

## EDITORIAL: ÜBER RECHTSVERGLEICHUNG

Von Thomas Windhöfel

Rechtswissenschaft, sofern sie sich als *dogmatische Wissenschaft* versteht, ist eine Wissenschaft von der Verbindlichkeit geistiger Formen,<sup>1</sup> in dieser ihrer Eigenart im Grunde nur mit einer anderen an deutschen Universitäten gelehrteten Wissenschaft zu vergleichen, der Katholischen Theologie.<sup>2</sup> Dabei bleibt es einstweilen, und das ist auch gut so, obwohl die dogmatische Alltagsarbeit als Gegenstand der wissenschaftlichen Hochschulen sich harter innerfachlicher Kritik ausgesetzt sieht, welche die Wissenschaftlichkeit dieses Zugangs zum Gegenstand manchmal ganz bestreitet, jedenfalls durch einen vermeintlich wissenschaftlicheren, theoretischen Ansatz ersetzen will, und zwar sowohl in der Jurisprudenz<sup>3</sup> wie der Theologie<sup>4</sup>. Als Begründung dient dabei nicht mehr wie bei Kant<sup>5</sup> die Konfrontation der unter staatlichem Einfluss stehenden „höheren“ Fakultäten (Theologie, Jura, Medizin) mit der (vermeintlichen) „akademischen Freiheit“ der Philosophischen Fakultät. Im Mittelpunkt steht vielmehr jeweils die Sorge, an der Universität nicht mehr „anschlussfähig“ zu sein.<sup>6</sup> Im Grunde geht es also um die Angst, nicht mehr verstanden<sup>7</sup> und *infolgedessen* von den Forschern anderer Disziplinen nicht mehr ernst genommen zu werden.

Abgesehen von grundsätzlichen Bedenken gegen den systemtheoretischen Ansatz<sup>8</sup>, die auszubreiten hier kein Raum ist,<sup>9</sup> scheint mir dies ein Selbstmissverständnis. Das Ansehen

---

<sup>1</sup> Kurt Ballerstedt, Über Zivilrechtsdogmatik, in: Horst Heinrich Jakobs/Brigitte Knobbe-Keuk/Eduard Picker/Jan Wilhelm (Hrsg.), *Festschrift für Werner Flume*, 1978, Bd. 1, S. 257–282 (257).

<sup>2</sup> Ballerstedt (wie Fn. 1). – Entgegen verbreiteter Vorurteil kommt der Begriff freilich nicht aus der Theologie, sondern wohl aus der (griechischen) Medizin, vgl. Philipp Lassahn/Thomas Steenbreker, Gedanken zur Rechtsdogmatik, JR 2015, 553–560. – Inwieweit das Gesagte zum Teil auch auf andere Theologien zutrifft, etwa die neuerdings an deutschen Universitäten vertretene Islamische Theologie, kann hier nicht untersucht werden.

<sup>3</sup> Exemplarisch Nils Janssen, Rechtsdogmatik, Rechtswissenschaft und juristische Praxis. Zum gesellschaftlichen Ort und wissenschaftlichen Selbstverständnis universitärer Rechtsdogmatik, AÖR 143 (2018), 623–658.

<sup>4</sup> Vgl. dazu etwa die Beiträge in dem Sammelband von Georg Essen/Magnus Striet (Hrsg.), *Nur begrenzt frei? Katholische Theologie zwischen Wissenschaftsanspruch und Lehramt*, 2019.

<sup>5</sup> Immanuel Kant, *Der Streit der Facultäten in drey Abschritten*, Königsberg 1798 (AA VII).

<sup>6</sup> Zur fremdreferentiellen Anschlussfähigkeit als Kapazität sozialer Systeme vgl. Niklas Luhmann, Soziale Systeme. Grundriß einer allgemeinen Theorie, 1984.

<sup>7</sup> Luhmann (wie Fn. 6), S. 205: „Begreift man Kommunikation als Synthese dreier Selektionen, als Einheit aus Information, Mitteilung und Verstehen, so ist die Kommunikation realisiert, wenn und soweit das Verstehen zustande kommt.“

<sup>8</sup> Vgl. z.B. Jürgen Habermas, Theorie der Gesellschaft oder Sozialtechnologie? Eine Auseinandersetzung mit Niklas Luhmann, in: ders./Niklas Luhmann, Theorie der Gesellschaft oder Sozial-

der drei sog. höheren Fakultäten beruht an der deutschen Universität doch nicht auf ihrer interdisziplinären Anschlussfähigkeit, sondern darauf, dass jede von ihnen ein spezifisches Herrschaftswissen<sup>10</sup> verwaltet, das zur Stabilisierung der Gesellschaft Wesentliches beiträgt. Eine Jurisprudenz, die sich im verzweifelten Bemühen um interdisziplinäre Anschlussfähigkeit selbst zu einem (letztlich austauschbaren) „Laberfach“<sup>11</sup> mache, wäre damit nur einen Moment glücklich, gewissermaßen in einem kurzen, DFG-geförderten Theorettrip; sie würde alsdann feststellen, dass die meisten „theoretisch umgewidmeten“ Lehrstühle die Pensionierung ihrer derzeitigen Inhaber nicht überlebten, bis von der Rechtswissenschaft an deutschen Universitäten kaum mehr übrig bliebe als von jedem beliebigen Orchideenfach. Die Vorstellung, die Haushaltsgesetzgeber der deutschen Länder würden auf Dauer Fakultäten mit 25 oder 30 Lehrstühlen unterhalten, die sich aus der Ausbildung juristischer Praktiker überwiegend zurückziehen, ist in etwa so realitätsnah wie die Idee, die Universitätsmediziner könnten ihre Existenz unverändert fortsetzen, wenn sie die klinische Ärzteausbildung einstellten. Für die katholische Universitätstheologie ist der Bedarfsrückgang bei der Priesterausbildung bereits jetzt flächendeckend existenzbedrohend.<sup>12</sup>

So wird es einstweilen dabei bleiben, dass die deutsche Rechtswissenschaft *nolens volens* ihren „Markenkern“<sup>13</sup> in der Rechtsdogmatik hat. Freilich, wie Karsten Schmidt es vor 35 Jahren in einem epochemachenden Vortrag auf den Punkt gebracht hat, gibt es einerseits Gebiete der Rechtswissenschaft bar jeder praktischen Bedeutung, die der Rechtswissenschaft als Institution dienen und daher an den Juristischen Fakultäten unverzichtbar sind, wie etwa das Römische Privatrecht, andererseits praktisch höchst relevante Rechtsgebiete, etwa Einzelheiten des Prozess- oder Registerrechts, die man zwar ernsthaft bearbeiten muss, aber kaum als relevanten Beitrag zum europäischen Geistesleben ansprechen

technologie – was leistet die Systemforschung?, 1971, S. 142–290. Aus juristischer Sicht vgl. dazu die Rezension von Knut Ameling, AÖR 98 (1973), 138–143.

<sup>9</sup> Vgl. allg. zur sog. Habermas-Luhmann-Debatte *Norbert Bolz*, Ratten im Labyrinth. Niklas Luhmann und die Grenzen der Aufklärung, 2012, S. 66–79; *Manfred Füllsack*, Geltungsansprüche und Beobachtungen zweiter Ordnung. Wie nahe kommen sich Diskurs- und Systemtheorie?, in: Soziale Systeme. Zeitschrift für soziologische Theorie 1998, 185–198; *ders.*, Die Habermas-Luhmann-Debatte, in: Georg Kneer/Stephan Moebius (Hrsg.), Soziologische Kontroversen. Beiträge zu einer anderen Geschichte der Wissenschaft vom Sozialen, 2010, S. 154–181; *Michael Reder*, Luhmann vs. Habermas revisited. Zwei Funktionale Religionstheorien in ihrer Bedeutung für Bildung in säkularen Gesellschaften, in: Bildungsforschung 7 (2010), 39–54. Knappe Zusammenfassung bei Stephan Moebius, Kontroversen in der deutschsprachigen Soziologie nach 1945, in: *ders./Andrea Ploder* (Hrsg.), Handbuch Geschichte der deutschsprachigen Soziologie, 2018, Bd. 1, S. 289–314.

<sup>10</sup> Zum Begriff vgl. Max Scheler, Die Formen des Wissens und die Bildung, 1925 (GW IX). Nachweis der Sekundärliteratur bei Paul Good, Wissen und Bildung in der Sicht des Phänomenologen Max Scheler, in: Schweizer Monatshefte. Zeitschrift für Politik, Wirtschaft, Kultur 54 (1974–1975), 590–603.

<sup>11</sup> Jürgen Kaube, Macht die Laberfächer schwieriger!, in: Frankfurter Allgemeine Sonntagszeitung vom 07.07.2019.

<sup>12</sup> Der Ständige Rat der Deutschen Bischofskonferenz plant eine Konzentration des Theologiestudiums auf drei Standorte; vgl. Pressemeldung Nr. 100 v. 23.06.2020, <https://www.dkb.de/presse/aktueller/meldung/staendiger-rat-der-deutschen-bischofskonferenz-zur-qualitaetssicherung-der-priesterausbildung-in-deuts>.

<sup>13</sup> Matthias Jestaedt, Wissenschaft im Recht. Rechtsdogmatik im Wissenschaftsvergleich, JZ 2014, 1–12 (1).

kann.<sup>14</sup> M. a. W.: Die Jurisprudenz kann sich natürlich nicht nur im selbstverliebten Klein-Klein des (um bei K. Schmidt zu bleiben) „Muss-Kann-Darf-nicht-Kaufmanns“ austoben, sie bedarf auch anderer, nichtdogmatischer Perspektiven, die im Rahmen der intradisziplinären Differenzierung<sup>15</sup> an den Juristischen Fakultäten ihren Platz haben und, allen Bedürfnissen einer vermeintlich examens- oder praxisbezogenen Ausbildung zum Trotz, dort auch behaupten müssen. Es geht, wie Christian Hillgruber bemerkt hat, um Rechtswissenschaften – im Plural.<sup>16</sup>

Ohne Wert und Bedeutung von Rechtstheorie und Rechtsphilosophie irgendwie zu erkennen, ragen unter den nichtdogmatischen Rechtswissenschaften aus meiner Sicht doch die empirischen heraus. Damit meine ich weniger die Rechtssoziologie, deren Erkenntnisfortschritte nach meinem Eindruck seit den Zeiten Eugen Ehrlichs, mit Verlaub, recht überschaubar geblieben sind,<sup>17</sup> als vielmehr Rechtsvergleichung und – gewissermaßen als historische Rechtsvergleichung – Rechtsgeschichte.

Beide schärfen den Blick für die Kontingenz der jeweiligen zeitgenössischen und nationalen Lösung. Beide weiten jedoch auch die Perspektive insofern, als sie die Strukturähnlichkeiten zwischen verschiedenen Rechtssystemen offenlegen, auf ein Phänomen aufmerksam machen, das man mit einer bahnbrechenden Studie eines Teams der Cornell-University aus den 60er Jahren *Common Core of Legal Systems*,<sup>18</sup> genannt hat. Beide Aspekte ergänzen einander, sie bewahren vor einem allzu „platten“<sup>19</sup> Naturrechtsdenken ebenso wie vor einem anachronistischen Positivismus ohne Blick für die sozialen, ökologischen und psychologischen<sup>20</sup> Grunderfahrungen der Menschheit.<sup>21</sup> Sie sind nicht voneinander zu trennen, so wenig wie die beiden Seiten einer Medaille. Was Recht ist wissen wir – und doch unterscheidet es sich nach Zeit und Ort. „Die Fürsten von Ithaka betrachteten es wohl als eine Genugtuung heischende Tat, wenn messenische Männer auf der Insel landen und die Herden rauben, aber das hindert sie nicht, die Mehrung der eigenen Güter durch Seeraub auch selbst für eine ganz normale und keineswegs anstößige Beschäftigung zu halten, der sie nicht minder gern als jene Messenier nachgehen.“<sup>22</sup>

Dass gerade bei einem zentralen Gegenstand des Gemeinwesens wie dem Schutz des menschlichen Lebens die Perspektive zeitlich wie örtlich nicht beschränkt sein kann, sollte

<sup>14</sup> Karsten Schmidt, Vom Handelsrecht zum Unternehmens-Privatrecht?, JuS 1985, 249–257 (250).

<sup>15</sup> Matthias Jestaedt, Perspektiven der Rechtswissenschaftstheorie, in: ders./Oliver Lepsius (Hrsg.), Rechtswissenschaftstheorie, 2008, S. 185–205 (189).

<sup>16</sup> Christian Hillgruber, Mehr Rechtswissenschaften wagen!, JZ 2013, 700–704.

<sup>17</sup> Mit Ausnahme ihrer Subdisziplin, der Kriminologie, die in Deutschland auf höchstem wissenschaftlichem Niveau erforscht wird.

<sup>18</sup> Aus Sicht eines Rechtsdogmatikers dazu Giovanni E. Longo, The Cornell Project on the Common Core of Legal Systems: Views of a Civilian, 4 Colum. J. Transnat'l L. 1 (1965–1966), 1–12.

<sup>19</sup> Vgl. die Warnung von Konrad Hilpert, Denkform und Rahmen-Theorie, keine Basis für inhaltliche Deduktionen, JCSW 43 (2002), 33–38.

<sup>20</sup> Instruktiv Albert A. Ehrenzweig, Psychoanalytische Jurisprudenz, 1973 (Schriften zur Rechtssoziologie und Rechtstatsachenforschung, Bd. 29).

<sup>21</sup> Vgl. nur Wolfgang Fikentscher, Law and Anthropology. Outlines, Issues, Suggestions (Abhandlungen der Bayerischen Akademie der Wissenschaften), 2008.

<sup>22</sup> Franz Hampl, Stoische Staatsethik und frühes Rom, HZ 184 (1957), 249–271 (259 f.).

sich von selbst verstehen. Schon immer war die ZfL daher für „Rechtswissenschaften“ auch in diesem Sinne offen. Diese Ausgabe unserer Zeitschrift hat einen deutlichen rechtsvergleichenden Schwerpunkt. Im Mittelpunkt stehen zwei Entscheidungen hoher Gerichte unserer Nachbarstaaten.

Die Entscheidung des Hoge Raad über die Euthanasie an einer Demenzkranken gegen deren aktuellen Willen<sup>23</sup> war bereits einmal Gegenstand von Reflexionen an dieser Stelle.<sup>24</sup> *Eltjo Schrage* bespricht die Entscheidung abwägend aus der Sicht eines niederländischen Rechtswissenschaftlers und ehemaligen Richters. *Diana zu Hohenlohe* bewertet das Erkenntnis unter besonderer Berücksichtigung des völkerrechtlichen Rahmens.

Die Entscheidung des Verfassungsgerichtshofs der Republik Polen vom 22. Oktober 2020 über die Unvereinbarkeit eines Schwangerschaftsabbruchs aufgrund embryopathischer Indikation mit der polnischen Verfassung fand nicht nur große öffentliche Aufmerksamkeit, sondern war bereits Gegenstand juristischer und rechtspolitischer Erörterung.<sup>25</sup> Um der weiteren rechtspolitischen wie rechtsvergleichenden Diskussion eine Grundlage zu geben, drucken wir einen Auszug der Urteilsgründe in deutscher Übersetzung, versehen mit einer Einleitung von *Adam Szafranski* von der Deutschen Rechtsschule Warschau.

Wie immer der Einzelne die Rechtsentwicklung in unseren Nachbarländern bewerten mag, sie können uns nicht gleichgültig sein. Lebensrecht und Lebensschutz machen nicht an Grenzen halt. Daran hat uns kürzlich der Klimaschutzbeschluss des Bundesverfassungsgerichts<sup>26</sup> erinnert. Die internationale Entwicklung wollen auch wir weiterhin, und noch mehr als bisher, im Blick behalten.

---

<sup>23</sup> Vgl. ECLI:NL:HR:2020:712 Hoge Raad, 21.04.2020, 19/049.10, im Internet abrufbar unter [www.rechtspraak.nl](http://www.rechtspraak.nl); vgl. zu der Entscheidung die Auseinandersetzung zwischen *Tatjana Hörnle*, Der niederländische Hoge Raad und das BVerfG zu Fragen der Sterbehilfe. Die Abgrenzung von Selbstbestimmung und Fremdbestimmung im Einzelfall und als Leitlinie für die Rechtspolitik, JZ 2020, S. 872–879 und *Christian Hillgruber*, „Jetzt nicht“ heißt „jetzt nicht“!, JZ 2020, 1159–1161; dazu das Schlusswort von *Hörnle*, JZ 2020, 1161.

<sup>24</sup> Thomas Windhöfel, Editorial zu ZfL 3/2020.

<sup>25</sup> Vgl. z. B. *Peter v. Feldmann*, Das bestellte Urteil – der polnische Verfassungsgerichtshof verschärft das Verbot der Schwangerschaftsunterbrechung, JZ 2021, 678–680; *Christian Hillgruber*, Kein Mensch ist unzumutbar – Warum das polnische Verfassungsgericht die embryopathische Indikation als verfassungswidrig verworfen hat und warum es damit recht hat, in: FAZ 2021, Nr. 47, S. 6; *Jan Muszyński*, Der Trumpf wird zur Last. Polens Regierung und Verfassungsgericht nach dem Abtreibungsurteil, VerfBlog, 04.11.2020, <https://verfassungsblog.de/der-trumpf-wird-zur-last/>, DOI: 10.17176/20201104-115714-0; *Maximilian Steinbeis*, Weißglut in Warschau, VerfBlog, 30.10.2020, <https://verfassungsblog.de/weisglut-in-warschau/>, DOI: 10.17176/20201030-235501-0.

<sup>26</sup> BVerfG, Beschl. v. 24. März 2021, 1 BvR 2656/18 u. a., NJW 2021, 1723.