die dem „zugrunde liegende vertragswidrige Handlungsweise, die Pflichtverletzung, das vertragliche Unrecht“.⁴⁴ Vor der Akademie für Deutsches Recht betonte *Larenz*, der dort nach *Stolls* Tod dessen Referat übernommen hatte, als „entscheidend für die Haftung in der Tat die schuldhafte Pflichtverletzung. Dies herauszustellen liegt in der Linie unseres [= nationalsozialistischen] Rechtsdenkens, das den Pflichtgedanken auch im Rechtsverkehr voranstellt“.⁴⁵

Nach 1945 blieb es bei der allgemeinen Akzeptanz, die das vertragliche Pflichtendenken in der NS-Zeit erlangt hatte; die ideologischen Schlüsselbegriffe begegnen natürlich nicht mehr.⁴⁶ *Flumes* Verdacht einer Nähe zu den nationalsozialistischen Reformplänen wies *Dieter Rabe*, ehemaliges Mitglied der Schuldrechtsreformkommission⁴⁷ zurück: Die Kommission habe sich überhaupt nicht mit den Arbeiten der Akademie für Deutsches Recht befasst.⁴⁸ Die Unkenntnis dieser Arbeiten räumt allerdings nicht den Verdacht aus, dass der Geist des antiliberalen und antiindividualistischen NS-Zivilrechts in dem Begriff heute nicht nur fortwirkt, sondern mit dem Begriff der Pflichtverletzung sogar unbewusst seine gesetzliche Verankerung gefunden hat.⁴⁹ Denn durch diesen Leitbegriff sind Kollektivpflichten zum gesetzlichen Leitbild der auf Leistungsaustausch gerichteten individuellen Rechtsbeziehungen ge-

ken. [...] Die Vertragstreue ist die Grundlage des Rechtsverkehrs und einer gesunden Wirtschaft. Wer sie bricht, schädigt die Gemeinschaft. [...]“, *Stoll* (Fn. 41), 58 f., 128, bei *Schubert* (Fn. 41), 270.

43 *Karl Larenz*, *Vertrag und Unrecht*, I. Teil: Vertrag und Vertragsbruch, Hamburg 1936, 166.

44 *Larenz*, *Vertrag und Unrecht* (Fn. 43), 185, Hervorhebungen im Original.

45 *Karl Larenz*, Referat von Karl Larenz: Leistungsstörungen, in: Werner Schubert (Hrsg.), *Akademie für Deutsches Recht 1933–1945*, Protokolle der Ausschüsse, Bd. III/5, Berlin, New York 1993, 68 ff., 71.

46 Ausführlich *HKK/Schermaier*, §§ 280–285, Rn. 27 ff.

47 Auflistung der Mitglieder der Schuldrechtskommission in: *Abschlußbericht der Kommission zur Überarbeitung des Schuldrechts* (Fn. 33), 13 f.

48 So der Hamburger Rechtsanwalt *Dieter Rabe* als Mitglied der Schuldrechtsreformkommission, *Dieter Rabe*, *Pflichtverletzung als Grundtatbestand des Leistungsstörungenrechts*, ZIP 1996, 1652–1657, 1655. Unklar ist, auf welchem Weg die „Pflichtverletzung“ 2002 als Leitbegriff in das BGB gekommen ist. Der Abschlussbericht der Schuldrechtsreform von 1992 und die Regierungsbegründung nennen als Urheber *Uwe Diederichsen*, Mitglied der Kommission zur Reform des Schuldrechts (s. Fn. 47), *Abschlußbericht der Kommission zur Überarbeitung des Schuldrechts* (Fn. 33), 130 (zu § 280 BGB-KE); BT-Drs. 14/6040, 133 f. In dem zitierten Aufsatz kritisiert *Diederichsen* aber lediglich den von *Huber* vorgeschlagenen Oberbegriff der Nichterfüllung, weil dieser Schutz- und Verhaltenspflichten nicht erfasse, *Uwe Diederichsen*, *Zur gesetzlichen Neuordnung des Schuldrechts*, AcP 182 (1982), 101–125, 117 ff. Nach *Rabe* hat die Kommission diese Bedenken aufgegriffen und den Begriff der Pflichtverletzung an die Stelle der Nichterfüllung gesetzt, *Diederichsen* selbst habe damals noch die herkömmlichen Einzelatbestände der Leistungsstörungen für unverzichtbar gehalten, *Rabe*, ZIP 1996, 1655 mit Fn. 62.

49 So auch *Thiessen* (Fn. 40), 231 ff.

worden. Nach den Schuldrechtsreformern beruht die Ausrichtung des Leistungsstörungenrechts auf die Pflichtverletzung „auf einer Weiterentwicklung und Verallgemeinerung der Grundsätze über die Haftung wegen positiver Forderungsverletzung“.⁵⁰ Dieses Institut ist eine Frucht der „Flucht aus dem Deliktsrecht“ in das für den Geschädigten regelmäßig günstigere Schadensrecht des Schuldverhältnisses. Seit 2002 ist mit § 241 Abs. 2 BGB auch gesetzlich bestimmt, dass – im Kern deliktsrechtliche – Schutzpflichten im Schuldverhältnis gelten. Zwar weist der Wortlaut des § 241 Abs. 1 mit der Regelung der Berechtigung des Gläubigers nach wie vor in die andere Richtung als die neue Überschrift „Pflichten aus dem Schuldverhältnis“ der Norm. Doch hat mit der Ausrichtung auf die Pflicht des Schuldners eine „als Behelf gedachte Haftung zwischen Vertrag und Delikt [...] das Leistungsstörungenrecht des BGB insgesamt erobert“.⁵¹ Besteht in der Sache ein Unterschied zwischen den im Kern deliktsrechtlichen und damit gegenüber „Jedermann“ geltenden Pflichten des § 241 Abs. 2 BGB und den Pflichten gegenüber der „Volksgemeinschaft“?

Wie dem auch sei. In jedem Fall ist aus Unkenntnis historischer und dogmatischer Zusammenhänge über die „Pflichtverletzung“ aus dem deutschen Schuldrecht, dem Recht der Obligationen, der Verbindlichkeiten, heute ein moralisierendes und damit ideologisch anfälliges „Pflichtenrecht“ geworden, aus dem „Leistungsstörungenrecht“ ein „Pflichtverletzungsrecht“. Statt des Rechtsbegriffs der *obligatio* steht (wieder) der Moralbegriff des *officium* im Mittelpunkt. Und obwohl man sich „international sehen lassen“ wollte⁵² und sich (vermeintlich) an das UN-Kaufrecht anlehnte,⁵³ hat die Reform das deutsche Schuldrecht international isoliert. Keine andere nationale oder internationale Rechtsordnung knüpft die Haftung des Schuldners ausschließlich an dessen Verhalten.⁵⁴ Ja, man könnte wirklich heulen!

Der jämmerliche Verlauf der deutschen Schuldrechtsreform war ein Weckruf für die rechtshistorische Zunft. Jedenfalls bei künftigen Projekten soll es nicht an den Rechtshistorikern liegen, wenn sich in der Gesetzgebung Unkenntnis dogmenhistorischer

50 Abschlußbericht der Kommission zur Überarbeitung des Schuldrechts (Fn. 33), 30; BT-Drs. 14/6040, 92.

51 HKK/Schermaier, §§ 280–285, Rn. 44.

52 So der Vertreter des Bundesjustizministeriums *Hubert Weis*, Einführung in den Diskussionsentwurf, in: Wolfgang Ernst, Reinhard Zimmermann (Hrsg.), *Zivilrechtswissenschaft und Schuldrechtsreform*, Tübingen 2001, 25–30, 28 ff. Mit einem modernen Schuldrecht hoffte man, bei der Europäisierung des Zivilrechts eine Vorreiterrolle übernehmen zu können, in diesem Sinne *Jürgen Schmidt-Räntsch*, zit. nach *Barbara Dauner-Lieb*, Die geplante Schuldrechtsmodernisierung – Durchbruch oder Schnellschuß?, *JZ* 2001, 8–17, 10, Fn. 25; weitere Nachweise bei HKK/Schermaier, §§ 280–285, Rn. 44, Fn. 327.

53 Abschlußbericht der Kommission zur Überarbeitung des Schuldrechts (Fn. 33), 30; BT-Drs. 14/6040, 92; näher HKK/Schermaier, §§ 280–285, Rn. 1.

54 HKK/Schermaier, §§ 280–285, Rn. 44.

und rechtsvergleichender Zusammenhänge zeigt. Daher wurde der Historisch-kritische Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch begründet, der die Institute des BGB in den historischen und internationalen Zusammenhang stellt. Mittlerweile liegen umfangreiche Bände zum Allgemeinen Teil, zum Allgemeinen und zum Besonderen Schuldrecht sowie zum Familienrecht vor.⁵⁵

6 Vor allem: Die Bewahrung des Rechtsstaats – Donald Trump und die „Akte Rosenberg“

Schließlich und vor allem lehrt die Rechtsgeschichte, dass das im Laufe der Jahrhunderte mühsam Erreichte nicht selbstverständlich ist und uns daher auch nicht selbstverständlich erhalten bleibt. Dabei wirkt die Klage über die Vulgarisierung des deutschen Zivilrechts fast lächerlich, wenn es um die Bewahrung des über Jahrhunderte erkämpften Rechtsstaats geht. Die derzeit überall vorhandene Neigung zur Aufweichung rechtsstaatlicher Vorgaben ist ein Alarmsignal.

So kam vor zwei Wochen morgens die Meldung im Radio, dass der neue US-Präsident *Donald Trump* das simulierte Ertränken beim „Waterboarding“ als legitime staatliche Maßnahme im Kampf gegen den Terrorismus ansieht.⁵⁶ Es war schon etwas merkwürdig, unmittelbar danach in der Vorlesung die Regulierung der Folter durch die Peinliche Halsgerichtsordnung Kaiser *Karls V.* von 1532 und dann ihre Abschaffung im Zuge der Aufklärung zu behandeln. Und heute [10.2.2017] steht ganz oben in FAZ-online das eindrucksvolle Foto einer demonstrierenden Amerikanerin. Sie trägt ein Schild mit der Aufschrift: „As an American, I never thought I'd need a sign with ‚SUPPORT THE RULE OF LAW‘ on it.“

Uns Deutsche und gerade uns deutsche Juristen lehrt vor allem die jüngere deutsche Geschichte des NS-Terrorstaats, dass wir die in der westlichen Rechtstradition erreichten rechtsstaatlichen Errungenschaften bewahren und verteidigen müssen. Diesem Ziel dienen Überlegungen des Bundesjustizministeriums zu einer Ergänzung der Gegenstände des juristischen Studiums. Den Anlass bildet der zweifelhafte Umgang mit der NS-Vergangenheit in der Nachkriegszeit und insbesondere die Fortbeschäftigung belasteter Juristen in der Justiz und im Bundesjustizministerium.

55 Joachim Rückert, Mathias Schmoeckel, Reinhard Zimmermann (Hrsg.), Historisch-kritischer Kommentar zum BGB, Bd. 1, Allgemeiner Teil, Tübingen 2003, Bd. 2, Allgemeines Schuldrecht, Tübingen 2007, Bd. 3, Besonderes Schuldrecht, Tübingen 2013, Bd. 4 (sic!), Familienrecht, Tübingen 2018.

56 Trump spielt mit der Folter, <https://www.faz.net/aktuell/politik/trumps-praesidentschaft/waterboarding-trump-spielt-mit-der-folter-14759230.html> v. 26.1.2017, (zuletzt geprüft am 17.11.2019).

Das war zwar bekannt, hat aber durch die 2016 vorgelegte Untersuchung „Die Akte Rosenburg“ einige Aufmerksamkeit erhalten.⁵⁷ Das Ministerium plant, in § 5a Abs. 2 S. 3 DRiG hinter die dort genannten „philosophischen, geschichtlichen und gesellschaftlichen Grundlagen“ des Rechts die Worte „unter Einbeziehung des deutschen Justiz-Unrechts des 20. Jahrhunderts“ einzufügen.⁵⁸

Ob das der richtige Weg ist, ist zweifelhaft. Zwar ist die Sorge um den ethisch verantwortungsvoll handelnden Juristen vor dem Hintergrund der deutschen Erfahrungen im 20. Jahrhundert verständlich und richtig. Doch gibt es über die Umsetzung dieser Ziele im Studium keine klaren Vorstellungen. So ist ungeklärt, wie die zusätzlichen Lehrveranstaltungen aussehen sollen, wer sie halten und, vor allem, wer sie bezahlen soll. Insgesamt besteht die Gefahr bloßer Symbolgesetzgebung, die der Sache mehr schaden als nützen würde. Schon die Ausrichtung auf die NS-Diktatur⁵⁹ ist zu eng.

Dass sich Justizunrecht nicht auf das 20. Jahrhundert beschränkt, zeigt sich etwa an den Hexenprozessen der Frühen Neuzeit. Und auch die DDR war ein Unrechtsstaat.⁶⁰

Schließlich ist auch die unterschwellige Unterstellung zurückzuweisen, Justizunrecht werde im Studium nicht behandelt. Die Rechtsgeschichte leistet schon jetzt ihren Bei-

57 *Manfred Görtemaker, Christoph Safferling*, Die Akte Rosenburg. Das Bundesjustizministerium und die NS-Zeit, München 2016. Eine Zusammenfassung bietet die Broschüre des Bundesministeriums für Justiz und Verbraucherschutz unter https://www.bmjbv.de/SharedDocs/Publikationen/DE/Akte_Rosenburg_Geschichtsband_1.html (zuletzt geprüft am 17.11.2019).

58 S. die treffende Kritik von *Joachim Lege*. Wenn der Teufel wiederkommt. Jura-Studium heute und NS-Unrecht, FAZ v. 7.6.2018, 10. Skeptisch auch der Beschluss 2018/II des Deutschen Juristen-Fakultätentags (<https://www.djft.de/beschluesse/>, (zuletzt geprüft am 17.11.2019)). Ob man im Bundesjustizministerium die von dem damaligen Justizminister Heiko Maas angeregten (https://www.bmjbv.de/SharedDocs/Artikel/DE/2016/10102016_Rosenburg.html v. 10.10.2016, (zuletzt geprüft am 17.11.2019)) und von seiner Nachfolgerin Katarina Barley fortgeführten Reformpläne (s. <https://www.spiegel.de/lebenundlernen/uni/katarina-barley-ns-vergangenheit-soll-pflicht-im-jurastudium-werden-a-1208341.html> v. 17.5.2018, (zuletzt geprüft am 17.11.2019)) weiterverfolgt, bleibt abzuwarten.

59 In diesem Sinne auch der Koalitionsvertrag von SPD und CDU v. 12.3.2018 (<https://www.bundesregierung.de/breg-de/themen/koalitionsvertrag-vom-12-maerz-2018-975210>, (zuletzt geprüft am 17.11.2019)): „Wir wollen das historische Bewusstsein für das nationalsozialistische Unrecht schärfen, um aus den dunklen Kapiteln unserer Vergangenheit lernen zu können. Wir sind uns einig, dass die Auseinandersetzung mit dem nationalsozialistischen Justizunrecht auch Teil der Juristenausbildung ist.“

60 So die Mehrheit der Justizminister auf ihrer Herbstkonferenz 2019 aus Anlass des 30-jährigen Jahrestages des Mauerfalls, Beschluss zu TOP I. 20. (https://schleswig-holstein.de/DE/Schwerpunkte/JUMIKO2019/Downloads/191107_beschluesse/TOPI_20.html, (zuletzt geprüft am 17.11.2019)). Gegen den Satz „Der Sehnsucht nach Freiheit und demokratischer Mitbestimmung hatte der Unrechtsstaat der DDR im Herbst 1989 nichts mehr entgegenzusetzen“ hat der Justizminister Brandenburgs (Linke) gestimmt, die Justizsenatoren von Berlin und Hamburg (jeweils Grüne) und die Justizsenatorin von Bremen (SPD) haben sich enthalten, <https://www.bild.de/geld/mein-geld/mein-geld/justizministerkonferenz-vier-minister-ddr-war-kein-unrechtsstaat-65884910.bild.html>, (zuletzt geprüft am 17.11.2019).

trag zu der ethischen Sensibilität, über die wir Juristen bei der Pflege und Bewahrung des Rechtsstaats, bei der Ausübung der dritten Gewalt im Staat, verfügen müssen. Die rechtshistorischen Lehrveranstaltungen vermitteln mit den Veranstaltungen in den anderen Grundlagenfächern selbstverständlich bereits heute die „philosophischen, geschichtlichen und gesellschaftlichen Grundlagen“ gerade auch unter Einbeziehung des deutschen Justizunrechts. Entgegen verbreiteter studentischer Auffassung sind die Lehrangebote in den Grundlagenfächern Pflichtveranstaltungen; dass man tatsächlich nur eine Veranstaltung besucht, weil für die Meldung zum Examen meist nur ein einziger „Grundlagenschein“ erforderlich ist, steht auf einem anderen Blatt. Schon jetzt können in der mündlichen Examensprüfung ohne weiteres Fragen zum NS-Unrecht kommen. Möglicherweise ist das unbekannt, wenn Vertreter des Bundesverbandes rechtswissenschaftlicher Fachschaften e. V. eine eigene Lehrveranstaltung zum NS-Unrecht mit pflichtiger Abschlussprüfung fordern.⁶¹

7 Darum Rechtsgeschichte

Ich komme zum Schluss: Die wichtigste Aufgabe der Rechtsgeschichte besteht darin, gemeinsam mit den anderen Grundlagenfächern mit dem Blick über den Tellerrand des geltenden Rechts den weiten Horizont zu schaffen, den jeder Jurist haben muss, um seinen Aufgaben in Rechtssetzung und Rechtspflege verantwortungsvoll nachzukommen. Recht und Rechtswissenschaft sind über lange Zeit erreichte und zum Teil auch erkämpfte und erlittene Kulturleistungen. Dass sie es bleiben, dafür ist ein vertieftes rechtswissenschaftliches Studium an einer Universität erforderlich, in dem insbesondere auch die Rechtsgeschichte ihre Aufgabe hat.

Darum Rechtsgeschichte!

61 Vorschlag auf der zweiten Sitzung einer „hochrangigen Arbeitsgruppe zu den Schlussfolgerungen aus dem Rosenberg-Projekt“ im Bundesjustizministerium am 12.9.2017.

III WARUM RECHTSPHILOSOPHIE?

MARTIN BOROWSKI

Seit Recht als soziale Institution existiert, werden rechtsphilosophische Fragen gestellt. In der praktischen Entscheidung rechtlicher Fragen stehen jedoch meist rechtsdogmatische Regeln, Prinzipien und Institutionen im Vordergrund. Insbesondere die deutsche Rechtstradition hat eine breite Schicht rechtsdogmatischen Wissens systematisch erarbeitet. Aus der Perspektive der Rechtspraxis entsteht bisweilen der Eindruck, man könne sich ganz oder doch weitgehend auf die Rechtsdogmatik beschränken. Die Frage lautet dann: „Warum Rechtsphilosophie?“

1 Was ist Rechtsphilosophie?

Wenn man einer Antwort auf diese Frage näherkommen will, muss man zunächst bestimmen, was Rechtsphilosophie eigentlich ist. Um es so kurz wie möglich zu sagen: Rechtsphilosophie besteht in der Argumentation über die Natur des Rechts.¹ Die Natur eines Gegenstandes besteht vor allem in seinen notwendigen und bloß möglichen Eigenschaften. In der Diskussion um die Natur des Rechts stehen drei Grundfragen im Vordergrund: Die Frage nach der Ontologie des Rechts, die Frage nach der institutionellen Dimension des Rechts sowie diejenige nach der Moralität des Rechts.²

1.1 Die Ontologie des Rechts

Bei der ersten Grundfrage nach der Ontologie des Rechts geht es darum, (i) aus welchen Arten von Gegenständen das Recht besteht und (ii) mit Hilfe welcher Relationen diese Gegenstände im Recht verbunden werden.³ Unstreitig besteht das Rechtssystem zumindest auch aus physischen Gegenständen und Relationen zwischen ihnen. Physische Gegenstände sind beispielsweise körperliche Gegenstände,⁴ positive Hand-

1 Robert Alexy, *The Nature of Arguments about the Nature of Law*, in: *Rights, Culture, and the Law – Themes from the Legal Philosophy of Joseph Raz*, L. Meyer/S. L. Paulson/T. W. Pogge (Hrsg.), Oxford 2003, S. 3–16 (4): „Legal philosophy is argumentation about the nature of law.“

2 Vgl. hierzu auch Robert Alexy, *The Nature of Law*, in: *Ratio Juris* 17 (2004), S. 156–167 (159–160).

3 Vgl. Alexy, *The Nature of Arguments about the Nature of Law* (Fn. 1), S. 5–6; Alexy, *The Nature of Law* (Fn. 2), S. 161–162; Robert Alexy, *The Nature of Legal Philosophy*, in: *Associations* 7 (2003), S. 63–75 (69–70).

4 Vgl. beispielsweise § 90 BGB.

lungen oder Unterlassungen von Handlungen.⁵ Eine Relation zwischen physischen Gegenständen besteht etwa in der Kausalität als Verknüpfung von Ursache und Wirkung.⁶ Weiter wird nicht ernsthaft bezweifelt, dass im Recht auch psychische Gegenstände relevant sind – nämlich rechtserhebliches Wissen und Wollen von Personen.⁷ Die ontologisch bedeutsame Frage lautet, ob man das Recht vollständig auf diese Arten von Gegenständen und Relationen reduzieren kann, wie es der Rechtsrealismus behauptet – in den Spielarten des skandinavischen Rechtsrealismus⁸ oder des „American Legal Realism“.⁹ Nach einer verbreiteten Intuition verfehlt eine derartige

-
- 5 Um nur die Abgrenzung von Tun und Unterlassen zu erwähnen, die im Strafrecht die Handlungsdelikte von den Unterlassungsdelikten differenziert.
 - 6 Sowohl im Strafrecht als auch im zivilrechtlichen Deliktsrecht wird eine Schädigungshandlung – vorbehaltlich weitergehender Anforderungen der objektiven Zurechnung – gerade dadurch charakterisiert, dass sie sich als kausal für einen Verletzungserfolg erweist.
 - 7 Um „Wissen und/oder Wollen“ zu illustrieren, mag ein Hinweis auf die Anforderungen des subjektiven Tatbestandes im Strafrecht und im zivilrechtlichen Deliktsrecht ausreichen. Hier ist regelmäßig die Unterscheidung zwischen bewusster Fahrlässigkeit einerseits und dem bedingten Vorsatz bedeutsam, zudem existierten mit dem *dolus directus* 1. und 2. Grades weitere Formen des Vorsatzes.
 - 8 Der skandinavische Rechtsrealismus geht zurück auf die Schriften des schwedischen Philosophen *Axel Hägerström*, der als Naturalist jede Form von Metaphysik ablehnte und damit die Existenz von Werten und die Möglichkeit ihrer Erkenntnis grundlegend bestritt. Dieser Grundlinie folgend entwickelten vor allem *Alf Ross* und *Karl Olivecrona* seit den späten zwanziger Jahren des 20. Jahrhunderts die skandinavische Variante des Rechtsrealismus, vgl. hierzu vor allem *Jes Bjarup*, *The Philosophy of Scandinavian Legal Realism*, in: *Ratio Juris* 18 (2005), S. 1–15; *Torben Spaak*, *Karl Olivecrona's Legal Philosophy – A Critical Appraisal*, in: *Ratio Juris* 24 (2011), S. 156–193. Zu Gemeinsamkeiten zwischen der skandinavischen und der amerikanischen Variante des Rechtsrealismus sowie Unterschieden zwischen diesen Varianten siehe *Brian Leiter*, *Legal Realisms, old and new*, in: *Valparaiso University Law Review* 47 (2013), S. 949–963; vgl. auch *Thomas Mautner*, *Some Myth about Realism*, in: *Ratio Juris* 23 (2010), S. 411–427.
 - 9 Der *American Legal Realism* entstand als Reaktion auf den als übertrieben wahrgenommenen Formalismus von Christopher Columbus Langdell von der Harvard University, der für seine „classroom laboratory method“ als Variante der induktiven Methode den Chemieunterricht zum Vorbild nahm. Hieran wurde von einer Reihe von sogenannten Protorealisten Kritik geübt, vor allem von *Oliver Wendell Holmes*, dem die berühmte Zeile „The life of the law has not been logic: it has been experience“ aus einer ohne Angabe des Verfassers publizierten Buchanzeige (*ohne Verfasser*, *Buchanzeigen*, *American Law Review* 14 [1880], S. 233) zugeschrieben wird, vgl. hierzu *Eleanor Little*, *The Early Readings of Justice Oliver Wendell Holmes*, *Harvard Library Bulletin* 8 (1954), S. 163–203 (2002), weiter von *John Chipman Gray*, *Benjamin Cardozo* (*The Nature of the Judicial Process*, New Haven/London 1921) und schließlich *Roscoe Pound* in seinem Aufsatz „Mechanical Jurisprudence“, in *Columbia Law Review* 7 (1908), S. 605–623. Pound war stark von deutschen Denkern beeinflusst, nicht zuletzt dem Gründervater der Rechtssoziologie überhaupt, Eugen Ehrlich, und auch von Hermann Kantorowicz. Anstatt dass Pound aber zum Gründervater des *American Legal Realism* avancierte, warf er den anderen Kritikern an Langdells Formalismus jedoch in der Pound-Llewellyn-Debatte mit seinem Aufsatz „The Call for a Realist Jurisprudence“ (*Harvard Law Review* 44 [1931], S. 697–711) „realistische Übertreibungen“ vor und wurde mit der Erwiderung von *Frank Llewellyn* mit dem Titel „Some Realism about Realism – Responding to Dean Pound“ (*Harvard Law Review* 44 [1931], S. 1222–1264) de facto zum Gegner der neuen Bewegung erklärt. In der US-amerikanischen Diskussion, die den *American Legal Realism* weiterhin als originären und selbständigen Beitrag der angelsächsischen Rechtskultur zur Rechtsphilosophie versteht, wird eher selten thematisiert, dass der *American Legal Realism* tiefreichende und starke Wurzeln in der deutschen Tradition der Rechtsphilosophie und Rechtssoziologie hat. Seine zentralen Thesen finden sich so gut wie vollständig in den Schriften der deutschen Freirechtslehre. Eine bemerk-

radikale Reduktion jedoch die Natur des Rechts. Das Recht ist gekennzeichnet durch eine dritte Art von Gegenständen, die man als abstrakte Gegenstände bezeichnen kann, nämlich spezifisch rechtliche Gegenstände wie „Rechte“, „Verpflichtungen“, „Forderungen“, „Ermächtigungen“, „rechtliche Normen“ und „rechtliches Sollen“. Die allgemeine Einsicht in die Notwendigkeit abstrakter Gegenstände hat Gottlob Frege, der Begründer der mathematischen Logik, Anfang des 20. Jahrhunderts prägnant formuliert:

„Ein drittes Reich muß anerkannt werden. Was zu diesem gehört, stimmt mit den Vorstellungen darin überein, daß es nicht mit den Sinnen wahrgenommen werden kann, mit den Dingen aber darin, daß es keines Trägers bedarf, zu dessen Bewußtseinsinhalte es gehört.“¹⁰

Abstrakte Gegenstände können nicht wie „Dinge“ im Sinne Freges (physische Gegenstände) mit den Sinnen wahrgenommen werden. Ihre Existenz hängt aber auch nicht davon ab, dass eine Person von ihnen *weiß* oder sie *will* (Wissen oder Wollen als „Vorstellungen“ im Sinne Freges, also psychische Gegenstände). In scharfer Ablehnung des Rechtsrealismus hat insbesondere Hans Kelsen mit seiner positivistischen Reinen Rechtslehre und seiner berühmten Grundnorm¹¹ versucht, die spezifische Normativität des Rechts zu begründen, ohne dabei auf eine notwendige Verbindung von Recht und Moral zurückzugreifen.¹² Als zentral für Kelsens Reine Rechtslehre erweist sich

kenswerte Ausnahme in der US-amerikanischen Diskussion findet sich in *James E. Herget/S. Wallace, The German Free Law Movement as the Source of American Legal Realism*, in: *Virginia Law Review* 73 (1987), S. 399–455. Zum *American Legal Realism* siehe insbesondere William W. Fisher/Morton J. Horwitz/Thomas A. Reed (Hrsg.), *American Legal Realism*, Oxford 1993; *Neil Duxbury, Patterns of American Jurisprudence*, Oxford 1995, S. 65–159; *Brian Leiter, Naturalizing Jurisprudence – Essays on American Legal Realism and Naturalism in Legal Philosophy*, Oxford 2007.

10 *Gottlob Frege, Der Gedanke. Eine logische Untersuchung, Beiträge zur Philosophie des deutschen Idealismus* 2 (1918/19), S. 58–77 (69). Wieder abgedruckt in: *Gottlob Frege, Logische Untersuchungen*, hrsgg. von G. Patzig, Göttingen 1966, S. 30–53 (43).

11 Zu Kelsens Grundnorm eines dynamischen Normensystems (hierzu sogleich im Text) vgl. insbesondere *Robert Alexy, Begriff und Geltung des Rechts*, 5. Aufl., Freiburg/München 2011, S. 155 ff.; *ders.*, *Hans Kelsens Begriff der Verfassung*, in: Stanley L. Paulson/Michael Stolleis (Hrsg.), *Hans Kelsen. Staatsrechtslehrer und Rechtstheoretiker des 20. Jahrhunderts*, Tübingen 2005, S. 333–352; *Joseph Raz, Kelsen's Theory of the Basic Norm*, in: *American Journal of Jurisprudence* 19 (1974), S. 94–111 (wieder abgedruckt in: *ders.*, *The Authority of Law*, 2. Aufl., Oxford 2009, S. 122–145); vgl. weiter *ders.*, *The Concept of a Legal System*, 2. Aufl., Oxford 1980, S. 95 ff.; *Stanley L. Paulson, A „Justified Normativity“ Thesis in Hans Kelsen's Pure Theory of Law? Rejoinders to Robert Alexy and Joseph Raz*, in: M. Klatt (Hrsg.), *Institutionalized Reason*, Oxford 2012, S. 61–110.

12 Beispielhaft für seinen Kampf gegen naturrechtliche Ideen *Hans Kelsen, Hauptprobleme der Staatsrechtslehre*, 2. Aufl., Tübingen 1923, S. V: „Die Reinheit der Lehre oder ... die Selbständigkeit des Rechtes als eines Gegenstandes wissenschaftlicher Erkenntnis bin ich [...] bemüht, nach zwei Richtungen hin sicher zu stellen. Einmal gegen die Ansprüche einer sogenannten ‚soziologischen‘ Betrachtung, die sich des Rechtes wie eines Stückes naturgegebener Wirklichkeit nach kausalwissenschaftlicher

die Unterscheidung von statischen und dynamischen Normensystemen. Laut Kelsen sind statische Normensysteme wie die Moral dadurch gekennzeichnet, dass konkretere Normen aus der Grundnorm mit Hilfe einer intellektuellen Operation gewonnen werden können.¹³ Charakteristisch für eine dynamische Normenordnung wie das Recht sei demgegenüber, dass eine Autorität mit der Rechtsmacht eingesetzt werde, Normen zu setzen.¹⁴ Das rechtliche Sollen – dass etwas *sein soll* – versteht Kelsen als „periphere Zurechnung“, eine spezifische Verknüpfung zwischen den Tatbestandsbedingungen und der Rechtsfolge, die nicht mit der naturwissenschaftlichen Kausalität verwechselt werden dürfe.¹⁵ Kelsens Grundnorm des Rechtssystems hat in der Literatur viel Aufmerksamkeit gefunden, eine Letztbegründung im strengen Sinne hat er jedoch nicht vorzulegen vermocht. Kelsen schließt mit einem transzendentalpragmatischen Argument davon, dass Gegenstände mit spezifisch rechtlicher Normativität tatsächlich existieren, und davon, dass nur Rechtsnormen in Form der Ermächtigung Fakten eine rechtserzeugende Bedeutung verleihen können, darauf, dass es eine oberste rechtliche Ermächtigung geben muss, die allem positiven Recht vorausgeht.¹⁶ Man muss also oberhalb der positiv gesetzten Verfassung eine Grundnorm annehmen, ohne die der Verfassungsgeber nicht zur Setzung der Verfassung ermächtigt wäre. Die Existenz rechtlicher Normativität wird damit aber nicht bewiesen, denn ein radikaler Skeptiker kann bezweifeln, dass Gegenstände mit spezifisch rechtlicher Normativität tatsächlich existieren, womit eine Prämisse des transzendentalpragmatischen Arguments bezweifelt werden kann. Diesen Punkt hat Kelsen durchaus klar

Methode bemächtigen will. Dann aber gegen die *Naturrechtslehre*, die – weil sie die ausschließlich und allein im positiven Recht gegebene Beziehungsgrundlage ignoriert – die Rechtstheorie aus dem Bereiche positiver Rechtssätze in den ethisch-politischer Postulate zieht.“ (Hervorhebungen im Original). Vgl. weiter *Hans Kelsen*, *Reine Rechtslehre*, 1. Aufl., Leipzig/Wien 1934, S. 12; *ders.*, *General Theory of Law and State*, übers. von A. Wedberg, Cambridge, Mass. 1945, S. 12–14; *ders.*, *Reine Rechtslehre*, 2. Aufl., Wien 1960, S. 60–71.

- 13 *Kelsen*, *Reine Rechtslehre*¹ (Fn. 12), S. 63; *ders.*, *General Theory of Law and State* (Fn. 12), S. 112; *ders.*, *Reine Rechtslehre*² (Fn. 12), S. 198. Allerdings ist es keineswegs plausibel, geschweige denn sicher, dass diese Charakterisierung zutrifft. Moralische Urteile können beispielsweise entscheidend von der Frage abhängen, auf welche Weise moralische Akteure ihre Autonomie ausüben. Indem autonome moralische Entscheidungen die moralische Situation unmittelbar zu ändern vermögen, wird eine moralische Ermächtigung vorausgesetzt, welche der Moral zumindest in gewisser Hinsicht einen dynamischen Charakter verleiht. Trifft dies zu, kann man sie nicht als bloß statisches Normensystem deuten. Kelsens Augenmerk lag allerdings nicht auf der Charakterisierung von Moral an sich, sondern er wollte das Recht mit seiner spezifischen Normativität so klar als möglich herausarbeiten und suchte es zu diesem Zweck mit der Moral zu kontrastieren.
- 14 *Kelsen*, *Reine Rechtslehre*¹ (Fn. 12), S. 62–67; *Kelsen*, *General Theory of Law and State* (Fn. 12), S. 112–113; *Kelsen*, *Reine Rechtslehre*² (Fn. 12), S. 198–200.
- 15 *Kelsen*, *Reine Rechtslehre*¹ (Fn. 12), S. 22, 57; *ders.*, *Reine Rechtslehre*² (Fn. 12), S. 79–86.
- 16 Eine Rekonstruktion dieses Arguments findet sich bei *Stanley L. Paulson*, Introduction, in: *Hans Kelsen*, *Introduction to the Problems of Legal Theory*, übersetzt von Bonnie Litschewski Paulson und Stanley L. Paulson, Oxford 1992 (Übersetzung der 1. Aufl. der *Reinen Rechtslehre* von 1934 ins Englische), S. xvii–xlii (xxix–xlii).

gesehen, aber auf „das jahrtausendalte Faktum der Rechtswissenschaft“¹⁷ verwiesen, in der immer die Kategorie der Normativität vorausgesetzt worden sei. Dieses empirische Argument vermag keine analytische Notwendigkeit zu begründen, es macht aber deutlich, dass ein fundamentaler Skeptiker die Bahnen der traditionellen Deutung des Rechts grundlegend verlassen muss. In diesem Sinne ist das Argument Kelsens als „relatives Apriori“ charakterisiert worden.¹⁸

Eine andere Möglichkeit der Begründung der Normativität des Rechts könnte darin liegen, sie auf eine notwendige Moralität des Rechts zu stützen. Dem Recht wird die ihm eigene Normativität dann von der Moral verliehen. Diese Deutung wirft erstens die Frage auf, auf welche Art und Weise und in welchem Maße die Moral dem Recht Normativität verleihen kann, und setzt zweitens voraus, dass Recht und Moral derart notwendig verbunden sind, dass diese Verleihung auch bewirkt wird. Dies führt zur dritten Grundfrage der Rechtsphilosophie, der Frage der Moralität des Rechts, die in Abschnitt I. 3 im Zentrum stehen wird.

1.2 Die institutionelle Dimension des Rechts

Die zweite Grundfrage der Rechtsphilosophie besteht in der Frage nach der faktischen oder institutionellen Dimension des Rechts.¹⁹ Die institutionelle Dimension des Rechts besteht in der autoritativen Setzung von Rechtsnormen – „Positivierung“ – und deren sozialer Wirksamkeit, also der Befolgung durch die Rechtsunterworfenen und der Sanktionierung der Nichtbefolgung.

a) Die autoritative Setzung von Rechtsnormen

Hinsichtlich der autoritativen Setzung stellt sich die Frage, wie normerzeugende Prozeduren (etwa die Gesetzgebung und die Ordnungsgebung) und normanwendende Prozeduren (vor allem die Rechtsanwendung durch Verwaltung und Gerichte) zu institutionalisieren sind. Welche Organe und Verfahren sind zu schaffen, anhand

17 Kelsen, *Reine Rechtslehre*¹ (Fn. 12), S. 37. Vgl. *ders.*, *Reine Rechtslehre*² (Fn. 12), S. 209: „Die Lehre von der Grundnorm ist nur das Ergebnis einer Analyse des Verfahrens, das eine positivistische Rechtskenntnis seit jeher angewandt hat.“ Vgl. weiter *ders.*, *Die Philosophischen Grundlagen der Naturrechtslehre und des Rechtspositivismus*, Berlin 1928, S. 300.

18 Robert Alexy, Hans Kelsens Begriff des relativen Apriori, in: Neukantianismus und Rechtsphilosophie, R. Alexy/Lukas H. Meyer/Stanley L. Paulson/G. Sprenger (Hrsg.), Baden-Baden 1994, S. 179–202.

19 Vgl. Alexy, *The Nature of Arguments about the Nature of Law* (Fn. 1), S. 6–16.

welcher Kriterien werden bindende Festsetzungen vom Rechtsanwender ermittelt und weitere Festsetzungen innerhalb dieses Rahmens getroffen? Mit Blick auf das Rechtssystem des Vereinigten Königreichs hat H. L. A. Hart eine in der Rechtsphilosophie berühmte Zeile formuliert: „[W]hat the Queen in Parliament enacts is law“²⁰. Dies formuliert die „Anerkennungsregel“ (*rule of recognition*) im britischen Rechtssystem, nach der die Funktionsträger des Rechtssystems (vor allem Gerichte und Behörden) das geltende Recht identifizieren. Diese Anerkennungsregel soll nach Hart eine soziale Tatsache sein: „[T]he rule of recognition exists only as a complex, but normally concordant, practice of the courts, officials, and private persons in identifying the law by reference to certain criteria. Its existence is a matter of fact“²¹. Entsprechend kann diese „Regel“ nach Hart auch gar nicht gelten: „No such question can arise as to the validity of the very rule of recognition which provides the criteria; it can neither be valid or invalid but is simply accepted as appropriate for use in this way.“²² Mit Blick auf Kelsen, der oberhalb der Verfassung eine Grundnorm als notwendig postuliert, heißt es bei Hart: „[T]he constitution is accepted and actually exists. It seems a needless reduplication to suggest that there is a further rule to the effect that the constitution (or those who ‚laid it down‘) are to be obeyed“²³. Dieser Versuch der Rekonstruktion sieht sich allerdings dem Vorwurf eines Sein-Sollen-Fehlschlusses ausgesetzt, welcher das Humesche Gesetz verletzt. Nach dem Humeschen Gesetz²⁴ kann nicht *allein* von einem Sein auf ein Sollen geschlossen werden – genau dies schlägt Hart aber vor. Die Humesche Erkenntnistheorie beeinflusste nicht zuletzt Immanuel Kant, über den sie auch Bestandteil der deutschen und deutschsprachigen Rechtsphilosophie wurde. Bei Gustav Radbruch wird das Humesche Gesetz unter der Bezeichnung „Methodendualismus“ zum Bestandteil seiner Lehre,²⁵ und auch Kelsen hat es immer wieder mit Nachdruck betont.²⁶

20 H. L. A. Hart, *The Concept of Law*, 3. Aufl., Oxford 2012, S. 107. Diese Formulierung geht jedoch nicht auf Hart zurück, sondern bildet eine klassische Formel des britischen Verfassungsrechts, vgl. die Nachweise bei Nicholas W. Barber, *The Afterlife of Parliamentary Sovereignty*, in: *International Journal of Constitutional Law* 9 (2011), S. 144–154 (145). „Queen in Parliament“ (oder während der Regentschaft eines männlichen Herrschers: „King in Parliament“) bezeichnet dabei das gesamte Gesetzgebungsverfahren, im Verlaufe dessen ein Gesetzentwurf das „House of Commons“ und das „House of Lords“ durchläuft und schließlich das „Royal Assent“ erhält.

21 Hart, *The Concept of Law* (Fn. 20), S. 110. Vgl. auch *ibid.*, S. 292: „empirical, though complex, question of fact“.

22 *Ibid.*, S. 109.

23 *Ibid.*, S. 293.

24 Vgl. insbesondere David Hume, *A Treatise of Human Nature*, Bd. 1, hrsgg. von D. F. Norton/M. J. Norton, Oxford 2007, S. 302.

25 Vgl. insbesondere Gustav Radbruch, *Rechtsphilosophie*, hrsgg. von E. Wolf/H.-P. Schneider, 8. Aufl., Stuttgart 1973, S. 93–96. Wieder abgedruckt in: *Gustav Radbruch*, Gesamtausgabe, hrsgg. von Arthur Kaufmann, Bd. 2 (im Folgenden: RGA 2), Heidelberg 1993), S. 206–450 (230–233).

26 Vgl. nur Kelsen, *Reine Rechtslehre*¹ (Fn. 12), S. 4–7; *ders.*, *Reine Rechtslehre*² (Fn. 12), S. 3–4.

b) Die soziale Wirksamkeit und die Notwendigkeit von Zwang

Mit Blick auf die soziale Wirksamkeit von Rechtsnormen wird vor allem diskutiert, ob Recht notwendig mit Zwang verbunden ist. Diese These findet sich beispielsweise bei Kant,²⁷ Kelsen²⁸ und Alexy.²⁹ Sie hat jedoch wiederholt Kritik im rechtsphilosophischen Schrifttum gefunden.³⁰ Ohne Zwang fehlt es allerdings an der Sanktionierung der Nichtbefolgung von Rechtsnormen. Ein systematisches Fehlen der Sanktionierung der Befolgung von Rechtsnormen dürfte letztlich der sozialen Wirksamkeit entgegenstehen. So wie der Mensch ist, kann man nicht darauf vertrauen, dass eine hinreichende Anzahl von Rechtsunterworfenen das Recht inhaltlich billigt oder auch nur aus formellen Gründen respektiert, wenn rechtswidriges Handeln wirtschaftliche oder ideelle Vorteile verspricht und ohne jede Sanktion des Staates bleibt. In diesem Zusammenhang sollen zwei Bemerkungen ausreichen. Zunächst darf man die These, das Recht sei notwendig mit Zwang verbunden, nicht dahingehend missverstehen, dass jede einzelne rechtliche Vorschrift eine eigene Sanktion vorsehen müsse. Natürlich trifft dies etwa für eine bloße Legaldefinition nicht zu. Derartige unselbständige Normen müssen zusammen mit anderen Normen zu einer vollständigen Norm zusammengefasst werden, welche alle Voraussetzungen für die Verhängung einer Sanktion formuliert.³¹ Weiter kann man „Zwang“ in einem weiten Sinne dahingehend verstehen, dass der Staat nicht nur ein Übel für missbilligtes Verhalten der Rechtsunterworfenen androhen und zufügen kann, sondern auch eine Belohnung für erwünschtes Verhalten. „Negative Sanktionen“ sind dann beispielsweise die Freiheitsstrafe oder eine Geldbuße, während „positive Sanktionen“ in einem staatlichen Zuschuss, der Verschonung von einer Steuer oder in einer nicht finanziellen Privilegierung bestehen können.

27 *Immanuel Kant*, *Metaphysik der Sitten*, AA VI, 232: „Recht und Befugnis zu zwingen bedeuten also einerlei“.

28 Für Kelsen ist das Recht wesentlich eine Zwangsordnung, vgl. nur *ders.*, *Reine Rechtslehre*¹ (Fn. 12), S. 25–26; *ders.* *Reine Rechtslehre*² (Fn. 12), S. 34–38.

29 Vgl. nur *Alexy*, *The Nature of Arguments about the Nature of Law* (Fn. 1), S. 8–9; *Robert Alexy*, *On the Concept and the Nature of Law*, in: *Ratio Juris* 21 (2008), S. 281–299 (293).

30 Vgl. etwa *Hart*, *The Concept of Law* (Fn. 20), S. 18–91; *Lon L. Fuller*, *The Morality of Law*, 2. Aufl., New Haven/London 1969, S. 108–110; *Scott J. Shapiro*, *Legality*, Cambridge, Mass. 2011, S. 169–170.

31 *Kelsen*, *Reine Rechtslehre*² (Fn. 12), S. 52.

1.3 Das Verhältnis von Recht und Moral

Die dritte Grundfrage zielt auf den Zusammenhang von Recht und Moral.³² Natürlich beeinflussen moralische Vorstellungen *typischerweise* unmittelbar oder mittelbar das Recht. Der Inhalt des Rechts wird unvermeidlich von den moralischen Vorstellungen derjenigen geprägt, die ermächtigt sind, das Recht zu setzen. Eine Tötung von Menschen galt in der Geschichte in so gut wie allen Gesellschaften als grundsätzlich verboten, auch wenn der Kreis der Geschützten und die Begründung von Ausnahmen historisch sicher variierten. Dieses moralische Verbot spiegelt sich inhaltlich im gegenwärtigen deutschen Recht wider, wenn Art. 2 II 1 GG ein Grundrecht auf Leben statuiert und das Leben von Menschen nicht zuletzt mit dem Mittel des Strafrechts, §§ 211 ff. StGB, geschützt wird.

Die rechtsphilosophisch maßgebende, seit gut zwei Jahrtausenden intensiv diskutierte Frage besteht allerdings darin, ob eine *notwendige* Verbindung zwischen Recht und Moral besteht. Die naturrechtliche Verbindungsthese postuliert eine solche notwendige Verbindung von Recht und Moral,³³ während sie mit der rechtspositivistischen Trennbarkeitsthese³⁴ bestritten wird. Die übliche Gegenüberstellung von Rechtspositivismus und Naturrecht darf allerdings nicht als Unterscheidung zweier monolithischer Positionen missverstanden werden. Die Debatte wird dadurch komplex, dass man den Ausdruck „notwendige Verbindung von Recht und Moral“ verschieden deuten kann. Hierin liegt der Grund dafür, dass die Beteiligten an der Debatte um die Moralitätsfrage nicht selten aneinander vorbeigeredet haben und immer noch vorbeireden.

a) Die schwache Verbindungsthese

Nach der berühmten Radbruchschen Formel aus dem Jahre 1946 können unerträglich ungerechte Normen des positiven Rechts oder solche, welche die Gerechtigkeit verleugnen, kein geltendes Recht sein.³⁵ Dies wird oft prägnant, aber verkürzend zu-

32 Alexy, *The Nature of Legal Philosophy* (Fn. 3), S. 73–75.

33 Peter Koller, *Theorie des Rechts*, 2. Aufl., Wien/Köln/Weimar 1997, S. 31–36; Alexy, *Begriff und Geltung des Rechts* (Fn. 11), S. 17.

34 Koller, *Theorie des Rechts* (Fn. 33), S. 24–31; Alexy, *Begriff und Geltung des Rechts* (Fn. 11), S. 15–16.

35 Gustav Radbruch, *Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht*, in: *ders.*, *Rechtsphilosophie*, E. Wolf/H.-P. Schneider (Hrsg.), 8. Aufl., Stuttgart 1973, S. 339–350 (345–346). Zuerst veröffentlicht in: *Süddeutsche Juristenzeitung* 1 (1946), S. 105–108. Wieder abgedruckt in: G. Radbruch, *Gesamtausgabe*, hrsgg. von Arthur Kaufmann, Bd. 3 (im Folgenden: RGA 3), bearb. von W. Hassemer, Heidelberg 1990, S. 83–93 (89). Zur Unterscheidung der Unerträglichkeitsformel und der Verleugnungsformel siehe Martin Borowski, *Radbruch's Formula and Human Rights*, in: *The Quest for Rights*, M. La Torre/L. Niglia/M. Susi (Hrsg.), Cheltenham 2019, S. 27–48.

sammengefasst zu „extremes Unrecht ist kein Recht“.³⁶ Dies bedeutet, dass nicht jede Ungerechtigkeit, sondern nur eine *unerträgliche* oder *extreme* Ungerechtigkeit dem positiven Recht die Eigenschaft als geltendes und damit vom Richter zu beachtendes Recht nimmt. Dieser von der Radbruchschen Formel vorausgesetzte notwendige Zusammenhang von Recht und Moral entspricht der *schwachen Verbindungsthese*.³⁷ Hiervon muss die *starke Verbindungsthese*, nach der jede Ungerechtigkeit positiven Rechts zum Verlust des Rechtscharakters oder der rechtlichen Geltung führt, streng unterschieden werden. Diese starke Verbindungsthese wurde und wird allerdings von Nichtpositivisten nicht ernsthaft vertreten.³⁸ Es handelt sich eher um eine Position, die Positivisten den Nichtpositivisten zuzuschreiben versuchen, um deren Position ad absurdum zu führen.³⁹ Angesichts der Schwierigkeiten, in jedem Einzelfall das moralisch Gebotene sicher zu erkennen, führt die starke Verbindungsthese unweigerlich zu einer nicht hinnehmbaren Rechtsunsicherheit.⁴⁰ Auch wenn die schwache Verbindungsthese damit nicht so weit geht wie die starke, handelt es sich nicht – wie manchmal angenommen wird – um einen „Kompromiss zwischen Positivismus und Naturrecht“. Indem mit der schwachen Verbindungsthese eine notwendige Verbindung von Recht und Moral angenommen wird,⁴¹ befindet sich eine entsprechende Po-

36 Vgl. Alexy, Begriff und Geltung des Rechts (Fn. 11), S. 90–91; Robert Alexy, Mauerschützen, in: Berichte aus den Sitzungen der Joachim Jungius-Gesellschaft der Wissenschaften 11 (1993), S. 1–38 (4); ders., A Defence of Radbruch's Formula, in: Recrafting the Rule of Law – The Limits of Legal Order, D. Dyzenhaus (Hrsg.), Oxford/Portland, Oregon 1999, S. 15–39, (17); ders., On the Concept and the Nature of Law (Fn. 29), S. 282; ders., Die Doppelnatur des Rechts, in: AöR 50 (2011), S. 389–404 (398).

37 Zur schwachen Verbindungsthese vgl. Alexy, Begriff und Geltung des Rechts (Fn. 11), S. 85.

38 Alexy, On the Concept and the Nature of Law (Fn. 29), S. 287: „only rarely found in the literature“.

39 Vgl. beispielsweise Kelsen, General Theory of Law and State (Fn. 12), S. 12–13.

40 Vgl. nur Alexy, Begriff und Geltung des Rechts (Fn. 11), S. 90.

41 Jede notwendige Verbindung von Recht und Moral führt zu einer nichtpositivistischen oder naturrechtlichen Position, unabhängig von der Frage, wie stark oder schwach bzw. eng oder weit etc. diese notwendige Verbindung auch sein mag. Mit dieser Definition verhalten sich Rechtspositivismus und Naturrecht kontravalent zueinander – eine rechtsphilosophische Lehre kann nur (i) entweder positivistisch und damit nicht naturrechtlich oder (ii) naturrechtlich und damit nicht positivistisch sein, niemals beides zugleich oder keines von beidem. Damit erweist sich die Rede von „Übergangsformen“ zwischen Positivismus und Nichtpositivismus oder von einem „dritten Weg zwischen Positivismus und Nichtpositivismus“ ebenso als ungenau wie die Aussage, eine rechtsphilosophische Lehre stehe „jenseits von Positivismus und Nichtpositivismus“. Eine rechtsphilosophische Lehre kann höchstens die Antwort auf die Frage nach einem notwendigen Zusammenhang von Recht und Moral verweigern oder offenlassen. Da die Frage nach dem notwendigen Zusammenhang von Recht und Moral zwar nicht das einzige rechtsphilosophische Problem darstellt, aber doch eines der drei Grundprobleme und zudem dasjenige Grundproblem, das seit Jahrtausenden diskutiert wird, bleibt eine solche „rechtsphilosophische Lehre“ aber in einem zentralen Punkt unvollständig. Nur eine Lehre, die zu allen Grundproblemen der Rechtsphilosophie Stellung bezieht, ist in einem vollen Sinne eine Rechtsphilosophie.

sition im naturrechtlichen Spektrum, auch wenn man ihr *innerhalb* dieses Spektrums einen gewissen Kompromisscharakter zuerkennen mag.⁴²

b) Die Rechtsfolge nach der schwachen Verbindungsthese

Mit Blick auf die Rechtsfolge der schwachen Verbindungsthese kann unterschieden werden, ob bei Überschreiten der Schwelle des extremen Unrechts die betreffenden Normen des positiven Rechts ihren Rechtscharakter verlieren (also schon gar keine Rechtsnormen sind) oder ihre rechtliche Geltung verlieren (also Rechtsnormen bleiben, aber ihre Geltung verlieren). Während die meisten Vertreter der schwachen Verbindungsthese nach der Radbruchschen Formel zu dieser Frage nicht explizit Stellung nehmen, unterscheidet Radbruch selbst mit seinen beiden Teilformeln recht klar zwischen beiden Konsequenzen. Während ein unerträglicher Widerspruch des positiven Rechts zur Gerechtigkeit dem positiven Recht *nur* die Geltung nimmt, führt eine Verleugnung der Gerechtigkeit *weitergehend* dazu, dass die betreffenden Normen schon nicht als Rechtsnormen angesehen werden können.⁴³ Man kann die Folge der Qualifikation von Normen als Nicht-Recht für fundamentaler oder weitgehender halten als die Folge der fehlenden rechtlichen Geltung der betreffenden Normen,⁴⁴ aber aus der Perspektive des Richters, der einen konkreten Fall zu entscheiden hat, er-

42 Abstufungen innerhalb des Spektrums existieren auch im positivistischen Lager, wenn vor allem in der angelsächsischen Rechtsphilosophie zwischen dem inklusiven und dem exklusiven Rechtspositivismus unterschieden wird. Nach dem inklusiven Rechtspositivismus erweisen sich moralische Kriterien für die Identifikation des geltenden Rechts zwar nicht als notwendig, derartige Kriterien sind aber doch möglich in dem Sinne, dass sie in einem Rechtssystem verwendet werden können. Ob dies der Fall ist, hängt von einer kontingenten Entscheidung im jeweiligen Rechtssystem ab, vgl. insbesondere Jules Coleman, *The Practice of Principle*, Oxford 2001, S. 103–119; H. L. A. Hart, *Postscript*, hrsgg. von P. A. Bulloch und J. Raz, in: H. L. A. Hart, *The Concept of Law*, 3. Aufl., Oxford 2012, S. 238–276 (250–254). Nach dem exklusiven Rechtspositivismus hingegen sollen moralische Kriterien für die Identifikation des geltenden Rechts weder notwendig noch möglich sein. Stellt man entscheidend darauf ab, dass das Recht allein und vollständig aus „sozialen Quellen“ fließt (*social sources thesis*), kann seine Existenz oder Geltung nicht von einer (vermeintlichen) idealen Dimension abhängig gemacht werden, vgl. vor allem Joseph Raz, *The Authority of Law*, 2. Aufl., Oxford 2009, S. 47; Andrei Marmor, *Exclusive Legal Positivism*, in: *The Oxford Handbook of Jurisprudence and Philosophy of Law*, J. Coleman/S. Shapiro (Hrsg.), Oxford 2002, S. 104–124. Man könnte in gewisser Weise sagen, dass der inklusive Positivismus mit Blick auf eine Verbindung von Recht und Moral großzügiger erscheint, weil er moralische Kriterien zur Identifikation geltenden Rechts immerhin nicht vollkommen ausschließt. Es handelt sich aber ohne Frage um eine rechtspositivistische Position, weil eine Verbindung von Recht und Moral nicht als notwendig angenommen wird.

43 Vgl. Martin Borowski, *Begriff und Geltung des Rechts bei Gustav Radbruch*, in: *Die Natur des Rechts bei Gustav Radbruch*, M. Borowski/S. L. Paulson (Hrsg.), Tübingen 2015, S. 229–265 (238–239); ders., *Radbruch's Formula and Human Rights* (Fn. 35), S. 29–33.

44 Dass Radbruch die Qualifikation als Nicht-Recht für fundamentaler oder weitergehend hält, wird durch das „vielmehr“ in der Verleugnungsformel ausgedrückt, siehe *Radbruch*, *Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht* (Fn. 35), S. 346 (RGA 3, S. 89).

gibt sich kein praktischer Unterschied. Gleich ob eine bestimmte Norm des positiven Rechts schon gar kein Recht darstellt oder zwar Recht darstellt, dem aber die Geltung fehlt, handelt es sich nicht um geltendes Recht, welches der Richter seiner Entscheidung des konkreten Falles zugrunde legen müsste oder dürfte.⁴⁵

c) Das Maß der Verbindung von Recht und Moral

Die schwache Verbindungsthese hat in der Form der Radbruchschen Formel also die starke Rechtsfolge, dass extremes Unrecht von einem Richter nicht als geltendes Recht behandelt werden darf. Es wird weiter diskutiert, ob eine notwendige Verbindung von Recht und Moral im Sinne der Verbindungsthese⁴⁶ vorliegen kann, welche eine derart starke Rechtsfolge nicht auslöst. In diesem Sinne geht Alexy unterhalb der Schwelle extremen Unrechts von einem bloß qualifizierenden Zusammenhang von Recht und Moral aus, nach dem ungerechte, aber nicht extrem ungerechte Normen des positiven Rechts zwar den Rechtscharakter und die Rechtsgeltung nicht verlieren, aber doch rechtlich fehlerhaft werden,⁴⁷ was sich unter bestimmten Umständen praktisch auswirken könne.⁴⁸ Praktische Auswirkungen implizieren allerdings, dass zumindest auf der Ebene individueller Normen möglicherweise Unterschiede bestehen, weshalb Alexys These, der qualifizierende Zusammenhang unterminiere die rechtliche Geltung nicht, habe aber trotzdem praktische Auswirkungen,⁴⁹ schwer haltbar sein dürfte.⁵⁰ Weiter kann man aber fragen, ob eine notwendige Verbindung von Recht und Moral nicht nur in den Kriterien der Identifikation geltenden Rechts liegen kann, sondern auch (bzw. zusätzlich) auf der Ebene der Gründe für die Kriterien der Identifikation geltenden Rechts. Erkennt man beiden Ebenen jeweils eine wichtige Rolle zu, führt dies zu einer Doppelunterscheidung von Rechtspositivismus und Naturrecht.⁵¹

45 *Martin Borowski*, Die Vernichtung von Recht durch Moral, in: Rechtsstaatliches Strafrecht. Festschrift für Ulfrid Neumann zum 70. Geburtstag, Frank Saliger (Hrsg.), Heidelberg 2017, S. 71–83 (72–73).

46 Alexy präzisiert hierfür die Definition der Trennungsthese gegenüber der Version aus „Begriff und Geltung des Rechts“, siehe *Robert Alexy*, Some Reflections on the Ideal Dimension of Law and on the Legal Philosophy of John Finnis, in: *American Journal of Jurisprudence* 58 (2013), S. 97–110 (98): „more precise version“. Die neue Version lautet: „There is no necessary connection between legal validity or legal correctness on the one hand, and moral merits and demerits or moral correctness and incorrectness on the other“, *ibid.* Die Verbindungsthese macht entsprechend die genannte notwendige Verbindung geltend.

47 *Alexy*, Begriff und Geltung des Rechts (Fn. 11), S. 49; *ders.*, The Nature of Arguments about the Nature of Law (Fn. 1), S. 15.

48 *Alexy*, Some Reflections (Fn. 46), S. 104.

49 *Alexy*, The Nature of Arguments about the Nature of Law (Fn. 1), S. 15; *ders.*, Some Reflections (Fn. 46), S. 104

50 *Borowski*, Die Vernichtung von Recht durch Moral (Fn. 45), S. 81–83.

51 Vgl. hierzu *Martin Borowski*, Grundrechte als Prinzipien, 3. Aufl., Baden-Baden 2018, S. 101–109.

Dies kann am Beispiel des Rechtssicherheitsarguments illustriert werden. Nach dem Rechtssicherheitsargument führt der Einschluss moralischer Richtigkeit in die Kriterien für die Identifikation geltenden Rechts zu Rechtsunsicherheit.⁵² Bezogen auf die Ebene der Kriterien für die Identifikation geltenden Rechts fordert dieses Argument also *prima facie*, moralische Richtigkeit *nicht* als Kriterium einzuschließen. Insofern ist es ein positivistisches Argument auf der geltungsbezogenen Ebene. Gleichzeitig bildet die Rechtssicherheit aber einen moralischen Wert,⁵³ weshalb das Rechtssicherheitsargument auf der Ebene der Gründe für die Kriterien für die Identifikation geltenden Rechts eine notwendige Verbindung von Recht und Moral widerspiegelt und in diesem Sinne den Nichtpositivismus impliziert.

d) Positive und richtige Moral

Schließlich noch eine Klarstellung, um möglichen Missverständnissen vorzubeugen: Wenn in der rechtsphilosophischen Diskussion nach dem notwendigen Zusammenhang von Recht und Moral gefragt wird, bezieht sich dies auf die „richtige Moral“. Die „richtige Moral“ wird mit Hilfe der Methoden der Moralphilosophie begründet – moralisch richtig sind die Ge- und Verbote, die sich mit Hilfe von vor allem analytischen und normativen Argumenten überzeugend begründen lassen.⁵⁴ Es geht nicht um eine konventionelle oder „positive Moral“, die aus den in der Gesellschaft des Rechtssystems tatsächlich herrschenden moralischen Vorstellungen oder Gerechtigkeitsvorstellungen besteht. Die „Vorstellungen“, aus denen die positive Moral besteht, sind individuelle oder kollektive empirische Fakten. Natürlich wird von denjenigen, die diese herrschenden Vorstellungen teilen, regelmäßig explizit oder implizit der Anspruch erhoben werden, diese seien auch „richtig“ im Sinne von moralisch begründbar. Dies kann sich von einem objektiven Standpunkt aus jedoch als falsch erweisen. Mit der Frage nach der „richtigen Moral“ zieht eine kritische Dimension in die Betrachtung ein, weil die positive Moral in Frage gestellt werden kann. Vor diesem Hintergrund wird die positive Moral auch als „kritische Moral“ bezeichnet.⁵⁵

52 Vgl. nur Alexy, Begriff und Geltung des Rechts (Fn. 11), S. 90–92.

53 Vgl. Gustav Radbruch, Grundzüge der Rechtsphilosophie, Leipzig 1914, S. 178 (RGA 2, S. 9–204 [170]); ders., Rechtsphilosophie (Fn. 25), S. 164–165 (RGA 2, S. 302–303); ders., Vorlesung über Rechtsphilosophie, hrsgg. von A. Kaufmann, 3. Aufl., Göttingen 1965, S. 32–33 (RGA 3, S. 121–227 [150]).

54 Vgl. etwa Alexy, Begriff und Geltung des Rechts (Fn. 11), S. 129–136; ders., On the Concept and the Nature of Law (Fn. 29), S. 294–296.

55 Zur Unterscheidung von positiver und kritischer Moral vgl. insbesondere H. L. A. Hart, Law, Liberty, and Morality, Oxford 1963, S. 17–24.

Die Unterscheidung zwischen Naturrecht und Positivismus würde trivialisiert, wenn für einen notwendigen Zusammenhang von Recht und Moral im Sinne der naturrechtlichen Verbindungsthese ein Zusammenhang zwischen dem Recht und der positiven Moral als ausreichend angesehen würde. Denn die herrschenden Moralvorstellungen bleiben vollständig der Dimension des Faktischen verhaftet, während mit einem notwendigen Zusammenhang von Recht und richtiger Moral eine ideale Dimension in das Recht einzieht. Indem neben die reale Dimension des Rechts die ideale Dimension tritt, wird mit einem notwendigen Zusammenhang von Recht und richtiger Moral eine Doppelnatur für das Recht charakteristisch.⁵⁶

2 Die praktische Bedeutung der Rechtsphilosophie

Die praktische Bedeutung der Rechtsphilosophie kann insbesondere mit Blick auf das Verhältnis von Recht und Moral illustriert werden. Besonders deutlich wird die praktische Bedeutung eines notwendigen Zusammenhanges von Recht und Moral in den Kriterien für die Identifikation geltenden Rechts im Ausnahmefall der Überwindung eines Unrechtssystems. Als weniger augenfällig, aber wichtig für das Grundverständnis des Rechts erweist sich die Bedeutung eines notwendigen Zusammenhanges von Recht und Moral bei der Anwendung des positiven Rechts, wenn dieses – wie so häufig – einen mehr oder weniger großen Offenheitsbereich aufweist.

2.1 Die Überwindung von Unrechtssystemen

Auf deutschem Boden stellte sich die Frage nach extremem Unrecht im 20. Jahrhundert zwei Mal, nach dem Ende des „Dritten Reichs“ Mitte des Jahrhunderts und nach dem Untergang der „Deutschen Demokratischen Republik“ am Ende des Jahrhunderts.

⁵⁶ Zu dieser These der Doppelnatur des Rechts vgl. vor allem *Robert Alexy*, *Hauptelemente einer Theorie der Doppelnatur des Rechts*, in: *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie* 95 (2009), S. 151–166; *ders.*, *Die Doppelnatur des Rechts*, in: *Der Staat* 50 (2011), S. 389–404.

a) Die Überwindung nationalsozialistischen Unrechts

Kennzeichnend für das Unrechtssystem der Nationalsozialisten war eine menschenverachtende Diskriminierung von Juden und anderen Minderheiten. Die nationalsozialistische Ideologie wurde teils mit Hilfe von rechtlichen Regelungen auf der Ebene von abstrakt-allgemeinen Regeln, teils auf der Ebene der Anwendung von abstrakt-allgemeinen Regeln umgesetzt. Beispielsweise ordnete die 11. Verordnung zum Reichsbürgergesetz vom 25. November 1941 (RGBl. I, S. 722) in § 2 den Verlust der deutschen Staatsangehörigkeit für diejenigen Juden an, die das Deutsche Reich verlassen hatten oder verließen. Zudem bestimmte § 3 Abs. 1 den Verfall ihres Vermögens zugunsten des Reiches und ordnete in § 3 Abs. 2 an, dass diese finanziellen Mittel der „Förderung aller mit der Lösung der Judenfrage im Zusammenhang stehenden Zwecke dienen“ sollten. Mit Artikel I, Nr. 1 Buchstabe l des „Kontrollratsgesetzes Nr. 1“ vom 20. September 1945 des Alliierten Kontrollrates⁵⁷ wurde das Reichsbürgergesetz von 1935 – eines der „Nürnberger Rassegesetze“ – aufgehoben. Die Eingangsformulierung des Artikels stellt klar, dass dies auch alle „zusätzlichen Gesetze, Durchführungsbestimmungen, Verordnungen und Erlasse“⁵⁸ erfasste, also auch die 11. Verordnung zum Reichsbürgergesetz. Diese Aufhebung in Artikel I wirkte, wie im Zweifel jede Aufhebung eines Gesetzes durch ein neues Gesetz, nur für die Zukunft. Artikel II des „Kontrollratsgesetzes Nr. 1“ verbot Diskriminierung aus Gründen unter anderem der Rasse und des Glaubens durch judikative und exekutive Akte, und Artikel III drohte strafrechtliche Konsequenzen für die Anwendung der in Artikel I aufgehobenen Gesetze an. Nirgends ist jedoch von einer rückwirkenden Aufhebung von Einzelakten die Rede, die in Anwendung der in Artikel I aufgehobenen Gesetze durch deutsche Behörden oder Gerichte in der Vergangenheit erlassen worden waren. Ein Einzelakt wird aber grundsätzlich nicht dadurch nichtig, dass seine Rechtsgrundlage nach dem Erlass des Einzelaktes mit Wirkung *ex nunc* aufgehoben wird.⁵⁹ Dies bedeutete, dass nach den Regeln der juristischen Dogmatik trotz Aufhebung der 11. Verordnung zum Reichsbürgergesetz die Verwaltungsakte und Gerichtsurteile, die im „Dritten Reich“ in Anwendung von unter anderem dieser Verordnung ergingen, grundsätzlich Bestandteil der Rechtsordnung unter dem Grundgesetz wurden.

57 Zum Alliierten Kontrollrat in Deutschland siehe insbesondere *Michael Stolleis*, Besatzungsherrschaft und Wiederaufbau deutscher Staatlichkeit 1945–1949, in: *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, J. Isensee/P. Kirchhof (Hrsg.), Bd. 1, 3. Aufl., Heidelberg 2003, S. 269–313, Rn 45–49.

58 Art. 1 Nr. 1 des soeben im Text erwähnten Kontrollratsgesetzes Nr. 1.

59 Maßgebend ist grundsätzlich die Sach- und Rechtslage zum Zeitpunkt des Erlasses eines Verwaltungsaktes, vgl. *Hartmut Maurer/Christian Waldhoff*, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 17. Aufl., München 2019, § 10, Rn 23.

Die Väter und Mütter des Grundgesetzes haben diesen Punkt durchaus gesehen. Mit Blick auf das Reichsbürgergesetz und die zu ihm ergangenen Verordnungen bestimmt Art. 116 Abs. 2 GG:

„Frühere deutsche Staatsangehörige, denen zwischen dem 30. Januar 1933 und dem 8. Mai 1945 die Staatsangehörigkeit aus politischen, rassischen oder religiösen Gründen entzogen worden ist, und ihre Abkömmlinge sind auf Antrag wieder einzubürgern. Sie gelten als nicht ausgebürgert, sofern sie nach dem 8. Mai 1945 ihren Wohnsitz in Deutschland genommen haben und nicht einen entgegengesetzten Willen zum Ausdruck gebracht haben.“

Diese Regelung bestätigt zunächst die Deutung, dass durch die Aufhebung vor allem der 11. Verordnung zum Reichsbürgergesetz durch das Kontrollratsgesetz Nr. 1 die seinerzeit ausgesprochenen Ausbürgerungen wirksam waren und wirksam bleiben – anderenfalls wäre Art. 116 Abs. 2 GG überflüssig. Noch lebende Opfer einer Ausbürgerung oder deren Abkömmlinge wurden und werden auf Antrag oder durch Wohnsitznahme in Deutschland wiedereingebürgert.

Im Zentrum des „Staatsangehörigkeitsbeschlusses“⁶⁰ des Bundesverfassungsgerichts stand ein jüdischer Rechtsanwalt, der bis 1933 in Wiesbaden praktiziert hatte und kurz vor dem Zweiten Weltkrieg nach Amsterdam emigrierte, von wo aus er dann im Jahre 1942 deportiert wurde. Über sein weiteres Schicksal war nichts in Erfahrung zu bringen. Im Rahmen einer erbrechtlichen Streitigkeit vor deutschen Gerichten wurde die Staatsangehörigkeit des Rechtsanwalts im Zeitpunkt seines Todes bedeutsam. Nach Auffassung der drei fachgerichtlichen Instanzen – Amtsgericht Wiesbaden, Landgericht Wiesbaden und Oberlandesgericht Frankfurt – hatte § 2 der 11. Verordnung zum Reichsbürgergesetz die Staatsangehörigkeit entzogen, was bis heute als wirksam anzusehen sei.⁶¹ Dem trat das Bundesverfassungsgericht mit einer naturrechtlichen Argumentation entgegen:

„Der Versuch, nach ‚rassischen‘ Kriterien bestimmte Teile der eigenen Bevölkerung mit Einschluß der Frauen und Kinder physisch und materiell zu vernichten, hat mit Recht und Gerechtigkeit nichts gemein. Recht und Gerechtigkeit stehen nicht zur Disposition des Gesetzgebers. Die Vorstellung, daß ein Verfassungsgeber alles nach seinem Willen ordnen kann, würde einen Rückfall in die Geisteshaltung eines wertungsfreien Gesetzespositivismus bedeuten, wie sie in der juristischen Wissenschaft und

60 BVerfGE 23, 98 ff.

61 BVerfGE 23, 98 (100–102).

*Praxis seit längerem überwunden ist. ... Daher hat das Bundesverfassungsgericht die Möglichkeit bejaht, nationalsozialistischen ‚Rechts‘-Vorschriften die Geltung als Recht abzuerkennen, weil sie fundamentalen Prinzipien der Gerechtigkeit so evident widersprechen, daß der Richter, der sie anwenden oder ihre Rechtsfolgen anerkennen wollte, Unrecht statt Recht sprechen würde. Die 11. Verordnung verstieß gegen diese fundamentalen Prinzipien. In ihr hat der Widerspruch zur Gerechtigkeit ein so unerträgliches Maß erreicht, daß sie von Anfang an als nichtig erachtet werden muß.*⁶²

In der Diskussion um einen nichtpositivistischen bzw. naturrechtlichen Rechtsbegriff ist geltend gemacht worden, die Folgen von Unrechtssystemen könnten durch den Gesetzgeber bewältigt werden, so dass es eines nichtpositivistischen Rechtsbegriffs nicht bedürfe.⁶³ Fälle wie der Staatsangehörigkeitsbeschluss des Bundesverfassungsgerichts zeigen aber, dass die vollständige Beseitigung von gesetzlichem Unrecht auch auf der Ebene von Einzelfällen eine durchaus komplexe Angelegenheit darstellt.⁶⁴ Sicher spielt die gesetzgeberische Aufhebung von – um einen Ausdruck Radbruchs zu zitieren – „Schandgesetzen“ eine wichtige Rolle in der Überwindung von Unrechtssystemen, aber die komplexen Probleme auf der Ebene von Einzelakten lassen sich kaum durch pauschalierende Regelungen bewältigen.

Ein weiteres Beispiel bildet eine Entscheidung des Bundesgerichtshofs aus dem Jahre 1955 zu Herausgabeansprüchen von Wertpapieren in einem Bankschließfach.⁶⁵ Die Klägerin in diesem Verfahren wurde wegen ihrer jüdischen Abstammung vom nationalsozialistischen Regime verfolgt und emigrierte 1939 in die Schweiz. Sie hatte bei ihrer deutschen Bank auf ihren Namen lautende Wertpapiere hinterlegt. Nach ihrer Emigration wurden die Wertpapiere gem. § 3 der 11. Verordnung zum Reichsbürgergesetz für dem Deutschen Reich verfallen erklärt. Für den Ausgang des Rechtsstreits kam es entscheidend darauf an, ob diese Verfallerklärung zunächst wirksam geworden war. Der Große Senat für Zivilsachen führt aus:

„[D]er zwar formal in das Gewand eines Gesetzes gekleideten Verfallerklärung muss jedenfalls ihrem sachlichen Gehalt nach der Charakter einer Rechtsnorm abgespro-

62 BVerfGE 23, 98 (106), Hinweise auf Präjudizien ausgelassen.

63 H. L. A. Hart, Positivism and the Separation of Law and Morals, in: Harvard Law Review 71 (1958), S. 593–629 (619–620).

64 Zu den „differenzierten Erwägungen“, die etwa hinter Art. 116 Abs. 2 GG stehen, siehe Masing/Kau in von Mangoldt/Klein/Starck, Grundgesetz Kommentar, P. M. Huber/A. Voßkuhle (Hrsg.), Bd. 3, 7. Aufl., München 2018, Art. 116 GG, Rn 143–146. Gegen einen automatischen Wiedererwerb der deutschen Staatsangehörigkeit sprach, dass diese den Betroffenen nicht gegen ihren Willen aufgedrängt werden sollte.

65 BGHZ 16, 350 ff.

chen werden. Diese Bestimmung, die letztlich darauf abzielte, solche Verfolgten, die unter dem Druck rechtswidriger Verfolgungsmaßnahmen ihre Heimat verlassen hatten, auch noch ihres Vermögens zu berauben, verstieß in grösster Weise gegen den übergesetzlichen Gleichheitssatz wie auch gegen den durch Art. 153 WeimR Verf gewährleisteten Eigentumsschutz und gegen die übergesetzliche Eigentumsgarantie. Die Verletzung des Gleichheitssatzes, der geradezu das Fundament einer jeden Rechtsordnung darstellt und wegen seines übergesetzlichen Ranges auch für den Verfassungsgesetzgeber schlechthin undurchbrechbar ist, ergibt sich eindeutig daraus, dass der Vermögensverfall, der an die Tatsache der Auswanderung oder des gewöhnlichen Aufenthaltes im Ausland geknüpft wurde, nur über eine allein nach rassischen Gesichtspunkten abgegrenzte Personengruppe verhängt wurde. Der Gesetzgeber versuchte nicht einmal, diese krasse Nichtachtung des Gleichheitssatzes und der Eigentumsgarantie durch Berufung auf Enteignungsgrundsätze zu verschleiern. Obwohl Art. 153 Abs. 2 WeimR Verf eine Enteignung nur zum Wohle der Allgemeinheit gestattete, hielt es der Gesetzgeber nicht für erforderlich, sich zur Rechtfertigung des entschädigungslosen Vermögensverfalls auf Interessen der Allgemeinheit zu berufen. Das verfallene Vermögen sollte vielmehr nach der Bestimmung in § 3 Abs. 2 der II. VO, zur Förderung aller mit der Judenfrage im Zusammenhang stehenden Zwecke dienen, also in Wahrheit nur einen weiteren Beitrag zur rechtswidrigen Verwirklichung des Programmpunktes des nationalsozialistischen Regimes bilden, die jüdische Rasse planmäßig zu verfolgen und auszurotten.⁶⁶

Der Große Senat für Zivilsachen zieht daraus den folgenden Schluss: Es sei

„... hiernach davon auszugehen, dass § 3 der 11. DVO zum Reichsbürgergesetz wegen seines den Grunderfordernissen jeder rechtsstaatlichen Ordnung widersprechenden Unrechtsgehalts als von vornherein nichtig anzusehen ist. Die Verfallerklärung hat somit auch unter der nationalsozialistischen Herrschaft Rechtswirkungen nicht zu erzeugen vermocht. Sie konnte dem Verfolgten weder sein Eigentum noch sein Recht zum Besitz der von der Verfallerklärung betroffenen Vermögensgegenstände nehmen.“⁶⁷

Auch diese Entscheidung illustriert, dass es trotz Aufhebung der II. Verordnung zum Reichsbürgergesetz durch das Kontrollratsgesetz darauf ankommen kann, ob ein seinerzeitiger Einzelakt von Anfang an nichtig war.

66 BGHZ 16, 350, 353.

67 BGHZ 16, 350, 354.

b) Die Überwindung sozialistischen Unrechts

Nach dem Fall des Eisernen Vorhangs in Europa und dem Zusammenbruch der sogenannten „Deutschen Demokratischen Republik“ („DDR“) im Jahre 1989 stellte sich die Frage, ob die „Mauerschützen“ – die Grenzsoldaten der „DDR“, die diejenigen erschossen, die dem sozialistischen Regime entkommen wollten – strafrechtlich zur Verantwortung gezogen werden konnten und sollten. In den knapp 300 Fällen, in denen Flüchtende an der innerdeutschen Grenze durch Gewalteinwirkung zu Tode kamen, stellte sich die Frage, ob zu Gunsten der handelnden Grenzsoldaten ein Rechtfertigungsgrund eingreift. Dem Wortlaut nach könnte § 27 Abs. 2 GrenzG der „DDR“ einschlägig sein, der sich wenig von entsprechenden Vorschriften liberaler Demokratien unterscheidet. Das Problem bestand jedoch in der Praxis der Auslegung dieser Vorschrift, nach der ein Gelingen einer „Republikflucht“ um jeden Preis – auch um den Preis des Lebens von „Grenzverletzern“ – zu verhindern war.⁶⁸ Grenzsoldaten, die entsprechend handelten, wurden nicht staatsanwaltschaftlich verfolgt, sondern wurden belobt und befördert.⁶⁹ Damit wird die Frage aufgeworfen, ob diese systematische Auslegungspraxis durch die Behörden der „DDR“ unerträglich ungerecht oder eine Verleugnung der Gerechtigkeit im Sinne der Radbruchschen Formel war. Der Bundesgerichtshof hat diese Frage letztlich bejaht. Zunächst differenziert er zwischen dem sozialistischen Unrecht und dem nationalsozialistischen Unrecht: Es könne „die Tötung von Menschen an der innerdeutschen Grenze nicht mit dem nationalsozialistischen Massenmord gleichgesetzt werden“.⁷⁰ Dennoch bleibe „die damals gewonnene Einsicht gültig, daß bei der Beurteilung von Taten, die in staatlichem Auftrag begangen worden sind, darauf zu achten ist, ob der Staat die äußerste Grenze überschritten hat, die ihm nach allgemeiner Überzeugung in jedem Land gesetzt ist.“⁷¹ Der 5. Strafsenat bejaht diese Frage letztlich, nachdem erläutert wurde, in welchem Maße die Staatspraxis zu § 27 Abs. 2 GrenzG gegen die Grund- und Menschenrechte verstoßen habe: „Der im DDR-Recht vorgesehene, in § 27 des Grenzgesetzes bezeichnete Rechtfertigungsgrund hat deswegen von Anfang an in der Auslegung, die durch die tatsächlichen Verhältnisse an der Grenze gekennzeichnet war, keine Wirksamkeit gehabt.“⁷² Bei der Beurteilung der Schuld wird dann darauf abgestellt, dass das Unrecht der „Mauerschüsse“ objektiv erkennbar war. Der Senat stimmt der Vorinstanz darin zu, dass

68 Vgl. nur Kai Ambos, Zur Rechtswidrigkeit der Todesschüsse an der Mauer, JA 1997, S. 983–990 (983).

69 Knut Seidel, Rechtsphilosophische Aspekte der „Mauerschützen“-Prozesse, Berlin 1999, S. 30–31 mit weiteren Nachweisen.

70 BGHSt 39, I (16).

71 BGHSt 39, I (16).

72 BGHSt 39, I (22).

*„die Tötung eines unbewaffneten Flüchtlings durch Dauerfeuer unter den gegebenen Umständen ein derart schreckliches und jeder vernünftigen Rechtfertigung entzogenes Tun war, daß der Verstoß gegen das elementare Tötungsverbot auch für einen indoktrinierten Menschen ohne weiteres einsichtig, also offensichtlich war“.*⁷³

Nicht nur in der Sache, sondern auch explizit wird an die Radbruchsche Formel angeknüpft;⁷⁴ dies hat der Bundesgerichtshof in späteren Entscheidungen bekräftigt.⁷⁵ Unter den Befürworten der Radbruchschen Formel in der Literatur war allerdings die Meinung geteilt, ob die Praxis der „DDR“ die Schwelle zu unerträglicher Ungerechtigkeit oder zu einer Verleugnung der Gerechtigkeit überschritt.⁷⁶

2.2 Die Interpretation des geltenden Rechts

Weniger dramatisch erscheint die praktische Bedeutung eines nichtpositivistischen oder naturrechtlichen Rechtsbegriffs für die Interpretation des geltenden Rechts. Sie ist aber von enormer praktischer Bedeutung auch in Alltagsfällen. Mit gesetzgeberischen Festsetzungen im Wortlaut von gesetzlichen Bestimmungen und dem gesetzgeberischen Willen, der in diesem Wortlaut Ausdruck findet, werden die Exekutive und die Judikative gebunden. Diese gesetzgeberischen Festsetzungen vermögen jedoch keine vollständige Bindung in der Anwendung gesetzlicher Bestimmungen zu bewirken. Dies ist kein Versäumnis des Gesetzgebers, sondern ein unausweichlicher Befund, der auf den Eigenschaften von Sprache beruht.

In der angelsächsischen Diskussion berühmt ist H. L. A. Harts Unterscheidung von „core of certainty“ und „penumbra of doubt“. Hart wendet sich gegen den „rule scepticism“ des *American Legal Realism*, nach dem rechtliche Regeln nicht die eigentlichen Gründe für richterliche Entscheidungen darstellen.⁷⁷ Dies implizierte letztlich, dass rechtliche Regeln richterliche Entscheidungen nicht binden. Hart betont demgegenüber eine Bindungskraft von Regeln, die aber auf den „core of certainty“ begrenzt sei. In diesem Bereich sei eine Entscheidung allein aufgrund der Sprache möglich.⁷⁸

73 BGHSt 39, I (34).

74 BGHSt 39, I (16).

75 BGHSt 40, 241 (244); 40, 218 (232); 41, 101 (105).

76 Vgl. Seidel, Rechtsphilosophische Aspekte (Fn. 69), S. 43–49.

77 Hart, *The Concept of Law* (Fn. 20), S. 136.

78 Für den Rechtsanwender gelte: „[H]e has a verbal description which he can use to pick out what he must do in future and when he must do it. He has only to recognize instances of clear verbal terms, to ‘subsume’ particular facts under general classificatory heads and draw a simple syllogistic conclusion“, Hart, *The Concept of Law* (Fn. 20), S. 125.

Sprache habe aber notwendigerweise eine „open texture“⁷⁹, weil immer ein mehr oder weniger großer „penumbra of doubt“ existiere.⁸⁰ Innerhalb dieses „Halbschattens“ – um die wörtliche Übersetzung von „penumbra“ ins Deutsche zu verwenden – werden die Gerichte dann gesetzgeberisch tätig, denn sie schaffen allererst das Recht, das sie schließlich anwenden.⁸¹ An positives Recht können sie dabei nicht gebunden sein, weil dessen Bindungskraft an den Grenzen des „core of certainty“ endet.

Im deutschen Sprachraum findet sich die entsprechende Unterscheidung von Begriffskern und Begriffshof bereits am Beginn des 20. Jahrhunderts bei Philipp Heck.⁸² Bei genauerem Hinsehen liegt einer vollständigen Rekonstruktion des Offenheitsbereichs des positiven Rechts aber nicht bloß eine zweiwertige Unterscheidung von sicher positiven Fällen und unsicheren Fällen zugrunde, sondern eine dreiwertige Unterscheidung von sicher positiven, unsicheren und sicher negativen Fällen, wie sie Walter Jellinek bereits im Jahre 1913 vorschlug⁸³ und die Eingang in die moderne Methodenlehre des Rechts gefunden hat.⁸⁴ Auch Kelsen hat immer wieder betont, dass die Interpretation von generell-abstrakten Rechtsnormen stets nur zu einem Rahmen möglicher Ergebnisse führt, nicht zu einem einzig richtigen Ergebnis.⁸⁵

Für Positivisten bestehen im Offenheitsbereich des positiven Rechts keine rechtlichen Bindungen des Rechtsanwenders mehr. Wenn und soweit das positive Recht Bindungen erzeugt, befinden wir uns definitionsgemäß nicht im Offenheitsbereich des positiven Rechts, und eine notwendig bestehende Bindung an moralische Normen müssen Positivisten ablehnen, weil eine derartige Bindung einen Ausdruck einer notwendigen Verbindung von Recht und Moral darstellen würde, welche sie mit der Trennbarkeitsthese⁸⁶ leugnen. Man kann aus der Perspektive von Rechtspositivisten durchaus an Rechtsanwender appellieren, im Offenheitsbereich des Rechts möglichst moralische Entscheidungen zu treffen. Dies ist dann aber nur eine moralische Forderung, keine rechtliche Anforderung. Eine moralisch fehlerhafte Interpretation des positiven Rechts wird für einen Rechtspositivisten niemals wegen des moralischen Fehlers rechtlich fehlerhaft – dies gilt selbst für unerträglich unmoralische Interpretationen.

79 Hart, *The Concept of Law* (Fn. 20), S. 128.

80 Hart, *The Concept of Law* (Fn. 20), S. 128–136.

81 Hart, *The Concept of Law* (Fn. 20), S. 135: “[T]he courts perform a rule-producing function”.

82 Philipp Heck, *Gesetzesauslegung und Interessenjurisprudenz*, Tübingen 1914, S. 46 und 173.

83 Walter Jellinek, *Gesetz, Gesetzesanwendung und Zweckmäßigkeitserwägung*, Tübingen 1913, S. 37–38.

84 Vgl. nur Hans-Joachim Koch/Helmut Rüßmann, *Juristische Begründungslehre*, München 1981, S. 194–201; Robert Alexy, *Juristische Interpretation*, in: *Recht, Vernunft, Diskurs*, ders. (Hrsg.), Frankfurt am Main 1995, S. 71–92 (86).

85 Kelsen, *Reine Rechtslehre*¹ (Fn. 12), S. 94–95; ders. *Reine Rechtslehre*² (Fn. 12), S. 348–349.

86 Siehe Fn. 34 und die dazugehörige Passage des Haupttextes.

Für einen Nichtpositivisten hingegen endet die Bindungswirkung des Rechts nicht notwendig an den Grenzen des „penumbra of doubt“ (Hart), des „Begriffshofs“ (Heck), der unsicheren Fälle (W. Jellinek) oder des „Rahmens“, den die Interpretation positiven Rechts den möglichen Ergebnissen zieht (Kelsen). Auch wenn das positive Recht mehrere Möglichkeiten der Entscheidung offenlässt, können moralische Forderungen, die kraft des Begriffs des Rechts auch notwendig rechtliche Anforderungen sind, den Rahmen der rechtlich korrekten Entscheidungen weiter eingrenzen. Je nachdem, welche Art von notwendigem Zusammenhang von Recht und Moral vorausgesetzt wird, muss der Rechtsanwender mit seiner Interpretation (i) eine gerechte Interpretation anstreben (subjektiver Zusammenhang) oder (ii) objektiv beanspruchen, eine gerechte Interpretation zu wählen (objektiver Zusammenhang). Moralische Fehler, die nach dem Begriff des Rechts dann auch rechtliche Fehler sind, können schwächere (bloß qualifizierender Zusammenhang)⁸⁷ oder stärkere Folgen (klassifizierender Zusammenhang)⁸⁸ nach sich ziehen.

Wenn man beispielsweise von einem notwendigen Anspruch des Rechts – „Recht“ schließt dabei auch gerichtliche oder behördliche Einzelakte ein – auf moralische Richtigkeit ausgeht (Alexy)⁸⁹ oder die Gerechtigkeit als zentralen Bestandteil der Rechtsidee ansieht, welche das Recht zu verwirklichen sucht (Radbruch),⁹⁰ hat dies unweigerlich Implikationen für die Methoden der Anwendung des Rechts. Pointiert gesagt: Für einen Rechtspositivisten erschöpft sich das Recht in ordnungsgemäßer Setzung und sozialer Wirksamkeit, also bloßer Faktizität, Anerkennung und Macht. Das positive Recht kann nur einen Rahmen setzen, innerhalb dessen der ermächtigte Rechtsanwender frei entscheiden kann. Das Ergebnis kann von einem moralischen Standpunkt aus kritisiert werden, diese Kritik kann aber niemals etwas an dem Rechtscharakter, der rechtlichen Geltung oder der rechtlichen Richtigkeit von ordnungsgemäß gesetzten und sozial wirksamen Normen ändern. Anders hingegen, wenn man einen notwendigen Zusammenhang von Recht und Moral in der Natur des Rechts verankert sieht. Die Rechtsetzung und die Rechtsanwendung sind dann notwendig auf die Verwirklichung von Gerechtigkeit hin ausgerichtet, anderenfalls liegt ein rechtlicher Fehler vor. Die Frage nach der Gerechtigkeit als der zentralen Kategorie des Rechts wird nicht resignativ abgetan oder zynisch belächelt, sondern ernstgenommen.

87 Vgl. bereits Fn. 47.

88 Ein klassifizierender Zusammenhang zwischen Recht und Moral besteht darin, dass bestimmte moralische Fehler Normen des positiven Rechts ihren Rechtscharakter oder ihre Rechtsgeltung nehmen. Alexys Unrechtsargument (vgl. *Borowski*, Grundrechte als Prinzipien [Fn. 51], S. 112) und der Radbruchschen Formel liegen derart klassifizierende Zusammenhänge zugrunde, *Borowski*, Die Vernichtung von Recht durch Moral (Fn. 45), S. 71–73.

89 Vgl. nur *Alexy*, Begriff und Geltung des Rechts (Fn. 11), S. 64.

90 Vgl. insbesondere Radbruch, Rechtsphilosophie (Fn. 25), S. 91, 119, 164 (RGA 2, S. 227, 255, 302).

2.3 Recht und künstliche Intelligenz

Die klassischen Einsichten in die Natur des Rechts erweisen sich auch zur Bewältigung neuer Fragen als bedeutsam. Mit der zunehmenden Leistungsfähigkeit der Hard- und Software in der Informationstechnologie erleben wir eine fast explosionsartige Entwicklung der Methoden der „künstlichen Intelligenz“, die sich Anwendungsfelder sucht. In der Medizin sei, so heißt es, künstliche Intelligenz bei der Auswertung von Ergebnissen bildgebender Verfahren selbst erfahrenen Ärzten mittlerweile überlegen und das „autonome Fahren“ im Straßenverkehr verspricht sichere und umweltschonendere Mobilität. Damit liegt es nahe, auch rechtliche Entscheidungen zunehmend zu automatisieren, letztlich bis hin zu „autonomen Urteilen“ durch künstliche Intelligenz, welche menschliche Richter ersetzt. Sind menschliche Richter nicht notwendig mit zumindest unbewussten Vorurteilen und Stereotypen behaftet, während künstliche Intelligenz eine rechtliche Entscheidung mit „unbestechlicher Logik“ treffen kann?

Maßgebend wird sein, ob die Methoden künstlicher Intelligenz Werkzeuge bereitstellen können, mit Hilfe derer der Prozess der richterlichen Entscheidungsfindung *richtig* rekonstruiert werden kann. Dies bedeutet, dass man diesen Prozess der Entscheidungsfindung vollständig verstanden haben muss. Und die richterliche Entscheidungsfindung können wir nur durch Reflexion und Argumentation über die Natur des Rechts verstehen, also durch Rechtsphilosophie. Rechtsphilosophische Grundentscheidungen haben Implikationen für die Methodenlehre der Rechtswissenschaft – wie das Recht angewendet werden muss, hängt davon ab, was das Recht *ist*.

Die Nachbildung menschlicher Entscheidungsfindung mit Hilfe der Methoden künstlicher Intelligenz wirft sowohl aus der positivistischen als auch der nichtpositivistischen Perspektive grundlegende Fragen auf. Die Positivisten betonen die rechtsschöpferische Dimension der Rechtsanwendung – der ermächtigte Richter entscheidet im Offenheitsbereich des Rechts frei über die Konkretisierung des Rechts im Einzelfall. Kann und soll diese Entscheidung eines menschlichen Amtswalters durch einen wahrscheinlichkeitsgesteuerten Zufallsgenerator rekonstruiert werden? Oder verlangt der Charakter des Rechts, dass sich ein Rechtsgenosse nur dem Urteil von seinesgleichen, von urteilenden Menschen, unterwirft? Selbst wenn dies nicht bereits durch den Charakter des Rechts verlangt sein sollte, kann ein durch Volkssouveränität legitimierter Verfassungsgeber dies für eine bestimmte Verfassungsordnung positivrechtlich anordnen.

Aus der nichtpositivistischen Perspektive wirft die Rekonstruktion richterlichen Entscheidens das Problem auf, dass mit der als notwendig vorausgesetzten Verbindung

von Recht und Moral eine Rekonstruktion des Rechts auch die rechtlich relevanten Elemente der Moral umfassen muss – wenn der Rechtscharakter oder die Geltung positiven Rechts auch davon abhängt, ob die betreffenden Normen extrem ungerecht sind, dann muss der Algorithmus nicht nur die ordnungsgemäße Setzung und die soziale Wirksamkeit beurteilen können, sondern auch Gerechtigkeitskriterien kennen und anwenden können. Gerechtigkeitskriterien sind zudem im Offenheitsbereich des positiven Rechts anzuwenden.

Natürlich wirft nicht jeder juristische Alltagsfall fundamentale rechtsphilosophische Probleme auf. Angesichts dessen könnte man einwenden, es reiche aus, wenn die überwiegende Mehrzahl der rechtlichen Streitigkeiten richtig entschieden werde – menschliche Richter begingen ja auch Fehler. Es ist allerdings ein Unterschied, ob objektiv der Anspruch erhoben wird, jede Streitigkeit richtig zu entscheiden, und dieser Anspruch in der Wirklichkeit aufgrund begrenzter Ressourcen nur approximativ realisiert werden kann oder ob der Anspruch der richtigen Entscheidung von vornherein nur für einfache Fälle (*plain cases*) erhoben wird. Abgesehen davon, dass sich die Unterscheidung von einfachen und schwierigen Fällen keineswegs als eine klare oder sichere Sache erweist, kann und darf das Recht den Anspruch, auch schwierige Fälle (*hard cases*) richtig zu entscheiden, nicht von vornherein aufgeben.

In jedem Fall wäre es ein schwerer Fehler, die Rekonstruktion der richterlichen Entscheidungsfindung allein nach dem auszurichten, was Algorithmen der künstlichen Intelligenz rekonstruieren können. Wenn und solange die richterliche Entscheidungsfindung nicht vollständig, verlässlich und nachvollziehbar durch Methoden der künstlichen Intelligenz rekonstruiert werden kann, muss es bei menschlicher Entscheidungsfindung bleiben.

Weniger ehrgeizig, aber auch weniger problematisch sind Vorhaben der technischen Unterstützung der richterlichen Entscheidung. Hier bleibt die Letztentscheidung menschlichen Entscheidern vorbehalten, deren Tätigkeit aber mehr oder weniger durch technische Mittel unterstützt wird. Gleichfalls weniger problematisch ist der Einsatz künstlicher Intelligenz aus der anwaltlichen Perspektive zur Prognose der Frage, wie ein Gericht *wahrscheinlich entscheiden wird* – wenn man diese Prognose nicht mit der Frage verwechselt, wie ein Gericht *entscheiden soll*. Die rechtsphilosophische Diskussion um die Voraussagedefinition von Oliver Wendell Holmes⁹¹ hat gezeigt, dass eine Gleichsetzung dieser Fragen auf höchst zweifelhaften Prämissen beruht.

91 Oliver Wendell Holmes, *The Path of Law*, in: *Harvard Law Review* 10 (1897), S. 457–478 (460): „The prophecies of what the courts will do in fact, and nothing more pretentious, are what I mean by the law.“

3 Die Unvermeidlichkeit rechtsphilosophischer Prämissen

Jeder, der Recht setzt, fortbildet oder anwendet, gleich in welcher Rolle im Rechtssystem, muss zumindest in schwierigen Fällen (*hard cases*) notwendig Annahmen zu den Grundfragen des Rechts voraussetzen – unabhängig von der Frage, ob er oder sie dies will oder sich dessen überhaupt bewusst ist. Von den verwendeten Methoden der Rechtsanwendung wird die „Rechtsphilosophie“ impliziert, die der Entscheider zugrunde legt. Rechtsphilosophie ist damit keineswegs denjenigen vorbehalten, die sich hauptberuflich mit rechtsphilosophischen Fragen befassen, sondern kann in verschiedenen Hinsichten bei der Entscheidung von Fällen bedeutsam werden. Je umfassender und kundiger der Rechtsanwender über die Natur des Rechts zu reflektieren vermag, desto fundierter kann er seine Entscheidungen insbesondere in schwierigen Fälle begründen. Die Verantwortung des Rechtsanwenders gegenüber denjenigen, die von den Folgen der Entscheidung unmittelbar oder mittelbar betroffen werden, gebietet es, die notwendigen rechtsphilosophischen Prämissen einer derartigen Entscheidung nicht einfach unreflektiert vorzusetzen. Darum Rechtsphilosophie.

IV WARUM RECHTSZOLOGIE?

DORIS SCHWEITZER¹

1 Einleitung

Sehr geehrte Damen und Herren,

dass die Frage „Warum Rechtssoziologie?“ an der juristischen Fakultät überhaupt gestellt wird, erscheint aus einer genuin soziologischen Perspektive zunächst verwunderlich. Denn unzweifelhaft handelt es sich beim Recht um ein gesellschaftliches Phänomen, wenn es nicht gar – wie bei Émile Durkheim – als Prototyp des „soziologischen Tatbestandes“ anzusehen ist.² Recht wird in der Soziologie als spezifische Art der „sozialen Norm“ angesehen, und es erfüllt vielfältige gesellschaftliche Funktionen, wie Erwartungssicherung und Verhaltenssteuerung, Konfliktregelung und Grenzsicherung. Da es – wie Heinrich Popitz als Universalitätsthese postuliert – in allen Gesellschaften sozialen Normen gibt, wird das Recht aufgrund dieser Funktionen als zentraler Garant jeglicher sozialen Ordnung angesehen.³ Als institutionalisierter und professionalisierter Normenkomplex zählt es zu den unerlässlichen Mechanismen der gesellschaftlichen Ordnungssicherung und -steuerung. Recht ist daher immer eingebunden in gesellschaftliche Macht- und Herrschaftsverhältnisse, ja es stellt selbst ein machtvolleres Dispositiv dar.

Vor dem Hintergrund dieser Bestimmungen erklärt sich die Notwendigkeit einer Rechtssoziologie, die diese Funktionen, Funktionsweisen und Mechanismen des rechtlichen Normenkomplexes untersucht, von selbst. Es müsste sich mithin um ein Gebot der intellektuellen Redlichkeit handeln, dass sich die Rechtswissenschaft als eigentliche Wissenschaft des Rechts auch diesen Aspekten ihres Gegenstandes widmet.

1 Festvortrag anlässlich der Examensfeier der Juristischen Fakultät der Universität Heidelberg am 09. Februar 2018. Er greift auf Forschungsergebnisse meiner in Kürze erscheinenden Habilitationsschrift „Juristische Soziologien. Recht und Gesellschaft von 1814 bis in die 1920er-Jahre“ zurück.

2 *Émile Durkheim*, Die Regeln der soziologischen Methode. Herausgegeben und eingeleitet von René König, Frankfurt am Main 2006 [im Original 1894].

3 *Niklas Luhmann*, Rechtssoziologie, 4. Aufl., Wiesbaden 2008, S. 1.

Warum aber wird nichtsdestotrotz aus rechtswissenschaftlicher Perspektive diese Frage „Warum Rechtssoziologie?“ gestellt? Warum erscheint es begründungsbedürftig, für eine Rechtssoziologie an den juristischen Fakultäten zu plädieren?

2 Die Begründungsbedürftigkeit der Rechtssoziologie

Dass heute die Notwendigkeit der Rechtssoziologie für die Rechtswissenschaft begründungsbedürftig erscheint, hat historische Gründe. Diese fallen unter anderem in die Entstehungszeit der Soziologie als eigenständige Disziplin. Die Soziologie ist bekanntermaßen ein sehr junges Fach. Auch wenn Vorläufer eines gesellschaftstheoretischen Denkens bis in die Antike auszumachen sind, werden erst im 19. Jahrhundert Gesellschaftstheorien entworfen, die im strengen Sinne zur Soziologie zählen – genauso wie das Wort „Soziologie“ ein Produkt dieses Jahrhunderts ist. Im Zuge ihrer Ausdifferenzierung wurden zunächst in den einzelnen bereits bestehenden Wissenschaften soziologische Perspektiven entworfen, bevor sich dann die Soziologie durch diverse Abgrenzungstreitigkeiten als eigenständige Disziplin – in Deutschland erst in der Weimarer Zeit – etablieren konnte. Genau diese Situation war in der Rechtswissenschaft anzutreffen. Auch hier wurden v. a. im privatrechtlichen Methodenstreit Anfang des 20. Jahrhunderts vieldiskutierte Ansätze einer „Soziologie des Rechts“ (Eugen Ehrlich) bzw. einer „soziologischen Jurisprudenz“ (Ernst Fuchs, Karl Georg Wurzel) vorgelegt, noch bevor die Soziologie sich als eigenständiges Fach zu konsolidieren vermochte.

In den Rechtswissenschaften wurde mit der Hinwendung zu soziologischen Überlegungen auf eine bestimmte Problemlage geantwortet: Nach Inkrafttreten des BGBs im Jahr 1900 versuchte sich die Rechtswissenschaft – wie der Rechtshistoriker Hans-Peter Haferkamp formuliert –, „gegenüber einer begrifflich hochpräzisen Kodifikation interpretatorischen Freiraum zur Verarbeitung des drängenden Modernisierungsdrucks zu verschaffen“⁴. Es entwickelte sich eine heterogene Methodenreformbewegung, die sich primär gegen das Dogma der Lückenlosigkeit des Rechts in der nun als „Begriffsjurisprudenz“ kritisierten herrschenden Pandektistik sowie gegen die daraus resultierende Lebensferne richtete. Für die Methodenkritiker galt es als erwiesen, dass sich das richterliche Urteil keineswegs in einer logischen Ableitung aus dem Systemzusammenhang des Rechts erschöpft. Vielmehr kommen unausweichlich auch andere als juristisch-dogmatische Faktoren zum Tragen, nämlich

4 Hans-Peter Haferkamp, Begriffsjurisprudenz. Enzyklopädie zur Rechtsphilosophie. IVR (Deutsche Sektion) und Deutsche Gesellschaft für Philosophie. <http://www.enzyklopaedie-rechtsphilosophie.net/inhaltsverzeichnis/19-beitraege/96-begriffsjurisprudenz> (zuletzt geprüft am 23.04.2019), Abs. 3.

Wertungen und Werturteile. Das eigentliche Problem wurde folglich in der Unausweichlichkeit der normativen Wertung im richterlichen Urteil gesehen. Und es stellte sich die Frage, wie man damit auf wissenschaftliche Art und Weise umgehen könne, ohne den Lebensbezug des Rechts zu kappen. Um dieses Problem zu lösen, kam nun die Soziologie ins Spiel, und zwar auf zwei Ebenen:

Auf der Rechtsanwendungsebene wurden von Autoren wie Ernst Fuchs, Johann Georg Gmelin oder Hans Wüstendörfer explizit juristisch zu qualifizierende „soziologische Methoden“ ins Feld geführt, die das richterliche Urteil über soziologische Forschung wissenschaftlich begründen sollten.⁵ Werte wurden als gesellschaftliche Normen (bzw. Kulturwerte) gefasst, die als solche einer empirisch-soziologischen Untersuchung zugänglich seien.

In der breiten Kritik dieser Forderung nach einer Soziologisierung der juristischen Methode wurde auf die erkenntnis- und wissenschaftstheoretische Ebene gewechselt. Auf dieser zweiten Ebene ging es in der Folge zentral um zwei eng zusammenhängende Probleme:

Erstens wurde darum gestritten, welche Rolle der Soziologie als Wissenschaft der Tatsachen des gesellschaftlichen Lebens in der Rechtswissenschaft zukomme. Hier lassen sich vier idealtypische Positionen unterscheiden, die eine solche Rolle zu definieren versuchten:

- a) Die erste Position ist die einer radikalen Soziologisierung der Rechtswissenschaft. Für Ignatz Kornfeld und Ludwig Spiegel etwa gilt: Da Wertungen der Wissenschaft nicht zugänglich seien, darf die Jurisprudenz, will sie *Rechtswissenschaft* sein, Recht nicht als Norm im normativen Sinne verstehen, sondern als Komplex tatsächlich geltender Regeln. Dann wäre aber die Soziologie die einzig mögliche Form der Rechtswissenschaft.⁶

5 Vgl. etwa *Ernst Fuchs*, Begriffsjurisprudenz und soziologische Rechtsfindung, in: Werner Krawietz (Hrsg.), *Theorie und Technik der Begriffsjurisprudenz*, Darmstadt 1976, S. 185–190 [im Original 1910]; *ders.*, Das Differenzsprinzip und die soziologische Rechtslehre, in: *Juristische Wochenschrift: Organ des Deutschen Anwaltvereins* 39 (1910), S. 53–55; *Johann Georg Gmelin*, Quousque? Beiträge zur soziologischen Rechtsfindung, Hannover 1910; *Hans Wüstendörfer*, Die deutsche Rechtsprechung am Wendepunkt. Versuch einer positiven Methode soziologischer Rechtsfindung, in: *Archiv für die civilistische Praxis* 110 (1913), S. 219–380.

6 *Ignatz Kornfeld*, *Soziale Machtverhältnisse. Grundzüge einer allgemeinen Lehre vom positiven Rechte auf soziologischer Grundlage*, Wien 1911; *Ludwig Spiegel*, *Jurisprudenz und Sozialwissenschaft*, in: *Zeitschrift für das Privat- und öffentliche Recht der Gegenwart* 36 (1909), S. 1–30.

- b) In der zweiten Position – namentlich von Eugen Ehrlich – wird die Soziologie des Rechts als „wissenschaftliche Grundlage“ der Jurisprudenz angesehen: Wenn Recht als lebendes Recht *aus den gesellschaftlichen Tatsachen der Ordnungsbildung erwachse*, sei das *eigentliche wissenschaftliche Fundament der Jurisprudenz, ihre Grundwissenschaft, die Soziologie des Rechts*.⁷
- c) *In der dritten Position wurde die Ergänzung der Rechtswissenschaft durch die Soziologie gefordert*: Autoren wie Karl Georg Wurzel, Hugo Sinzheimer und Arthur Nußbaum sehen die Eigenart der Rechtswissenschaft in ihrer normativen Betrachtungsweise. Sie betonen aber die Notwendigkeit soziologischer, auf Seins-tatsachen gerichteter Forschung als unverzichtbare Ergänzung, Irritation bzw. als „Hilfswissenschaft“. Allerdings sei es die Rechtswissenschaft in Form der Rechtsdogmatik, die das Wichtige bzw. das Wesentliche nach ihren Bedürfnissen für die soziologische Forschung bestimme.⁸
- d) Schließlich wird viertens die Rechtssoziologie von Hermann Kantorowicz als „Zwischenwissenschaft“ entworfen. Für Kantorowicz zeigt sich eine Dreiteilung der Wissenschaften: Soziologie sei eine generalisierende Kulturwissenschaft, Rechtswissenschaft sei eine Normwissenschaft, und Rechtssoziologie eine Zwischenwissenschaft, die zwischen den beiden wesensfremden Wissenschaften vermittele. Sie könne allerdings „fruchtbringend nur von Fachmännern der Jurisprudenz, gewissermaßen im Nebenamt, betrieben werden“. Daher sei sie letztlich nur eine juristische Hilfswissenschaft, deren Arbeit von den Juristen und nicht den „Soziologen vom Fach“ zu erledigen sei.⁹

In allen vier Positionen wird unter Soziologie etwas sehr Unterschiedliches verstanden. Daneben liegt eine grundlegende Differenz im Normbegriff: Auf der einen Seite – etwa bei Kornfeld und Ehrlich – wird der Charakter der rechtlichen Norm als Regel, Regelmäßigkeit oder „Ordnungsnorm“, als allgemeines Gesetz des menschlichen Zusammenlebens bzw. als empirisches Gesetz des menschlichen Verhaltens hervorgehoben. Dem wird insbesondere von Sinzheimer, Nußbaum und Kantorowicz ein

7 *Eugen Ehrlich*, Grundlegung der Soziologie des Rechts. Durchgesehen und herausgegeben von Manfred Rehbinder, 4. Aufl., Berlin 1989 [im Original 1913].

8 *Karl Georg Wurzel*, Das juristische Denken, Wien 1904; *Hugo Sinzheimer*, Die soziologische Methode in der Privatrechtswissenschaft, in: ders. (Hrsg.): Arbeitsrecht und Rechtssoziologie. Gesammelte Aufsätze und Reden, Frankfurt a. M. 1976, S. 3–23 [im Original 1909]; *Arthur Nußbaum*, Die Rechtstatachensforschung. Ihre Bedeutung für Wissenschaft und Unterricht, Tübingen 1914.

9 *Hermann U. Kantorowicz*, Rechtswissenschaft und Soziologie, in: Georg Simmel (Hrsg.): Deutscher Soziologentag: Verhandlungen des Deutschen Soziologentages. 19.–22. Okt. 1910 in Frankfurt a. M., Tübingen 1911, S. 275–309, 278.

Normbegriff entgegengehalten, der im Rechtssatz eine Wertentscheidung sieht, die nicht über irgendeine Kausalität hergeleitet werden könne. Daher sei die Rechtswissenschaft, die sich mit solchen Normen befasse, eine eigenständige Disziplin mit einem Sonderstatus gegenüber Kulturwissenschaft und Naturwissenschaft.

Diese letztere Position zeigt, dass zugleich über explizit erkenntnis- und wissenschaftstheoretische Bestimmungsversuche der Rechtswissenschaft gestritten wurde. Das ist das zweite zentrale Problem: Die Frage nach dem Wesen der Rechtswissenschaft. Auch hier besteht keinerlei Einigkeit: Rechtswissenschaft wird als Kultur-¹⁰, Sozial- oder Mischwissenschaft¹¹ bestimmt, oder sie stelle gegenüber den gängigen Zweiteilungen der Wissenschaft um die Jahrhundertwende als Norm-, Wertungs- bzw. Zweckwissenschaft¹² eine besondere Art der Wissenschaft dar.

In diesen Bestimmungsversuchen zeigt sich, dass noch ein ganz anderes Problem verhandelt wurde: Die Soziologie wurde von Autoren wie Ehrlich, Kornfeld, Fuchs, Gmelin und Spiegel als Konkurrenzdisziplin zur herkömmlichen Rechtswissenschaft ins Spiel gebracht. Das wurde als Angriff auf die Rechtswissenschaft angesehen, wie dies etwa Wilhelm Sauer im Jahr 1923 mit Blick auf die Soziologie deutlich zum Ausdruck bringt: „Die Gefahr droht von dieser jungen und zukunftsreichen Wissenschaft, daß sie sich als Rechtswissenschaft aufspielt, die sie eben wegen ihres bloß beschreibenden Charakters niemals sein darf.“¹³ Vor diesem Hintergrund ging es in der Debatte darum, das Proprium der Rechtswissenschaft als eine autonome Disziplin zu sichern.

Die Bestimmung der – letztlich die Autonomie sichernden – Eigenart der Rechtswissenschaft erfolgte dabei trotz Heterogenität der philosophischen oder theoretischen Herkunft in der Mehrzahl der Fälle über die Scheidung von Sein und Sollen. Von den verschiedensten Seiten wird die unzulässige Vermengung von Sein und Sollen in den Soziologisierungversuchen der Rechtswissenschaft angekreidet. Diese Kritik erfolgte einerseits auf der Gegenstandsebene, indem den Autoren vorgehalten wird, dass Recht nicht als Norm, sondern als Regel gefasst werde und daher eine Verwechslung von Normalität und Normativität im Rechtsnormbegriff vorliege. Andererseits wurde

10 Dies wird prominent natürlich von den Neukantianern wie Emil Lask oder Gustav Radbruch vertreten, aber auch von den Neuhegelianern um Joseph Kohler.

11 Vgl. etwa *Max Rumpf*, *Rechtswissenschaft als Sozialwissenschaft*, Nürnberg 1929.

12 Neben Nußbaum, Sinzheimer und Kantorowicz ist zu dieser – letztlich keinesfalls homogenen – Gruppe insbesondere auch Hans Kelsen zu zählen, vgl. etwa seinen Aufsatz „Die Rechtswissenschaft als Norm- oder als Kulturwissenschaft: Eine methodische Untersuchung“ (in: *Schmollers Jahrbuch fuer Gesetzgebung, Verwaltung und Volkswirtschaft im Deutschen Reich* 40 (1916), S. 95–151).

13 *Wilhelm Sauer*, Übersicht über die gegenwärtigen Richtungen in der deutschen Rechtsphilosophie. Zum 200. Geburtstag Kants, in: *Archiv für Rechts- und Wirtschaftsphilosophie* 17 (1923), S. 284–313, 311.

die Kritik auf der wissenschaftstheoretischen Ebene formuliert, indem methodologische Defizite, ein logisch nicht haltbarer Methodensynkretismus bzw. die Verkennerung der Eigenart der Rechtswissenschaft angeklagt wird.¹⁴

Konstitutiv für den Methodenstreit ist also das Spannungsverhältnis zwischen Normativität und Faktizität der rechtlichen Normen, das nun wissenschaftstheoretisch gewendet wird. Den Diskurs eint die Suche nach der Antwort auf die Frage, ob und – wenn ja – wie die Rechtswissenschaft aufgrund ihres genuinen Wissenschaftscharakters die Tatsachen des gesellschaftlichen Lebens zu integrieren habe. Daher wird die Auseinandersetzung mit der Soziologie, jener sich konsolidierenden Disziplin für die Tatsachen des gesellschaftlichen Lebens, zur zentralen wissenschaftstheoretischen Herausforderung – sie ist der Abgrenzungshorizont, vor dem sich die Bestimmung der Eigenart der Rechtswissenschaft vollzieht. In der Abgrenzung zu einer drohenden Soziologisierung etabliert sich dabei letztlich ein Selbstverständnis der Rechtswissenschaft als eine normativ-dogmatische Wissenschaft, das sich in der Folge auch durchgesetzt hat. *Vice versa* versteht sich die Soziologie dann zu weiten Teilen als werturteilsfrei.

Systemtheoretisch würde man von einer Ausdifferenzierung der Wissenschaftsdisziplinen durch Externalisierung sprechen: Die Rechtswissenschaft hat das Problem der Faktizität der Normen erfolgreich in die Soziologie externalisiert, und *vice versa* hat die Soziologie wiederum ihr Problem der Normativität der Normen erfolgreich in die Rechtswissenschaft externalisiert. Seitdem gibt es zwei getrennte Disziplinen, denen eine je unterschiedliche Perspektive zugeschrieben wird – selbst wenn dabei die Schwierigkeiten dieser Scheidung *in concreto* immer betont wird.

Ist diese Scheidung vollzogen, muss man nun gar nicht bestreiten, dass das Recht ein gesellschaftliches Phänomen ist. Denn die erkenntnis- und wissenschaftstheoretische Scheidung von Sein und Sollen garantiert, dass es trotz der Anerkennung des gesellschaftlichen Charakters der Rechtsnormen eine gegenüber der Soziologie autonome Erkenntnisweise des Rechts gibt. Die Soziologie steht nun „vor den Toren der Jurisprudenz“. Und genau deshalb erscheint die Frage „Warum Rechtssoziologie?“ begründungsbedürftig – und zwar ausnahmslos. Das liegt sozusagen in der Natur dieses epistemischen Schemas, wird die Rechtssoziologie doch als aliud zur Rechtswissenschaft, d. h. insbesondere der Dogmatik, konzipiert.

¹⁴ Diese Position kommt paradigmatisch in der Kritik Kelsens an Ehrlich zum Ausdruck, vgl. seine Beiträge in: Stanley L. Paulson (Hrsg.), Hans Kelsen und die Rechtssoziologie. Auseinandersetzungen mit Hermann U. Kantorowicz, Eugen Ehrlich und Max Weber, Aalen 1992.

Die Beweislast liegt in der Folge also bei der Rechtssoziologie. Sie muss unter Beweis stellen, dass sie für die Rechtsdogmatik relevantes Wissen zu liefern imstande ist. Das kann etwa durch Verweis auf Zulieferdienste erfolgen, die die Rechtssoziologie als „Hilfswissenschaft“ der Rechtswissenschaft erbringe. Man kann aber auch ihre Leistungen über eine Art ergänzende Arbeitsteilung begründen, und zwar nach dem Prinzip: Die Rechtssoziologie sei für die Erforschung von Genese und Wirkung der Rechtsnormen zuständig, die Rechtswissenschaft für die Bearbeitung der Inhalte der Rechtsnorm. Die Relevanz der Rechtssoziologie kann zudem durch ihre normative Wendung etwa in der „soziologischen Jurisprudenz“, wie sie insbesondere von systemtheoretisch orientierten Juristen und Juristinnen betrieben wird, begründet werden. Schließlich kann man argumentieren, dass man mit der Hinwendung zur Rechtssoziologie der heute verstärkt erhobenen Forderung nach Trans- oder Interdisziplinarität gerecht werde.

Mit der Frage „Warum Rechtssoziologie?“ wird man automatisch in diese letztlich historisch vorgezeichneten Bahnen der Argumentation gelenkt. Es wird immer um die Begründung der Notwendigkeit der Rechtssoziologie für die Rechtswissenschaft gehen, und zwar im Sinne von: „Warum braucht die Rechtswissenschaft überhaupt die Rechtssoziologie?“ bzw. „Was kann sie ihr bieten?“. Manchmal fällt diese Begründung weniger erfolgreich, manchmal erfolgreicher aus. Es wird wahrscheinlich immer darauf ankommen, wie sehr in der Hinwendung zur Rechtssoziologie ein Angriff auf die Autonomie der Rechtswissenschaft gesehen wird – das zeigte sich etwa im scharfen Ton in den Debatten um die Rechtssoziologie in den 1970er- und 80er-Jahren, aber m. E. kann man dies heute auch in den Diskussionen um das Selbstverständnis der Verwaltungsrechtswissenschaft als Steuerungswissenschaft erkennen.

3 Beweislastumkehrung: Warum nicht Rechtssoziologie?

Vielleicht muss man diese eingefahrenen Bahnen aber verlassen, um sich nicht im ewig gleichen Kreis der Argumentation zu drehen. Ich schlage daher vor, die Frage umzukehren, also nicht mehr zu fragen: „Warum Rechtssoziologie?“, sondern: „Warum nicht Rechtssoziologie?“. Denn dadurch wird die Beweislast umgekehrt, da man nun begründen muss, warum man die Rechtssoziologie nicht benötigt. Es wird also zur Debatte gestellt, auf was die Rechtswissenschaft verzichten würde, wenn man rechtssoziologische Fragestellungen ausklammert. Dann muss man aber ebenso danach fragen, welche Gefahren für die Erkenntnisse des Rechts daraus erwachsen würden. Und kann die Rechtswissenschaft sich dies leisten?

Dabei sehe ich zwei Probleme für das Recht und die Rechtswissenschaft, wenn sie die Rechtssoziologie ausklammert, nämlich den Erhalt sowohl ihrer Entwicklungsfähigkeit als auch ihrer Kritikfähigkeit. Sie läuft Gefahr, diese beiden Fähigkeiten zu verlieren, wenn sie auf die Rechtssoziologie verzichtet. Diesbezüglich stößt die Rechtswissenschaft, eingeengt auf Rechtsdogmatik, an ihre Grenzen. Dazu möchte ich abschließend einige kurze Thesen formulieren:

Die erste Gefahr besteht hinsichtlich des Verlusts der Entwicklungsfähigkeit der Rechtswissenschaft, und zwar in logischer wie in sachlicher Hinsicht:

- a) In logischer Hinsicht gilt: Nach dem „Gesetz der abnehmenden Erträge“, wie es von der strukturalistischen Epistemologie formuliert wurde,¹⁵ führt Spezialistentum zu einer systeminternen Unfruchtbarkeit: Aus einem Axiom folgt letztlich nichts Neues, vielmehr werden die Kosten für Ausdifferenzierungen im Vergleich zu den Anfangskosten der Systembildung immer höher. Impulse für Innovationen entspringen vielmehr – wie die Wissenschaftsforschung an zahlreichen Beispielen gezeigt hat – einer wechselseitigen Befruchtung der Disziplinen. Es geht also um eine produktive Irritation durch die Rechtssoziologie – so gilt nicht umsonst Sinzheimer, der für die Verarbeitung soziologischer Erkenntnisse plädierte, als Vater des Arbeitsrechts, um nur ein Beispiel zu nennen.
- b) In sachlicher Hinsicht besteht das Problem der Rechtsdogmatik darin, gesellschaftliche Entwicklungen verarbeiten zu können, um ein zeitgemäßes Rechtsverständnis zu entwickeln. Es geht also auch hier um den Lebensbezug des Rechts. Das Problem entspannt sich dabei an der Kehrseite des naturalistischen Fehlschlusses. Denn wenn man davon ausgeht, dass man vom Sein nicht zum Sollen gelangen kann, dann gilt auch *vice versa*: Man kann nicht vom Sollen zum Sein gelangen.

Über dogmatische Arbeit am Recht wird man kaum etwas über gesellschaftliche Einflüsse auf das Recht, weder bei Anwendung noch bei Genese, Wirkung und Entwicklung, aussagen können. Ich meine damit aber nicht nur das Problem etwa der juristischen Forderung nach einer stärkeren Folgenorientierung, die in sich schon eine Hybridisierung der Perspektiven von Sein und Sollen bedeutet. Vielmehr kann man generell die Leistungsfähigkeit rechtlicher Strukturen und Instrumente ohne Kenntnisse der relevanten Wirklichkeitsausschnitte kaum angemessen reflektieren. Es können letztlich weder Regelungsdefizite bzw.

¹⁵ Vgl. Michel Serres, *Hermes V. Die Nordwest-Passage*, Berlin 1994, S. 171–217.

-lücken im geltenden Recht offen gelegt noch angemessene rechtliche Lösungen für neuartige Sachprobleme entwickelt werden. Gerade dieser letzte Punkt scheint heutzutage von enormer Relevanz, bewegen sich doch viele Globalisierungs- und Digitalisierungsphänomene jenseits der gängigen Kategoriensierungen sowohl der Rechtswissenschaft wie im Übrigen auch der Soziologie.

Die zweite Gefahr hängt eng mit diesem ersten Gedanken zusammen: Sie bezieht sich auf den Verlust der Kritikfähigkeit der Rechtswissenschaft. Eine solche Gefahr besteht natürlich für die an Karl Marx anschließende Kritikvariante, die über eine Aufdeckung der Differenzen zwischen geltendem Recht und gesellschaftlichen Sein bzw. zwischen Rechtstheorie und Rechtspraxis hinausgeht, indem sie die basalen Kategorien des Rechts, wie etwa das liberale Subjektverständnis, in die Ideologiekritik miteinbezieht. Für diese Kritikvariante ist der notwendige Bezug zur Rechtssoziologie offensichtlich. Und nachdem rein gar nichts dafür spricht, dass das Recht das einzige soziale Phänomen sei, in der Ideologie – verstanden als wertbezogene Weltanschauung – keine Rolle spielt, muss sich die Rechtswissenschaft dieser Kritik stellen.

Aber selbst wenn man sich nicht auf die ja heute nicht wohl gelittene marxistische Ideologiekritik bezieht, besteht diese Gefahr auch für eine Kritikfähigkeit in einem viel grundsätzlicheren Sinne: Seit der Aufklärung besteht eine der spezifischen Funktionen der Kritik darin, den Blick auf ausgeblendete Tatsachen zu richten, um Alternativen und Veränderungsmöglichkeiten aufzuzeigen. Die Rechtssoziologie liefert einen solchen Blick auf Tatsachen der sozialen Struktur, der gesellschaftlichen Macht- und Herrschaftsverhältnisse, aber auch der Auswirkungen auf das Subjektverständnis, die im Recht wurzeln. Es geht also nicht nur um das Gebot der intellektuellen Redlichkeit, ein Phänomen in der Gesamtheit seiner Perspektiven in den Blick zu nehmen. Vielmehr muss man auch erkennen können, was für Veränderungsmöglichkeiten-, -potentiale und -notwendigkeiten überhaupt existieren – und dies zur Grundlage einer immer notwendigen kritischen Betrachtung des eigenen Tuns im gesellschaftlichen Kontext machen. Eine Rechtswissenschaft ohne Rechtssoziologie büßt genau eine solche basale Kritikfähigkeit ein, die sich selbst angesichts der gesellschaftlichen Verhältnisse zu reflektieren imstande ist.

Wenn man nun auf genau das nicht verzichten möchte, d. h. die Existenz einer entwicklungsfähigen und kritikfähigen Rechtswissenschaft, dann hat man die Eingangsfrage „Warum Rechtssoziologie?“ in meinen Augen beantwortet.

Ich danke Ihnen für Ihre Aufmerksamkeit.

V WARUM LEGAL TECH?

HERIBERT M. ANZINGER

Prolog

Das Thema dieses Beitrags, *Warum Legal Tech?*, ist in der Tradition einer Reihe als Frage formuliert. Sie wird mit dem Ziel zu beantworten sein, welche Methoden der computergestützten Rechtsfindung in der juristischen Ausbildung Platz finden sollten. Nicht ganz fern vom Thema ist aber zunächst an seinen Ursprung zu erinnern. Dieser Beitrag beruht auf einem Festvortrag, der anlässlich eines feierlichen Ereignisses zu halten war. Absolventinnen und Absolventen der Juristischen Fakultät der Ruprecht-Karls-Universität Heidelberg hatten im Sommersemester 2018 nach ereignis-, lehr- und manchmal auch spannungsreichen Jahren ein selbstgestecktes Ziel erreicht und ihr Studium erfolgreich abgeschlossen. Die Juristische Fakultät konnte auf die Früchte ihrer Arbeit blicken, eine junge Generation von Juristinnen und Juristen mit verantwortungsreichen Perspektiven in Beruf, Referendariat und Gesellschaft entlassen und auf eine Aufrechterhaltung der Verbindung hoffen. Der Beitrag ist mit diesem Anlass zu verorten. Er steht unter dem Eindruck einer raum- und zeitbezogenen Lebenswirklichkeit, die nicht nur bezogen auf die technische Entwicklung Veränderungen unterworfen ist.

1 Markttest der juristischen Ausbildung

Juraabsolventinnen und -absolventen sind gegenwärtig auf dem Arbeitsmarkt begehrt. Im Rechtsreferendariat werden sie umworben – und zwar in allen Notenstufen und in der ganzen Vielfalt ihrer Interessen. Die negativen Eindrücke aus zurückliegenden Juristenschwemmen¹ sind beinahe vergessen. Die Absolventenzahlen sind, bezogen auf die zweite juristische Staatsprüfung, in der vergangenen Dekade um über ein Viertel gesunken,² die Zahl der Anwälte geht zurück und wird nach den Prognosen des deutschen Anwaltsinstituts noch weiter sinken³. Zugleich treten private Interessen neben den Beruf und es sinkt die Bereitschaft, sie im traditionellen Umfang der Arbeit unterzuordnen.⁴ Die Nachfrage nach Teilzeitstellen und geregelten Arbeitszeiten steigt.⁵ Im gleichen Maße sinkt das Arbeitsangebot, bei noch unverändertem Arbeitsumfang.

Juristinnen und Juristen sind zu einem umkämpften Gut geworden. Justiz, Verwaltung, Unternehmen und Anwalts- und Beratungsgesellschaften ringen um die Besten eines Jahrgangs. In der Privatwirtschaft erreichen Einstiegsgehälter für Spitzenabsolventen ungeahnte Höhen,⁶ in der Justiz sinken Einstellungsschwellen,⁷ in den verschiedenen Bereichen der Inneren Verwaltung deuten neue und ungewohnte Formen der Bewerberansprache einen Mangel an⁸. Dieser Mangel wird verschärft durch steigende Anforderungen. Die Aufgaben wachsen in Breite und Tiefe mit neuen Geschäftsmodellen der Wirtschaft, bunten gesellschaftlichen Strukturen und einer immer stärkeren Verzahnung der Regelungsebenen und Rechtsordnungen.

Bezogen auf die ungebrochene Nachfrage scheinen gerade die in Deutschland ausgebildeten Einheitsjuristen auf diesen permanenten Wandel gut vorbereitet zu sein.

1 Kohlbeck, Juristenschwemmen: Untersuchungen über den juristischen Arbeitsmarkt im 19. und 20. Jhd., Diss. Kiel 1978.

2 Bundesamt für Justiz, Ausbildungsstatistik Jura 2017, S. 8.

3 Kilian, Die Zukunft der Juristen. Weniger, anders, weiblicher, spezialisierter, alternativer – und entbehrlicher?, NJW 2017, 3043, 3045.

4 Kilian, NJW 2017, 3043, 3050.

5 Exemplarisch: Podolski, Arbeitszeit in der Großkanzlei: Leben teuer erkaufte, Legal Tribune Online v. 18.05.2017, https://www.lto.de/persistent/a_id/22963/ (zuletzt geprüft am 6.10.2019).

6 Juve, Azur Recherche. Die Top-Gehälter in Kanzleien 2019, <https://www.juve.de/nachrichten/namenundnachrichten/2019/02/kanzleinachwuchs-topzahler-erhoehen-einstiegsgehaelter> (zuletzt geprüft am 5.10.2019).

7 Suliak, Nachwuchsmangel in der Justiz: Mit 6,5 Punkten ins Richteramt, Legal Tribune Online v. 13.09.2018, https://www.lto.de/persistent/a_id/30905/ (zuletzt geprüft am 5.10.2019).

8 Exemplarisch die Broschüren des Finanz- und des Wirtschaftsministeriums Baden-Württemberg, <https://www.justiz-bw.de/,Lde/Startseite/Pruefungsamt/Stellenmarkt+fuer+Juristen> (zuletzt geprüft am 5.10.2019).

Sie haben sich, wie es die Justizausbildungs- und Prüfungsordnungen vorsehen, in der Symbiose von Forschenden, Lehrenden, erfahrenen Praktikern und Lernenden und mit wissenschaftlichem Anspruch mit den wichtigsten Gebieten des Zivilrechts, des Strafrechts und des Öffentlichen Rechts und nicht zuletzt mit selbst gewählten Schwerpunktgebieten befasst. Die internationalen, insbesondere die europarechtlichen Bezüge, sind tief in der Ausbildung verankert. An die Grundlagen in Rechtsgeschichte, Rechtsphilosophie, Rechtssoziologie, der Juristischen Methodenlehre, der Rechtsvergleichung und der Allgemeinen Staatslehre werden sie sich erinnern, wenn es nötig wird. Neben juristischem Wissen und Methoden werden sie ihre Kenntnisse über geschichtliche, gesellschaftliche, wirtschaftliche und politische Zusammenhänge, bereichert durch einen wachsenden Erfahrungsschatz, durch alle Beratungs- und Entscheidungssituationen tragen und das ermöglichen, was von ihnen erwartet wird, wie Iustitia Argumente zu wägen, bevor sie ein Urteil fällen oder ökonomische, soziale und gesellschaftliche Verhältnisse gestalten. Kritik am deutschen Weg, Juristinnen und Juristen als Generalisten auszubilden,⁹ ist vor dem Hintergrund eines permanenten Wandels der Anforderungen zu relativieren. Die deutsche Juristenausbildung hat den Markttest bisher bestanden. Unter dem Eindruck eines Nachfrageüberhangs am deutschen Arbeitsmarkt erscheinen sie als Expertinnen und Experten in einem neuen Mangelfach.

2 Wandel des Rechtsdienstleistungsmarkts

Die mit der gegenwärtigen Marktsituation des Juristenmangels verbundenen Chancen sind Risiko zugleich. *Fritjof Haft*, einer der Pioniere der Rechtsinformatik,¹⁰ hat Juristen in seiner Einführung in das Juristische Lernen mit Unternehmern in einer Dienstleistungsbranche gleichgesetzt. Zwischen der Tätigkeit des Gesetzgebers, der RichterIn, des Juraprofessors, der Rechtsanwältin oder des Syndikusanwalts einerseits und der Arbeit des Taxifahrers, des Kellners oder des Friseurs andererseits bestehe kein grundlegender Unterschied. Alle erbrachten Dienstleistungen und seien den Gesetzen des Marktes unterworfen.¹¹ Dieser Vergleich widerstrebt dem Rechtsmenschen, dem Marktbeobachter leuchtet er ein. Juristen bieten eine Dienstleistung an, auf einem Markt, auf dem möglicherweise die Nachfrage das Angebot übersteigt. Das kann verschiedene Effekte haben – kurzfristig wird es sich für Absolventinnen und Absolventen positiv auswirken, langfristig sollten sie unternehmerisch denken.

9 Aus der Perspektive der Anwaltschaft: *Kilian*, Juristenausbildung. Die Ausbildung künftiger Volljuristen in Universität und Referendariat: Eine Bestandsaufnahme unter besonderer Berücksichtigung der Anwaltschaft, 2015, S. 286 f.

10 Weit vorausblickend: *Haft*, Nutzenwendungen kybernetischer Systeme im Recht, 1968.

11 *Haft*, Einführung in das juristische Lernen, 7. Aufl. 2015, S. 2.

Mathias Kilian reflektierte in seinem bereits zitierten, weitblickenden Beitrag zur Zukunft der Juristen auf Grundlage empirischer Erkenntnisse die Frage, ob Juristen in Zukunft nicht nur weniger, sondern auch entbehrlicher würden.¹² Er begründete dies mit seinen Beobachtungen über Legal Tech als disruptive Innovation, die den Rechtsmarkt fundamental verändern könnte. Diesen Befund stützt eine Studie, die eine international anerkannte Unternehmensberatung zusammen mit der *Bucerius Law School* durchgeführt hatte. Sie kam zu dem Ergebnis, dass für standardisierte Alltagsaufgaben perspektivisch keine Juristen klassischer Ausbildung mehr benötigt würden.¹³ Noch radikaler sind die Prognosen des britischen Legal Tech Pioniers und Rechtsmarktbeobachters *Richard Susskind*, der bereits 1987 das Wesen juristischer Dienstleistungen¹⁴ und später auch eine tiefgreifende Veränderung anderer freier Berufe, etwa der Ärzte, Journalisten, Steuerberater und Wirtschaftsprüfer, vorhergesagt hatte¹⁵. Er verknüpft dies mit der Feststellung, dass Rechtsdienstleistungen kein einzigartiges Gut mehr darstellen würden und Juristen auf ihr Herrschaftswissen kein Monopol mehr beanspruchen könnten, sondern die notwendige Expertise durch neue Technologien auch von anderen Marktteilnehmern erworben und Rechtsdienstleistungen damit austauschbar und handelbar seien.¹⁶ Rechtsrat und Vertragstextgeneratoren im Internet,¹⁷ Rechtsdurchsetzungsplattformen und computergestützte Angebote zur Online Dispute Resolution¹⁸ scheinen die Vorhersagen von *Richard Susskind* zu stützen. Auch die Anwaltschaft geht von einer radikalen Veränderung des Rechtsmarkts aus. *Markus Hartung*, Vorsitzender des Berufsrechtsausschusses des Deutschen Anwaltsvereins, zeichnet mit vier Thesen für die Zukunft des Rechtsmarktes ein differenzierteres Bild, das die Bedeutung der neuen Technologien nicht verkennt, aber Anwälten neue Rollen zuweist. Gleichwohl schließt er mit der vielsagenden These, „The competitor that kills you doesn’t look like you“ und deutet damit die Rolle von Softwareunternehmen auf dem Rechtsmarkt an.¹⁹

12 *Kilian*, NJW 2017, 3043, 3050.

13 *Veith/Bandlow/Harnisch/Wenzler/M. Hartung/D. Hartung*, How Legal Technology Will Change the Business of Law, 2016, S. 11 f.

14 *Susskind*, End of Lawyers? Rethinking the Nature of Legal Services, 2008.

15 *Susskind*, The future of professions. How technology will transform the work of human experts, 2017.

16 *Susskind*, The future of professions. How technology will transform the work of human experts, 2017, S. 189 ff.; mit Überlegungen zur Industrialisierung des Rechts auch *Breidenbach*, in: *Breidenbach/Glatz* (Hrsg.), Rechtshandbuch Legal Tech, 2018, S. 37 ff.

17 Mit einem Überblick über den deutschen Legal Tech-Markt: *Breidenbach/Glatz*, in: *Breidenbach/Glatz* (Hrsg.), Rechtshandbuch Legal Tech, 2018, S. 25 ff.

18 *Braegelmann*, in: *Hartung/Bues/Halbleib* (Hrsg.), Legal Tech. Die Digitalisierung des Rechtsmarkts, 2017, S. 215 ff.

19 *Hartung*, in: *Hartung/Bues/Halbleib* (a. a. O., Fn. 18), S. 297, 299.

3 Computergestützte Methoden der Rechtsfindung

Im Vorverständnis von Rechtsidealisten²⁰ bilden Marktbezug und Unternehmerbild einen Fremdkörper, jedenfalls keine Rechtfertigung, technische Lehrinhalte in ein juristisches Studium aufzunehmen. Legal Tech berührt aber auch das Selbstverständnis²¹ und den Wesenskern der Rechtswissenschaft als solche. Im Kanon der Wissenschaften ist die Rechtswissenschaft ohnedies mit den ihr eigenen Methoden nicht ohne Widersprüche zu verorten. Eingängig ist die klassische auf Ulpian zurückgeführte Definition, wonach Rechtswissenschaft die Wissenschaft vom Gerechten und Ungerechten sei.²² Die damit in der Werteordnung des Grundgesetzes verbundene Vorstellung, dass wesentlich Gleiches gleich und wesentlich Ungleiches ungleich zu behandeln sei,²³ führt zu denjenigen Methoden der Rechtswissenschaft, die gewährleisten sollen, dass derselbe Sachverhalt unter denselben geltenden Regeln gleich und damit im Sinne der Gleichheit gerecht entschieden wird.

Eine ausschließlich am Gleichheitssatz oder an der verfassungsmäßigen Ordnung ausgerichtete Gerechtigkeitsvorstellung rührt an der Rolle der subjektiven, menschlichen Elemente der Überzeugungsbildung, der Intention und des Werturteils des Rechtsanwenders bei der Entscheidungsfindung. Aus der Sicht des Logischen Positivismus dürfte ihnen kein Raum gegeben werden, weil nur empirische Beobachtungen und logische Beziehungen, nicht aber Werturteile als „wahr“ verifiziert werden könnten. Welche Rolle Wertungen und persönliche Überzeugung des Rechtsanwenders einnehmen dürfen, ist Kern des Werturteilsstreits in der Wissenschaftstheorie.²⁴ Seine praktische Bedeutung wird immer dann sichtbar, wenn juristische Entscheidungen Gegenstand empirischer Untersuchungen anderer Disziplinen werden, um eine gefühlte Unberechenbarkeit der Rechtsprechung mit Fakten zu belegen. Exemplarisch ist eine statistisch-mathematische Auswertung von Urteilen deutscher Arbeitsgerichte durch Ökonomen.²⁵ Sie bezog sich auf die Entscheidungsbegründungen einer großen Zahl gleichartiger Arbeitsgerichtsprozesse in den Jahren 2003 bis 2006. Diesen lagen in seltener Weise anzutreffende homogene Sachverhalte zugrunde. Die

20 Zum Wesen des „Rechtsidealisten“ und zur Psychologie des „Rechtsmenschen“: *Radbruch*, Rechtsphilosophie, 1932, S. 97 ff. und *Spranger*, Lebensformen, 9. Aufl. 1966, S. 376 ff., zitiert nach *Rakebrand*, *myops* 36, S. 69, 73.

21 *Engel/Schön* in: Engel/Schön (Hrsg.), Das Proprium der Rechtswissenschaft, 2007, Vorwort S. IX ff.

22 „Iuris prudentia est divinarum atque humanarum rerum notitia, iusti atque iniusti scientia“, *Domitius Ulpianus*: Ulpian primo libro reg., Digesten 1,1,10,2.

23 Exemplarisch BVerfG v. 10.4.2018 – 2 BvL 11/14 ua., BVerfGE 148, 147 Rn. 94.

24 *Rüthers/Fischer/Birk*, Rechtstheorie, 10. Aufl. 2018, Rn. 290a ff. und Rn. 579 ff.

25 *Berger/Neugart*, How German Labor Courts Decide: An Econometric Case Study, *German Economic Review* 13 (2011), 56.

Änderung des Geschäftsmodell einer Elektronikmarkt-Kette war mit einer hohen Anzahl betriebsbedingter Kündigungen in gleichartigen Fällen verbunden gewesen, die in zahlreichen Verfahren an mehreren Dutzend Arbeitsgerichten in verschiedenen Bundesländern gemündet waren. Obwohl sich alle Kläger in vergleichbaren Situationen befunden hatten, endeten die ausnahmslos streitig entschiedenen Verfahren mit unterschiedlichem Erfolg der Kläger. Die Ökonomen identifizierten in der empirischen Auswertung der Urteilsgründe die anerkannten Kriterien der Sozialauswahl, zugleich aber auch das Gericht und die Person des Richters als ergebnisbeeinflussende Kriterien.²⁶ Korrelationen zwischen dem Geschlecht der Richterin oder des Richters und den regionalen konjunkturellen Verhältnissen und dem unterschiedlichen Ausgang der Verfahren mündeten in der Diagnose mangelnder Vorhersehbarkeit juristischer Entscheidungen.²⁷ Presseberichten zufolge zeigte sich der Präsident eines Arbeitsgerichts erstaunt über das Ergebnis der Studie und entschuldigte Unterschiede in den angelegten Maßstäben mit dem Hinweis, dass „Menschen“ entscheiden würden.²⁸ Anerkennt man als Errungenschaft der Aufklärung die Freiheit des Richters zur persönlichen Überzeugungsbildung und lehnt mit dem Bindungspostulat die Idee eines logisch-mechanisch operierenden Richters ab, sind unterschiedliche Entscheidungen unterschiedlicher Gerichte auch bei ähnlichen Sachverhalten kein Indiz eines methodischen Defizits. Sie können aber als solches wahrgenommen werden.

Bevor vor diesem Hintergrund ein Menschenvorbehalt für juristische Entscheidungen zu diskutieren ist,²⁹ stellt sich die Frage, ob zur Vermeidung methodischer Fehler, juristische Entscheidungen einem Roboter übertragen werden dürften und dieser wertfrei nach den Gesetzmäßigkeiten des logischen Positivismus entscheiden könnte. Bis heute ist offen, ob sich der Prozess der Rechtsfindung vollständig automatisieren und die Grundstrukturen juristischen Denkens algorithmisieren lassen.³⁰ Während noch denkbar erscheint, dass sich der Prozess der wechselseitigen Zuordnung von Sachverhalt und Norm automatisieren lässt,³¹ scheinen bereits unbestimmte Rechtsbegriffe eine

26 Berger/Neugart, German Economic Review 13 (2011), 56, 61.

27 Berger/Neugart, German Economic Review 13 (2011), 56, 68.

28 Zitiert in Baczyk, Darmstädter Echo v. 8.II.2011, Stadt, „Das Recht ist konjunkturabhängig“.

29 Dazu Gesellschaft für Informatik, Technische und rechtliche Betrachtungen algorithmischer Entscheidungsverfahren. Gutachten der Fachgruppe Rechtsinformatik der Gesellschaft für Informatik e.V. im Auftrag des Sachverständigenrats für Verbraucherfragen, 2018, S. 167 ff.; Martini, JZ 2017, 1017; Wischmeyer, AöR 143 (2018), 1, 18 ff.; bezogen auf Art. 22 DS-GVO: Almada, Human intervention in automated decision-making: Toward the construction of contestable systems, ICAIL 17 (2019), 2; Brkan, AI-Supported Decision-Making under the General Data Protection Regulation, ICAIL 16 (2017), 3.

30 Zweifelnd: Kotsoglou, JZ 2014, 451, 452 ff.; Engel, JZ 2014, 1096; Kotsoglou, JZ 2014, 1100; Keltch, DSWR 1985, 41, 46; Staake, Werte und Normen, 2018, S. 421; dagegen Adrian, Der Richterautomat ist möglich – Semantik ist nur eine Illusion, Rechtsstheorie 48 (2017), 77.

31 Raabe/Wacker/Oberle/Baumann/Funk, Recht ex machina, 2012, S. 53 ff.

natürliche Grenze zu bilden. Tatsächlich stellt es eine besondere Herausforderung dar, autonomen Fahrzeugen das Fahren mit angemessener Geschwindigkeit beizubringen.³² Unbestimmte Rechtsbegriffe bilden aber keine notwendige Hürde für eine Algorithmisierung des Rechts. Zum einen lässt sich der Computereinsatz im Bereich der juristischen Entscheidungsfindung mit einem automatisierten Fallvergleich verbinden. Zum anderen lässt sich die Konkretisierung unbestimmter Rechtsbegriffe, wie angemessene Geschwindigkeit, als Optimierungsproblem darstellen.³³ Es werden dennoch stets unbestimmte Rechtsbegriffe bleiben, die die menschliche Intuition adressieren und sich einer Algorithmisierung entziehen. Die Aufgabe, diese abzugrenzen und mit einem Menschenvorbehalt auszuzeichnen, fällt dem Gesetzgeber ebenso zu wie der Rechtsprechung und der Rechtswissenschaft, die dafür bestehende Methoden weiterführen muss.

4 Entwicklung der Rechtsinformatik

So utopisch eine Automatisierung des Rechtsfindungsprozesses auch heute noch erscheint, erste Versuche in diese Richtung sind bereits Ende der 1950er-Jahre unternommen worden. *Ulrich Klug* hatte bereits 1964 auf einem Lehrstuhl für Strafrecht, Zivil- und Strafprozessrecht sowie für Rechtsphilosophie an der Universität zu Köln frühe Überlegungen darüber angestellt, wie elektronische Datenverarbeitungsmaschinen im Prozess der Rechtsfindung eingesetzt werden könnten.³⁴ *Fritjof Haft* legte 1968 seine Dissertation zu Nutzenanwendungen kybernetischer Systeme im Recht vor, mit praktischen und visionären Perspektiven zur Anwendung im Bereich der Steuerverwaltung und der Sozialversicherungen, mit Überlegungen zur automationsgerechten Gesetzgebung, zur Automation und Rechtsfindung und zur automatisierten Rechtsprechungs- und Literaturserschließung.³⁵ In Regensburg kündigte *Wilhelm Steinmüller* im Sommersemester 1970 erste Vorlesungen und Seminare zur Rechtsinformatik an,³⁶ in Bonn folgte *Herbert Fiedler*,³⁷ in Heidelberg begründete *Adalbert Podlech* 1973 die DFG-geförderte Arbeitsgruppe Mathematik und Recht³⁸. Bis Ende der 1980er-Jahre entwickel-

32 Zu dieser Herausforderung an Beispielen des dänischen Straßenverkehrsrechts: *Prakken*, On Making Autonomous Vehicles Respect Traffic Law: a Case Study for Dutch Law, ICAIL 16 (2019), S. 241.

33 *Anzinger*, Möglichkeiten der Digitalisierung des Rechts, in: *Hey* (Hrsg.), Digitalisierung des Steuerrechts, DSTJG 42 (2019), S. 15, 33.

34 *Klug*, Elektronische Datenverarbeitungsmaschinen im Recht. Grundsätzliches zur Anwendung kybernetischer und informationstheoretischer Methoden im juristischen Bereich, in: *Carstens* (Hrsg.), FS Jahrreiss, 1964, S. 189.

35 *Haft*, Nutzenanwendungen kybernetischer Systeme im Recht, 1968, S. 35 ff.

36 *Steinmüller*, EDV und Recht. Einführung in die Rechtsinformatik, 1970; ders., ÖVD 1972, 231.

37 Zur Einrichtung der Bonner Forschungsstelle für Juristische Informatik und Automation: *Fiedler*, Bonner-Universitäts-Nachrichten (BUN) Nr. 154, 1984, S. 9.

38 *Gräwe*, Die Entstehung der Rechtsinformatik, 2011, S. 63 ff.

ten, insbesondere in Baden-Württemberg und Südhessen, Juristen und Informatiker leidenschaftliche Initiativen in der Entwicklung automatisierter Entscheidungsunterstützungssysteme. *Walter Popp* und *Bernhard Schlink* stellten 1970 ihr subsumtionsunterstützendes Dialogprogramm JUDITH vor.³⁹ In Tübingen experimentierte *Fritjof Haft* mit unterschiedlichen Methoden der Sprachverarbeitung und der automatisierten Rechtserfassung aus Falldatenbanken. Die Projekte waren für den damaligen Stand der Technik beeindruckend, die breite Anwendung scheiterte aber am Aufwand der Programmierung der Expertensysteme, der Komplexität der Sachverhaltsermittlung und Spracherkennung.⁴⁰ Diese erste Welle der Rechtsinformatik ebte Ende der 1980er-Jahre ab. Die Rechtsinformatik vermischte sich mit dem Informationsrecht und unter ihrem Begriff verdrängten fortan Fragen des Datenschutz-, Software-, Internet- und IT-Rechts die Anwendung computergestützter Methoden im Recht.⁴¹

5 Rechtsinformatik – reloaded

Zumindest außerhalb Deutschlands ist die Erforschung computergestützter Methoden der Rechtsfindung nie eingestellt und als Teilgebiet der Informatik und der Mathematik fortgesetzt worden.⁴² Diese Forschung hat eine Heimat unter dem Dach der International Association for Artificial Intelligence and Law (ICAIL)⁴³ gefunden und ist in den letzten 30 Jahren kontinuierlich vorangetrieben worden.⁴⁴ Dabei sind in den letzten Jahren durch die Fortschritte in der Informatik und der Mathematik, insbesondere auf dem Gebiet der Neuronalen Netze und des Machine Learning, die Techniken des Natural Language Processing, aber auch die Erschließung semantischer juristischer Netze durch Annotationen mit Metadaten weiterentwickelt worden.⁴⁵

39 *Popp/Schlink*, *Jurimetrics* 15 (1975), 303.

40 Überblick bei *Erdmann/Fiedler/Haft/Traunmüller* (Hrsg.), *Computergestützte Juristische Expertensysteme*, 1986; *Haft* in: Hoppe (Hrsg.), *Rechtsprechungslehre: zweites Internationales Symposium* 1988, 1992, S. 589, 590.

41 Zur Abgrenzung: *Fiedler*, *Rechtsinformatik und Informationsrecht*, in: Taeger u.a. (Hrsg.), *Informatik – Wirtschaft – Recht: Regulierung in der Wissensgesellschaft*, FS Kilian, 2004, S. 71; zur Entwicklung *Anzinger*, *DStJG* 42 (2019), S. 15, 23; *Gräwe*, *Die Entstehung der Rechtsinformatik*, 2011, S. 153 ff.

42 Ausführlicher, mit einem Überblick über einzelne Forschungsstandorte, *Anzinger*, *DStJG* 42 (2019), S. 15, 26.

43 Selbstdarstellung unter <http://www.iaail.org>.

44 *Trevor/Araszkiwicz/Ashley/Atkinson/Bex/Borges/Bourcier/Bourgine/Conrad/Francesconi/Gordon/Governatori/Leidner/Lewis/Loui/McCarthy/Prakken/Schilder/Schweighofer/Thompson/Tyrrell/Verheij/Walton/Wyner*, *A history of AI and Law in 50 papers: 25 years of the international conference on AI and Law, Artificial Intelligence and Law 20* (2012), 215.

45 Mit einem Überblick über den Stand der Forschung: *Ashley*, *Artificial Intelligence and Legal Analytics. New Tools for Law Practice in the Digital Age*, 2017.

Die Erfolge, die Google DeepMind mit der Software AlphaGo erzielt hat,⁴⁶ wecken neue Fantasien des technisch Möglichen und könnten dadurch der Entwicklung von Legal Tech einen weiteren Schub geben. Wer mit den Regeln des strategischen Brettspiels Go nicht vertraut ist, wird sich nicht besonders davon beeindrucken lassen, dass nunmehr ein Computer den Menschen auch bei diesem Spiel schlägt. Das wirklich beeindruckende an dieser jüngeren Entwicklung ist aber, dass die von Google DeepMind entwickelte Software sich die Strategie bei diesem Spiel selbst beigebracht hat und durch Spiele gegen sich selbst seine Spieltechnik verfeinert hat.⁴⁷ Mit der zugrunde liegenden Technik selbstlernender Systeme könnte sich die große Einstiegshürde juristischer Expertensysteme, der Aufwand ihrer Programmierung, verflüchtigen.

Beschleunigt wird die, wie unter 4. dargestellt, in Deutschland unter dem Begriff der Rechtsinformatik angestoßene Forschung, wiederum vor allem im Ausland, durch weitere Impulse. In den Vereinigten Staaten und in England wirkt Risikokapital zur Entwicklung juristischer Entscheidungsunterstützungssysteme leicht verfügbar.⁴⁸ Neue Technologien finden dort nicht nur bei Anwältinnen und Anwälten den leichten Zugang zur Praxis. Auch die Justiz erprobt dort computergestützte juristische Assistenzsysteme, etwa den Einsatz statistisch fundierter Prognosen zur Automatisierung von Bewährungsentscheidungen⁴⁹ und eine Algorithmisierung der Strafzumessung⁵⁰. In Großbritannien startete die Regierung eine Initiative zur Einrichtung von Online Courts⁵¹ und meint damit nicht nur neue Formen der elektronischen Kommunikation,⁵² sondern greift damit eine Technik der internetplattformgestützten digitalen Streitbeilegung auf,⁵³ die zur Schlichtung von Verbraucherstreitigkeiten im privaten Sektor unter dem Schlagwort Online Dis-

46 Handelsblatt online v. 09.03.2016: Googles Alpha-Go. Software schlägt den Go-Champion, abrufbar unter HB 13072718; F.A.Z. online v. 15.3.2016, Google-Software besiegt Go-Genie auch im letzten Match, <https://www.faz.net/-gun-8erfk> (zuletzt geprüft am 5.10.2019).

47 Zum technischen Hintergrund: *Bögeholz*, c't 2016, 148 ff.

48 Exemplarisch der spezialisierte Venture Capital Fond NextLawVentures (<https://www.nextlawventures.vc>) und Initiativen einzelner Kanzleien: Orrick: US-Kanzlei will zum Legal-Tech-Investor werden, Legal Tribune Online v. 19.11.2018, https://www.lto.de/persistent/a_id/32183/ (zuletzt geprüft am 6.10.2019).

49 *Kleinberg/Lakkaraju/Leskovec/Ludwig/Mullainathan*, Human decisions and machine predictions, *The Quarterly Journal of Economics* 2018, 237, 239.

50 Gutachten der Fachgruppe Rechtsinformatik der Gesellschaft für Informatik e. V. im Auftrag des Sachverständigenrats für Verbraucherfragen, 2018, S. 28.

51 *Lord Chancellor, Lord Chief Justice and Senior President of Tribunals*, Transforming Our Justice System, 2016; zur Umsetzung: gov.uk/guidance/the-hmcts-reform-programme (zuletzt geprüft am 6.10.2019).

52 Zum begrenzten Projekt e-Justice in Deutschland: *Jost/Kempe*, NJW 2017, 2705; *Müller*, JuS 2018, 1193.

53 Online Dispute Resolution Advisory Group of the Civil Justice Council, Online Dispute Resolution For Low Value Civil Claims, 2015, S. 19, 26.

pute Resolution, etwa bei Vermittlungs- und Zahlungsdienstplattformen, wie ebay oder PayPal, eingesetzt wird⁵⁴. Private Unternehmen entwickeln mit Hilfe der Blockchain-Technologie transnationale Werttransaktionssysteme, die eine Vermögensordnung ohne Inanspruchnahme des staatlichen Gewaltmonopols strukturieren soll und in vielen Bereichen einen regulatorischen Reset bewirken könnten. Smart Contracts, verstanden als selbstvollziehende und selbstvollstreckende Verträge, könnten staatliche Streitschlichtungsinstrumente entbehrlich machen.⁵⁵ Legal Chatbots („Roboter-Anwälte“), wie der britische Rechtsdienstleister *Do Not Pay*⁵⁶, zeigen neue Wege der Automatisierung juristischer Argumentation auf.⁵⁷

6 Legal Tech?

Mit wiederbelebten Interessen und dem beginnenden Einsatz computergestützter Methoden der Rechtsfindung lebt zunächst der alte Streit über die (Un-)Möglichkeit einer Algorithmisierung der Rechtserzeugung wieder auf.⁵⁸ Dabei ist nicht ausgemacht, ob dem „Recht ex machina“, so der Titel einer 2012 veröffentlichten Machbarkeitsstudie zur Formalisierung des Rechts im Internet der Dienste,⁵⁹ notwendig die Idee eines logisch-mechanisch operierenden Richters zugrunde liegt. Gesetzgeber könnten aber dazu übergehen, elektronische Gesetze zu erlassen, die zu ihrer Anwendung geltenden Methoden vorzugeben und dabei Tatbestandsmerkmale vorzusehen, die von Maschinen in der Lebenswirklichkeit als Sachverhalt festgestellt werden könnten.⁶⁰ Was dann bleibt, sind die Fragen nach der Zukunft der Gewaltenteilung,⁶¹ nach einem notwendigen Menschenvorbehalt und nach der Rolle der Intuition und des individuellen Vorverständnisses⁶².

54 Braegelmann, in: Hartung/Bues/Halbleib (a. a. O., Fn. 18), S. 215 ff.

55 Dazu Paal/Fries (Hrsg.), *Smart Contracts – Schlaue Verträge?*, 2019 mit Beiträgen von Anzinger, Erbguth, Finck, Fries, Hofmann, Kaulartz, Kuhlmann, Matzke, Paal, Pesch und Riehm.

56 DoNotPay.com.

57 Goodman, in: Hartung/Bues/Halbleib (a. a. O., Fn. 18), S. 71 f.; Kuhlmann, LTO v. 21.3.2017, lto.de/recht/zukunft-digitales/l/legal-tech-chatbots-juristische-beratung-online/; Croft, Chatbots join the legal conversation, *Financial Times* v. 7.6.2018, ft.com/content/oeabcf44-4c83-11e8-97e4-13afc22d86d4 (zuletzt geprüft am 6.10.2019); Ice, The Playing Field of Legal Chatbots, *Medium* v. 29.6.2018, medium.com/legal-design-and-innovation/the-playing-field-of-legal-chatbots-58f2843ee9f4 (zuletzt geprüft am 6.10.2019); zu Social Bots Wischmeyer, AöR 143 (2018), I (10).

58 Oben Fn. 30.

59 Raabe/Wacker/Oberle/Baumann/Funk, *Recht ex machina*, 2012.

60 Ausführlich dazu Reimer, Der Einfluss der Digitalisierung auf die Rechtsetzung, in: Hey (Hrsg.), *Digitalisierung im Steuerrecht*, DStJG 42 (2019), S. 97 ff.; Anzinger, DStJG 42 (2019), S. 15, 32.

61 Zur Gefahr eines Interpretationsmonopols und einer Umadressierung des Gesetzes mit Folgewirkungen für die Gewaltenteilung, P. Kirchhof, DStR 2018, 497, 501.

62 Oben Fn. 29.

Parallel zu dieser wiederaufflammenden Diskussion über Möglichkeiten und Grenzen automatisierter Rechtsfindung,⁶³ mehren sich aus der Praxis die Forderungen nach Aufnahme von Legal Tech in die juristische Ausbildung⁶⁴. Sie bleiben nicht unwidersprochen und zeichnen sich durch ein uneinheitliches Anforderungsprofil aus.⁶⁵ Das führt zunächst zu der Frage, was eigentlich der Begriff Legal Tech umfasst.

Die ganze Breite des Begriffs Legal Tech strukturieren drei von *Oliver Goodenough* entwickelte und vielfach zitierte Entwicklungsstufen.⁶⁶ Auf der ersten Stufe umfasse Legal Tech nur die Formen computergestützter Büroorganisation und Kommunikationsmittel, auf der zweiten Stufe auch die Technologien, die den Rechtsanwender bei seiner genuin juristischen Tätigkeit unterstützten, ohne den Prozess der Rechtsfindung oder das Geschäftsmodell zu verändern. Auf der dritten Stufe werde der Mensch teilweise ersetzt und das Geschäftsmodell juristischer Dienstleistungen verändert.⁶⁷

Im Rechtsmarkt wird der Begriff Legal Tech in seiner ganzen Breite verwendet. Er erfasst Online-Plattformen für die Mandatsakquisition, Suchmaschinenoptimierung, Personalgewinnung und Marketing. Er setzt sich fort als Bezeichnung für angepasste Office-Anwendungen, Dokumentenverwaltung, Software zur automatisierten Dokumentenerstellung, kognitive Assistenzsysteme zur Vorbereitung juristischer Entscheidungen und zur Lösung konkreter Rechtsfragen, Systeme unterschiedlicher Ausprägungen der Online Dispute Resolution, Software zur Untersuchung von Vertragstexten, zur Visualisierung des Rechts oder eines Sachverhalts, sogar eines Tatorts. Zu Legal Tech zählen auch Anwendungen der Blockchain-Technologie im Recht, Smart Contracts, Anwendung von Data Science im Rechtsbereich und Compliance Management Systeme. Legal Tech kann schließlich ganz unterschiedliche Nutzergruppen adressieren. Sie kann der Rechtserkenntnis durch Laien dienen, exemplarisch zu nennen sind die Expertensysteme, die den Steuerpflichtigen bei der Abgabe seiner Steuererklärung unterstützen. Sie können Anwälten, Schiedsgerichten und staatlichen Gerichten die Fallprüfung erleichtern oder in der Gesetzgebung eingesetzt werden, um den Prozess der Gesetzesformulierung zu unterstützen⁶⁸ oder

63 *Hähnchen/Bommel*, Digitalisierung und Rechtsanwendung, JZ 2018, 334; *Klaas*, Demokratieprinzip im Spannungsfeld mit künstlicher Intelligenz. Demokratische Entscheidungsfindung durch und mithilfe von selbstlernenden Algorithmen, MMR 2019, 84.

64 Exemplarisch: *Geib/Meyer*, Digitalisierung im Rechtsberuf, Gutachten Bundesfachschaffentagung 2019.

65 *Hartung/Bues/Hartleib*, in: *Hartung/Bues/Halbleib* (a. a. O., Fn. 18), S. 7.

66 *Goodenough*, Legal Technology 3.0 in Huffington Post v. 2.4.2015, huffingtonpost.com/oliver-goodenough/legal-technology-30_b_6603658.html.

67 Zu den ökonomischen Folgen der Digitalisierung auf dem Rechtssektor: *Clasen*, AnwBl. Online 2018, 913.

68 *Klaas*, MMR 2019, 84.

elektronische Gesetze bezeichnen⁶⁹. Die Bezeichnung Legal Tech hat sich dabei auch im deutschen Sprachraum durchgesetzt, um eine Abgrenzung zum begrifflich durch das Informationsrecht überlagerten Begriff der Rechtsinformatik sicherzustellen.

7 Inhalte, Formate und Einbettung

Mit einem weiten Verständnis von Legal Tech erschließen sich die Vorschläge zur Aufnahme von Legal Tech in das juristische Studium. Sie kommen aus verschiedenen Richtungen. *Günther Oettinger* wird für seine Amtszeit als Kommissar für die Digitale Gesellschaft und Wirtschaft das Zitat zugeschrieben, er würde einem jungen Jura-Studierenden raten, ein, zwei Semester Informatik zu besuchen.⁷⁰ An den Münchner Universitäten hat sich eine studentische Initiative gebildet, die Juristen und Informatiker sowie interessierte Studenten aus anderen Fachbereichen in Verbindung bringen wollen und die sich für eine Stärkung von Legal Tech in der Lehre einsetzt.⁷¹ Aus der Praxis mehren sich Einzelstimmen, die kritisieren, Juristen würden immer noch ausgebildet, um mit ihren handwerklichen Fähigkeiten jedes Mal das Rad neu zu erfinden, während der Rechtsmarkt in die Massenfertigung eintritt.

Besteht Handlungsbedarf? Müssen alle Juristen programmieren lernen, auch coden? Zählen neben Word-Kenntnissen auch XML/HTML, die Blockchain-Technologie oder die Sprache der Smart Contracts zum Rüstzeug der Juristen, das an allen Universitäten vermittelt werden sollte? Auch die Gegenstimmen mehren sich: Nicht alles gehöre an die Universität. Eine Schulung in Kanzleisoftware sei gewiss nicht notwendiger Inhalt juristischer Ausbildung. Legal Tech im Jurastudium widerspreche einer sinnvollen Arbeitsteilung. Juristen sollten Jura machen. Es gebe nur wenige Jobs, die Legal Tech-Kompetenzen voraussetzten. Es dauere noch lange bis die neuen Technologien in der Praxis relevant würden und ein Anwalt müsse auch nicht notwendig verstehen, was die Software macht.

Die Forderungen und ihre Kritik treffen auf das gegenwärtige Reformprojekt der juristischen Ausbildungsinhalte und Prüfungen. Im November 2017 hat der Ausschuss der Konferenz der Justizministerinnen und Justizminister zur Koordinierung der Juristenausbildung seinen zweiten Folgebericht vorgelegt, in den die Ergebnisse eines

69 *Reimer*, DStJG 42 (2019), S. 97 ff.

70 Zitiert nach *Mattig*, Wahlfach: Legal Technology, Blogbeitrag v. 23.11.2016, <https://www.juwiss.de/89-2016/> (zuletzt geprüft am 3.10.2019).

71 Selbstdarstellung unter <https://www.ml-tech.org> (zuletzt geprüft am 3.10.2019).

Austausches mit den juristischen Fakultäten eingeflossen sind.⁷² Ziel des Projekts ist eine Rückführung des Prüfungstoffes auf ein stärker fokussiertes Pflichtprogramm, in dem neben den drei Fachsäulen auch die Grundlagenfächer berücksichtigt bleiben. Der Koordinierungsausschuss schlägt vor, Legal Tech als Anwendungsfall in das Pflichtprogramm zu integrieren. So sollten Smart Contracts im Vertragsrecht mit abgedeckt werden.⁷³ Die Verbindung von Legal Tech zu den Grundlagenfächern und Schlüsselqualifikationen bleibt unerwähnt.

Fraglich ist, ob diese Fokussierung und Konservierung des traditionellen Fächerkanons den Funktionen des Jurastudiums gerecht wird. Die Juristischen Fakultäten sind mit ihrem Auftrag in Forschung und Lehre zugleich Professional School und Ort der kritisch-systematischen Durchdringung des Rechts. Sie sind in der Einheit von Forschung und Lehre Teil des Funktionssystems Recht und Wissenschaft. Vor diesem Hintergrund ist es richtig, dass ein Jurastudium auf den Beruf des Juristen vorbereiten, aber nicht das gesamte notwendige Fachwissen vermitteln muss. Daher genügt es, wenn Anwendungen der Blockchain-Technologie und Smart Contracts als Anwendungsfälle des Privatrechts und des Öffentlichen Rechts Aufnahme finden. Den allgemeinen Umgang mit Computertechnik, Internet- und Office-Anwendungen, Recherchertools und Datenbanken lernen Studierende in der Auseinandersetzung mit dem Pflichtstoff und der Fertigung der Hausarbeiten.

Es gibt aber auch Bereiche, deren disruptive Wirkung auf den juristischen Methodenkanon im Studium vorweggenommen werden sollte. Dazu gehören Kenntnisse über maschinelles Lernen und maschinelle Sprachverarbeitung und auch der Umgang mit statistischen Verfahren. Juristinnen und Juristen müssen in der nahen Zukunft wissen, wie Legal Chatbots funktionieren, wenn sie sie einsetzen und wenn sie sich ihnen gegenübersehen, und sie müssen mehr als bisher wissen, wie unstrukturierten Massendaten Prognoseentscheidungen entnommen werden können.

Einbettung könnten diese Stoffinhalte einerseits im Kontext der kritisch-systematischen Durchdringung des Rechts in den Grundlagenfächern, allen voran der Rechtstheorie, finden, die dadurch aufgewertet würden. Eine in den Grundlagenfächern verortete Auseinandersetzung mit Legal Tech kann deren Attraktivität erhöhen und zugleich einen gleichermaßen fruchtbaren wie kritischen Umgang mit Legal Tech

72 Bericht des Ausschusses der Konferenz der Justizministerinnen und Justizminister zur Koordinierung der Juristenausbildung Harmonisierungsmöglichkeiten für die juristischen Prüfungen: Austausch mit den juristischen Fakultäten, November 2017.

73 Bericht, a. a. O.. (Fn. 71), S. 18.

fördern. Dort ist auch der richtige Ort für eine Methodenreflexion, zu beziehen auf Anwendungen des Machine Learning, und eine Algorithmisierung des Rechts. Die wichtigen Themen der Sprachverarbeitung könnten im Kontext einer wiederbelebten Rechts- und Computerlinguistik Eingang finden. Was trocken und praxisfern klingt, füllt sich rasch mit Leben, wenn im praktischen Unterricht die ersten Vertragsdatenbanken ausgewertet werden. In die Rechtssoziologie könnte computergestützte empirische Forschung Aufnahme finden, in der Rechtsvergleichung computergestützte Netzwerkanalyse.⁷⁴

Andererseits könnte ein Wahlfach Legal Tech eingerichtet werden. An Vorbildern im Ausland und Vorschlägen im Inland besteht kein Mangel. Im *Stanford Center for Legal Informatics* wird ein Kurs „*Legal Informatics*“ und ein „*Legal Design Lab*“ angeboten. Die *Cornell Law School* bietet einen Kurs „*Law, Technology and Entrepreneurship*“, die *Harvard Law School* offeriert „*Coding for Lawyers to shape the disruptive process of digitalization*“ und an der *Bucerius Law School* wird eine Veranstaltung „*Coding for Lawyers*“ angeboten. Ein veröffentlichter Vorschlag für ein Wahlfach „*Legal Technology*“ umfasst in einer Vorlesung kombiniert mit praktischen Übungen ein breites Spektrum, von den Grundlagen zum Aufbau eines Computerprogramms über Programmieren und Erstellung von Webseiten in Python und HTML bis zu Smart Contracts, Blockchain-Technologien – Machine Learning und Deep Learning.⁷⁵ An der Schweizer Universität in Luzern wurde zuletzt im Herbstsemester 2018 unter dem Titel „*Critical Legal Tech*“ ein Kurs angeboten, in dem die Studierenden zur kritischen Einschätzung juristischer Innovationen befähigt werden und lernen, mit möglichen Veränderungen der Funktionsweise des Rechts, der juristischen Arbeit und der Juristenausbildung umzugehen.⁷⁶ Würde man die Zutaten von Legal Tech, Sprachverarbeitung, Logik, Mathematik, Statistik, Programmierung und deren Anwendung in Data Science und Machine Learning, vollständig in ein juristisches Studium ausnehmen wollen, würde dies vermutlich den Rahmen des angemessenen Stoffumfangs sprengen.

Eine universitäre Ausbildung im Bereich Legal Tech könnte deshalb ein Aufbaustudium rechtfertigen. In einem interdisziplinären Programm könnten in eigenständigen Kursen die Grundlagen in einer Programmiersprache, im maschinellen Lernen in

74 Ausführlicher dazu *Anzinger*, DStJG 42 (2019), S. 15, 54 f.

75 *Mattig*, Wahlfach: Legal Technology, in: Klafki/Würkert/Winter (Hrsg.), Digitalisierung und Recht. Tagung des eingetragenen Vereins Junge Wissenschaft im Öffentlichen Recht an der Bucerius Law School am 26. November 2016.

76 Gruber, Critical Legal Tech: Wissenschaftliche Perspektiven auf Technologie und Digitalisierung im Recht, Modulbeschreibung, <https://portal.unilu.ch/details?code=HS181523> (zuletzt geprüft am 3.10.2019).

Statistik und in den Forschungsrichtungen von Künstlicher Intelligenz und Recht gelegt und durch Wahlangebote in Sprachverarbeitung, Anwendungen der Blockchain-Technologie und Smart Contracts vertieft werden. Ein solches Weiterbildungsprogramm könnte sowohl Absolventen juristischer Studiengänge als auch Absolventen aus der Mathematik und der Informatik offenstehen.

Fraglich bleibt, in welchem Umfang und in welchen Formaten Legal Tech Aufnahme in die Referendarsausbildung finden sollte. Einzelne Juristenausbildungs- und Prüfungsordnungen, etwa in Baden-Württemberg, sehen die Einbeziehung der zunehmenden Bedeutung der Digitalisierung sowohl im Studium als auch im Rechtsreferendariat vor.⁷⁷ Die Verwaltungsvorschriften über die Stoffpläne enthalten noch keine diesbezüglichen Inhalte.

8 Legal Tech!

Warum Legal Tech? Diese Frage verdient endlich zwei abschließende Antworten zur Begriffswahl und zum Inhalt. Der englische Begriff Legal Tech drückt wie kaum ein anderer mögliche Veränderungen auf dem Rechtsmarkt aus, auf die heutigen Absolventinnen und Absolventen vorbereitet sein sollten. Er wird anders als der deutsche Begriff der Rechtsinformatik auch nicht mit IT-Recht verbunden. Er handelt von computergestützten Methoden der Rechtswissenschaft, die für die Praxis und eine kritisch-systematische Durchdringung des Rechts relevant sind. Wegen dieser Relevanz ist Legal Tech in die juristische Ausbildung zu integrieren, mit geeigneten Inhalten, in geeigneten Formaten und verortet in die richtigen Programme. Erste Vorschläge liegen vor. Sie bieten das Potential zur raschen Umsetzung. Sie sollte im Interesse des Ausbildungs- und Rechtsstandorts nicht zu lange auf sich warten lassen, damit Juristinnen und Juristen weiter auf Augenhöhe mit der Informatik und den Wirtschaftswissenschaften ihre eigenen Kompetenzen einbringen können.

77 §§ 3 Abs. 2 Satz 2 und 45 Abs. 1 Satz 3 Verordnung des Justizministeriums über die Ausbildung und Prüfung der Juristinnen und Juristen (Juristenausbildungs- und Prüfungsordnung – JAPrO) vom 2. Mai 2019, GBl. 2019, 131.

Epilog

Der Zweck eines Festvortrags ist nun freilich nicht, die frischen Absolventinnen und Absolventen an die Universitäten zu binden oder ein Gefühl der Unvollkommenheit zu vermitteln. Sie haben ihr Studium abgeschlossen. Und sie sind hervorragend ausgebildet. Im Referendariat werden sie zuerst Berührung mit vergleichsweise trivialen Problemen wie dem elektronischen Anwaltspostfach, der elektronischen Gerichtsakte und breit verwendbarer Bürosoftware erfahren. Aber sie können später in allen Fachrichtungen und allen Verwendungen auch Legal Chatbots und neuen Technologien begegnen. Dann sollten sie rechtzeitig an ihre Alma Mater und auch an ihre Weiterqualifikation denken.

Verfasserverzeichnis

Heribert Anzinger, Dr. iur., Universitätsprofessor für Wirtschafts- und Steuerrecht an der Universität Ulm, Institut für Rechnungswesen und Wirtschaftsprüfung, Fachgebiet Wirtschafts- und Steuerrecht.

Martin Borowski, Dr. iur., Universitätsprofessor für Öffentliches Recht, Verfassungstheorie und Rechtsphilosophie an der Universität Heidelberg, Institut für Staatsrecht, Verfassungslehre und Rechtsphilosophie.

Christian Hattenhauer, Dr. iur., Universitätsprofessor für Bürgerliches Recht und Rechtsgeschichte an der Universität Heidelberg, Institut für geschichtliche Rechtswissenschaft, Germanistische Abteilung.

Thomas Lobinger, Dr. iur., Universitätsprofessor für Bürgerliches Recht, Arbeits- und Handelsrecht an der Universität Heidelberg, Institut für Bürgerliches Recht, Arbeitsrecht und Insolvenzrecht.

Doris Schweitzer, Ass. iur., PD Dr. phil., Inhaberin der Vertretungsprofessur für Soziologie, insbes. Politische Soziologie an der Universität Erfurt.

Herausgeber:
Juristische Fakultät der
Ruprecht-Karls-Universität
Heidelberg

Der Band versammelt eine Reihe von Festreden, die zwischen 2016 und 2018 auf vier Examensfeiern der Juristischen Fakultät in Heidelberg gehalten wurden. Mit diesen Reden sollte den frischgebackenen Referendarinnen und Referendaren die hohe Bedeutung der Grundlagenfächer wieder in Erinnerung gerufen werden. Denn diese Fächer geraten während der Zeit der Examensvorbereitung sowie auch der Prüfung zumeist aus dem Blick. Dahinter steht eine in der Heidelberger Fakultät tief verwurzelte Überzeugung: Grundlagenfächer sind kein bloßer Zierrat, den man benötigt, um die dominierenden dogmatischen Fächer mit erbaulichen Bildungserlebnissen anzureichern oder gar, um die Rechtswissenschaft überhaupt erst in den Rang einer Wissenschaft zu erheben. Grundlagenfächer und dogmatische Fächer sind vielmehr untrennbar miteinander verwoben, weil eine der Funktion des Rechts angemessene Dogmatik überhaupt erst entwickelt werden kann, wenn man die hierbei anzuwendenden Methoden sowie auch die einzelnen Rechtsfiguren und Begriffe in ihren jeweiligen historischen, theoretisch-philosophischen und gesellschaftlichen Bezügen reflektiert und so die Basis dafür schafft, dass sich die Ableitungszusammenhänge hinter konkreten juristischen Entscheidungen möglichst transparent, schlüssig, widerspruchsfrei und damit – nicht zuletzt auch für die Betroffenen – nachvollziehbar gestalten. Die Beiträge adressieren die Rechtsgeschichte, die Rechtsphilosophie, die Rechtssoziologie sowie mit „Legal Tech“ auch einen Bereich, der als Grundlagenfach möglicherweise gerade in Entstehung begriffen ist.

€ 12,90



Jedermann-Verlag GmbH
Postfach 10 31 40
69021 Heidelberg
Tel.: 06221 1451-0
Fax: 06221 27870
info@jedermann.de

ISBN 978-3-86825-341-2