Richter und Universitätsjuristen in England

Von Martin Flohr, Hamburg*

Inhaltsübersicht

I.	*Einführung*	322
II.	*Anfänge akademischer Rechtsliteratur im 19. Jahrhundert*	324
III.	*Die Konvention, lebende Autoren nicht als Autorität zu zitieren*	326
IV.	*Der Aufstieg der Rechtslehre in der zweiten Hälfte des 20. Jahrhunderts*	328
V.	*Kooperationsangebote einzelner Richter*	330
VI.	*Eine neue Rechtswissenschaft als Kritik der etablierten Rechtsprechung*	332
VII.	*Auseinandersetzung mit akademischen Auffassungen in der höchstrichterlichen Judikatur*	336
VIII.	*Anwälte als Vermittler und Gegner der Rechtslehre*	338
IX.	*Zunehmende Praxisferne der Rechtswissenschaft*	339
X.	*Fazit*	343
	Summary: Judges and Legal Academics in England	344

I. Einführung

Der Titel dieses Symposiums, »Dialog zwischen Rechtsprechung und Rechtswissenschaft«, evoziert kontinentaleuropäische Vorstellungen, die sich nicht ohne Weiteres auf England übertragen lassen. Am augenfälligsten ist dies bei dem Begriff der Rechtswissenschaft, denn die »Verwissenschaft-

* *Abgekürzt* werden zitiert: *Alexandra Braun*, Giudici e Accademia nell'esperienza inglese, Storia di un dialogo (2006) (zitiert: Giudici e Accademia); *dies.*, Burying the Living?, The Citation of Legal Writings in English Courts: Am. J. Comp. L. 58 (2010) 27–52 (zitiert: Citation); *Neil Duxbury*, Judges and Jurists, An Essay on Influence (2001); *Robert Goff*, The Search for Principle, in: Proceedings of the British Academy 69 (1983) 169–187; *Keith Stanton*, Use of Scholarship by the House of Lords in Tort Cases, in: From House of Lords to Supreme Court: Judges, Jurists and the Process of Judging, hrsg. von *James Lee* (2011) 201–226; *Robert Stevens*, Torts and Rights (2007) (zitiert: Torts and Rights).

Für wertvolle Hinweise danke ich herzlich Alexandra Braun, Philipp Eichenhofer und Stefan Vogenauer.

RabelsZ 77, 322–344 – DOI: 10.1628/003372513X665685
ISSN 0033-7250 – © 2013 Mohr Siebeck

lichung und Rationalisierung […] des Rechtslebens«[1] (Franz Wieacker) gilt noch immer als ein besonderes Charakteristikum der römisch-kanonischen Tradition, und zwar als dasjenige, welches diese Tradition – aller Konvergenzeuphorie[2] zum Trotz – noch immer deutlich von dem pragmatischen[3] Rechtsdenken der Engländer abhebt. Auch hat England niemals eine soziale Gruppe von Universitätsjuristen gekannt, deren einhellige Meinung autoritativ werden konnte, so wie im Falle der französischen *doctrine*[4] oder der deutschen »herrschenden Lehre«.[5] Ebenso könnte der Begriff der »Rechtsprechung« dazu verleiten, sich die englische Richterschaft als eine Einheit vorzustellen, obwohl das hohe Ansehen ihrer Vertreter sich doch gerade auf deren Persönlichkeit gründet und deren individuelle juristische Auffassungen in Einzelvoten deutlich zu Tage treten.[6]

Schließlich ist auch zweifelhaft, ob das Verhältnis zwischen Richtern und Universitätsjuristen mit dem Wort »Dialog« zutreffend bezeichnet ist – sofern man darunter ein Gespräch zwischen zwei Personen versteht, das von gegenseitiger Achtung geprägt ist und auf Augenhöhe stattfindet. Eher könnte man von einem langen Monolog sprechen, der durch den späten Auftritt einer weiteren Figur zunächst nicht unterbrochen wird, wobei es durchaus der Gleichgültigkeit der Hauptfigur anzulasten ist, dass gar kein Gespräch entsteht. Allerdings muss man zugeben, dass der neue Akteur sich im weiteren Verlauf der Handlung alle Mühe gibt, die ihm gemäße Rolle zu finden. Im

---

[1] *Franz Wieacker*, Das römische Recht und das deutsche Rechtsbewußtsein (1944) 18. Der Prozess der Rationalisierung des Rechts ist das Leitmotiv bei *Wieacker*, Privatrechtsgeschichte der Neuzeit[2] (1967); das Narrativ selbst ist der Universalrechtsgeschichte Max Webers entlehnt. Siehe dazu im Einzelnen *Gerhard Dilcher*, Franz Wieacker als »Germanist«, Mit einigen Bemerkungen zu seiner Beziehung zu Marx, Nietzsche und Max Weber, in: Franz Wieacker, Historiker des modernen Privatrechts, hrsg. von *Okko Behrends/Eva Schumann* (2010) 223–252 (243–249).

[2] Die These einer Konvergenz von *civil law* und *common law* vertritt beispielsweise *Mathias Reimann*, Die Erosion der klassischen Formen, Rechtskulturelle Wandlungen des Civil Law und Common Law im Europa des 19. und 20. Jahrhunderts: Zeitschrift für Neuere Rechtsgeschichte (ZNR) 27/28 (2006) 209–234; ablehnend *Pierre Legrand*, European Legal Systems are not Converging: Int. Comp. L.Q. 45 (1996) 52–81 (67–68).

[3] *Patrick Atiyah*, Pragmatism and Theory in English Law (1987).

[4] Den Status und die Funktion der *doctrine* analysieren umfassend *Philippe Jestaz/Christophe Jamin*, La doctrine (2004) 169–264.

[5] Zur *communis opinio* des älteren gemeinen Rechts siehe *Jan Schröder*, »Communis opinio« als Argument in der Rechtstheorie des 17. und 18. Jahrhunderts, in: *ders.*, Rechtswissenschaft in der Neuzeit, Geschichte, Theorie, Methode, hrsg. von *Thomas Finkenauer* (2010) 191. Dass es in England kein Äquivalent für den kollektiven Singular der »Rechtslehre« oder gar der »herrschenden Lehre« gibt, betont auch *Stefan Vogenauer*, An Empire of Light?, II: Learning and Lawmaking in Germany Today: Oxford J. Leg. Stud. 26 (2006) 627–663 (631–632).

[6] Eine mit wenigen Einschränkungen noch heute zutreffende Charakteristik englischer Richter bietet *Hein Kötz*, Über den Stil höchstrichterlicher Entscheidungen: RabelsZ 37 (1973) 245–263 (252–257).

vorerst letzten Akt durchläuft er dann eine atemberaubende Entwicklung, so dass doch noch eine Aufführung stattfinden kann, an der beide mitwirken.

II. Anfänge akademischer Rechtsliteratur im 19. Jahrhundert

Wenn am Ende des 18. Jahrhunderts zum ersten Mal der moderne juristische Schriftsteller auf die Bühne der englischen Rechtsgeschichte tritt, der mit der Fackel der Aufklärung Licht in das Dunkel des Präjudiziendickichts bringen will, so ist dieser typischerweise ein gescheiterter *barrister*. Er hat es bislang nicht vermocht, eine erfolgreiche Praxis aufzubauen, und verfügt daher über ausreichend Zeit, eine längere Abhandlung zu schreiben, meist in der Hoffnung, sich dadurch für höhere Weihen als *bencher* oder gar als Richter zu empfehlen. Die berühmtesten Beispiele dafür, dass dieser Plan durchaus aufgehen konnte, sind William Blackstone, der Autor der »Commentaries of the Laws of England,«[7] sowie William Jones, der Verfasser des »Essay on the Law of Bailments«.[8] Andere waren dagegen mit ihren Traktaten für Praktiker vor allem an einer zusätzlichen Einnahmequelle interessiert, wie z. B. Joseph Chitty (»Chitty on Contracts«, 1. Auflage 1826), Judah Benjamin (»Benjamin's Treatise on the Law of Sale of Personal Property«, 1. Auflage 1868) oder Edward Williams (»Williams on Executors and Administrators«, erstmals 1832 erschienen). Diese Werke beschränkten sich auf eine zusammenfassende Darstellung des Fallrechts.[9]

---

[7] *William Blackstone*, Commentaries of the Laws of England I-IV (1765–1769). Blackstones Institutionenlehrbuch, das aus juristischen Vorlesungen für die Allgemeinheit an der Universität Oxford hervorgegangen war, stellt das gesamte englische Recht erstmals als ein System materieller Regeln dar und gilt heute als Meilenstein der englischen Rechtsgeschichte; vgl. dazu *Toby Milsom*, The Nature of Blackstone's Achievement (1981). In den Jahren nach der Veröffentlichung des ersten Bandes (also von 1765 bis 1769) verdreifachte sich die Zahl der *counsel opinions* Blackstones, bis er schließlich im Februar 1770 von George III. zum Richter am *Court of King's Bench* ernannt wurde. Siehe dazu *Wilfried Prest*, William Blackstone, Law and Letters in the Eighteenth Century (2008) 221, 255, 259 ff.

[8] *William Jones*, An Essay on the Law of Bailments (1781). Jones hatte als *barrister* durchaus Erfolge vorzuweisen. Trotz jahrelanger Bemühungen um einen Richterposten wurde er jedoch erst kurz nach dem Erscheinen seines Buches an den *Court of Bengal* berufen. Siehe *David Ibbetson*, Sir William Jones and the Nature of Law, in: Mapping the Law, Essays in Memory of Peter Birks (2006) 619–639 (621).

[9] Zu den äußeren Umständen der Enstehung der ersten *legal treatises* am Ende des 18. bzw. zu Beginn des 19. Jahrhunderts sowie zu den beschränkten inhaltlichen Ambitionen ihrer Autoren bemerkt *John Baker*, An Introduction to English Legal History[4] (2002) 192: »Writing treatises had become a legitimate way of making a professional mark, or of earning a living when fees dried up; and for such writers a full methodical analysis and statement of all the case-law without too much abstract comment, was the principal end.« Vgl. auch *Brian Simpson*, The Rise and Fall of the Legal Treatise: Legal Principles and the Forms of Legal Literature: Chicago L. Rev. 48 (1981) 632–679 (664): »Some wrote as young men to advertise them-

Eine selbständige rechtswissenschaftliche Tradition wurde in England erst am Ende des 19. Jahrhunderts begründet.[10] Sie hatte zu Beginn einen betont akademischen Charakter. Die spätviktorianischen Rechtsgelehrten, deren bedeutendste Pollock, Anson, Dicey und Maitland waren, hatten sich einen systematischen Neuanfang auf die Fahnen geschrieben.[11] Dieser war möglich geworden durch die Abschaffung der *forms of action*, den noch aus dem Mittelalter stammenden Klagformeln, die zur Einleitung eines Prozesses verwendet werden mussten und zu denen das materielle Recht lediglich ein Anhängsel bildete. Diese Aktionen hatten erheblich dazu beigetragen, dass das englische Recht bis dahin vornehmlich als ein Konglomerat von Rechtsbehelfen, ja von Plädierregeln, wahrgenommen worden war.[12] Die neuen Professoren in Oxford und Cambridge[13] wollten von diesen prozessualen Eigenheiten abstrahieren und die Masse des Fallrechts in eine kohärente und moderne Form bringen. Methodische Vorbilder fanden sie in der Pandektenwissenschaft der historischen Schule, insbesondere in Savigny; manche Gelehrte standen aber auch in einem regen Gedankenaustausch mit der deutschen Germanistik.[14]

---

selves, or simply to make ends meet. […] Leake apparently was encouraged to write after his deafness had ruined his law practice. Woodfall, it is said, broke his leg.«

[10] Zum Folgenden ausführlich und mit zahlreichen weiteren Nachweisen *Braun*, Giudici e Accademia 91–120 sowie *Frederick Lawson*, The Oxford Law School, 1850–1965 (1968) 61–92.

[11] Vgl. die programmatischen Antrittsvorlesungen: *Albert Dicey*, Can English Law Be Taught at the Universities?, An Inaugural Lecture (1883); *Frederic Maitland*, Why the History of English Law is not Written, in: The Collected Papers of Frederic William Maitland, hrsg. von *Herbert A. L. Fisher* I (1911) 480.

[12] Zur Geschichte der *forms of action* immer noch instruktiv *Frederic Maitland*, The Forms of Action at Common Law, A Course of Lectures (1948). Die prozesstaktischen Manipulationen der Praktiker, die zu einer verwirrenden Vielfalt von Klagearten geführt hatten, beschreibt *Toby Milsom*, A Natural History of the Common Law (2003) 25–50. *Atiyah* (oben N. 3) 21 zufolge ist das Denken in Rechtsbehelfen noch heute für englische Juristen charakteristisch.

[13] In Oxford wurde 1850 eine *School of Law and Modern History* gegründet, in Cambridge richtete man 1850 den *Moral Science Tripos* und 1858 den *Law Tripos* ein. Vgl. *Baker* (oben N. 9) 171.

[14] Wichtigster Vermittler der zeitgenössischen deutschen Rechtswissenschaft war John Austin, der vor Aufnahme seiner Professur an der Universität London 1829 in Bonn studiert hatte und in seinen »Lectures on Jurisprudence« (posthum 1863 erschienen) zahlreiche Unterscheidungen und Begriffe des späten Vernunftrechts und der historischen Schule auf das englische Recht übertrug; siehe dazu *Andreas Bertalan Schwarz*, John Austin und die deutsche Rechtswissenschaft seiner Zeit, in: *ders.*, Rechtsgeschichte und Gegenwart, Gesammelte Schriften zur Neueren Privatrechtsgeschichte und Rechtsvergleichung (1960) 73–92. Frederick Pollock empfand sich als Schüler Friedrich Carl von Savignys, Maitland stand in regem Gedankenaustausch mit Otto von Gierke und Heinrich Brunner; vgl. *Frederick Lawson*, Doctrinal Writing, A Foreign Element in English Law?, in: Ius Privatum Gentium, FS Rheinstein I (1969) 191–210 (199 f.).

Diese ersten hauptamtlichen Rechtslehrer schufen eine ganze Reihe feinsinnig gegliederter *textbooks*, eine Gattung, von denen manche Exemplare eher die Übersetzung »umfassende Monographie« denn die des »Lehrbuches« verdienen und die mitunter erstaunlich wenig auf das Richterrecht Bezug nehmen. Ein weiteres Verdienst dieser Juristengeneration war die Gründung der ersten Fachzeitschrift, der »Law Quarterly Review«, 1884, in der anfangs fast ausschließlich Beiträge von Universitätsjuristen veröffentlicht wurden. Zwar standen Aufsätze und Rezensionen im Vordergrund. Die zahlreichen *case notes*, kurze und häufig sarkastisch gehaltene Meldungen aus der Welt der Gerichte, belegen jedoch, dass die ersten Hochschullehrer nicht die kritische Auseinandersetzung mit aktueller Rechtsprechung scheuten und hin und wieder Fingerzeige gaben, wie sie sich eine Weiterentwicklung vorstellten. Ihr Einfluss auf die Judikative dürfte dennoch als gering einzuschätzen sein und beschränkte sich wohl auf den informellen Austausch innerhalb der viktorianischen Geistesaristokratie, der überwiegend in den Londoner Herrenclubs stattfand.[15] Lediglich Frederick Pollock, der insbesondere mit seinem Deliktsrechtslehrbuch Maßstäbe gesetzt hatte und dessen Auffassungen auch in der Richterschaft ein besonders hohes Ansehen genossen, wurde gegen Ende seines Lebens, also schon in den 1930er Jahren, häufiger in Urteilen zitiert.[16]

III. Die Konvention, lebende Autoren nicht als Autorität zu zitieren

Anderen Professoren war diese Anerkennung nicht vergönnt. Sie wurden Opfer einer Konvention, nach der es verboten war, lebende Autoren bei Gericht als »authority« zu zitieren.[17] Damit war gemeint, dass ihren Lehrmeinungen keine Bindungswirkung im Sinne einer echten Rechtsquelle zukommen konnte, so wie es für nur ganz wenige alte Rechtsaufzeichnungen anerkannt war. Diese Konvention war bereits zu Beginn des 19. Jahrhunderts entstanden, also zu einem Zeitpunkt, als es an den Universi-

[15] *Duxbury* 84–87 möchte am Beispiel späterer Einschränkungen der Entscheidungsregel in *Derry v Peek* (1889) 14 App Cas 337 (HL), die hohe Hürden für die Prospekthaftung gesetzt hatte und gegen die Pollock in *case notes* und informellen Gesprächen mit Richtern einen regelrechten Feldzug führte, zeigen, dass der Einfluss der Universitätsjuristen zu Beginn des 20. Jahrhunderts größer war als bisher angenommen. Tatsächlich lässt sich beweisen, dass, wenngleich Pollock in den Folgeentscheidungen nie namentlich zitiert wird, manche Richter seine Kritik zur Kenntnis nahmen und den Gedankenaustausch mit ihm suchten. Gleichwohl muss auch Duxbury zugeben, dass über seinen Einfluss auf die spätere Rechtsprechungsänderung in *Nocton v Lord Ashburton* [1914] AC 932 nur spekuliert werden kann.

[16] *Nicholls v Ely Beet Sugar Factory Ltd* [1936] Ch 343, 349 (CA) *per* Lord Wright.

[17] Die Konvention wird eingehend erörtert bei *Braun*, Citation 27–52 sowie *Duxbury* 62–84.

täten noch keinen regulären Unterricht im englischen Recht und folglich auch keine akademische Literatur gab.[18] Sie ist wohl als Reaktion der Richterschaft auf die eingangs erwähnten und damals florierenden Praktikerlehrbücher zu verstehen. Die ursprüngliche Begründung dieser Konvention ist nicht ganz klar, aber vieles spricht für einen Zusammenhang mit der gerade entstehenden *stare-decisis*-Doktrin bzw. dem wachsenden Bedürfnis nach Rechtssicherheit, die bei lebenden Autoren, die ihre Meinung noch ändern konnten, gerade nicht garantiert werden konnte.[19] Den Richtern war es nach dieser Konvention allerdings gestattet, aus der Literatur zu zitieren und sich die dort vertretenen Auffassungen über den Stand des Rechts zu eigen zu machen.[20]

Trotzdem führte die Konvention zu einer gewissen Unsicherheit unter Praktikern, inwieweit die Verwendung juristischer Literatur im Prozessbetrieb überhaupt gestattet war.[21] Sicherheitshalber sprach man Werken lebender Autoren nicht nur die Bindungswirkung, sondern auch gleich jegliche Relevanz ab. Die *barristers* versagten es sich freilich nicht, in ihren Plädoyers hin und wieder ganze Argumentationslinien aus den *textbooks* zu plagiieren. In der Tat waren es hauptsächlich solche anwaltlichen Plagiate aus Praktikerhandbüchern, die Richtern oder gegnerischen Anwälten Anlass gaben, in Erinnerung zu rufen, solche Zusammenfassungen besäßen keine Autorität als Rechtsquelle oder seien schlicht unzuverlässig.[22] Andererseits befolgten gerade diejenigen Richter, die aufs schärfste zur Einhaltung der Konvention ermahnten, diese selbst nicht.[23] Bereits im Jahr 1856 hatte ein *reporter* angemerkt, die Regel würde häufiger durch den Verstoß gegen sie geehrt als durch ihre Befolgung.[24] Dies legt nahe, dass die Konvention ur-

[18] *Braun*, Citation 33. Die Konvention verschwand allmählich nach dem 2. Weltkrieg; zuletzt wurde auf sie offenbar in *In re Supply of Ready Mixed Concrete* [1992] QB 213 (CA) angespielt.

[19] *Duxbury* 66–77 führt gleich acht mögliche Gründe für das Aufkommen der Konvention an, u. a. die Gepflogenheit, Urteile unmittelbar nach der Verhandlung zu begründen, sowie die *declaratory theory*, nach der die Richter das Monopol innehatten, das immer schon vorhandene *common law* aufzudecken. *Braun*, Citation 38–41 weist all diese Erklärungsversuche als unwahrscheinlich zurück, verwendet für ihre eigene Erklärung jedoch eine Kombination von Gründen, die sie zuvor bereits verworfen hatte; siehe *Braun*, Citation 41–45. Möglicherweise hatten die verschiedenen Richter, die im Laufe des 19. Jahrhunderts auf diese Regel Bezug nahmen, dafür unterschiedliche Beweggründe; zudem sollte man zurückhaltend damit sein, mögliche Motive mit Rationalitätsunterstellungen der Gegenwart als unplausibel abzutun.

[20] *Braun*, Citation 37.

[21] *Braun*, Citation 47.

[22] Mehrere solcher Beispiele lassen sich bei *Braun*, Citation 30–32 nachlesen.

[23] So zitierte Kekewich J in demselben Urteil, das später als wichtigstes Präjuiz für die Konvention galt, *Union Bank v Munster* (1887) 37 Ch D 51, denselben Autor (in diesem Falle ein Richter), dessen Plagiierung durch die Anwälte er zuvor beanstandet hatte. Zwei Monate zuvor hatte er die Konvention in der Entscheidung *Foster v Wheeler* (1887) 36 Ch D 698 schon einmal gebrochen; vgl. *Duxbury* 63–64.

[24] *R v Ion* (1852) 169 ER 588, 594.

sprünglich in erster Linie ein Mittel der Richter zur Disziplinierung der *barristers* war.

Die Botschaft, die von dieser forensischen Etikette auf die gerade entstehende Rechtswissenschaft ausging, war trotzdem entmutigend: Der Universitätsjurist besitzt – im Gegensatz zu den Lords – keine Autorität *ex officio*. Ansehen kann er sich allenfalls derivativ erwerben, indem er das von den Richtern geschaffene Recht besonders akkurat darstellt und gerade nicht versucht, originell zu sein oder gar über den bisherigen Entwicklungsstand hinausgehende Vorschläge zu unterbreiten.[25] Durch die Konvention wurde dem *legal scholar* also die Rolle eines Beobachters zugewiesen.

Aber auch auf dem Weg der Lehre gelang es den englischen Rechtswissenschaftlern nicht, einen prägenden Einfluss auf spätere Richtergenerationen auszuüben. Denn wer den freien Beruf eines *barrister* ergreifen wollte, studierte vorzugsweise alte Sprachen oder Philosophie und erwarb erst während der praktischen Ausbildung in einer Anwaltssozietät seine Rechtskenntnisse. Das Studium der Rechtswissenschaft blieb den mittelmäßigen Schulabsolventen vorbehalten, denen man gute Leistungen in den klassischen Fächern nicht zutraute.[26] Viele Rechtslehrer hatten selbst niemals Recht an der Universität studiert und waren mangels verfügbarer Stellen in ihren eigentlichen Fächern zu dieser Profession gekommen.[27] So blieb die englische Jurisprudenz bis Mitte der 1960er Jahre eine Disziplin von geringem Ansehen und weitgehend ohne Einfluss auf die Rechtsentwicklung.

IV. Der Aufstieg der Rechtslehre in der zweiten Hälfte des 20. Jahrhunderts

Das ungleiche Verhältnis zwischen Judikative und Jurisprudenz wandelte sich allerdings grundlegend mit dem Aufstieg der englischen Rechtswissenschaft in der zweiten Hälfte des 20. Jahrhunderts. Ihr stärkeres Gewicht ist zunächst einmal auf ein rasantes Wachstum der Universitäten zurückzuführen. Allein durch den Ausbau des Hochschulwesens hat sich im Zeitraum

---

[25] *Atiyah* (oben N. 3) 37 konnte noch 1987 behaupten: »[…] much legal research is simply devoted to reading about, and restating the law in convenient and accessible form. The purpose of the English legal textbook, or the standard practitioner's book is thus not thought of as a significantly creative exercise.«

[26] *Brian Simpson* berichtet in seinen »Reflections on the Concept of Law« (2011) 63 und 65 anschaulich über den geringen Stellenwert des Jurastudiums in Oxford zur Zeit der Berufung Herbert Harts als *Professor of Jurisprudence* im Jahre 1952: »[…] English law as a practical going concern was like plumbing, and belonged in a trade school, with skills to be assimilated through apprenticeship […]. The [Oxford] law school was at this time used by some colleges as the dumping ground for undergraduates whose abilities, or enthusiasms, were too low for them to have any chance of success in more serious schools.«

[27] *Simpson* (vorige Note) 65.

von 1950 bis 2000 die Zahl der Rechtslehrer mehr als verzehnfacht.[28] Für die steigende Zahl der *solicitors* sowie der *barristers* außerhalb der Londoner City wurde es üblich, vor Beginn der praktischen Ausbildung ein Jurastudium zu absolvieren (zur Jahrtausendwende lag die Quote bei etwa 75 %).[29] Mit zunehmender Aktivität des Gesetzgebers, die dazu geführt hat, dass heute ungefähr drei Viertel des englischen Rechts Gesetzesrecht sind, wurde auch die Vorrangstellung der Richter bei der Rechtsentwicklung geschwächt. Seit 1966 erarbeiten vielmehr beurlaubte Richter und Professoren gemeinsam in der *Law Commission* Reformvorschläge.

Die institutionelle Expansion der Rechtslehre führte selbstverständlich auch zu einem enormen Anstieg der Veröffentlichungen und setzte Anreize zu stärkerer Spezialisierung. Die Tatsache, dass es bald in jedem Rechtsgebiet mehrere Lehrbücher gab und neue Zeitschriften wie Pilze aus dem Boden schossen,[30] ermöglichte einen lebhaften Dialog der Akademiker untereinander, der zu einem höheren Niveau der rechtswissenschaftlichen Forschung insgesamt führte: So regte Herbert Hart in Oxford zu Beginn der Sechzigerjahre eine Strömung an, welche die Doktrinen des *common law* philosophisch hinterfragte.[31] Sein Nachfolger Ronald Dworkin entwickelte eine umfassende Theorie richterlicher Entscheidungsfindung. Für die seit 1958 von Herbert Hart herausgegebene »Clarendon Law Series« schrieben führende Rechtslehrer eine Reihe von Kurzlehrbüchern für Studenten, die ihren Autor mit seinem Einfallsreichtum und seiner persönlichen Sicht der Dinge deutlich hervortreten ließen.[32] Darüber hinaus entstanden zunehmend auch solche Lehrbücher, die sich gleichermaßen an Studenten wie Praktiker wendeten und den Spagat zwischen einer detaillierten Darstellung des Fallrechts und der Neuformulierung allgemeiner Rechtsprinzipien bzw.

---

[28] 1953 hatte die *Society of Public Teachers of Law* kaum mehr als 200 Mitglieder, im Jahr 2000 waren es knapp 2500.

[29] Auskunft über die Entwicklung der Studentenzahlen gibt *Braun*, Giudici e Accademia 128–132. Den »Annual Statistical Reports« der *Law Society* lässt sich entnehmen, dass der Anteil der Absolventen eines juristischen Studiums unter den neu zugelassenen *solicitors* in jüngster Zeit wieder rückläufig ist. Lag das Verhältnis von Nichtjuristen zu Jura-Absolventen unter den Berufsanfängern im Zeitraum 2004–2005 noch bei 1:3,3, betrug es 2008–2009 nur noch 1:2,66. Vgl. <http://www.lawsociety.org.uk/representation/research-trends/annual-statistical-reports>.

[30] Eine Auflistung der neugegründeten *law journals* nach Jahrzehnten findet sich bei *Braun*, Giudici e Accademia 187–195. Auffällig ist, dass zunächst überwiegend Zeitschriften entstanden, die sich ausschließlich an ein akademisches Publikum richten, während in den Neunzigerjahren eine Fülle von Praktikerzeitschriften aufgelegt wurden.

[31] Am Beginn dieser Tradition der *Philosophical Foundations of the Common Law* standen *Herbert Hart/Tony Honoré*, Causation in the Law (1959).

[32] Neben *Harts* »Concept of Law« (1961) erschienen in dieser Reihe u. a. *Frederick Lawson*, Introduction to the Law of Property (1958), *Rupert Cross*, Precedent in English Law (1961), *Patrick Atiyah*, Introduction to the Law of Contract (1961), *William Wade*, Administrative Law (1961).

einer Berücksichtigung des Verkehrslebens schafften. Die besten Beispiele hierfür sind »The Law of Restitution« von Robert Goff und Garreth Jones (1966) sowie Roy Goodes »Commercial Law« (1981). Aber auch solche Lehrbücher, die ursprünglich für Studenten gedacht waren, wie Guenther Treitels »The Law of Contract« (1962) oder Patrick Atiyahs »The Sale of Goods« (1957) sparten nicht mit Kritik an inneren Widersprüchen oder tatsächlichen Konsequenzen der etablierten Rechtsprechung. Schließlich wurden auch die alten Handbücher für Praktiker nach und nach von akademischen Autorenteams übernommen, wobei sie jedoch größtenteils ihren darstellenden Charakter beibehielten.

V. Kooperationsangebote einzelner Richter

Spätestens Anfang der 1980er Jahre konnte auch die Richterschaft die enorm angewachsene Literatur nicht mehr ignorieren. Das deutlichste Signal dafür, dass Rechtswissenschaftler mittlerweile ernst genommen wurden, ging von einem hohen Richter aus, der selbst eine akademische Vergangenheit hatte, nämlich Sir Robert Goff, dem späteren Lord Goff of Chieveley.[33] Goff hielt 1983 vor der British Academy einen Vortrag mit dem Titel »The Search for Principle«.[34] Darin sprach er sich für ein partnerschaftliches Zusammenwirken von Richtern und Rechtswissenschaftlern aus. Nach seiner Auffassung streben beide Seiten nach einem gemeinsamen Ziel, nämlich der Erkenntnis von Rechtsprinzipien.[35] Natürlich haben Richter und Universitätsjuristen dabei aufgrund ihrer unterschiedlichen Rollen auch einen unterschiedlichen methodischen Zugang: Richter entscheiden einzelne Fälle, suchen also nach einer juristisch korrekten und vor allem gerechten Lösung. Sie lassen sich dabei stark vom jeweiligen Sachverhalt und dem gewünschten Ergebnis beeinflussen. Ihre Perspektive auf das Recht entspricht daher dem Blick durch ein Mikroskop. Unter ihren Händen entstehen Rechtsprinzipien nur Schritt für Schritt und werden erst an gewissen Kulminationspunkten der Rechtsentwicklung offenbar. Die Richter sind Goff zufolge den Rechtslehrern insofern überlegen, als sie sich bei ihrer Entscheidung von den Argumenten der opponierenden Parteien leiten las-

[33] Robert Goff war von 1951 bis 1955 *Tutorial Fellow* am Lincoln College in Oxford und wurde nach einer erfolgreichen Tätigkeit als *barrister* 1975 zum Richter am *High Court* ernannt. 1982 bis 1986 war er Richter am *Appeal Court* und von 1986 bis 1998 Richter im *House of Lords*. Siehe *Gareth Jones*, Lord Goff's Contribution to the Law of Restitution, in: The Search for Principle, Essays in Honour of Lord Goff of Chieveley (1999) 207–233 (207).

[34] *Goff*.

[35] *Goff* 172, 187.

sen können. Das unterscheide sie von den Professoren, die ihre Erwägungen in der Stille eines Studierzimmers anstellen müssten.[36]

Von den Rechtswissenschaftlern verlangte Goff deshalb, sie sollten sich davon lösen, einzelne Entscheidungen zu kritisieren, da ihnen dafür ohnehin die praktische Erfahrung der Richter fehle. Stattdessen könnten sie sich der fundamentaleren Frage zuwenden, wo im Rechtsganzen der einzelne Fall seinen Platz finde. Neben der Lehre müsse daher die Suche nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen die Hauptaufgabe der Rechtswissenschaftler sein. Doch sah Goff gerade in dieser übergreifenden Perspektive die Gefahr, akademische Juristen könnten eine Entscheidung allein deshalb ablehnen, weil sie nicht zu ihren eleganten Theorien passen. Theorien seien eben nicht immer flexibel genug, um auf alle unvorhersehbaren Ereignisse des Lebens Rücksicht zu nehmen. Im Recht müsse aber weiterhin die angemessene Reaktion auf individuelle Sachverhalte im Vordergrund stehen.[37]

Sir Robert Goff sah zwar das Verhältnis von Richterschaft und Rechtswissenschaft als komplementär an, sprach allerdings die Führerschaft bei der gemeinsamen Aufgabe der Prinzipiensuche den Richtern zu. Seine Rede macht einerseits deutlich, dass Richter seit Anfang der 1980er Jahre zunehmend bereit waren, sich von juristischer Forschung inspirieren zu lassen. Andererseits kommt den Rechtswissenschaftlern in seinem Kooperationsangebot nur die Funktion von Hilfsarbeitern zu. Bei der Begründung dieses Unterordnungsverhältnisses werden wieder einmal die typisch englische Skepsis gegenüber jeglichem Theoretisieren und die Neigung zu einem hemmungslosen Pragmatismus offenbar.[38] Außerdem kann man durchaus bezweifeln, ob Goff mit seiner Rede wirklich einen Dialog anstoßen wollte. Denn wenn die Universitätsjuristen sich aus der Kritik von Einzelfallentscheidungen heraushalten sollen und die schrittweise Aufdeckung von Rechtsprinzipien nur ein nicht erzwingbarer Nebeneffekt der Rechtsprechung ist, worin besteht dann das gemeinsame Gesprächsthema?

Goffs Auffassungen sind jedenfalls repräsentativ für das *House of Lords* der späten Achtziger- und der Neunzigerjahre, in denen zeitweilig mehr als drei Viertel der höchsten Richter über einen juristischen Studienabschluss verfügten, von denen manche wiederum vor ihrer Anwaltskarriere sogar einige Jahre an der Universität unterrichtet hatten.[39] In vielen Urteilen dieser Zeit finden sich lange Zitate aus wissenschaftlichen Werken, die dann mitunter

---

[36] *Goff* 170–171, 182–185.

[37] *Goff* 174, 184–186.

[38] Vgl. *Goff* 186.

[39] Siehe *Braun*, Giudici e Accademia 136. Neben dem bereits erwähnten Lord Goff hatten Lord Hoffmann und Lord Rodger zu Beginn ihrer beruflichen Laufbahn in Oxford gelehrt; vgl. *Alexandra Braun*, Judges and Academics: Features of a Partnership, in: From House of Lords to Supreme Court (oben N. ★) 227–254 (246, N. 102).

über mehrere Seiten von den Richtern diskutiert werden.[40] Selbst wenn die Lords den in der Literatur vertretenen Ansichten nicht folgen, drücken sie doch stets ihre Dankbarkeit und ihren Respekt für die analytische Leistung der akademischen Juristen aus.[41] Eine regelrechte Erwartungshaltung wird deutlich, wenn beklagt wird, zu dieser oder jener Frage finde sich keine Hilfestellung in der Literatur, oder wenn *barristers* getadelt werden, sie hätten zwar viele Fälle vorgetragen, aber die Richter nicht mit Literaturhinweisen versorgt.[42]

VI. Eine neue Rechtswissenschaft als Kritik der etablierten Rechtsprechung

Manche Hochschullehrer entwickelten zu dieser Zeit freilich ein neues Selbstverständnis, das mit der ihnen zugedachten Assistentenrolle nur noch bedingt kompatibel war. Anfang der Neunzigerjahre formierte sich in Oxford eine neue Strömung, die sich bemüht, das *common law* als eine sinnvolle Ordnung darzustellen, dabei aber wesentlich radikaler als bisherige Juristengenerationen alte dogmatische Kategorien verwirft und durch völlig neu geschaffene oder aus der kontinentalen Tradition übernommene Begriffe und Einteilungen ersetzt. Für die so genannten *taxonomists*[43] bestand die

[40] Die drei jüngeren Leitentscheidungen zur Ersatzfähigkeit von Schockschäden Dritter vermitteln einen Eindruck davon, wie in den Neunzigerjahren schlagartig die Verwendung juristischer Literatur in Urteilen in Mode kam. In der grundlegenden Entscheidung *Alcock v Chief Constable of South Yorkshire Police* [1992] 1 AC 310 werden noch überhaupt keine juristischen Schriften berücksichtigt. In *Page v Smith* [1996] AC 155 werden bereits ein Praktikerhandbuch sowie einige ältere Aufsätze herangezogen. Schließlich findet sich in *White v Chief Constable of South Yorkshire* [1999] 2 AC 455 eine eingehende Auseinandersetzung mit der Kritik in der zeitgenössischen Literatur an der bisherigen Rechtsprechung; siehe *Stanton* 202. Weitere Urteile aus dieser Zeit, in denen ausführlich auf akademische Quellen eingegangen wurde, sind *Spiliada Maritime Corp v Cansulex Ltd* [1987] AC 460 (HL); *Woolwich Building Society v IRC* [1993] AC 70 (HL); *Westdeutsche Landesbank Girozentrale v Islington LBC* [1996] AC 669 (HL) sowie *Hunter v Canary Wharf* [1997] AC 665 (HL).

[41] *Braun*, Giudici e Accademia 319–324.

[42] Das Fehlen anwaltlicher Hinweise auf akademische Literatur bemängelten beispielsweise Lord Keith of Kinkel in *Rowling v Takaro Properties* [1988] AC 473 (PC) sowie Lord Steyn in *White v Jones* [1993] 3 WLR 730, 750–751 (CA). Vgl. dazu *Braun*, Giudici e Accademia 327–329.

[43] Das Manifest der Taxonomiebewegung, in dem bereits deren wichtigste Projekte des kommenden Jahrzehnts vorgezeichnet sind, findet sich bei *Peter Birks*, Equity in the Modern Law, An Exercise in Taxonomy: Western Australian L. Rev. 26 (1996) 1–99 (zitiert: Equity). Der starke Einfluss, den das Rechtsdenken des *civil law* im Allgemeinen und das Institutionensystem im Besonderen auf Birks ausübte, offenbart sich in *ders.*, Definition and Division, A Meditation on *Institutes* 3.13, in: The Classification of Obligations, hrsg. von *dems.* (1997) 1–35. Seine vehement vorgetragenen Überzeugungen haben eine hitzige Debatte darüber ausgelöst, ob eine solche Einteilung des *common law* überhaupt möglich ist und ob derartige Grenzziehungen die Fallentscheidung nicht behindern; ablehnend insbesondere *Stephen Wad-*

ursprüngliche Herausforderung darin, das Bereicherungsrecht (*law of restitution*), das traditionell als Anhängsel zum Vertragsrecht verstanden worden war, als eigenständiges Rechtsgebiet zu etablieren und zu erklären, wie dieses in den Kanon des englischen Privatrechts aus *contract*, *torts*, *equity and trusts* sowie *land law* eingeordnet werden sollte. Zu diesem Zwecke nahm der angesehene Oxforder Rechtswissenschaftler und Romanist Peter Birks eine Klassifikation sämtlicher subjektiver Rechte nach ihrem Entstehungsgrund (*causative event*) vor, wobei die dadurch entstehenden Kategorien die neuen Rechtsgebiete bildeten.[44] Andere Juristen bemühten sich um weitere Unterteilungen, indem sie versuchten, die zahlreichen Deliktstatbestände mit Hilfe eines einheitlichen Kriteriums neu zu ordnen,[45] Entstehungsgründe für die verschiedenen Formen des *trust* anzugeben,[46] unterschiedliche Arten des Schadensersatzes voneinander abzugrenzen[47] oder ein Schema der *remedies* des Privatrechts zu entwickeln[48]. In jüngerer Zeit verlagerte sich das Interesse darauf, Gemeinsamkeiten zwischen verschiedenen Rechtsgebieten aufzudecken und damit zu allgemeinen Teilen (*general parts*), des Rechts insgesamt[49] oder des *law of torts*,[50] zu gelangen. Den *taxonomists* ging und geht es um eine klare Verwendung der juristischen Sprache sowie darum, parallele Fragestellungen in verschiedenen, bisher nur separat behandelten Rechtsgebieten aufzudecken und sie mit Hilfe übergreifender Begriffe und Prinzipien als einheitliches Problem zu erfassen.[51] Diese Bewegung hatte, trotz ihrer sehr theoretischen Ambitionen, von Beginn an auch den praktischen Nut-

---

dams, Dimensions of Private Law, Categories and Concepts in Anglo-American Legal Reasoning (2003), kritisch auch *Geoffrey Samuel*, English Private Law: Old and New Thinking in the Taxonomy Debate: Oxford J. Leg. Stud. 24 (2004) 335–362; zustimmend *Allan Beever/Charles Rickett*, Interpretive Legal Theory and the Academic Lawyer: Mod. L. Rev. 68 (2005) No. 2, pp. 320–337 sowie *Emily Sherwin*, Legal Positivism and the Taxonomy of Private Law, in: Structure and Justification in Private Law, Essays for Peter Birks (2008) 103–126.

[44] Tastenden Einteilungsversuchen in *Peter Birks*, Introduction to the Law of Restitution (1985) 28–74 folgte eine selbstsichere Systematisierung des gesamten Privatrechts in *ders.*, Unjust Enrichment (2003) 19–40.

[45] *Eric Descheemaeker*, The Division of Wrongs, A Historical Comparative Study (2009) 213–247.

[46] *William Swadling*, Explaining Resulting Trusts: L. Q. Rev. 124 (2008) 72–102.

[47] *James Edelman*, Gain-Based Damages: Contract, Tort, Equity and Intellectual Property (2002) 65–111; *ders.*, Gain-Based Damages and Compensation, in: Mapping the Law (oben N. 8) 141–160.

[48] *Rafal Zakrzewski*, Remedies Reclassified (2009).

[49] *Stephen Smith*, The Limits of Contract, in: Exploring Contract Law, hrsg. von *Jason Neyers/Richard Bronaugh/Stephen Pitel* (2009) 1–24.

[50] *Peter Cane*, General and Special Tort Law: Uses (and Abuses) of Theory, in: Emerging Issues in Tort Law, hrsg. von *Jason Neyers/Erika Chamberlain/Stephen Pitel* (2007) 5–30; *Stevens*, Torts and Rights 303–305; *James Goudkamp*, A Taxonomy of Tort Law Defences, in: Torts in Commercial Law, hrsg. von *Simone Degeling/James Edelman/James Goudkamp* (2011) 467–501; *ders.*, Tort Law Defences (erscheint 2013).

[51] *Birks*, Equity (oben N. 43) 6–7.

zen für die Rechtsprechung im Auge. Denn das von den Rechtswissenschaftlern erarbeitete Schema soll den Richtern an die Hand gegeben werden, so dass diese darin neue tatsächliche oder rechtliche Entwicklungen verorten und somit leichter erkennen können, welche Regeln und Prinzipien auf eine neue Konstellation anzuwenden sind; damit ist auch eine stärkere Bindung der Richter beabsichtigt.[52] Ein weiteres Ziel der taxonomischen Analyse besteht darin, Anomalien im Fallrecht zu identifizieren und damit einer inkohärenten Rechtsprechung vorzubeugen.[53]

Mit solchen Einstellungen wäre selbst Lord Goff sicher zufriedengestellt, wenn nicht die englischen Rechtsgelehrten zunehmend eine gewisse Respektlosigkeit im Umgang mit dem Richterrecht an den Tag legen würden.[54] Schließlich wird derjenige, der es unternimmt, die Masse der Einzelfallentscheidungen besser zu verstehen, indem er neue Begriffe oder Theorien erfindet, vor ein methodisches Problem gestellt. Denn nach der Präjudizienlehre sind nicht nur die Regeln bindend, die in einem Urteil aufgestellt werden, sondern auch die Entscheidungsgründe. Was also tun mit einem Fall, der im Ergebnis richtig entschieden ist, aber dessen altertümliche Begründung nicht für eine rationale Erklärung taugt? Wie soll man eine Entscheidungskette auf einen einzigen Rechtsgedanken zurückführen, wenn die Ergebnisse im Laufe der Zeit gewechselt haben oder verschiedene Richter unterschiedliche Begründungen, zum Teil im selben Urteil, verwenden? Dieses Spannungsverhältnis von juristischer Theoriebildung und Richterrecht wird in England üblicherweise als Konflikt zwischen *reason* und *authority* beschrieben.

Im akademischen Alltag hat sich folgende Vorgehensweise herausgebildet: Zunächst wird die bisherige Rechtsprechung mit dem Hinweis kritisiert, ihre Begründung sei defizitär. Dann gibt es zwei Möglichkeiten: Entweder es wird nach Fällen gesucht, die zu derselben Rechtsregel gelangen, aber eine bessere Begründung aufweisen. Dies ermöglicht es, andere Urteile, die einen ähnlichen Sachverhalt anders entschieden haben, als falsch zu brandmarken, weil sie auf einer irrigen Rechtsauffassung beruhten. Oder man eröffnet gleich eine ethische Diskussion darüber, wie eine bestimmte Fallkonstellation am besten zu lösen ist, und sucht dann im *case law* nach Evidenz, die belegt, dass das moralisch richtige Ergebnis auch Bestandteil des englischen Rechts ist. Wenn es gegenläufige Urteile gibt, wird gesagt, das Recht habe sich leider im Laufe der Geschichte inkonsistent entwickelt, aber man müsse das Beste daraus machen. Diese Art der Prinzipienbildung

---

[52] *Birks*, Equity (oben N. 43) 97–99; *Descheemaeker* (oben N. 45) 218.

[53] Zum Problem der Integration von Anomalien in juristische Theorien vgl. *Stephen Smith*, A Map of the Common Law?: Canadian Bus. L.J. 40 (2004) 364–383 (375–381).

[54] Die Beispiele für drastische Formulierungen aus jüngster Zeit bei *Braun*, Giudici e Accademia 220–227 belegen den gewachsenen Mut englischer Universitätsjuristen, einzelne Richter für ihre Entscheidungen anzugreifen.

ist natürlich arbiträr, weil nicht klar ist, welche Kriterien darüber entscheiden, weshalb ein bestimmter Fall falsch entschieden wurde und ein anderer richtig.

Der lange Zeit in Oxford ansässige und heute in Kanada lehrende Stephen Smith hat versucht, Kriterien für eine gute *interpretive theory* aufzustellen und damit Anklang gerade unter jüngeren Rechtswissenschaftlern aus England und dem Commonwealth gefunden.[55] Seiner Ansicht nach müsse ein Rechtswissenschaftler bei der Theoriebildung vier Optimierungsgebote zu einem Ausgleich bringen: (1) Die Theorie muss zu den Rechtsnormen passen; (2) sie muss die Entscheidungsgründe der Richter ernst nehmen; (3) sie soll das Rechtsgebiet als konsistent und kohärent darstellen; (4) schließlich muss die Theorie zeigen, dass die in den Fallentscheidungen zum Ausdruck kommenden Regeln auch moralisch begründbar sind.

Nach Smiths Methode beginnt der Rechtswissenschaftler mit einem Vorverständnis davon, was zum unantastbaren Kernbestand des Fallrechts gehört. Was Kern und was Peripherie ist, bestimmt sich nach dem Konsens der Rechtskundigen, also einer Art *communis opinio*. Im Rahmen seiner Interpretation muss der Rechtswissenschaftler dann versuchen, die allermeisten Urteile dieses Kernbereichs auf ein einziges Prinzip zurückzuführen. Dabei sollte er die richterlichen Begründungsvorschläge zumindest in Betracht ziehen und Ehrlichkeit unterstellen. Hat er nun ein Prinzip gefunden, das einen Großteil der Fälle erklärt und andere nicht, so kann er letztere als falsch verwerfen und damit den ursprünglichen Konsens angreifen. Eine Grenze ist erst dort erreicht, wo so viel verworfen werden muss, dass das ursprüngliche Rechtsgebiet für den Kundigen nicht mehr wiederzuerkennen ist. In diesem Falle muss der Rechtsdogmatiker seine Theorie abändern. Eine Möglichkeit besteht darin, geringere Anforderungen an die Kohärenz zu stellen und mehrere tragende Grundsätze zuzulassen, aber nur insoweit, wie diese konsistent sind. Diese Prinzipien müssen auch nicht moralisch richtig sein; es reicht aus, wenn die Erklärungen nach dem Selbstverständnis der Richter oder des Dogmatikers eine mögliche moralische Rechtfertigung darstellen.

---

[55] Zum Folgenden *Steven Smith*, Contract Theory (2004) 3–36. Mit wenigen Modifikationen wurde Smiths Methode juristischer Theoriebildung ausdrücklich übernommen von *Allan Beever*, Rediscovering the Law of Negligence (2007) 21–28 sowie von *Katy Barnett*, Accounting for Profit for Breach of Contract, Theory and Practice (2012) 2–10. Ähnliche methodologische Ansätze finden sich bei *William Lucy*, Method and Fit: Two Problems for Contemporary Philosophies of Tort Law: McGill L.J. 52 (2007) 605–656 (648–656) sowie *Mark Freedland*, The Personal Employment Contract (2003) 13–35.

VII. Auseinandersetzung mit akademischen Auffassungen in der höchstrichterlichen Judikatur

Die Rechtsprechung zeigt sich heute durchaus offen für solche Anregungen aus der Forschung. Zumindest die höchsten Richter, die auch repräsentative Funktionen wahrnehmen müssen, lassen sich gern zu Vorträgen an die juristischen Fakultäten einladen. Oftmals nehmen sie diese Gelegenheiten zum Anlass, über die Hintergründe neuer Fälle zu berichten, ihre Entscheidungsbegründungen vor Hochschullehrern und Studenten zur Diskussion zu stellen oder allzu weitgehende Interpretationen mancher Urteile durch die Wissenschaft zurückweisen. Dass solche Vorträge als Aufsätze veröffentlicht und als *extra-judicial writing* selbst Teil der Rechtsliteratur werden, ist heute nichts Ungewöhnliches mehr.

Vor allem aber werden in den Urteilen des *Supreme Court* und des *Court of Appeal* inzwischen mit einer gewissen Regelmäßigkeit juristische Schriften herangezogen. Einer statistischen Untersuchung der in den Jahren 1990 bis 2009 vom *House of Lords* entschiedenen Fälle des *tort law* lässt sich entnehmen, dass diejenigen Richter, die niemals Literatur anführen, inzwischen Ausnahmeerscheinungen geworden sind, während manche, dem Schrifttum besonders freundlich gesinnte Richter, in jeder ihrer Entscheidungsbegründungen durchschnittlich ungefähr je dreimal auf das Schrifttum rekurrierten.[56] Am häufigsten sind Bezugnahmen auf altehrwürdige *textbooks* wie diejenigen von Clerk und Lindsell, Salmond und Fleming[57] sowie Aufsätze aus angesehenen Zeitschriften wie der »Law Quarterly Review«, dem »Cambridge Law Journal« oder der »Modern Law Review«.[58] Häufig wurden die Autoren nur zitiert, weil sie das Fallrecht trefflich zusammengefasst hatten und sich die Richter somit eine eigenständige Analyse der Präjudizien ersparen konnten.[59] Eine Auseinandersetzung mit in der Literatur vertretenen Meinungen ergab sich in solchen Fällen, in denen die Richter juristisches Neuland betraten oder eine als unbefriedigend empfundene Rechtsprechung aufgeben wollten. So führten in der mittlerweile berühmten Entscheidung *Fairchild v Glenhaven Funeral Services Ltd*,[60] in der es um kumulative Kausalität bei Distanzdelikten ging, ein Richter 13 und ein anderer

---

[56] Am zitierfreudigsten waren Lord Bingham (durchschnittlich 3,11 mal pro Entscheidungsbegründung), Lord Goff (3,09) sowie Lord Steyn (2,73); siehe *Stanton* 224–225.

[57] *John Clerk/William Lindsell*, On Torts[16] (1989); *John Salmond/Richard Buckley/Robert Heuston*, Salmond and Heuston on the Law of Torts[22] (2004); *John Fleming*, The Law of Torts[9] (1998).

[58] *Stanton* 225.

[59] *Stanton* 211–213. Vgl. auch *Lord Rodger of Earlsferry*, Judges and Academics in the United Kingdom: Univ. of Queensland L.J. 29 (2010) No. 1, 29–41 (31).

[60] *Fairchild v Glenhaven Funeral Services Ltd* [2003] 1 AC 32.

sechs weitere Literaturstellen an, von denen die Mehrzahl freilich auf ausländisches Recht und sogar auf das antike römische Recht bezogen waren. Allerdings verzichteten in derselben Entscheidung zwei andere Richter auf jegliche akademische Referenzen in ihren Begründungen.[61]

Dieses Beispiel zeigt, dass man einzelne Ausreißer in der Zitierpraxis nicht überbewerten sollte. In vielen Entscheidungen werden akademische Stellungnahmen auch heute noch allenfalls im Vorübergehen oder überhaupt nicht berücksichtigt.[62] Eine systematische Auswertung der Literatur, wie sie z. B. in deutschen Revisionsinstanzen üblich ist, findet nicht statt. Gleichzeitig erkennen die obersten Richter die Gefahr der einseitigen Beeinflussung, die in einer bloß selektiven Auseinandersetzung mit einzelnen Autoren liegt, und verzichten deshalb bisweilen auf jegliches Studium des einschlägigen Schrifttums.[63]

In jedem Falle ist es für einen Außenstehenden schwierig, aus dem bloßen Zitieren Rückschlüsse auf das Lektüreverhalten der Richter und gar den Einfluss der Rechtslehre auf die richterliche Fortbildung des Rechts zu ziehen. Lord Rodger hat in einer seiner letzten Veröffentlichungen darauf hingewiesen, dass Richter ihr Wissen häufig mit Hilfe von Lehrbüchern auffrischen, es aber nicht für nötig erachten, dies durch ein Zitat zu offenbaren. Andererseits werden Schriften angeführt, die gar keine Auswirkung auf die Entscheidungsfindung hatten: Viele Richter verfassen zuerst eine vollständige Urteilsbegründung und fügen erst danach akademische Referenzen hinzu – möglicherweise, um zu zeigen, wie informiert sie sind, oder damit die Recherchearbeit ihres Assistenten nicht völlig vergeblich war.[64]

Überhaupt erlaubt die ständige Übung, dass jeder Richter eines Kollegiums eine individuelle Begründung schreibt (im *Supreme Court* ist dies bei allen, im *Court of Appeal* noch immer bei der Mehrzahl der Urteile so), unterschiedliche Arbeitsstile. Manche Richter bereiten sich in häuslicher Stille gründlich auf die mündliche Verhandlung vor, indem sie die schriftlichen Plädoyers der Anwälte und die beigefügten Materialbände studieren, die heute neben einschlägigen Vorentscheidungen auch akademische Stellungnahmen enthalten können. Diese *written advocacy* ist jedoch in den letzten 30 Jahren immer umfangreicher geworden und die Lords zeigen sich schon wegen ihrer knapp bemessenen Zeit wenig erfreut über allzu umfangreiche

---

[61] *Stanton* 219.

[62] *Stanton* 218.

[63] In *White v Jones* [1995] 2 AC 207, 292 begründete Lord Mustill seinen Verzicht darauf, wissenschaftliche Stellungnahmen zu berücksichtigen, folgendermaßen: »If I refer to none of the writings it is only because, as with the reported cases, the volume is too large to permit accurate and economical exposition; and the selection of some in preference to others would be invidious.«

[64] *Lord Rodger of Earlsferry* (oben N. 59) 30–32.

Konvolute.[65] Die Mehrzahl der Richter scheint ohnehin halbwegs unvorbereitet in das *hearing* zu gehen und die Argumente der Anwälte abzuwarten.[66] Im *Supreme Court* dauern deren Vorträge oft mehrere Tage und werden immer wieder durch kritische Zwischenfragen aus dem Richterkollegium unterbrochen. Dabei können höchst abstrakte Rechtsfragen zur Sprache kommen, so dass sich mitunter Diskussionen entspinnen, wie man sie sonst nur aus Seminaren für fortgeschrittene Studenten in Oxford kennt.[67] Weil die plädierenden Anwälte sich aus taktischen Gründen auf wenige, ihrer Sache besonders günstige Argumente beschränken müssen[68] und die Einwände der Richter häufig auf deren spontane Eingebungen zurückgehen, ist es vom Zufall abhängig, ob das, was tatsächlich in Oxford debattiert wird, auch im Londoner Gerichtssaal zur Sprache kommt.

VIII. Anwälte als Vermittler und Gegner der Rechtslehre

Die Vermittlerrolle oder, anders gesagt, Filterwirkung der *barristers* kann kaum überschätzt werden. Ihr Einfallsreichtum war schon immer ein starker Motor der Entwicklung des *common law*. Die Spitzenanwälte aus den berühmten *chambers* der Londoner City genießen ein hohes Ansehen wegen ihrer Intelligenz und eine bewundernde Verachtung wegen ihres Einkommens. In ihren Reihen ist der Anteil derjenigen, die kein Jurastudium absolviert haben, besonders hoch.[69] Weil sie keinen Kontakt zu Mandanten pflegen und stark spezialisiert sind, verstehen sie ihre Arbeit ironischerweise als »academic«. Im Grundsatz müssen ihnen daher die selbsternannten Experten, die den Absprung von der Universität nicht geschafft haben, suspekt erscheinen. Wenn die *solicitors* dann auch noch Gutachtenaufträge

---

[65] *Alan Paterson*, Does Advocacy Matter in the Lords?, in: From House of Lords to Supreme Court (oben N. *) 255–281 (269, 278 N. 87).

[66] *Paterson* (vorige Note) 273, 277.

[67] So wurde in der Anhörung zu dem Fall *Ashley v Chief Constable of Sussex Police* [2007] 1 WLR 398 ungefähr eine Stunde lang erörtert, ob ein Deliktsprozess nur dazu diene, einen Schadensersatzanspruch durchzusetzen (den der Beklagte in diesem Fall bereits anerkannt hatte), oder ob es auch Aufgabe eines solchen Prozesses sei, die Wahrheit zu ermitteln, damit die Angehörigen des Opfers über die Umstände seines Todes nicht im Unklaren bleiben. In der Entscheidungsbegründung wurde diese Frage jedenfalls ausgespart.

[68] *Paterson* (oben N. 65) 267–268.

[69] *John Bell*, Rezension zu *Braun*, Giudici e Accademia nell'esperienza inglese, Storia di un dialogo (2006): Columbia L. Rev. 2007, 474–477 (477); Lord Sumption, der als brillantester *barrister* des Landes galt, bevor er 2011 direkt an den *Supreme Court* berufen wurde, sagte in einem Interview, wer ein guter Anwalt werden wolle, solle lieber nicht Rechtswissenschaft studieren, sondern ein Fach, in dem man die Analyse von Sachverhalten lernen könne (wie Geschichte) oder eine logische Disziplin (wie Mathematik); vgl. »The Telegraph« vom 8. Juli 2012, <http://www.telegraph.co.uk/news/uknews/law-and-order/9384619/The-best-lawyers-are-not-law-graduates-claims-judge.html>.

an Hochschullehrer vergeben, erwächst ihnen daraus direkte Konkurrenz. Natürlich sind die Advokaten sehr findig, wenn es darum geht, ihre Plädoyers mit Argumenten anzureichern, die ihrer Sache dienlich sind; manche Professoren in Oxford sollen auch schon inständig gebeten worden sein, einen Aufsatz vor seiner Veröffentlichung nach London zu verschicken. Allein, erwähnt werden diese Quellen nicht oder wenn doch, dann nur höchst ungern.

Es darf aber nicht verhehlt werden, dass es eine ganze Reihe arrivierter Professoren gibt, die als Teilzeit-*barristers*, so genannte *door tenants*, zwischen den beiden Welten hin- und herpendeln. Sie schreiben Gutachten oder sitzen als Hinweisgeber für den plädierenden Anwalt mit im Gerichtssaal. Unter anderem auch, um solche Aufträge zu akquirieren, verfassen diese Juristen neben gehaltvollen wissenschaftlichen Abhandlungen ebenso Kapitel in den alten Praktikerhandbüchern.[70] Hier findet man nach wie vor unkreative Darstellungen des Fallrechts, mitunter auch nachträgliche Kritik von Entscheidungen. Dagegen sind die Diskussion hypothetischer Fälle oder Vorschläge zur Weiterentwicklung der Judikatur kein Thema. Manche Verlagsvorgaben verbieten es den Autoren sogar explizit, eigene Meinungen zu äußern.

IX. Zunehmende Praxisferne der Rechtswissenschaft

Von diesen Praktikerlehrbüchern einmal abgesehen bringt die englische Rechtswissenschaft nur wenig Literatur hervor, die sich unmittelbar an Richter wendet. Die Gattung des Kommentars blieb bislang auf wenige Vertreter, z. B. solche zum *Sale of Goods Act* beschränkt,[71] erlebt jedoch seit der Kodifikation des Gesellschaftsrechts 2006 wieder eine kleine, auf dieses Rechtsgebiet beschränkte Renaissance.[72] Die typische *case note* hat rein informatorischen Charakter: Neben der Prozessgeschichte und dem Sachverhalt werden die Argumentationsschritte der Richter in derselben Reihenfolge wie im Urteil wiedergegeben. Anschließend wird das Verhältnis zu

[70] Ein Beispiel für ein Praktikerhandbuch, das von Professoren verfasst wird, die lange als Anwälte tätig waren und inzwischen sogar Richter geworden sind, ist *Arthur Underhill/David J. Hayton*, Law Relating to Trusts and Trustees[17], hrsg. von *David Hayton/Paul Matthews/Charles Mitchell* (2007). Ebenfalls von Professoren dominiert wird heute *Chitty*, On Contracts[29], hrsg. von *Hugh Beale et al.* (2004).

[71] *Mackenzie Chalmers*, The Sale of Goods Act, 1893, including the Factors Acts, 1889 & 1890[10] (1924); *Frank Newbolt*, Sale of Goods Act 1893, With Notes and the Decisions under the Act to May, 1897[2] (1897). Zum *Companies Act 1985* existierte bereits der Kommentar von *Brenda Hannigan*, Annotated Guide to the Companies Act (2001).

[72] Palmer's Company Law[2]: Annotated Guide to the Companies Act 2006[2], hrsg. von *David Bennet et al.* (2009); Hannigan and Prentice, The Companies Act 2006[2], A Commentary, hrsg. von *Brenda Hannigan/David Prentice/Ceri Bryant* (2009).

älterem *case law* analysiert und im besten Falle werden Fehler des vorliegenden Urteils moniert.

Während die deutsche Rechtsdogmatik ihre Legitimation gerade auf ihre Praxisrelevanz stützt,[73] empfinden heute viele englische Rechtswissenschaftler eine Ausrichtung an den Bedürfnissen der Rechtsprechung als Einschränkung ihrer intellektuellen Freiheit. Mein Eindruck ist, dass es gerade in letzter Zeit an den Fakultäten eine Tendenz zur Selbstgenügsamkeit gibt. Man könnte diese jüngste Entwicklung auch als Viktorianisierung bezeichnen, weil gerade die junge Generation der Rechtsgelehrten neue Ansätze zu einer Dogmatik des Privatrechts hervorbringt und dabei bewusst oder unbewusst auf die methodischen Ideale und auch auf manche inhaltlichen Positionen der Anfangszeit zurückgeht. Unter Privatrechtlern genießt das höchste Ansehen zwar nach wie vor die Analyse der durch das Gesetzesrecht nur wenig überformten Gebiete des *common law*. Heute geht es dabei jedoch um neue begriffliche Unterscheidungen, moralische Prinzipien und Strukturtheorien, die einzelne Rechtsgebiete erklären sollen, sowie um das Aufdecken von Zusammenhängen zwischen bisher disparat behandelten Rechtsinstituten. All dies ist jedoch nicht möglich, ohne alte Doktrinen zu überwinden, und bringt teilweise eine im Ton harsche Kritik an der Rechtsprechung mit sich.

Eine gewisse Prominenz hat beispielsweise eine Strömung erlangt, die unter dem Banner der »rights-based analysis« die subjektiven Rechte in den Mittelpunkt stellt, die den Individuen anderen gegenüber zustehen, und dabei eine teilweise radikale Rekonstruktion des Fallrechts propagiert.[74] Dieser Forschungsansatz ist zunächst eine konsequente Weiterentwicklung des taxonomischen Projekts, dessen Begründer seine Neueinteilung des Privatrechts auf eine Klassifikation der verschiedenen Entstehungsgründe subjektiver Rechte gestützt hatte. Die Schülergeneration nimmt nun Anregungen aus der nordamerikanischen Tradition des *legal formalism* auf, die allesamt einen gewissen Hang zum Abstrakten, ja Unpraktischen aufweisen. So hat sie Wesley Newcomb Hohfelds Analyse der zwischen Recht, Pflicht, Nicht-Recht und Erlaubnis bestehenden logischen Relationen wiederentdeckt;[75] gleichzeitig rezipiert sie die deontologische Deutung des Deliktsrechts als eines Ausgleichs bzw. einer Wiedergutmachung für Rechtsverletzungen,

[73] Vgl. *Stefan Vogenauer*, Vorsprung durch Technik, Die »deutschsprachigen Zivilrechtslehrer des 20. Jahrhunderts« in rechtsvergleichender Perspektive, in: Deutschsprachige Zivilrechtslehrer des 20. Jahrhunderts in Berichten ihrer Schüler, Eine Ideengeschichte in Einzeldarstellungen, hrsg. von *Stefan Grundmann/Karl Riesenhuber* II (2010) 473–507 (506–507).

[74] Einführend *Donal Nolan/Andrew Robertson*, Rights and Private Law, in: Rights in Private Law, hrsg. von *dens.* (2012) 1–33.

[75] *Wesley Newcomb Hohfeld*, Some Fundamental Legal Conceptions as Applied in Judicial Reasoning: Yale L.J. 23 (1913/14) 16–59.

wie sie von Ernest Weinrib[76] sowie John Goldberg und Benjamin Zipurski[77] entwickelt wurde.

Dementsprechend wollen nun eine Handvoll junger Rechtswissenschaftler mit der Vorstellung aufräumen, im Deliktsrecht gehe es um den Ausgleich erlittener Schäden. Stattdessen könne die für das Recht der *negligence* zentrale Voraussetzung der *duty of care* nur bedeuten, dass der Schädiger ein *right* des Geschädigten verletzt habe.[78] Damit treten sie einer von ihnen als besonders unklar empfundenen Rechtsprechung entgegen, die das Vorliegen einer Sorgfaltspflichtverletzung unter anderem daran knüpft, ob eine Haftung im konkreten Fall *fair, just and reasonable* ist.[79] Gleichzeitig behaupten sie, mit ihrem Modell eine Reihe deliktsrechtlicher Phänomene besser erklären zu können als mit dem *loss-based approach* der älteren Generation, wie zum Beispiel die Nichtersatzfähigkeit reiner Vermögensschäden[80] oder von Schockschäden Dritter.[81] Schließlich eröffnet die Orientierung an der Rechtsverletzung auch die Möglichkeit einer Neuklassifikation der Deliktstatbestände insgesamt, nämlich im Hinblick auf die durch sie geschützten Rechtspositionen, ebenso wie die Möglichkeit der Bildung eines für alle Delikte geltenden allgemeinen Teils zu Fragen der Kausalität oder der Rechtfertigung.[82] Die Analyse der einer jeden deliktischen Haftung zugrundeliegenden rechtlichen Strukturen dient den jungen Universitätsjuristen insofern als Mittel, eine einheitliche Erklärung für das gesamte Rechtsgebiet zu finden und damit diejenige Kohärenz und Sinnhaftigkeit herzustellen, welche die Rechtsprechung ihrer Ansicht nach gerade vermissen lässt.[83]

Um ihren eigenen Ansatz zu stützen, berufen sich die jungen Privatrechtsdogmatiker jedoch nicht nur auf luftige Theorien nordamerikanischer Provenienz, sondern auch auf berühmte Entscheidungen aus dem späten 19. Jahrhundert, die bisher als überholt gegolten hatten.[84] Manche Autoren er-

---

[76] *Ernest Weinrib*, The Idea of Private Law (1994) 145–170 und passim.

[77] *Benjamin Zipurski*, Rights, Wrongs, and Recourse in the Law of Torts: Vanderbilt L. Rev. 51 (1998) 1–100; *John Goldberg/Benjamin Zipurski*, Seeing Tort Law from the Internal Point of View: Holmes and Hart on Legal Duties: Fordham L. Rev. 75 (2006) 1563–1591.

[78] *Stevens*, Torts and Rights 1–3 und passim; *Beever* (oben N. 55) 210–217; *Nicholas McBride/Roderick Bagshaw*, Tort Law[3] (2008) S. xiii–xx.

[79] *Caparo Industries plc v Dickman* [1990] 2 AC 605 (HL).

[80] *Stevens*, Torts and Rights 20–43.

[81] *Stevens*, Torts and Rights 52–56.

[82] *Stevens*, Torts and Rights 291–300.

[83] Siehe die äußerst kritische Bestandsaufnahme der Rechtsprechung des *House of Lords* durch *Robert Stevens*, Torts, in: The Judicial House of Lords 1876–2009, hrsg. von *Louis Blom-Cooper/Brice Dickson/Gavin Drewry* (2009) 629–651 (637): »The Anns v Merton London Borough Council disaster«; »[…] 26 years of confusion cannot be eradicated overnight, and the law is still not generally understood, at least not apparently by the Court of Appeal […]« (ebd. 641) (zitiert: Torts).

[84] *Stevens*, Torts (vorige Note) 633 bezeichnet *Mogul Steamship Co v McGregor Gow & Co* [1892] AC 25 (HL); *Allen v Flood* [1898] AC 1 (HL) sowie *Bradford v Pickles* [1895] AC 25 (HL)

klären auch, dass es ihr Ziel sei, gerade solche Begründungen für deliktsrechtliche Regeln zu liefern, die nicht nur das Ergebnis tragen, sondern so weit wie möglich auch im Einklang mit den Urteilsgründen der etablierten Rechtsprechung stehen – ganz im Gegensatz zu einer Vorgängergeneration, die vorwiegend ökonomische oder gesellschaftspolitische Argumente diskutiert hatte.[85] Damit zeigt sich die Ambivalenz des Verhältnisses der jungen Privatrechtswissenschaftler zur Rechtsprechung: Einerseits wagen sie offene Kritik, andererseits ist das Richterrecht weiterhin Substrat ihrer wissenschaftlichen Tätigkeit. Ambivalent ist auch ihr Verhältnis zur Rechtsgeschichte: Sie dient als Inspirations- und Legitimationsquelle neuer Theorien, gleichzeitig müssen jedoch über Jahrzehnte und manchmal auch Jahrhunderte mitgeschleppte Doktrinen beseitigt werden.

Der *rights-based approach* hat mittlerweile auch andere Gebiete wie das Bereicherungsrecht[86] oder das Trustrecht[87] erfasst; das Vertragsrecht dürfte das nächste Ziel sein.[88] Unter den jüngeren Universitätsjuristen des *Commonwealth* ist derzeit eine regelrechte Aufbruchstimmung spürbar. Die *shooting stars* der Privatrechtswissenschaft überbieten sich gegenseitig darin, die Existenz bisher völlig anerkannter Rechtsinstitute in Zweifel zu ziehen oder bislang nicht hinterfragte Doktrinen zu dekonstruieren und diesen eigene Großtheorien entgegenzustellen, die das geltende Recht nicht immer getreu widerspiegeln. Eine der Plattformen für diese Bilderstürmerei ist die zweijährlich stattfindende »Obligations Conference«, deren letztes Generalthema bezeichnenderweise »Challenging Orthodoxy« lautete.[89]

Durch die Anreizstrukturen des britischen Wissenschaftsbetriebes wird diese Tendenz noch verstärkt. Seit der Thatcher-Ära wird die Forschungsleistung der einzelnen Fakultäten in regelmäßigen Abständen evaluiert. Jeder Wissenschaftler muss bei seiner Fakultät eine Auswahl von Publikationen einreichen, die dann von einem externen Komitee beurteilt werden. Entsprechend dem Ergebnis dieses Rankings werden leistungsabhängige

---

als »foundation of the law of torts«, nachdem er zuvor die Bedeutung des sonst als grundlegend wahrgenommenen Falles *Donaghue v Stevenson* [1932] AC 532 heruntergespielt hat. Auch *McBride/Bagshaw* (oben N. 78) S. xii-xiv stellen ihre Neuinterpretation als »traditional view of tort law« dar und kontrastieren ihn mit dem »modern view of tort law« einer älteren Akademikergeneration.

[85] *McBride/Bagshaw* (oben N. 78) S. XV–XVI.

[86] *Ben McFarlane*, Unjust Enrichment, Rights and Value, in: Rights and Private Law (oben N. 74) 581–608; *Elise Bant*, Rights and Value in Rescission: Some Implications for Unjust Enrichment, in: Rights and Private Law (oben N. 74) 609–638.

[87] *Ben McFarlane*, The Structure of Property Law (2008) 550–581.

[88] *Robert Stevens*, Damages and the Right to Performance, A Golden Victory or Not?, in: Exploring Contract Law, hrsg. von *Jason Neyers/Richard Bronaugh/Stephen Pitel* (2009) 171–198. Stevens arbeitet gerade an einem Lehrbuch zum englischen Vertragsrecht.

[89] Ein Teil der Beiträge der Tagung, die vom 17. bis 20. Juli 2012 stattfand, wird veröffentlicht in: Tort Law: Challenging Orthodoxy, hrsg. von *Stephen Pitel/Jason Neyers/Erika Chamberlain* (in Vorbereitung).

Mittel für die weitere Forschung vergeben. Als Evaluationskriterien für rechtswissenschaftliche Beiträge stehen die wissenschaftliche Bedeutung des Themas und die Originalität des Autors im Vordergrund. Positiv wirkt sich aber auch ein Einfluss auf die Rechtsprechung aus.[90] Trotzdem empfinden die meisten Hochschullehrer die Evaluation als Anreiz, möglichst theoretische Aufsätze in solchen Zeitschriften zu veröffentlichen, die als besonders wissenschaftlich gelten, bzw. als Abschreckung, Bücher für Studenten oder Praktiker auf den Markt zu bringen.[91]

Die Richter, die sich heute in erster Linie eine Hilfestellung bei der Interpretation neuer Gesetze wünschen,[92] empfinden die Arbeit vieler Rechtswissenschaftler häufig als sinnlose Energieverschwendung. Die in Mode gekommenen »Paradigmenverschiebungen« oder »Rekonzeptualisierungen« sind für sie uninteressant, solange sich das Ergebnis nicht ändert. Radikale Umstrukturierungen ganzer Rechtsgebiete, wie sie von manchen jungen Rechtswissenschaftlern befürwortet werden, sind ihnen unmöglich, weil sie die Präjudizienbindung ernst nehmen müssen und das Recht nur schrittweise weiterentwickeln können.

X. Fazit

Es lässt sich also feststellen, dass es derzeit zu einer Aufspaltung der juristischen Literatur kommt: Auf der einen Seite stehen überwiegend darstellende, an Praktiker gerichtete Schriften, die von arrivierten Professoren verfasst werden, die häufig nebenberuflich als *barristers* an aktuellen Verfahren

---

[90] Die *Research Assessment Exercise (RAE)* fand seit 1986 etwa alle fünf Jahre statt und wird derzeit durch das *Research Excellence Framework (REF)* ersetzt. Näheres, auch zu den Evaluationskriterien, unter <http://www.rae.ac.uk/> sowie <http://www.ref.ac.uk/>.

[91] Nach einer Untersuchung aus dem Jahr 1998, in der die Antworten von 403 Rechtslehrern auf eine postalische Umfrage ausgewertet wurden, fühlten sich ca. zwei Drittel der Befragten durch die *Research Assessment Exercise* darin bestärkt oder sehr bestärkt, wissenschaftliche Texte zu veröffentlichen, während sich ebenfalls ca. zwei Drittel der Befragten abgeschreckt oder sehr abgeschreckt sahen, Bücher für die Praxis zu schreiben. Siehe *Kevin Campbell et al.*, Journal Publishing, Journal Reputation, and the United Kingdom's Research Assessment Exercise: J.L. Soc. 26 (1999) 470–501 (475–479). Vgl. auch die Feststellung von *William Twining et al.*, The Role of Academics in the Legal System, in: The Oxford Handbook of Legal Studies, hrsg. von *Peter Cane/Mark Tushnet* (2003) 920–949 (925): »[…] there is a widespread perception that articles are preferred to case notes, refereed journals to practitioners' journals, scholarly monographs to practitioners' works, and an international ›scientific‹ audience to a local one.«

[92] Vgl. *Lord Rodger of Earlsferry* (oben N. 59) 34: »[…] the work of the best academic lawyers in the United Kingdom has little to do with the work of the courts«; »The judges would not be human […] if, when faced with a really difficult regulation to interpret, they did not sometimes wish that the academics had taken a day off from jurisprudence or sociological analysis to provide some guidance through the tangle«, ebd. 41.

beteiligt sind und die den Kontakt zur Rechtsprechung suchen. Auf der anderen Seite finden wir eine wachsende Zahl von Veröffentlichungen, in denen junge Wissenschaftler aus Wahrheitsliebe oder zum Zwecke der Profilierung bewusst auf Konfrontationskurs mit der Rechtsprechung gehen. Eine völlige Abkehr von der Praxis, wie sie aus US-amerikanischen *law journals* geläufig ist, ist damit aber nicht verbunden, weil diese Schriften weiterhin das juristische Detail ernst nehmen und sich nicht völlig in philosophischen oder ökonomischen Erörterungen verlieren.

Wenngleich in England keine ideale Gesprächssituation vorzufinden ist, so wurde doch das dramaturgische Repertoire an Dialogformen bislang weitgehend ausgeschöpft: Vom bloßen Nachplappern über erste Gesprächsangebote bis hin zum freundschaftlichen Austausch sowie den ersten Anzeichen für ein Aneinandervorbeireden. Modifizierungsbedürftig ist also weniger der Ausdruck »Dialog« als vielmehr die Rede von *der* Rechtswissenschaft oder *der* Rechtsprechung. Beide Akteure stehen sich in England nicht monolithisch wie Chöre in einer griechischen Tragödie gegenüber, sondern zerfallen in eine Vielzahl von Individuen, die nacheinander oder simultan ganz unterschiedliche Rollen und Kommunikationsformen erproben.

Summary

Judges and Legal Academics in England

English legal scholarship has initially been confined to the accurate exposition of judicial decisions and was consequently held in low esteem by judges. It was not until the expansion of law schools in the 1960s that an imaginative and critical form of legal research established itself. In the 1980s and 1990s, it became common for a number of appeal judges to refer to academic commentary in their decisions, although for the most part citation served only as a substitute for referring to the cases themselves. At the same time, English legal academics became increasingly involved in legal practice, both as part-time barristers and judges. However, since the 1990s, a number of prominent law teachers have developed various new approaches to legal research (taxonomy, interpretive legal theory, rights-based analysis) which aim at challenging established legal doctrines and try to offer a radical reinterpretation of the case law – research that judges find rather unhelpful in their everyday work.