

„Ist die Jurisprudenz eine Wissenschaft?“

Zum 150-jährigen Jubiläum von *Jherings* Wiener Antrittsvorlesung am 16. Oktober 2018

Von Wiss. Mitarbeiter **Tim Philipp Holler**, Gießen*

Viele Studierende nehmen die juristischen Grundlagenfächer nur am Rande ihres Studiums wahr und widmen sich, wie es unbestritten für eine erfolgreiche Examensvorbereitung auch nötig ist, ganz überwiegend der Rechtsdogmatik – oder, wie es Rudolf von Jhering formuliert: der Lehre des in einem Lande geltenden positiven Rechts. Aber ist eine so verstandene Rechtsdogmatik eigentlich eine Wissenschaft? Gehört sie, wenn – so Jhering – das Recht abhängig ist von der Laune des Gesetzgebers, wo heute gilt, was morgen verworfen ist, noch an die Universität? Als Jhering im Herbst 1868 die Gießener Universität nach gut sechzehnjähriger Lehr- und Forschungstätigkeit verließ und nach Wien berufen wurde, eröffnete er seine dortige Antrittsvorlesung mit jener provozierenden Frage nach der Wissenschaftlichkeit der Jurisprudenz. Der vorliegende Beitrag möchte zum 150-jährigen Jubiläum dieser Antrittsvorlesung Jherings Wissenschaftsdenken über die Privatrechtsdogmatik ins Bewusstsein rufen, mit seinen Worten ein frisches Nachdenken über diese Frage anregen und insoweit die juristischen Grundlagenfächer schmackhaft machen.

I. Einführung: *Jhering* als „Wegbereiter der modernen Rechtswissenschaft“¹

1. Die „vereinte Tätigkeit des Historikers, Rechtsphilosophen und Juristen“²

Betrachtet man *Jherings* Antrittsvorlesung von ihrem Ende her, dann geht es ihm im Kern um eine dreifache, nämlich historische, philosophische und dogmatische Reflexion des Rechts: „Und wenn ich jetzt die Summe ziehe von dem, was ich gesagt habe, so nenne ich die Rechtswissenschaft das wissenschaftliche Bewußtsein in Dingen des Rechts, das Bewußtsein, das nach Seiten der Rechtsphilosophie hin die letzten Gründe zu erforschen hat, denen das Recht auf Erden seinen Ursprung und seine Geltung verdankt, nach Seiten der Rechtsgeschichte ihm folgt auf allen seinen Wegen, die es genommen hat, um von Stufe zu Stufe zur höheren Vollkommenheit sich zu erheben, nach Seiten der Dogmatik die zum praktischen Gebrauch geordnete wissenschaftliche Darstellung aller Erfahrungen und Thatsachen, welche den augenblicklichen Höhe[]- und Endpunkt unserer Erkenntniß und Erfassung in sich schließen.“³ *Jhering* fordert also dazu

* Der Verf. ist Wiss. Mitarbeiter und Doktorand am Lehrstuhl für Bürgerliches Recht und Rechtsphilosophie (Prof. Dr. Marietta Auer, M.A., LL.M., S.J.D. [Harvard]) an der Justus-Liebig-Universität Gießen.

¹ *Klippel*, in: *Colloquia für Dieter Schwab zum 65. Geburtstag*, 2000, S. 117 ff.

² *Jhering*, *Ist die Jurisprudenz eine Wissenschaft?* *Jherings* Wiener Antrittsvorlesung vom 16. Oktober 1868. Aus dem Nachlaß herausgegeben und mit einer Einführung, Erläuterungen sowie einer wissenschaftsgeschichtlichen Einordnung versehen von *Okko Behrends*, 2. Aufl. 2009, S. 76.

³ *Jhering* (Fn. 2), S. 92.

auf, die dogmatische Arbeit im Recht mit philosophischen Fragen über das Recht und einem historischen Blick auf das Recht zu verbinden und stellt damit die Rechtswissenschaft vor die Frage, „wie sie mit den unterschiedlichen, *prima vista* kaum zu vereinbarenden Perspektiven auf das Recht umgehen soll.“⁴ Für das Verständnis dieses Denkmusters ist es von wesentlicher Bedeutung zu erkennen, dass *Jherings* dogmatisch-begriffliche Arbeit nicht mit seinen späteren teleologisch orientierten Schriften abbrach. Vielmehr sind durch sein gesamtes Oeuvre hinweg die Grundlagen für eine „an der Lebenswirklichkeit orientierte Dogmatik“ gelegt, das sich während seines weiteren akademischen Lebenswegs allerdings in der Schwerpunktsetzung von einer Arbeit im Recht zu einer Außensicht auf das Recht verschob.⁵ Vor diesem Hintergrund liest sich *Jherings* Wiener Antrittsvorlesung als eine Scharnierschrift zwischen einer internen und externen Untersuchungsrichtung in der Jurisprudenz, deren Kenntnis auch heute noch ein leistungsfähiges Denkmuster rechtswissenschaftlichen Forschens anbieten kann.⁶ Dabei erweist es sich als nützlich, *Jhering* in einem ersten Schritt im rechtswissenschaftlichen Kontext des 19. Jahrhunderts zu verorten, das sich von der Epoche des säkularen Vernunftrechts des 17. und 18. Jahrhunderts emanzipierte. So schreibt *Jhering*: „Von unserem heutigen wissenschaftlichen Standpunkt aus kommt es uns nahezu unbegreiflich vor, wie der Glaube an das Naturrecht und die mit ihm gesetzte Auffassung des positiven Rechts anderthalb Jahrhunderte vorhalten konnte.“⁷ Die philosophische Reflexion des Rechts im Sinne der von ihm proklamierten „vereinten Tätigkeit“ meint also etwas anderes und dies wird deutlich, wenn man sich vor Augen führt, dass *Jherings* Wirken in eine Zeit fällt, in der eine universale Naturrechtsvorstellung von der historischen Rechtsschule abgelöst und mit der Pandektenwissenschaft eine das römische Privatrecht dogmatisch bearbeitende Epoche eingeleitet wurde, einerseits. Andererseits befindet sich *Jhering* im letzten Drittel des 19. Jahrhunderts auch in einer Zeit des soziologi-

⁴ *Jansen/Reimann*, ZEuP 2018, 89 (90, 126 f., *Hervorhebung* im Original).

⁵ *Fikentscher*, *Methoden des Rechts in vergleichender Darstellung*, Bd. 3, 1976, S. 163 ff., 187 ff.; *Jansen/Reimann*, ZEuP 2018, 89 (90, 126 f.); *Rückert*, Rg 2004, 128 (129 ff.); *ders.*, Rg 2005, 122 (127 ff.).

⁶ Zur Differenzierung zwischen innerer und äußerer Perspektive siehe *Hart*, *The Concept of Law*, 2. Aufl. 1994, S. 56 ff., 88 ff.; *Alexy*, *Begriff und Geltung des Rechts*, 3. Aufl. der Studienausgabe 2011 (= 5. Aufl.), S. 47 ff., 51 ff., 63 ff.; *Auer*, *Materialisierung, Flexibilisierung, Richterfreiheit. Generalklauseln im Spiegel der Antinomien des Privatrechtsdenkens*, S. 3, 5, 98 f., 212 ff. und passim.; *Wahl*, JZ 2013, 369 ff.; *Jansen/Reimann*, ZEuP 2018, 89 (94 ff., 107 ff., 126 ff.); ferner *Seinecke*, in: *Rückert/Seinecke* (Hrsg.), *Methodik des Zivilrechts – von Savigny bis Teubner*, 3. Aufl. 2017, Rn. 427.

⁷ *Jhering* (Fn. 2), S. 65.

schen Außenblicks auf das Recht als Ausdruck politischer und wirtschaftlicher Interessen, sodass er „janusköpfig“⁸ zwischen einer Innen- und Außensicht steht. Der Ausgleich dieses Spannungsfeldes ist bis heute der Kristallisationspunkt einer Gretchenfrage unserer Rechtswissenschaft, die *Jhering* in seiner Antrittsvorlesung eindrucksvoll aufgegriffen hat. Die zwei Seelen in seiner Brust atmen denselben, einen Geist: das Ziel einer vereinten Tätigkeit von interner und externer Perspektive in der Rechtswissenschaft.

2. Die „Perspektiven der Rechtswissenschaft in Deutschland“⁹

Dieses Denkmuster ist bei genauerem Hinsehen umso anschlussfähiger, als unlängst die Diskussion über den Wissenschaftsanspruch der Rechtsdogmatik durch den 2012 erschienenen Bericht des Wissenschaftsrates zu den „Perspektiven der Rechtswissenschaft in Deutschland“ neu entflammte, der das Bedürfnis nach einer stärkeren Orientierung der Rechtsdogmatik an den Rechtsgrundlagenfächern fokussierte und in dessen Folge verschiedene Publikationen zu diesem „Zwischenraum“ von Rechtsdogmatik und juristischen Grundlagen-disziplinen erschienen sind.¹⁰ Konkret moniert der Wissenschaftsrat, es hätten sich „Gegenüberstellungen von dogmatischen und Grundlagenfächern einerseits sowie von theoretischer und anwendungsbezogener Forschung andererseits herausgebildet, die sich zunehmend als dysfunktional erweisen“, weil sie tendenziell „zur Isolierung einzelner Teilbereiche“ führten und dies letztlich auch nicht „der Steigerung der Qualität rechtswissenschaftlicher Forschung“ diene.¹¹ Im Zusammenhang mit dieser Analyse wird auch das Ziel der Juristenausbildung betont, „dass die angehenden Juristinnen und Juristen verstärkt zum kritischen Umgang mit juristischen Texten befähigt werden müssen, durch den sie intellektuelle Distanz zum Rechtsstoff lernen und der sie zu kritisch reflektierten Persönlichkeiten ausbildet.“¹² Kurz: Juristen sollen im

dogmatischen Diskurs auch und gerade bei wachsender Komplexität der Rechtsdichte im Mehrebenensystem den Durchblick behalten. Mit Freilegung dieser Zielsetzung wird deutlich, wie treffend der Bericht des Wissenschaftsrates von den Perspektiven der Rechtswissenschaft spricht und *Jherings* Denkmuster nicht trotz, sondern gerade wegen seiner Janusköpfigkeit anschlussfähig ist. Denn die Anleihe an das lateinische *perspicere* – mit dem Blick durchdringen, deutlich sehen, wahrnehmen – zeigt, dass ein solcher Durchblick im Sinne *Jherings* „nur dadurch zu erzielen sein [wird], daß die Wissenschaft sich von der bloßen *Darstellung* des Positiven zu einer *Kritik* desselben erhebt.“¹³ Dies sei nach *Jhering* erreicht, wenn es gelinge, durch die Dogmatik und über dieselbe hinaus zu gelangen.¹⁴ Heute lässt sich sein „Wahlspruch“ als eine zweiseitige Methode¹⁵ zur Anwendung bringen, wonach es eine konkrete dogmatische Frage aus einer internen Teilnehmer- (durch) und (!) externen Beobachterperspektive (darüber hinaus) auszuleuchten gelten sollte. Treffend lässt sich der Rechtswissenschaftler insoweit als

¹³ *Jhering*, Geist des römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung, Teil 1, 6. Aufl. 1907, S. 15 (*Hervorhebungen* im Original); dazu *Coing*, in: Blühdorn/Ritter (Hrsg.), Philosophie und Rechtswissenschaft. Zum Problem ihrer Beziehung im 19. Jahrhundert, 1969, S. 149, 160 f., 169 ff.; ferner *Zweigert*, in: Festschrift für Clive M. Schmitt-hoff zum 70. Geburtstag, 1973, S. 403 (404).

¹⁴ *Jhering* (Fn. 13), S. 14: „Durch das römische Recht, aber über dasselbe hinaus – das ist der Wahlspruch, in dem für mich die Bedeutung des römischen Rechts für die moderne Welt beschlossen liegt.“ (*Hervorhebungen* im Original); *ders.*, *JherJb* 1 (1857), S. 1 (52). Zur Denkstilbedingtheit einer solchen Forschungsrichtung auf wissenschaftlicher Paradigmen-ebene siehe *Auer* (Fn. 10), S. 509 (520 f.). Im heutigen Diskurs sollte dieser „Wahlspruch“ aber nicht als eine Aufforderung zur Reaktivierung der von *Jhering* einst selbst überwundenen naturhistorischen Methode verstanden werden; es geht also nicht um die Renaissance einer begriffsbildenden „höheren“ Jurisprudenz; dazu *Jhering*, *JherJb* 1 (1857), S. 1 (9 f.): „Der Gegensatz der höheren zur niederen Jurisprudenz bestimmt sich durch den Gegensatz des *Rechtsbegriffes* zu der Rechtsregel, und den Uebergang des Rechts aus dem niedern in den höhern Aggregatzustand vermittelt die juristische Construction, indem sie den gegebenen Rohstoff zu Begriffen verflüchtigt. [...] Unsere Aufgabe ihm [Anm.: dem juristischen Körper] gegenüber nimmt dadurch den Charakter einer naturhistorischen Untersuchung an.“ (*Hervorhebungen* im Original); zur naturhistorischen Methode siehe *Ekelöf*, in: Wieacker/Wollschläger (Hrsg.), *Jherings* Erbe, 1970, S. 27 f.; *Kroppenberg*, Die Plastik des Rechts. Sammlung und System bei Rudolf v. Jhering, 2015, S. 15 ff., 22 ff., 35 ff., 39 ff.; zum „Begriffsjuristen“ *Jhering* siehe *Seinecke* (Fn. 6), Rn. 352 ff., 368 ff., 410 ff.; *Jansen/Reimann*, ZEuP 2018, 89 (103 ff.). Jüngst zur Kritik siehe *Auer* (Fn. 10), S. 509 (521 f.): „als esoterisch zu verwerfen [...] aus heutiger Sicht überholte[s] Methodenverständnis [...]“.

¹⁵ *Seinecke* (Fn. 6), Rn. 427; *Jansen/Reimann*, ZEuP 2018, 89 (94 ff., 107 ff.).

⁸ *Jansen/Reimann*, ZEuP 2018, 89 (91); *Seinecke* (Fn. 6), Rn. 410.

⁹ *Wissenschaftsrat*, Perspektiven der Rechtswissenschaft in Deutschland. Situation, Analysen, Empfehlungen, Drs. 2558-12, 2012, S. 1 ff.

¹⁰ Jüngst *Auer*, Zum Erkenntnisziel der Rechtstheorie. Philosophische Grundlagen multidisziplinärer Rechtswissenschaft, 2018, S. 13 ff.; *dies.*, in: Festschrift für Claus-Wilhelm Canaris zum 80. Geburtstag, 2017, S. 509 (511 ff.). Aus der Fülle der jüngeren Beiträge seien nur genannt: *Jestaedt*, JZ 2014, 1; *Bumke*, JZ 2014, 641; *Grundmann*, JZ 2013, 693; *Gutmann*, JZ 2013, 697; *ders.*, in: Hilgendorf/Schulze-Fielitz (Hrsg.), Selbstreflexion der Rechtswissenschaft, 2015, S. 93; *Hillgruber*, JZ 2013, 700; *Lorenz*, JZ 2013, 704; *Rixen*, JZ 2013, 708; *Stolleis*, JZ 2013, 712; *Stürner*, JZ 2012, 10; ferner *Schuhr*, Recht als Wissenschaft. Rechtliche Theorien und Modelle, 2006, S. 23 ff., 59 ff., 95 ff., 177 ff.

¹¹ *Wissenschaftsrat*, Perspektiven der Rechtswissenschaft in Deutschland. Situation, Analysen, Empfehlungen, Drs. 2558-12, 2012, S. 35 f.

¹² *Wissenschaftsrat*, Perspektiven der Rechtswissenschaft in Deutschland. Situation, Analysen, Empfehlungen, Drs. 2558-12, 2012, S. 56.

„teilnehmender Beobachter“ bezeichnen.¹⁶ Von den Perspektiven der Rechtswissenschaft zu sprechen meint also, die Untersuchungsrichtung auf ein dogmatisches Problem von innen nach außen zu wenden und diesen Wechsel in eine Analyse der „Schnittstelle“¹⁷ von interner und externer Perspektive münden zulassen, die sich der Frage widmet, wie die Erkenntnisse einer externen Sichtweise wieder in rechtsinterne Kategorien transformiert werden können, also vereinen lassen.¹⁸ Die wesentlichen Strukturen dieses Rechtswissenschaftsdenkens hat *Jhering* in seiner Wiener Antrittsvorlesung vorgestellt, wenn er auf einer ersten Stufe die Priorität der Dogmatik postuliert: „Welchen Raum gewährt denn das positive Recht dem wissenschaftlichen Sinn und Bedürfnis sich zu betätigen? Darauf muß, darauf werde ich Ihnen Antworten ertheilen. Aber ich ertheile sie nicht sofort, ich bereite sie vor, indem ich Ihnen zeige, wie und wo die Wissenschaft zu verschiedenen Zeiten das Moment der Wissenschaftlichkeit gesucht hat. Meiner Überzeugung nach hat sie es zu suchen und findet es vollauf auf dem Boden des positiven Rechts selber, in der Dogmatik [...]“.¹⁹ Heute lässt sich dies so verstehen, dass die dogmatische, von einem internal point of view ausgehende Erfassung der *lex lata* die Grundlage einer rechtswissenschaftlichen Untersuchung sein sollte. Diesem „Ausgangspunkt einer jeden Jurisprudenz“²⁰ lässt *Jhering* auf einer zweiten Stufe einen Wechsel in einen external point of view folgen: „Sollte man es für möglich halten: keine Fachwissenschaft fordert so sehr das eigene Denken und die Kritik heraus als die Jurisprudenz, und doch gibt es keine, deren Jünger so leicht in Gefahr kommen, sich desselben zu entschlagen. ‚Lex ita scripta est‘ damit ist für sie die Tatsache des Rechts gesetzt, was kümmert es sie viel das Woher und das Warum?“²¹ Für *Jhering* kommt es im Rahmen einer solchen Außenbetrachtung darauf an, im Zuge einer schlaglichtartigen Tour d’Horizon „aufzuweisen, wie eins das andere bedingt, und wie das scheinbar Unvollkommene zu seiner Zeit nicht bloß berechtigt, sondern das Vollkommene, die Wahrheit war.“²² Dabei gelte es, wie auch heute gefordert wird, nicht dem Ideal der Vollständigkeit zu verfallen. Im Gegenteil: „Die Geschichte in Ehren, aber wer den wissenschaftlichen Nachdruck in der Jurisprudenz auf die Geschichte legen will, der erklärt damit selber seine eigene Unfähig-

keit als Jurist.“²³ *Jherings* Wahlspruch, „sich von der bloßen Darstellung des Positiven zu einer Kritik desselben zu erheben“ bedeutet also, die dogmatische Reise durch die *lex lata* mit einem begrenzten externen Blick über ihre internen Inkonsistenzen hinaus zu vervollständigen.²⁴ Der Umschwung in einen solch äußeren Blickwinkel, der „eine Zeit lang jene empirischen Principien verläßt“, hat den Effekt, dass die dogmatische Arbeit nicht dem viel zitierten hölzernen Kopf in *Phädrus*‘ Fabel gleicht, der – so warnt uns *Kant* – „schön sein mag, nur Schade! daß er kein Gehirn hat.“²⁵ In der Tat bliebe eine rein dogmatische Bestandsaufnahme einseitig und wissenschaftlich unterkomplex, wenn die rechtswissenschaftliche Forschung es insgesamt bei einer Statusbeschreibung der *lex lata* bewenden ließe.²⁶ Vielmehr gilt es nach *Jhering*, sich nicht im Sinne einer inneren Abhängigkeit „an das dürre, todtte Gesetz dahin zu geben, ein willenloses und gefühlloses Stück der Rechtsmaschinerie zu werden“²⁷ und sich auch nicht im Sinne einer äußeren Abhängigkeit „ängstlich innerhalb der Gränzpfähle“²⁸ des nationalen Rechts zu halten. Kurz: „Jede Rechtswissenschaft, die mehr sein will, als nur System-, Begriffs- und Dogmenbildung innerhalb eines ‚positiven‘ Rechtssystems, ist immer auch Rechtskritik, und ist es zu allen Zeiten für alle gewesen, die sich mit dem Phänomen Recht befaßt haben.“²⁹ In diesem Sinne *Jherings* wird heute gefordert, um „dem eigenen Recht den Spiegel vorzuhalten, [...] sich außerhalb von ihm auf[z]ustellen.“³⁰

¹⁶ *Mues*, *Rechtstransfer*, 2015, S. 20.

¹⁷ *Langenbucher*, in: Festschrift für Claus-Wilhelm Canaris zum 80. Geburtstag, 2017, S. 219 (237).

¹⁸ Zu diesem Transferprozess außerdogmatischer Erkenntnisse in dogmatische Kategorien aus rechtstheoretischer Sicht siehe *Mues* (Fn. 16), S. 93 ff.; ferner *Langenbucher* (Fn. 17), S. 219 (239 f.); *Fleischer*, in: Engel/Schön (Hrsg.), *Das Proprium der Rechtswissenschaft*, 2007, S. 50, 76; *Zimmermann/Wagner*, *AcP* 216 (2016), S. 1 (12); dazu siehe *Auer* (Fn. 10), S. 27 (51).

¹⁹ *Jhering* (Fn. 2), S. 55.

²⁰ *Jhering* (Fn. 2), S. 79.

²¹ *Jhering* (Fn. 2), S. 51.

²² *Jhering* (Fn. 2), S. 73.

²³ *Jhering* (Fn. 2), S. 79; dazu *Ernst*, in: Engel/Schön (Hrsg.), *Das Proprium der Rechtswissenschaft*, 2007, S. 3, 17: „Wer als ausgebildeter Jurist seine Absicht erklärt, er wolle seinen Gegenstand nicht nur als Jurist, sondern zugleich als Philosoph, Sozialwissenschaftler, Systemtheoretiker oder Ökonom erfassen, gibt in Wirklichkeit seinen Anspruch auf echtes Fachgelehrtentum preis.“; *Gutmann*, *JZ* 2013, 697 (698): „Würden wir alle Fragen unseres juristischen Tagesgeschäfts mit einer rechtsphilosophischen, -historischen oder -soziologischen Meta-Analyse überfrachten, müsste das Rechtssystem mit einem lauten Ächzen zum Stillstand kommen“.

²⁴ *Jhering* (Fn. 13), S. 14 f. (*Hervorhebungen* im Original); *ders.*, *JherJb* 1 (1857), S. 1 (52); dazu *Coing* (Fn. 13), S. 149 (160 f., 169 ff.); *ders.*, *NJW* 1981, 2601 (2604).

²⁵ *Kant*, *Die Metaphysik der Sitten*, *Rechtslehre*, 1797/1798, in: *Kants Werke*, Akademie-Textausgabe, Bd. 6, 1907, S. 230; dazu siehe *Gutmann*, *JZ* 2013, 697.

²⁶ *Wahl*, *JZ* 2013, 369; *Genzmer*, *ARSP* 41 (1954/1955), S. 326 (334). Zur Unzulänglichkeit einer Interpretation konfligierender privatrechtlicher Grundwertungen allein aus der Rechtsdogmatik heraus siehe *Auer*, *AcP* 216 (2016), S. 239 (240 ff., 275 f.); *dies.* (Fn. 10), S. 53 („fruchtbare multidisziplinäre Fragen“).

²⁷ *Jhering* (Fn. 2), S. 50.

²⁸ *Jhering* (Fn. 2), S. 49.

²⁹ *Zweigert* (Fn. 13), S. 403 (404).

³⁰ *Rabel*, *RheinZ* 13 (1969), 279 (289).

II. Die Leistungsfähigkeit einer historisch-vergleichenden Kritik

1. Die Wahl von Rechtsgeschichte und Rechtsvergleichung

Aber wo außerhalb der Dogmatik soll sich aufgestellt werden? Aus welcher äußeren Perspektive sollen dogmatische Fragen beobachtet werden? Woher kann ein Maßstab für die Auswahl solcher Beobachterperspektiven bezogen werden? Wie kann man im Sinne *Jherings* über die *lex lata* hinausgelangen? Diese Fragen markieren das zentrale philosophische Moment rechtswissenschaftlicher Forschung, wo das Denken sich über sich selbst aufzuklären hat.³¹ Sicher ist dabei v.a. eines: „Es gibt richtigerweise schon *begriffsnotwendig* keinen abgeschlossenen Kanon philosophischer Inhalte, Erkenntnisse, Fragen oder Funktionen, die für die Rechtswissenschaft relevant sind.“³² Wenn sich nun im Sinne *Jherings* um das „Woher und das Warum?“³³ dogmatischer Inkonsistenzen gekümmert und in seinem Sinn durch eine „vereinte Tätigkeit des Historikers, Rechtsphilosophen und Juristen“³⁴ schlaglichtartig aufgewiesen werden soll, „wie eins das andere bedingt“,³⁵ wenn uns *Jhering* vor der unwürdigen Gestalt einer „national-muffigen“ Landesjurisprudenz warnt,³⁶ – dann indizieren diese Denkmuster, dass die *lex lata* aus einer Rechtsgeschichte und Rechtsvergleichung verbindenden Perspektive beobachtet werden soll. Die Rechtsphilosophie wirkt hier somit als „strukturelle Ressource fachübergreifender Erkenntnis“,³⁷ die es ermöglicht, die Dogmatik zu multidisziplinären Fragen zu motivieren, den eigenen erkenntnistheoretischen Standpunkt freizulegen und dabei die Art dieses Fragens selbst kritisch zu hinterfragen: Was also ist es, das uns mit *Jhering* nach dem „Woher und [...] Warum?“ fragen lässt? Worin liegt die innere Rechtfertigung der Wahl von Rechtsgeschichte und Rechtsvergleichung als für eine kritische Interpretation der Rechtsdogmatik jeweils relevante Ressource? Woher wissen wir, dass der Akkord aus Rechtsdogmatik, Rechtsgeschichte und Rechtsvergleichung für eine Kritik dogmatischer Probleme fruchtbar sein wird?³⁸

³¹ *Auer* (Fn. 10), S. 50 ff.; *dies.*, AcP 261 (2016), 239 (245): „Wir befinden uns damit heute in einer Situation, in der sich die Rechtsphilosophie die Frage stellen muss, wie sie sich zu einer Konzeption von Rechtswissenschaft verhält, in der der Primat des positiven Rechts und der positivrechtlichen Rechtsdogmatik faktisch alternativlos geworden ist.“

³² *Auer* (Fn. 10), S. 52 (*Hervorhebung* im Original).

³³ *Jhering* (Fn. 2), S. 51.

³⁴ *Jhering* (Fn. 2), S. 76.

³⁵ *Jhering* (Fn. 2), S. 73.

³⁶ *Jhering* (Fn. 13), S. 15: „die Wissenschaft ist zur Landesjurisprudenz degradiert, die wissenschaftlichen Grenzen fallen in der Jurisprudenz mit den politischen zusammen. Eine demütigende, unwürdige Form für eine Wissenschaft!“; dazu *Zweigert*, in: *Wieacker/Wollschläger* (Hrsg.), *Jherings Erbe*, 1970, S. 240 (251).

³⁷ *Auer* (Fn. 10), S. 50; *dies.*, AcP 216 (2016), 239 (242).

³⁸ Aus der Fülle an Forschungsbeiträgen, die zu diesem Akkord ergangen sind, seien insoweit genannt: *Genzmer*, ARSP 41 (1954/1955), S. 326 (334): „[Die Rechtsgeschichte]

2. Die „Wende zur Rechtssetzungswissenschaft“³⁹

Der Schlüssel zu einer Antwort liegt darin, nach dem Ziel der Rechtswissenschaft zu fragen: Wie sollte sich die Rechtswissenschaft im 21. Jahrhundert ausrichten? Im Lichte dieser Frage plädiert dieser Beitrag für eine Rechtssetzungsorientierung der Rechtswissenschaft. Juristische Forschung sollte das Ziel verfolgen, einer zukünftigen Rechtssetzung durch eine historisch-vergleichende „Darstellung aller Erfahrungen und Thatsachen, welche den augenblicklichen Höhe[]- und Endpunkt unserer Erkenntnis und Erfassung in sich schließen“,⁴⁰ zu einem geschärften Durchblick zu verhelfen.⁴¹ Mit diesem

erblickt in Recht und Geschichte eine große Einheit und versucht, die inneren, außerrechtlichen Triebkräfte und Hintergründe der Rechtsentwicklung aufzuhellen. Mit alledem dient sie nicht nur sich selber, sondern auch der Rechtskritik und Rechtspolitik, also den wichtigsten Zwecken, die man der dogmatischen Rechtsvergleichung zuschreiben pflegt.“; *Kötz*, JZ 1992, 20; *ders.*, in: *Caroni/Dilcher* (Hrsg.), *Norm und Tradition. Welche Geschichtlichkeit für die Rechtsgeschichte?*, 1998, S. 153; *Simon*, RJ 1992, 574 ff.; *Zimmermann*, in: *Zimmermann/Knütel/Meincke* (Hrsg.), *Rechtsgeschichte und Privatrechtsdogmatik*, 1999, S. 1, 36; *ders.*, ZEuP 1999, 494 f.; *Reimann*, ZEuP 1999, 496 ff.; *Flessner*, ZEuP 1999, 513; *Graziadei*, ZEuP 1999, 531 ff.; *Cordes*, ZEuP 1999, 544; *Ewald*, ZEuP 1999, 553 ff.; *Johnston*, ZEuP 1999, 560; *Luig*, ZEuP 1999, 521; *ders.*, in: *Caroni/Dilcher* (Fn. 38), S. 169 ff.

³⁹ *Kunz*, AcP 216 (2016), 866 (908, 903 ff.). Zu den „Entwicklungstendenzen der Legisprudenz“ siehe *Meßerschmidt*, ZJS 2008, 111 ff., 224 ff.

⁴⁰ *Jhering* (Fn. 2), S. 92.

⁴¹ Verwandt ist der hier aufgegriffene Gedanke einer die Rechtssetzung qualifizierenden Verbindung von Rechtsgeschichte und Rechtsvergleichung mit *Jherings* evolutionärem Rechtsdenken, das das Recht als Teil einer menschlich verantworteten Kulturentwicklung deutet; dazu *Behrends*, in: *Patzig* (Hrsg.), *Der Evolutionsgedanke in den Wissenschaften*, 1991, S. 80 (100); *ders.*, in: *Behrends* (Hrsg.), *Privatrecht heute und Jherings evolutionäres Rechtsdenken*, 1993, S. 7 ff.; *ders.*, in: *Loos* (Hrsg.), *Rechtswissenschaft in Göttingen. Göttinger Juristen aus 250 Jahren*, 1987, S. 229, 258 ff., 268 f.; *Dreier*, in: *Behrends* (Hrsg.), *Jherings Rechtsdenken. Theorie und Pragmatik im Dienste evolutionärer Rechtsethik*, 1996, S. 222, 227 ff.; ferner *Stein*, *Legal Evolution. The story of an idea*, 1980, S. 67: „The progress of law is not merely the result of unconscious growth [...] but legal development also depends on the conscious efforts of lawyers to solve the problems of social life.“; *Fikentscher* (Fn. 5), S. 187 ff., 204 ff., 237 ff., 261 ff.; *Fikentscher/Himmelman*, in: *Luf/Ogris* (Hrsg.), *Der Kampf ums Recht. Forschungsband aus Anlaß des 100. Todestages von Rudolf von Jhering*, 1995, S. 95, 105 f.; *Petersen*, in: *Festschrift für Claus-Wilhelm Canaris zum 80. Geburtstag*, 2017, S. 87 (93: „Jherings methodischer Individualismus mit seinem evolutionären Rechtsdenken verwoben“); zur theoretischen Reflexion des evolutionären Rechtsdenkens siehe *Schelsky*, in: *Rehbinder/Schelsky* (Hrsg.), *Zur Effektivität des Rechts*, 1972, S. 47, 84 ff.; *Husa*, *Rechts-*

Ziel vor Augen wird deutlich, dass die „empirischen Prinzipien“ der Dogmatik also nur bedingt verlassen werden sollen, um mit historisch-vergleichenden Beobachtungen wieder in die dogmatische Teilnehmerperspektive zurückzukehren und die kritischen und affirmativen Tendenzen des „inputs“⁴² solch externer Rechtsbeobachtungen auf deren dogmatische Transformierbarkeit hin zu evaluieren. Kurz: Mit *Jhering* ist es das Ziel einer solch historisch-vergleichenden Kritik der *lex lata*, wieder in die Dogmatik „mit reichen Schätzen beladen heimzukehren.“⁴³ Diese Zielsetzung rechtfertigt es, sich für eine historisch-vergleichende Perspektive zu entscheiden, weil diese Disziplinen besonders zur legislativen Redogmatisierung ihrer Erkenntnisse geeignet sind. Denn Rechtsgeschichte und Rechtsvergleichung sind „Holz vom gleichen Stamm“⁴⁴ – beide sind in gewisser Weise gewachsen aus dem Samen der Rechtsdogmatik: „Dogmatische Bemühung an fremden zeitgenössischen Rechtsordnungen (Rechtsvergleichen) oder an Rechtsordnungen vergangener Epochen (Rechtsgeschichte) unterscheidet sich von der Arbeit am eigenen geltenden Recht nicht. [...] Ihr liegen im Regelfall lediglich andere Rechtssatzbehauptungen zugrunde.“⁴⁵ Im Lichte dieser parallelen Strukturen sind Rechtsgeschichte und Rechtsvergleichung also deshalb für die Rechtsdogmatik „mit reichen Schätzen beladen“, weil sie uns im Prozess der Rechtssetzung *de lege ferenda* über *de lege lata* gemachte Rechtserfahrungen aufklären und insoweit einen reflektierten Einschätzungsmaßstab geben können.⁴⁶ Gerade dieses aufklä-

rende „Hin- und Herwandern des Blickes“⁴⁷ zwischen dogmatischer Darstellung einerseits und historisch-vergleichender Kritik andererseits ist das Proprium einer „an der Lebenswirklichkeit orientierte[n] Dogmatik“⁴⁸ im Sinne *Jherings*. Offenzulegen ist nun, dass diese methodische Rechtfertigung der historisch-vergleichenden Perspektive ein Ausdruck der Grundüberzeugung ist, dass die Rechtsdogmatik nicht nur der „Ausgangspunkt einer jeden Jurisprudenz“⁴⁹ sondern dass die Redogmatisierung von historisch-vergleichenden Eindrücken auch ihr Endziel ist. Denn die Rechtswissenschaft ist nach *Jhering* eine vereinte Tätigkeit von interner und externer Perspektive und gerade dieses Vereinen ist eine „genuin rechtswissenschaftliche Aufgabe“.⁵⁰ Sie ist das Alpha und das Omega des – wie es etwa die Präambel des hessischen Juristenausbildungsgesetzes als Ausbildungsziel formuliert – kritischen, aufgeklärt rational handelnden Juristen, der sich seiner Verpflichtung als Wahrer des freiheitlich demokratischen und sozialen Rechtsstaats bewusst ist und der in der Lage ist, die Aufgaben der Rechtsfortbildung zu erkennen. Dieses Leitbild einer kritisch aufgeklärten Rechtspflege wirkt hier als Quelle, aus der sich der Maßstab für die Auswahl externer Beobachterperspektiven hat beziehen und durch die sich hat ausloten lassen, dass gerade eine historisch-vergleichende Perspektive für eine kritische Interpretation dogmatischer Fragen fruchtbar ist. Ist man bereit, dieses Hin- und Herwandern des Blickes heute mit Josef Esser zu skizzieren, dann gilt es, die Dogmatik als Weg zu verstehen, „Gerechtigkeitsfragen in ihren Einzelbereichen juristisch operational zu machen“ und zugleich diese juristischen Operationen der *lex lata*, ihre Dogmen und deren Denkprobleme als formalen Ausdruck materiell kontingenter – außerdogmatischer – Wertungsprobleme zu lesen.⁵¹ In diesem Lichte wird deutlich, dass die immer wieder notwendige Anpassung der Dogmatik an neue Situationen als eine nie beendete Aufgabe zu begreifen ist, die aber in intrasystematischer, sämtliche gemachte Rechtserfahrungen verarbeitender Weise geschehen sollte.⁵² Der Erkenntnisgewinn eines solchen Perspektivwechsels besteht somit darin, einer zukünftigen Rechtssetzung einen im dogmatischen Diskurs belastbaren Speicher gescheiterter, ge-

theorie 47 (2016), 397 (403: konvergente Evolutionsprozesse in der Makrorechtsvergleichen); ferner *Grechenig/Gelter*, *RabelsZ* 72 (2008), 513 (divergente Evolution des Rechtsdenkens am Beispiel von amerikanischer Rechtsökonomie und deutscher Dogmatik); ferner *Rückert*, *Rg* 2004, 128: „Auch wir hängen an den Marionettenfäden historischer und philosophischer Grundhaltungen. Auch wir kommen ohne sie nicht aus. Wissenschaft kann und soll das bewusst machen“.

⁴² *Langenbucher* (Fn. 17), S. 219 (238).

⁴³ *Jhering*, *JherJb* 1 (1857), 1 (19); ferner *Auer* (Fn. 10), S. 53: „Man geht bei dem Versuch, fruchtbare multidisziplinäre Fragen zu stellen, also aus der Rechtswissenschaft hinaus, um dann durch die philosophische Substanz alles theoretischen Wissens wieder in sie hineinzukommen“.

⁴⁴ *Kötz*, *JZ* 1992, 20; *Genzmer*, *ARSP* 41 (1954/1955), 326 (342): „Man wird vermuten dürfen, daß vergleichende Rechtsgeschichte und dogmatische Rechtsvergleichung sich zueinander ähnlich oder ebenso verhalten wie im vierdimensionalen Kontinuum die Zeit einerseits und Länge, Breite, Höhe andererseits. Alle vier sind Dimensionen desselben Kontinuums, das ist ihnen gemeinsam.“; differenzierend zu den Gemeinsamkeiten und Unterschieden von Rechtsgeschichte und Rechtsvergleichung siehe *Reimann*, *ZEuP* 1999, 496 (498 ff.); kritischer dagegen *Simon*, *RJ* 1992, 574.

⁴⁵ *Jahr*, in: *Jahr/Maihofer* (Hrsg.), *Rechtstheorie: Beiträge zur Grundlagendiskussion*, 1971, S. 303 (309); dazu siehe *Zimmermann/Wagner*, *AcP* 216 (2016), 1 (11).

⁴⁶ *Zimmermann/Wagner*, *AcP* 216 (2016), 1 (12); *Reimann*, *ZEuP* 1999, 496 (502).

⁴⁷ *Fleischer* (Fn. 18), S. 50 (76: „dem dogmatischen Zugriff zugänglich machen“); ferner *Langenbucher* (Fn. 17), S. 219 (238): „Tritt der Beobachter mit einem Regulierungsvorschlag an den Teilnehmer heran, hat dieser den Vorschlag zu bewerten und über dessen Umsetzbarkeit zu urteilen“.

⁴⁸ *Jansen/Reimann*, *ZEuP* 2018, 89 (90, 106); *Seinecke* (Fn. 6), Rn. 427; ähnlich zu Savigny siehe *Zimmermann*, in: *Caroni/Dilcher* (Hrsg.), *Norm und Tradition. Welche Geschichtlichkeit für die Rechtsgeschichte?*, 1998, S. 281 (292): „Eine durch die Rechtswissenschaft inspirierte Rechtspraxis und eine Rechtswissenschaft, die sich ihrerseits stets der Tatsache bewußt ist, daß das Recht eine eminent praktische Funktion hat: dies war es, worauf Savigny abzielte“.

⁴⁹ *Jhering* (Fn. 2), S. 79.

⁵⁰ *Langenbucher* (Fn. 17), S. 219 (238).

⁵¹ *Esser*, *AcP* 172 (1972), 97 (113, 103 – *Hervorhebungen* im Original).

⁵² Zu *Jherings* evolutionärem Rechtsdenken siehe Fn. 41.

läuterter und bewährter Rechtseinsichten in einer größeren Tiefenschärfe zu erschließen und im Sinne des Wissenschaftsrates die Qualität rechtswissenschaftlicher Forschung zu steigern. Soweit man den Begriff der Perspektive in diesem Sinne als kritikweckenden Durchblick durch die *lex lata* und über diese hinaus liest, erhebt sich im Anschluss an eine Untersuchung des „Woher und [...] Warum?“ die Frage, wohin eine Entwicklung *de lege ferenda* tendieren kann. Es gilt also, die Ergebnisse der historisch-vergleichenden Kritik auf ihr theoretisches Potential hin zu untersuchen, wieder in rechtsdogmatische Kategorien überführt werden zu können und die Struktur dieses Transferprozesses zu erhellen.⁵³ Der Schlüssel dazu liegt in einer „Wende zur Rechtssetzungswissenschaft“⁵⁴ – also in der Einsicht, die Frage nach dem Ziel der Rechtsvergleichung und nach dem Nutzen der Rechtsgeschichte in die Koordinaten der Rechtssetzungslehre zu projizieren. Diese einst auch unter den Bezeichnungen „legislative Methodenbewegung“, „Gesetzgebungslehre“ oder „Gesetzgebungskunst“ firmierende Disziplin führt im heutigen rechtswissenschaftlichen Diskurs ein unterschiedlich reflektiertes Dasein und kann in ihrer Vielschichtigkeit hier nicht umfassend rekonstruiert werden.⁵⁵ Insoweit soll sich

⁵³ Zu diesem Transferprozess siehe *Mues* (Fn. 16), S. 25 ff., 93 ff.

⁵⁴ *Kunz*, AcP 216 (2016), 866 (908, 904).

⁵⁵ Zur Begriffsvielfalt dieser hier als Rechtssetzungslehre bezeichneten Disziplin, ihrer Entwicklungsgeschichte und ihrem Wissenschaftscharakter siehe *Emmenegger*, Gesetzgebungskunst. Gute Gesetzgebung als Gegenstand einer legislativen Methodenbewegung in der Rechtswissenschaft um 1900 – Zur Geschichte der Gesetzgebungslehre, 2006, S. 6 f., 17 ff., 44 ff., 230 ff.; *Meßerschmidt*, ZJS 2008, 111 ff., 224 ff., der jeweils von einer „Legisprudenz“ spricht; *Bender*, in: Bundesministerium der Justiz (Hrsg.), S. 79 ff.; *J. Schröder*, in: Behrends/Henckel (Hrsg.), Gesetzgebung und Dogmatik, 1989, S. 37 ff.; ferner *Heyen*, in: Schreckenberger/König/Zeh (Hrsg.), Gesetzgebungslehre. Grundlagen – Zugänge – Anwendung, 1986, S. 11 ff.; *Schneider*, Gesetzgebung. Ein Lehr- und Handbuch, 3. Aufl. 2002, § 1 Rn. 2 ff.; *Zitelmann*, Die Kunst der Gesetzgebung. Auf Grund eines am 23. Januar 1904 in der Gehe-Stiftung zu Dresden gehaltenen Vortrags, 1904, S. 3 und passim. Zur Selbstständigkeit der Rechtssetzungslehre innerhalb der juristischen Methodenlehre siehe *Kramer*, Juristische Methodenlehre, 5. Aufl. 2016, S. 52 ff.; *Baden*, Gesetzgebung und Gesetzesanwendung im Kommunikationsprozeß. Studien zur juristischen Hermeneutik und zur Gesetzgebungslehre, 1977, S. 87 ff., 137 ff., 197 ff.; *ders.*, in: Bundesministerium der Justiz (Hrsg.), Sozialintegrierte Gesetzgebung. Wege zum guten und verständlichen Gesetz, 1981, S. 95 ff.; *Noll*, Gesetzgebungslehre, 1973, S. 64 ff. („Gesetzgebung als multidisziplinäre Disziplin“); dazu siehe *Krems*, Grundfragen der Gesetzgebungslehre erörtert anhand neuerer Gesetzgebungsvorhaben insbesondere der Neuregelung des Bergschadensrechts, 1979, S. 29 ff. Zur Rechtssetzungslehre als einem unselbstständigen Bestandteil einer allgemeinen juristischen Regelungstheorie siehe hingegen *Rödig*, in: Rödig (Hrsg.), Studien zu einer Theorie der Ge-

nur auf ihre zwei zentralen Elemente konzentriert werden: die formelle Gesetzgebungstechnik und die materielle Gesetzgebungspolitik.⁵⁶ In welcher Weise können hier Rechtsvergleichung und Rechtsgeschichte rechtssetzungsrelevant sein?

III. Rechtsvergleichung und Rechtsgeschichte in den Koordinaten der Rechtssetzungslehre

1. Rechtsvergleichung als Methode der Mittelevaluation

Hält man innerhalb dieser Dichotomie der Rechtssetzungslehre Ausschau nach einer Möglichkeit, Rechtsvergleichung als Methode anzuwenden, so wird diese bisweilen als eine für die Erzielung einer guten Gesetzesform – seiner richtigen Sprache, Strukturierung und Normierungsdichte – konstruktive Ressource diskutiert: „Die vergleichende Rechtswissenschaft kann für die Gesetzgebung endlich noch dadurch hohe Bedeutung gewinnen, daß sie auch die *technische* Seite der verschiedenen Gesetzgebungen zum Gegenstand vergleichenden Studiums macht.“⁵⁷ Schwerpunktmäßig finden rechtsvergleichende Überlegungen aber in einer qualitativ unterschiedlichen Weise Eingang in die Diskussion über die Methoden zur Bestimmung eines guten Gesetzesinhalts je nachdem, ob die Ziele oder die für das Erreichen dieser Ziele richtigen Mittel zur Diskussion stehen.⁵⁸ Unter der Prämisse einer

setzung, 1976, S. 5, 46 ff.; *Rödig/Baden/Kindermann*, Vorstudien zu einer Theorie der Gesetzgebung, S. 19; dazu *Baden*, in: Klug u.a. (Hrsg.), Gesetzgebungstheorie, Juristische Logik, Zivil- und Prozeßrecht. Gedächtnisschrift für Jürgen Rödig, 1978, S. 110 ff.; *Schuppert*, Governance und Rechtssetzung. Grundfragen einer modernen Regelungswissenschaft, 2011, S. 97 ff. (Ausbruch der Regelungswissenschaft „aus dem Ghetto der Gesetzgebungslehre“). Zu den Tendenzen einer experimentellen Gesetzgebung siehe *Horn*, Experimentelle Gesetzgebung unter dem Grundgesetz, 1989, S. 34 ff., 140 ff., 195 ff.; dazu *Emmenegger* (Fn. 55), S. 179 ff. (experimentelle Methode der Wirkungsabschätzung); ferner *Ringe*, AcP 213 (2013), 98 (124 ff.: „Grenzen der Menügesetzgebung“).

⁵⁶ *Emmenegger* (Fn. 55), S. 7, passim.; *Meßerschmidt*, ZJS 2008, 111 (120 ff.).

⁵⁷ *Zitelmann*, DJZ 1900, 329 (331, re. Sp.) (Hervorhebung im Original); dazu *Emmenegger* (Fn. 55), S. 63 f. (Fn. 95), 184 ff. (Gesetzessprache), 202 ff. (Strukturierung), 213 (Normierungsdichte), 307 und passim; ferner *Honsell*, Vom heutigen Stil der Gesetzgebung, 1979, S. 14 ff. (Verfall des Stils in der Gesetzessprache); *Müller/Uhlmann*, Elemente einer Rechtssetzungslehre, 3. Aufl. 2013, Rn. 144.

⁵⁸ *Emmenegger* (Fn. 55), S. 172 ff., passim; ferner *Drobnig/Dopffel*, RablsZ 46 (1982), 253 (299); *Markesinis*, Rechtsvergleichung in Theorie und Praxis, 2004, S. 112, 118; *Zitelmann*, DJZ 1900, 329 (332, li. Sp.); ferner *Dölle*, in: Festschrift zum hundertjährigen Bestehen des Deutschen Juristentages, 1960, S. 19 (23: „[...] daß die Auseinandersetzung mit den fremden Rechten immer mehr als eine notwendige Vorarbeit des Gesetzgerbers Anerkennung gefunden hat.“); *van Calker*, in: Festschrift für Paul Laband gewidmet von der rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät der Kaiser-Wil-

gesellschaftsgestaltenden Aufgabe eines in seiner Arbeitsweise realwissenschaftlich ausgerichteten Gesetzgebers wirkt die Rechtsvergleichung dabei „zweifelloso führend“⁵⁹ als die „am häufigsten besprochene und angewendete Methode“⁶⁰ zur Prognose der tatsächlichen Wirkungen gesetzgeberischer Mittel.⁶¹ Denn sie antwortet positiv mit einem reichhaltigen „Erfahrungsmaterial, aus dem sich praktische Folgerungen für die eigene Gesetzgebungsarbeit ziehen lassen“⁶² auf die Fragen: „Sind unsere Gesetzesbestimmungen zweckentsprechend? Sind sie erschöpfend?“⁶³ So ermöglicht sie es durch ihr üppiges Angebot, „die zweckentsprechendste Regelung der Materie aufzusuchen, oder, um einen modernen Ausdruck zu gebrauchen, das richtige Recht für eben diese Materie zu finden“⁶⁴ wohingegen die Rechtsgeschichte auf der Ebene der Mittelbestimmung „keine Rezepte für den Gesetzgeber“ bereithält, „aus denen er sozusagen kalenderartig ablesen

könnte, was jetzt in iuridicis zu geschehen habe.“⁶⁵ Wesentlich ist, „daß uns eine Vergleichung verschiedener Rechtssysteme zwar über die Tauglichkeit der Mittel zu einem Zweck, nicht aber über die Richtigkeit des Zweckes belehren kann.“⁶⁶ Denn die Identifikation eines rechtsvergleichenden Trends lehrt den Gesetzgeber nicht, ob er sich hemmend oder fördernd zu dieser Richtung stellen soll.⁶⁷ Die Rechtsvergleichung antwortet auf die Frage nach der Bestimmung des richtigen Ziels somit negativ als eine die Ziele der eigenen Rechtsordnungen affirmativ oder kritisch hinterfragende, heuristische Ressource, ohne einen qualitativen Maßstab für die Richtigkeit der Ziele anzubieten.⁶⁸ Sie „kann uns Vorschriften des ausländischen Rechtes zeigen, die dem Rechtsgefühl *mehr* entsprechen, als die betreffenden unseres geltenden Rechtes, sie kann uns in diesem Sinn *mögliches* Recht aufweisen. Die Frage der Richtigkeit des möglichen Rechts kommt dabei nicht weiter zur Erörterung.“⁶⁹

helms-Universität Straßburg, 1908, S. 97 (118: „dem Gesetzgeber ein Führer auf dem Weg zum richtigen Recht“, *Hervorhebungen* im Original). Zur Verwertung legislativer Erfahrungen anderer Gesetzgeber siehe *Loewe*, in: Schäffer (Hrsg.), *Gesetzgebung und Rechtskultur*, 1987, S. 123 ff.; *Drobnig*, in: Schäffer (Fn. 58), S. 141 ff.; *Modeen*, in: Schäffer (Fn. 58), S. 145 ff.; *Péteri*, in: Schäffer (Fn. 58.), S. 151 ff.; *Kindermann*, in: Schäffer (Fn. 58.), S. 157 ff.; *Posch*, in: Schäffer (Fn. 58), S. 165 ff.; dazu siehe *Richli*, *Interdisziplinäre Daumenregeln für eine faire Rechtssetzung*, 2000, S. 7, 129; *Vogenaier*, *RabelsZ* 76 (2012), 1122, 1131 („vergleichende Gesetzgebungswissenschaft“); *Müller/Uhlmann* (Fn. 57), Rn. 138, 144; ferner *Mertens*, *Gesetzgebungskunst im Zeitalter der Kodifikationen*, 2004, S. 63 ff., 70 ff.; *Ent*, in: Öhlinger (Hrsg.), *Methodik der Gesetzgebung*, 1982, S. 50, 58 f.; *Kindermann*, in: Öhlinger (Hrsg.), *Methodik der Gesetzgebung*, 1982, S. 211 f.; *Hugger*, *Gesetze – Ihre Vorbereitung, Abfassung und Prüfung*, 1983, S. 144 f.; *Karpen*, *Gesetzgebungslehre – neu evaluiert*, 2. Aufl. 2008, S. 38, 47, 81, 87, 95; *ders.*, *JuS* 2016, S. 577 (584); *ders.*, in: Kluth/Krings (Hrsg.), *Gesetzgebung. Rechtssetzung durch Parlamente und Verwaltungen sowie ihre gerichtliche Kontrolle*, 2014, § 7 Rn. 27 ff., 114 (*Gesetzgebung im Rechtsvergleich*); *Rosewall-Freivogel/Duerig*, in: Eichenberger u.a. (Hrsg.), *Grundfragen der Rechtssetzung*, 1978, S. 391 ff.; dazu *Hill*, *Einführung in die Gesetzgebungslehre*, 1982, S. 71.

⁵⁹ *Emmenegger* (Fn. 55), S. 174.

⁶⁰ *Emmenegger* (Fn. 55), S. 172, 174.

⁶¹ *Kantorowicz*, *Monatsschrift für Kriminalpsychologie und Strafrechtsreform* 4 (1907/1908), S. 65 (82); *Emmenegger* (Fn. 55), S. 155 ff., 161 ff., 307. Zu realwissenschaftlichen Bezügen der Rechtswissenschaft siehe *Eidenmüller*, *JZ* 1999, 53.

⁶² *Zitelmann*, *DJZ* 1900, 329 (330, re. Sp.).

⁶³ *Gerland*, in: Birkmeyer u.a. (Hrsg.), *Vergleichende Darstellung des deutschen und ausländischen Strafrechts. Besonderer Teil, Bd. 1, Verbrechen und Vergehen gegen den Staat und die Staatsgewalt*, 1906, S. 113.

⁶⁴ *Gerland* (Fn. 63), S. 113.

⁶⁵ *Bader*, *Aufgaben und Methoden des Rechtshistorikers*, 1951, S. 7. Dass bisweilen die Rechtsgeschichte nicht für die Rechtssetzung befragt wird, erwächst aus der Besorgnis, dass historische Quellen „gezwungen“ werden könnten, zu gegenwärtigen Fragen Stellung beziehen zu müssen und insoweit Fehlschlüsse drohen; dazu *Emmenegger* (Fn. 55), S. 10 (Fn. 51). Dieser Besorgnis ist abzuhelfen, weil es hier gilt, die Entwicklungspfade dogmatischer Einzelfragen retrospektiv auszuleuchten; dazu *Erbe*, *RabelsZ* 14 (1942), 196 (207: „ihre Scheinwerfer nur in die Vergangenheit strahlen“). Es erscheint also sachgerecht, die Rechtsgeschichte auf der Ebene der Mittelbestimmung – so wie die Rechtsvergleichung auf Ebene der Zielfestlegung (siehe sogleich) – als heuristische Ressource zu gebrauchen, die uns kritisch erkennen lässt, wie es zur heutigen *lex lata* gekommen ist.

⁶⁶ *Kohlrausch*, in: Birkmeyer u.a. (Hrsg.), *Vergleichende Darstellung des deutschen und ausländischen Strafrechts. Besonderer Teil, Bd. 3, Religionsvergehen. Falsche Anschuldigung. Zweikampf. Münzverbrechen und Münzvergehen. Meineid*, 1906, S. 125 (129).

⁶⁷ *van Calker* (Fn. 58), S. 97 (114).

⁶⁸ *Zitelmann*, *DJZ* 1900, 329 (330, re. Sp.: „kritikweckend [...] wird den Zweifel erregen, ob die im eigenen Recht geltende Lösung die bestmögliche ist“); *Zweigert* (Fn. 13), S. 403 (415: „kritisch-vergleichende Wertung“); *Kötz*, *RabelsZ* 54 (1990), 203 (215: „skeptisches Verhältnis“); *Gerland* (Fn. 63), S. 113 („Rechtsvergleichung [...] erscheint so stets als eine kritische Wissenschaft.“ – *Hervorhebung* im Original); *Constantinesco*, *Rechtsvergleichung*, Bd. 2, 1979, S. 371 ff. („Orientierungs- und Kontrollfunktion der Rechtsvergleichung“).

⁶⁹ *van Calker* (Fn. 58), S. 97 (106 f., 118 – *Hervorhebungen* im Original); *Radbruch*, *Monatsschrift für Kriminalpsychologie und Strafrechtsreform* 2 (1905/1906), 422 (423); *Salomon*, *Monatsschrift für Kriminalpsychologie und Strafrechtsreform* 4 (1907/1908), 567 (574); zu dem Begriff des Rechtsgefühls siehe *Jhering*, in: Barfuß (Hrsg.), *Jubiläumsschrift 125 Jahre Wiener Juristische Gesellschaft*, 1992, S. 31 ff.

2. Rechtsgeschichte als Methode der Zwecksetzung

Dieser negative Aussagewert der Rechtsvergleichung als Methode der Zielfestlegung entlarvt indes unsere Privatrechtssetzung als „kulturelle Praxis, die auf einem bestimmten, zeitgebundenen Wertesystem basiert“⁷⁰ und öffnet uns gerade dadurch die Augen für die sich im rechtsgeschichtlichen Verlauf wandelbaren gesellschaftlichen Wertungsprobleme, die hinter unseren rechtsdogmatischen Denkproblemen stehen.⁷¹ Wie kann – in diesem Licht besehen – nun die Aufgabe gelingen, „bestimmte, in den dafür vorgesehenen Verfahren gesetzte Zwecke zu realisieren“⁷² Was materiell als richtiges Ziel und richtiger Zweck realisiert werden soll, ist nach *Jhering* „natürlich durchaus relativ, bedingt durch die [...] Beziehungen des Rechts zum Leben, die Anforderungen dieser Zeit, die Eigentümlichkeit dieses Volkes, die Gestalt dieses Lebens.“⁷³ Bleibt man bei den Vokabeln dieser von *Jhering* als „materielle Realisierbarkeit“ des Rechts gekennzeichneten Denkfigur, so liegt in den „Bedürfnissen dieser bestimmten Zeit“ der Grund, warum ein bestimmtes Ziel im Rechtssetzungsverfahren festgelegt wurde.⁷⁴ Verortet man diese Denkstruktur im heutigen demokratischen und auf Mehrheiten ausgerichteten Entscheidungsverfahren unseres Verfassungsstaates, das auf der „Vorstellung von Recht als einem normativen, auf soziale Wirksamkeit bedachten, kollektiv intentionalen Projekt aufbaut“,⁷⁵ dann ist die in unserer repräsentativen Demokratie durch die Parlamentswahl parteipolitisch kanalisierte Anpassung, Aufhebung oder Neuschaffung von Gesetzen als ein im Wechsel zur neuen Legislaturperiode hin politisch notwendig gewordenenes „Ergebnis vorhergegangener Ereignisströme“⁷⁶ wahr- und anzunehmen – nämlich als ein Geisteserzeugnis, das „ein Ergebnis der Vorgeschichte ist, aus deren Strömungen allein sich sein Inhalt bestimmen, ergänzen und fortbilden lässt.“⁷⁷ Es ist also „bei Akten der Gesetzgebung [...] die konkrete geschichtliche Situation, die das Tun des Rechtsschöpfers – des Gesetz-

gebers – motiviert und leitet.“⁷⁸ Denn „[n]iemand kann seine Zeit aus der Vogelperspektive betrachten; er ist ein Theil von ihr, ist ihr Erzeugnis.“⁷⁹ Kurz: „Aus dem ‚heute‘ kann das ‚morgen‘ nur folgern, wer das ‚gestern‘ kennt.“⁸⁰ Die Bedeutung der Rechtsgeschichte für die Privatrechtsdogmatik besteht nach hier vertretener Meinung also darin, positiv herauszustellen, dass eine „Rechtsnorm ihre Daseinswurzel immer in einer bestimmten geschichtlichen Situation hat“ und dass die „Geburtsstunde eines Rechtssatzes [...] nicht ein ‚Heute‘ [ist], dessen Vorgeschichte sozusagen abgedunkelt ist [...]“. ⁸¹ Schließt man sich diesem parlamentszentrierten Verständnis von Recht als demokratischer „Macht- und Majoritätsentscheidung“,⁸² als dem staatlichen Dokument stabilisierender Bewahrung und selbstgegebener Ordnung⁸³ und dem Gedanken an, aus der Vergangenheit für die Gestaltung der Zukunft lernen zu können,⁸⁴ dann sollten die Regelungsziele im Spiegel der bisher gemachten Rechtserfahrungen mit einem rechtsgeschichtlich geschliffenen Blick festgelegt werden.⁸⁵ Darin liegt also der Schlüssel einer geordneten Zielfestlegung: „Indem die Rechtsgeschichte uns die vielfältigen Wege zeigt, auf welchen die Völker die Probleme einer gerechten Lebensordnung zu lösen versuchen, läutert sie unser Rechtsgefühl, schärft sie unseren Blick für das, was not tut, weist sie uns das wirksame Heilmittel für pathologische Zustände in unserer sozialen Ordnung.“⁸⁶ Im Ergebnis wirkt die Rechtsgeschichte auf der Ebene der Zielfestlegung als eine rechtssetzungsrelevante Erfahrungskategorie, die uns dazu anleitet, über die Kontinuität und Diskontinuität bestimmter Rechtsformen – also deren Zukunftsfähigkeit – nachzudenken. Der Gesetzgeber sollte deshalb „sein Verhalten möglichst dadurch vor sich zu rechtfertigen suchen, dass er seine eigene Denkart als den notwendigen Auswuchs und die rückwirkende Triebkraft eines gesetzmässigen Entwicklungs-

⁷⁰ Auer, in: Grünberger/Jansen (Hrsg.), *Privatrechtstheorie heute*, S. 98 (106).

⁷¹ Esser, AcP 172 (1972), 97 (103); *Drobnig/Dopffel*, *RabelsZ* 46 (1982), 253 (269): „Letztlich den Ausschlag gibt die Wertentscheidung des inländischen Gesetzgebers, in die allerdings Ideen fremder Herkunft sowie positive oder negative Erfahrungen des Auslands einfließen können.“ Insoweit ist die „Frage von der Rezeption fremder Rechtseinrichtungen“ – in Anlehnung an *Jherings* Metapher der nicht auf dem heimischen Krautacker gewachsenen Chinarinde – eine Frage des zwar international informierten, aber immer noch *national* bleibenden Bedürfnisses, siehe *Jhering* (Fn. 13), S. 8 f.; dazu *Augenhofer*, in: Krüper (Hrsg.), *Grundlagen des Rechts*, 3. Aufl. 2017, § 10 Rn. 27.

⁷² *Wischmeyer*, *Zwecke im Recht des Verfassungsstaats*, 2015, S. 401.

⁷³ *Jhering* (Fn. 13), S. 51 (*Hervorhebungen* im Original).

⁷⁴ *Jhering* (Fn. 13), S. 50 (*Hervorhebung* im Original).

⁷⁵ *Wischmeyer* (Fn. 72), S. 405.

⁷⁶ *Leonhard*, in: *Festgaben der juristischen Fakultät zu Marburg für Georg Wilhelm Wetzell*, 1890, S. 25 (37).

⁷⁷ *Leonhard* (Fn. 76), S. 25 (200).

⁷⁸ *Husserl*, *Recht und Zeit*, 1955, S. 10 f.

⁷⁹ *Leonhard* (Fn. 76), S. 25 (36).

⁸⁰ *Leonhard* (Fn. 76), S. 25 (35).

⁸¹ *Husserl* (Fn. 78), S. 10.

⁸² *van Calker* (Fn. 58), S. 97 (114).

⁸³ Zur Abgrenzung dieses hier zugrunde gelegten Rechtsverständnisses von einem Verständnis des Rechts als einem primär gerichtlichen Gestaltungsinstrument siehe *Wischmeyer* (Fn. 72), S. 349 ff.

⁸⁴ Zur Verortung dieses evolutionären Rechtsdenkens innerhalb der induktiven Methoden zur Festlegung von Zielen und ihrer Reflexionen im Diskurs der Gesetzgebungskunst siehe *Emmenegger*, S. 82 ff., 97 ff., 101.

⁸⁵ Zu *Jherings* evolutionärem Rechtsdenken siehe Fn. 41.

⁸⁶ *Schlossmann*, *Bürgerliches Gesetzbuch und akademischer Rechtsunterricht*, 1896, S. 7; *Fischer*, *JherJb* 54 (1909), 303 (323); *Jhering* (Fn. 69), S. 31, 35: „Unser Rechtsgefühl ist also abhängig von den realen Thatsachen, die sich in der Geschichte verwirklicht haben; aber es geht über die Thatsachen hinaus, weil es eben das Concrete verallgemeinert und zu Sätzen führt, die in den Einrichtungen nicht in dieser Weise enthalten sind“.

processes, in dessen Mitte er steht, sich bewusst macht und wo möglich darzustellen sucht.“⁸⁷

IV. Ausblick: Das „Markenzeichen einer aufgeklärten Rechtsdogmatik“⁸⁸

1. Der „Beruf unserer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft“⁸⁹

Es ist gewiss nicht neu, die Richtung der weiteren dogmatischen Entwicklung dadurch auszuloten, dass eine rechtsvergleichende Arbeit als Reservoir von Regelungsmodellen gelesen, diese auf ihre Implementierbarkeit hin befragt und als Inspiration für den Gesetzgeber fruchtbar gemacht wird.⁹⁰

⁸⁷ Leonhard (Fn. 76), S. 25 (37). Zu einer entsprechend reflektierten Rechtssetzung als Kooperationsangebot an den Rechtsanwender siehe Reimer, Juristische Methodenlehre, 2016, Rn. 708 ff., 715 ff.; Baden (Fn. 55), S. 87 ff., 133 ff., 230 ff. („Anwendergerechte Gestaltung des Gesetzestextes“). Insoweit ist rechtspolitische Applikation weiterhin auch nur dann Sache des Rechtshistorikers, „wenn er zusätzlich die Verantwortung des Rechtspolitikers auf sich nehmen möchte.“; dazu Landau, ZNR 2 (1980), 117 (128). Jedoch sollte umgekehrt rechtsgeschichtliche Information stets Sache einer aufgeklärten und verantwortungsbewussten Rechtssetzung sein.

⁸⁸ Zimmermann/Wager, AcP 216 (2016), 1 (12).

⁸⁹ Savigny, in: Stern (Hrsg.), Thibaut und Savigny. Ein programmatischer Rechtsstreit auf Grund ihrer Schriften, 1914, S. 69 ff.

⁹⁰ Großfeld, Macht und Ohnmacht der Rechtsvergleichung, 1984, S. 39: „Die Nutzung der Rechtsvergleichung durch den Gesetzgeber hat eine lange Tradition.“; ders., AcP 184 (1984), 289 (296 f.) Zur Rechtsvergleichung als Grundlage der Gesetzgebung im 19. Jahrhundert siehe Coing, Ius Commune VII (1978), 160 (168 ff.); Reich, Ius Commune II (1969), 239 ff. Zur legistischen Rechtsvergleichung siehe Weiß, RabelsZ 5 (1931), 80 (81: „den Blick der Gesetzesverfasser erweitert“); Zweigert/Kötz, Einführung in die Rechtsvergleichung auf dem Gebiete des Privatrechts, 3. Aufl. 1996, § 2, S. 14 ff. („Rechtsvergleichung als Hilfsmittel für den Gesetzgeber“); Kischel, Rechtsvergleichung, 2015, § 2 Rn. 22 („Anregungen für mögliche Reformen“); Basedow, JZ 2016, 269 (270: „vergleichende Untersuchungen [...] als Grundlage für die eigene Rechtssetzung“); Dölle (Fn. 58), S. 19 (22) („[...] daß der Gesetzgeber bei ihrer Verwendung bestimmte Nutzwirkungen im Auge hat.“); Zweigert, RabelsZ 15 (1949/1950), 9 („der moderne Gesetzgeber in seinen besten Leistungen zum rechtsvergleichenden Eklektiker geworden“); Kramer, RabelsZ 33 (1969), 1 (8: „Kompilation mannigfacher ausländischer Rechtsgedanken“); Großfeld, Kernfragen der Rechtsvergleichung, 1996, S. 1 ff. („probates Mittel, um von anderen Rechtskulturen zu lernen und das eigene Recht zu verbessern“); Rösler, JuS 1999, 1084 (1087: „Instrument einer steten kritischen Überprüfung und Optimierung des Bestehenden“); differenzierend zu einer Rechtsverbesserung durch Rechtsvereinheitlichung siehe Neuhaus/Kropholler, RabelsZ 45 (1981), 73 ff.

So ist beispielsweise im Familienrecht der Blick ins Ausland zunehmend „zum weithin selbstverständlichen Argument avanciert, um Reformbedarf und Entwicklungsrichtungen zu bezeichnen“ und zur Schablone geworden für „ein Bild von einem Entwicklungszustand, hinter dem das deutsche Familienrecht zurückbleibt“ und der Anschluss an internationale Standards zu verloren gehen droht.⁹¹ Oft ist ein solch rechtsvergleichender Fingerzeig „zwar in der Breite arbeitsam und produktiv“, aber „nicht immer gleichermaßen für die historischen, institutionellen und gesellschaftlichen Verwurzelungen interessiert.“⁹² Im Lichte dieser nonchalanten Synchronisierungstendenz erheben sich zentrale Fragen der Rechtssetzungslehre, die „von so komplexer Natur [sind], dass sie nicht von einem einzelnen Forscher, ja nicht einmal von einem einzelnen Fach auf dem Stand der Wissenschaft bearbeitet werden können.“⁹³ Endgültige Antworten auf diese und verwandte Fragen können im Rahmen dieses Beitrags daher nicht gegeben werden.⁹⁴ Sicher ist nur, dass hier auch weiterhin noch

⁹¹ Dazu Röthel, in: Festschrift für Dagmar Coester-Waltjen zum 70. Geburtstag am 11. Juli 2015, 2015, S. 183 (185); dies., AcP 214 (2014), 609 (634 ff.: „Ausland als Argument“); bezeichnend insoweit Dethloff, ZEuP 2007, 992 (1005); dies., AcP 204 (2004), 544 (568); ferner Constantinesco, Rechtsvergleichung Bd. 1, 1971, S. 113 („Rechtsvergleichung zu einer schlagkräftigen Waffe [...] für rechtliche Reformen“) und S. 137 ff. („unentbehrliches Reservoir für jede echte Rechtsreform“); Drobnig/Dopffel, RabelsZ 46 (1982), 253 (264: „gern bei rechtspolitisch umstrittenen Vorhaben benutzt“).

⁹² Röthel (Fn. 91), S. 183 (185).

⁹³ Meßerschmidt, ZJS 2008, 224 (225).

⁹⁴ Die legistische Rechtsvergleichung mündet in die unter dem Begriff der Legal Transplants zusammengefasste wissenschaftliche Erforschung von Bedingungen und Konsequenzen der Implementierung fremder Rechtsbestandteile, die eine Vielzahl kontroverser Reflexionen über die grundsätzliche Möglichkeit und die verschiedenen Kategorien von Legal Transplants hervorgebracht hat. Zum Phänomen des Rechtstransfers und der ihm innewohnenden theoretisch-methodischen Komplexität der Interaktion normativer Ordnungen siehe Mues (Fn. 16), S. 9 ff., 25 ff., 93 ff.; Mayntz, in: Grimm/Maihofer (Hrsg.), Gesetzgebungstheorie und Rechtspolitik, 1988, S. 130 ff.; Rehm, RabelsZ 72 (2008), 1 ff.; Knieper, RabelsZ 72 (2008), 88 ff.; Chanturia, RabelsZ 72 (2008), 114 ff.; Weckerling, RabelsZ 72 (2008), 43 (47: Implementierungserfahrungen in Mittel-, Ost- und Südosteuropa); Julius, RabelsZ 72 (2008), 55 (74 ff., 84 ff.: Implementierungserfahrungen in China). Zum Ausgangspunkt der Kontroverse siehe Watson, Legal Transplants. An Approach to Comparative Law, 2. Aufl., 1993, S. 21 ff. („Introduction to legal transplants“); Kahn-Freund, 37 Mod. L. Rev. 1 ff. (1974). Zur Kritik siehe Legrand, 4 Maastricht J. Europ. & Comp. L. 111 ff. (1997); Teubner, 61 Mod. L. Rev. 11, 12 (1998: „Legal Irritants“); ferner Lenski, Rechtstheorie 45 (2014), S. 451 (452), die in der Rechtsvergleichung einen semantischen Vorgang sieht, der den kulturellen Hintergrund mit Mitteln der Semiotik analysiert; Kischel (Fn. 90), § 2

viele Fragen offen sind, dass aber eine rechtssetzungsorientierte Einbettung dieser Fragen „rechtshistorischen und rechtsvergleichenden Forschungsarbeiten heute Farbe und Feuer geben und ihnen ein allgemeines Interesse sichern kann.“⁹⁵ Denn im Ergebnis kann ein solches Amalgam aus vergleichender Rechtsgeschichte und dogmatischer Rechtsvergleichung eine Qualifizierung des legislativen Stils bewirken.⁹⁶ Dies gilt umso mehr, als Rechtssetzung immer häufiger eine immer weniger nationalstaatliche Aufgabe ist. Im Gegenteil: Die moderne Privatrechtssetzung verlagert sich auf über-, zwischen- und außerstaatliche Akteure.⁹⁷ Unter den Eindrücken dieses Wegs „[v]om deutschen zum europäischen Privatrecht“⁹⁸ dürfte sich eine historisch-vergleichend informierte Rechtssetzungslehre als anschlussfähig erweisen, wenn man sie als Denkstil rechtswissenschaftlichen Forschens betreibt. In diesem Sinne meint Rechtssetzungslehre, um sich etwas durch den bekannten Kodifikationsstreit inspirieren zu lassen,⁹⁹ eine theoretisch-reflektierte, strukturelle Arbeitsausrichtung an der Frage nach dem Beruf unserer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft, die als „Legisprudenz“ zu einem grundlegenden Nachdenken über legislative Möglichkeiten, Notwendigkeiten und Grenzen anregen kann und insoweit die juristische Forschung als relevanten Beitrag im Rechtssetzungsprozess begreift, nämlich als historisch-vergleichende Lehre für die Rechtssetzung – sei diese inner-, außer- oder überstaatlich.¹⁰⁰ Rechtswissenschaft und Gesetz-

gebung sind insoweit jedenfalls – in Anlehnung an *Jhering* – vereinbare Tätigkeiten.

2. *Sich als Legisprudenz „auf eine höhere Stufe der wissenschaftlichen Tätigkeit erheben“*¹⁰¹

Von dieser Warte aus bietet die hier skizzierte historisch-vergleichende Kritik die Chance, durch einen Fingerzeig auf „das innere Getriebe des geschichtlichen Werdens, die verborgenen Triebfedern, die letzten Gründe, den geistigen Zusammenhang der gesamten Rechtsentwicklung“¹⁰² ein „wirkliches Urteil“¹⁰³ über dogmatische Fragen zu gewinnen. Sie ermöglicht es, eine qualifizierte Tiefenschärfe zu erhalten, die den eigentlichen Ertrag wissenschaftlichen Arbeitens ausmacht, uns einen echten Durchblick gewinnen lässt und die mit dem „Markenzeichen einer aufgeklärten Dogmatik“¹⁰⁴ versiegelt werden kann.¹⁰⁵ So lehrt uns ein solcher Perspektivwechsel, wodurch dogmatische Inkonsistenzen bedingt sind und dass unsere *lex lata* nicht isoliert neben anderen nationalen Rechtsordnungen, sondern mit diesen in Europa auf einem gemeinsamen historischen Boden in einem „System der gegenseitigen Berührung und Einwirkung“ steht.¹⁰⁶ Der zuweilen wirksame Trend zu einer einseitig synchronen Rechtsvergleichung birgt indes die Gefahr, diese Aufklärung zu verdunkeln, sobald diese ihre differenzierte Aussagekraft bei der Bestimmung rechtlicher Mittel und Ziele vergessen und als vermeintlich zielstiftende Ressource „Modernisierungstransplants“¹⁰⁷ forciert hat. Eine Mahnung sollte daher dieser rechtsvergleichenden Bereitschaft zur Übernahme von Modernität und Fortschritt symbolisierenden Regelungsmodellen

Rn. 34 ff., 38 ff.; *Schacherreiter*, Das Landeigentum als Legal Transplant in Mexiko, 2014, S. 14 ff., 18 ff., 29 ff., 52 f., 63 ff., 263 ff., 399 ff.

⁹⁵ *Kötz*, JZ 1992, 20 (22).

⁹⁶ *Genzmer*, ARSP 41 (1954/55), 326 (342 f.).

⁹⁷ *Auer*, Der privatrechtliche Diskurs der Moderne, 2014, S. 166; ferner *Reimer* (Fn. 87), Rn. 2.

⁹⁸ *Ulmer*, JZ 1992, 1 ff.; *Rademacher*, in: Behme u.a. (Hrsg.), Perspektiven einer europäischen Privatrechtswissenschaft, 2017, S. 41 ff., 44 ff.; ferner die Entschließung des Europäischen Parlaments über die Angleichung des Privatrechts der Mitgliedstaaten vom 26.5.1989, ABl. EG Nr. C 158/400 = ZEuP 1993, 613 ff. und die Entschließung des Europäischen Parlaments zur Angleichung bestimmter Bereiche des Privatrechts der Mitgliedstaaten vom 27.4.1994, Dok. A3-0329/94 = ZEuP 1995, 669; dazu *Tilman*, ZEuP 1995, 534 ff.

⁹⁹ Abgedruckt sind *Thibauts* Schrift „Ueber die Notwendigkeit eines allgemeinen bürgerlichen Rechts für Deutschland.“ und *Savignys* Text „Vom Beruf unserer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft.“ mit jeweils weiteren Nachträgen zu ihren Darstellungen bei *Stern* (Fn. 89), S. 35 ff., 69 ff., 167 ff.; ferner *Ulmer*, JZ 1992, 1 (5); *Zimmermann* (Fn. 48), S. 281 (283 ff.).

¹⁰⁰ *Meßerschmidt*, ZJS 2008, 111 ff., 224 ff.; ferner *Zimmermann*, JZ 1992, 8 (9): „Zunächst einmal hat die Rechtswissenschaft vereinheitlichender Gesetzgebung den Boden zu bereiten. [...] Von grundlegender Bedeutung ist dabei die Förderung des Bewußtseins einer gemeinsamen europäischen Rechtskultur.“ Dabei bedeutet die Möglichkeit von Rechtsvereinheitlichung nicht zugleich auch deren Notwendigkeit; dazu *Ulmer*, JZ 1992, 1 (7): „Schon viel ist gewonnen, wenn

man auf diesem Wege zur Entwicklung gemeinsamer Grundsätze kommt, die ihrerseits durch Erläuterungen über die jeweilige Rechtslage in den Mitgliedstaaten und über die maßgebenden Erwägungen für die erarbeiteten Vorschläge zu ergänzen sind.“

¹⁰¹ *Jhering* (Fn. 13), S. 15.

¹⁰² *Jhering* (Fn. 13), S. 15 f.

¹⁰³ *Jhering* (Fn. 13), S. 16.

¹⁰⁴ *Zimmermann/Wagner*, AcP 216 (2016), 1 (12): „das Markenzeichen einer aufgeklärten Rechtsdogmatik, dass sie die Erkenntnisse der anderen Perspektiven in sich aufnimmt“; dazu *Auer* (Fn. 10), S. 27, 51.

¹⁰⁵ *Kötz*, JZ 1992, 20 (22): „Einer jener Zusammenhänge, in den rechtshistorische und rechtsvergleichende Forschung zu integrieren wäre, ist heute dadurch gegeben, daß wir am Beginn einer Entwicklung stehen, die zur (Wieder)Herausbildung und (Wieder)Bewußtwerdung eines europäischen *ius commune* führen wird.“ Zu einem solch historisch-vergleichenden Nachvollziehen der Vielfalt der auf einem gemeinsamen Boden stehenden europäischen Rechtsordnungen siehe *Coing*, NJW 1981, 2601 (2604); *Reimann*, ZEuP 1999, 496 (497, 502); *Basedow*, JZ 2016, 269 (279). Zur christlichen Prägung dieses gemeineuropäischen Wertebodens siehe *Isensee*, JZ 2015, 745; *Zimmermann*, JZ 2007, 1; *ders.*, JZ 2016, 321.

¹⁰⁶ *Jhering* (Fn. 13), S. 5.

¹⁰⁷ Zu dem Begriff des Modernisierungstransplants siehe *Schacherreiter* (Fn. 94), S. 31, 64 ff., 263 ff.

gelten, wenn sie die konkreten sozialen, kulturellen und wirtschaftlichen Bedingungen des rezipierenden Landes übergeht, diese Bedingungen als prämodern und fortschritts-hemmend ausspielt und etwaige Implementierungsschwierigkeiten unter dem Etikett von Mängeln aufseiten der rezipierenden Rechtsordnung neutralisiert.¹⁰⁸ Wenn allein „nackte Regelungsmodelle“, aber nicht mehr historisch gewachsene „Wanderungsbewegungen und Entwicklungsstränge“ interessieren, dann drohen zuerst „Rosinenpickerei“, bald Unstimmigkeiten, Verwerfungen und letztlich disparate Entwicklungen.¹⁰⁹ Eine solche Rechtsvergleichung mutiert im modernen Privatrechtsdiskurs zu einem Katalysator, der das Bewusstsein der historischen Bedingtheiten eben dieses Diskurses reduzieren kann.¹¹⁰ Demgegenüber sollte es zu erreichen gelten, dass Rechtsgeschichte und Rechtsvergleichung als „Zwillingsschwestern“¹¹¹ in einer nach ihrer Bedeutung für die dogmatische Festlegung von Regelungszielen und -mitteln wieder differenzierteren Weise aufeinander bezogen werden und diese „Synthese“¹¹² innerhalb der hier mosaikhaft entfalteten Rechtssetzungslehre zur Anwendung gebracht wird.¹¹³ Einer solchen „Rechtssetzungswissenschaft“,¹¹⁴ die konkrete Probleme ihrer *lex lata* aus ihren historisch-vergleichenden Entwicklungspfaden heraus erläutert und sie insofern auf den verschiedenen Stufen ihrer Entwicklung in den Blick nimmt,¹¹⁵ kann es im Geiste *Jherings* gelingen, sich heute „den Charakter der Universalität“ in dieser Form als „vergleichende Jurisprudenz“ für „alle Folgezeit“ zu sichern.¹¹⁶

„Ihre Methode wird eine andere, ihr Blick ein weiterer, ihr Urteil ein reiferes, ihre Behandlung des Stoffs eine freiere werden, und [...] sie auf eine höhere Stufe der wissenschaftlichen Tätigkeit erheben.“¹¹⁷

¹⁰⁸ Zu einer solchen Modernisierungsentention bei Legal Transplants siehe *Schacherreiter* (Fn. 94), S. 29 ff., 270, 268.

¹⁰⁹ *Röthel* (Fn. 91), S. 183 (186).

¹¹⁰ Zu den Tendenzen einer solchen „Entgrenzung“ des modernen Privatrechtsdenkens s. *Auer* (Fn. 97), S. 166.

¹¹¹ *Kötz*, JZ 1992, 20.

¹¹² *Reimann*, ZEuP 1999, 496 (509 ff.); *Zimmermann* (Fn. 38), S. 1 (36: „Synthese des Auseinandergedachten“); dazu *Röthel* (Fn. 91), S. 183 (184 f.: „[...] historische und vergleichende Arbeitsweisen wieder ‚aufeinander‘ statt ‚auseinander‘ zu denken [...]“).

¹¹³ *Noll* (Fn. 57), S. 88 ff.; *Müller/Uhlmann* (Fn. 57), Rn. 138.

¹¹⁴ *Kuntz*, AcP 216 (2016), 866 (908, 904).

¹¹⁵ Dazu siehe *Leonhard* (Fn. 76), S. 25 (200): „Eine Erläuterung unseres Gesetzbuches aus den älteren Texten im Hinblick auf die allgemeine Entwicklungsgeschichte unseres Rechtes, hierin sieht der Verfasser die gegenwärtige Aufgabe der deutschen Processrechtswissenschaft.“ (*Hervorhebung* im Original); zur Erforschung von Entwicklungspfaden im Recht siehe *Wahl*, JZ 2013, 369.

¹¹⁶ *Jhering* (Fn. 13), S. 15; dazu siehe *Vogenauer*, *RabelsZ* 76 (2012), 1122 (1125 ff., 1133 ff.), der von einem gemeinsamen Weg der Rechtsgeschichte und Rechtsvergleichung hin zur Universaljurisprudenz spricht.

¹¹⁷ *Jhering* (Fn. 13), S. 15.