

# Geschichte der Methodenlehre - Eine Darstellung anhand des doppelbändigen Werks „Recht als Wissenschaft“ von Prof. Dr. Dr. h.c. Jan Schröder Teil 1: 1500 bis 1933

Johannes Greiser

Der Autor ist seit 2006 Richter am Sozialgericht Osnabrück und seit 2015 Lehrbeauftragter der Universität Osnabrück. Der Autor des Aufsatzes dankt dem Autor des zusammengefassten Werks, Prof. Dr. Dr. h.c. Jan Schröder, für die kritische, aber auch ermutigende Begleitung des Projekts.

Juristische Methodenlehre fristet bei vielen Studierenden der Rechtswissenschaft ein Schattendasein. Zu Unrecht, wie ich finde! Die Methodenlehre ist schließlich die Metaebene hinter den ganzen Meinungsstreitigkeiten und Auslegungsproblemen, mit denen man sich während des Studiums befasst. M.E. macht einen guten Juristen – neben anderen Qualitäten – auch und gerade ein sicherer Umgang mit der Methodenlehre aus!

Der zweiteilige Aufsatz soll die Geschichte dieser Disziplin seit 1500 zusammenfassen. Dies erfolgt durch eine Zusammenfassung eines doppelbändigen Werks von Prof. Dr. Dr. h.c. Jan Schröder namens *Recht als Wissenschaft*. Im vorliegenden ersten Teil des Aufsatzes wird der Inhalt des ersten Buchs und damit die Zeit von 1500 bis 1933 dargestellt. In der Ausgabe 3/2024 folgt die Zeit von 1933 bis 1990. Dabei versteht sich von selbst, dass ich nicht in alle Einzelheiten gehen kann. Ich werde mich also neben Grundsätzlichem auf die Dinge konzentrieren, die ich bemerkenswert oder besonders wichtig finde.

## A. Einführung

Das Buch untergliedert die einzelnen Epochen jeweils in die Abschnitte Rechtsquellenlehre und Methodenlehre.

Die große Bedeutung, die der Autor der Rechtsquellenlehre (und der Definition, was Recht ist) einräumt, hat mich zunächst überrascht. Dass dies sinnvoll ist, zeigt sich aber bereits in der ersten besprochenen Epoche. Wird Recht – wie in der Zeit ab 1500 – nicht formal und wertneutral, sondern materiell und werthaltig verstanden (Teil I, S. 9), so hat dies weite Auswirkungen, auf die sogleich (B. II. 2.) zurückzukommen sein wird.

In der Methodenlehre unterscheidet der Autor zwischen der Theorie der Gesetzesinterpretation und der Theorie der wissenschaftlichen Rechtsfindung oder (später) Rechtsbearbeitung. In den ersten drei Epochen wird zudem noch ein Kapitel zur juristischen Argumentations-

theorie, der Topik, „vorgeschaltet“. Die Topik und Interpretation sind dabei unterschiedliche Zugänge zum Recht. Topik ist das logisch richtige Arbeiten mit Rechtssätzen, Interpretation das Verstehen des Sinns der Rechtssätze (Interpretation, Hermeneutik). Die Bedeutung der Topik stellt der Autor gleich zu Beginn als besonders wichtig heraus (Teil I, S. 3).

Die Theorie der wissenschaftlichen Rechtsfindung befasst sich mit Rechtsregeln, die durch Systematisierung gefunden werden. Die Rechtswissenschaft stößt „zu neuen Rechtssätzen vor“ (Teil I, S. 82). Dies kann etwa durch Verallgemeinerungen bestehender Vorschriften erfolgen, etwa die Zusammenfassung von Verträgen und Testamenten unter dem allgemeinen Begriff des Rechtsgeschäfts und der Zuordnung der allgemeinen Regel, dass solche nichtig sind, wenn sie durch Drohung „abgenötigt sind“ (Teil I, S. 82). Auch der Umfang, der diesem Bereich jeweils eingeräumt wird, hat mich zunächst überrascht.

## B. Die Zeit von 1500 bis 1650 – Fortsetzung der mittelalterlichen Tradition und erste Neuerungen

### I. Die Rechtsquellenlehre

Wie bereits erwähnt (siehe unter A.), war in der Rechtsquellenlehre dieser Zeit ein werthaltiger Rechtsbegriff dominierend. Entscheidend war also – auch beim geschriebenen Recht – nicht allein der formelle Erlassakt eines Staats, sondern die Regelung musste auch gerecht sein (Teil I, S. 9). Gerechtigkeit oder wenigstens materielle Richtigkeit oder Zweckmäßigkeit waren hiernach ein Wesensmerkmal des Rechts (Teil I, S. 10).

Rechtsquellen sind Naturrecht, Völkerrecht, positives Recht (Gesetz und Gewohnheitsrecht) und die Billigkeit (Teil I, S. 10, 15). Dabei war das Naturrecht christlich geprägt (S. 13) und das Völkerrecht unterfiel in ein Recht, das

(fast) allen Völkern gemein ist und ein solches, das zwischen den Völkern gilt (S. 11). Unter ersteres fiel Vieles, was wir heute wohl eher als Naturrecht einordnen würden. Das positive Recht unterfiel in Gesetz und Gewohnheitsrecht (S. 15). Gewohnheitsrecht wurde dabei, ganz im Rahmen des Rechtsbegriffs dieser Zeit, aus dem Volkswillen und der Vernunft und nicht dem Willen der gesetzgebenden Gewalt hergeleitet (S. 16). Neben dem positivem Recht stand die Billigkeit als Korrektiv. Diese war neben dem Naturrecht als weitere Rechtsquelle notwendig, da das Naturrecht sehr lückenhaft gedacht wurde (S. 18 f.). Übergibt jemand bei „gesundem Verstand“ Waffen an jemanden zur Verwahrung, so soll er sie nicht zurückfordern können, wenn er sich im Zeitpunkt der Rückforderung im „Zustand des Wahnsinns“ befindet. Das Beispiel findet sich bereits bei Platon in seinem Werk „*Politeia*“. Die fehlende Pflicht zur Rückgabe war letztlich nur über das Korrektiv der Billigkeit zu konstruieren (S. 19).

## II. Die Methodenlehre

Die Methodenlehre unterfiel in Topik, Interpretation und wissenschaftliche Rechtsfindung.

### 1. Die Topik

Die Topik definiert Schröder als „Disziplin, die Wahrheiten zu (er)finden lehrt, indem sie an bestimmten „Örtchen“ (griechisch: *topoi*, lateinisch: *loci*) Argumente anbietet (S. 27). Das klingt sehr sperrig. Die Topik ist Teil der Logik, aber als angewandte Methodenlehre auch Teil der Einzelwissenschaften. Ein Beispiel kann das Ganze vielleicht erleichtern: Der Topos „*a simili*“ ist der Schluss aus der wesentlichen Ähnlichkeit von Sachverhalten und der Maxime, dass wesentlich Ähnliches ähnlich oder gleich zu behandeln ist, auf das Ergebnis einer analogen Anwendung einer Vorschrift (nach unserem heutigen Verständnis, siehe S. 44).

Es ist zwischen kunstvollen und kunstlosen Topoi zu unterscheiden (S. 33). Bei den kunstvollen Topoi findet sich eine Vielzahl von uns teilweise sehr fremden Schlüssen („verwirrende Fülle“, S. 43). Teilweise geht es dabei auch um die Ermittlung oder Würdigung des Sachverhalts, was aus unserer heutigen Sicht nichts mit Methodenlehre zu tun hat. Die Vielfältigkeit der Topoi wurde im 16. Jahrhundert aber als Stärke gesehen (S. 44). Der wichtigste kunstlose Topos war der der „*communis opinio*“ (S. 47 ff.), was wir heute „herrschende Meinung“ nennen würden.

### 2. Die Interpretation

In der besprochenen Zeit gibt es noch keinen einheitlichen Interpretationsbegriff (S. 77). Überwiegend wird aber von einem Dreiklang der deklarativen, restriktiven und extensiven Interpretation ausgegangen (S. 59). Grob gesagt, die Feststellung des Inhalts der Regelung, die Begrenzung und die Erweiterung der Anwendung. Aber, die Einzelheiten sind kompliziert.

Probleme dieser Art ergeben sich zumeist, wenn Wortlaut und Sinn einer Regelung auseinanderfallen (heutige Terminologie: teleologische Reduktion und Extension oder Analogie). Die „*mens*“ (lat. Geist), der Sinn des Gesetzes, ist zu dieser Zeit dabei grundsätzlich vorrangig vor dem Wortlaut (S. 63). Überraschenderweise kann dies nach damaligem Verständnis bereits auf der ersten Ebene, der Deklaration, auftreten. Die Deklaration geht also über die Ermittlung des Wortsinns hinaus (S. 62 ff.). Dies macht eine Abgrenzung von den weiteren Interpretationsformen schwierig.

Eine Extension im engeren Sinne liegt nach Ansicht des Autors deshalb nur vor, wenn das Gesetz auch über die „*mens*“ hinaus ausgedehnt wird (S. 68). Dies ähnelt auf den ersten Blick der Unterscheidung von Rechtsfortbildung innerhalb des Plans des Gesetzes und einer solchen, die darüber hinausgeht (Larenz/Canaris, Methodenlehre der Rechtswissenschaften, 3. Aufl. 1991, S. 191 ff., S. 232 ff.). Der Vergleich hinkt aber, denn mit „*mens*“ war damals weniger der tatsächliche Wille des Gesetzgebers, sondern ein „vernünftiger oder zweckmäßiger Grund des Gesetzes“ gemeint (S. 64).

Hier schließt sich der Kreis zu den Aussagen in der Rechtsquellenlehre (werthaltiger Rechtsbegriff): Wenn auch das geschriebene Recht nur eine Verwirklichung einer darüber hinaus bestehenden Gerechtigkeit ist und diese Verwirklichung notwendige Voraussetzung dafür ist, dass es sich überhaupt um Recht handelt, dann ist es naheliegend, dass der Wille des konkreten Gesetzgebers weniger wichtig erscheint. Auch die heutige Unterscheidung von Auslegung und Rechtsfortbildung anhand des möglichen Wortsinns trifft die Problematik nicht, denn auch in der Deklaration des Gesetzes gab es wohl keine Bindung an den möglichen Wortsinn (S. 76).

### 3. Theorie der wissenschaftlichen Rechtsfindung

Eine Theorie der wissenschaftlichen Rechtsfindung findet sich in der relevanten Zeit noch nicht (S. 94 f.). Es gibt zwar erste Ansätze zur Systematisierung des Stoffs (S. 84 ff.), hierüber gingen die Ansätze aber nach Ansicht des Autors noch nicht hinaus (S. 94).

### C. Die Zeit von 1650 bis 1800 – Die Entdeckung der konstruktiven Vernunft und der Geschichte

#### I. Rechtsquellenlehre

In der Rechtsquellenlehre kommt es in der besprochenen Zeit zu großen Änderungen, die uns mittlerweile völlig „normal“ vorkommen. Im Gegensatz zur Zeit vor 1650 ging man nicht mehr von einem werthaltigen Rechtsbegriff aus. Dies war Folge der Umbrüche infolge der Religions- und Bürgerkriege dieser Zeit (S. 102). Lange Zeit hatte man noch geglaubt, sich über „die religiöse Wahrheit“ einigen zu können. Diese Hoffnungen waren erst im 17. Jahrhundert geschwunden. Der Westfälische Frieden schuf 1648 eine Ordnung für ein dauerhaftes Nebeneinander der (christlichen) Religionen (S. 103).

Durch die Wertneutralität spaltete sich das positive Recht erstmals deutlich vom Naturrecht ab (S. 101). Nun konnten die Rechtsquellen also erstmals im Widerspruch zueinander stehen (S. 108). In diesem Konfliktfall wurde das positive Recht als vorrangig angesehen (S. 116). Im Zuge der Abspaltung wurde erstmals der Wille des historischen Gesetzgebers als relevante Größe erkannt (S. 101 f.). Beide Entwicklungen lassen sich in der Aussage von *Hobbes* zusammenfassen: „Die Autorität und nicht die Wahrheit macht das Gesetz“ (S. 102). Für *Hobbes* war es, gerade vor dem Hintergrund der angesprochenen Konflikte, entscheidend, dass der Staat jenseits des Streits um „Wahrheit“ sicheres Recht erzeugen konnte (S. 103).

Das Naturrecht spielte daneben aber weiterhin eine Rolle. Dieses hatte seinen Grund aber nicht mehr in Gott als Schöpfer der Natur, sondern in der Natur des Menschen und seiner Vernunft (S. 103). Das Naturrecht wurde zudem nun als vollständig gedacht (S. 106). Zuvor ging es nicht über den Dekalog („Die zehn Gebote“, 2. Mose 20, Vers 1 ff.) hinaus (S. 104). Weitergehende übereinstimmende Vorschriften (fast) aller Völker wurden als Teil des Völkerrechts gesehen (siehe dazu B. I.). Diese Figur wurde nun aufgegeben und als Teil des Naturrechts angesehen (S. 105). Darüber

hinaus wurde dieses nun erstmals stärker gegen Religion und Moral abgegrenzt (S. 107).

Auch das Verständnis des Gewohnheitsrechts änderte sich. Während in der vorherigen Periode Gewohnheitsrecht noch weitgehend unabhängig vom Souverän als „Erzeugnis des Volkes“ angesehen wurde (siehe oben: B. I.), tritt mit der Entdeckung des Willens des Gesetzgebers die zumindest stillschweigende Zustimmung des Souveräns deutlicher hervor (S. 110).

Neben Gesetz und Gewohnheitsrecht etablierte sich als dritte Rechtsquelle des positiven Rechts die „*Analogia iuris*“ (Rechtsanalogie). Es handelte sich um eine „richterliche Rechtsfortbildung bei Gesetzeslücken“ (S. 113). Auch hier zeigt sich die Positivierung des Rechts. Dem Rückgriff auf das Naturrecht wurde nunmehr eine Lückenschließung „im Geist des Gesetzbuchs“ vorgezogen (S. 113).

#### II. Die Methodenlehre

##### 1. Die Topik

Die oben (B. II. 1.) näher betrachtete Topik als juristische Argumentationstheorie und damit Teil der Methodenlehre „bricht“ in der besprochenen Zeit „zusammen“ (S. 124 ff.). Während andere Wissenschaften, wie die Philosophie, diese Disziplin vollständig hinter sich ließen (S. 124 ff.), greift die Rechtswissenschaft weiterhin auf zwei Topoi zurück, nämlich den Ähnlichkeitsschluss und das „Argument aus der Konsequenz“ (S. 127). Dabei wird aus dem Topos „*a simili*“ die Analogie (S. 128 ff.).

##### 2. Die Interpretationstheorie

Wie bereits herausgearbeitet (C. I.), wurde im Zuge der Positivierung des Rechts der Wille des Gesetzgebers entdeckt. Dieser spielte nun bei der Interpretation des positiven Rechts eine entscheidende Rolle (S. 142).

Es gab drei Arten von Interpretationen, die doktrinale, die authentische und die usuale (S. 144). Am umfangreichsten stellt der Autor die doktrinale, die gelehrte Interpretation vor (S. 146 ff.). Diese unterfiel in eine grammatische und eine logische Interpretation.

In der grammatischen Auslegung wurde der gewöhnliche Sprachgebrauch ermittelt (S. 146). In der logischen Interpretation war der Sinn des Gesetzes herauszuarbeiten. Dieser wurde von der zuvor allgemein vernünftig gedach-

ten „ratio“ abgegrenzt. Der Wille des Gesetzgebers war nun auch relevant, wenn er willkürlich war (S. 148). Bei der Ermittlung des Sinns wurden erstmals auch Erkenntnisse aus Politik, Ökonomie und Geschichte zugelassen (S. 151). Damit rückte die historische Situation, in der das Gesetz erlassen wurde, ins Blickfeld. Wenn sich ein Sinn des Gesetzes aber nicht ermitteln ließ, so war auch weiterhin ein Rückgriff auf einen (allgemeinen) vernünftigen Grund möglich (S. 153). Diese Figur wird uns bis in die Gegenwart noch häufig begegnen.

In der restriktiven Auslegung wurde man wegen der stärkeren Bindung an den Willen des Gesetzgebers deutlich vorsichtiger. Dies zeigte sich insbesondere bei Wegfall des Grundes eines Gesetzes und einer Korrektur durch Billigkeitserwägungen (*aequitas*). Wenn der Gesetzgeber ein Gesetz nach Fortfall des Grundes nicht ändere, so müsse der Richter dieses so behandeln, als sei ihm der Sinn des Gesetzes nicht bekannt (S. 157). Zuvor hatte man hier das Prinzip „*Cessante ratione cessat lex ipsea*“ („Fällt der Sinn eines Gesetzes weg, so fällt das Gesetz selbst weg“) angewandt. Mit der Abkehr hiervon war das, was wir teleologische Reduktion nennen, zwar nicht ausgeschlossen, aber zur vorherigen Praxis deutlich eingeschränkt (S. 157). Eine – letztlich unter Rückgriff auf das Naturrecht – erfolgende Billigkeitskontrolle wurde nicht mehr anerkannt.

Auch bei der extensiven Auslegung wurde man ebenfalls vorsichtiger. Eine Ausdehnung auf eine ähnliche *ratio* (dazu oben: B. II. 2.), war nicht mehr zulässig (S. 143). Zudem bildete sich der Grundsatz heraus, dass Ausnahmenvorschriften eng auszulegen sind (S. 164 ff.).

Daneben traten die bereits angesprochenen Formen der authentischen und usualen Interpretation. Erstere war eine Auslegung durch den Gesetzgeber selbst (S. 167). Der Richter musste bei Unklarheiten eine Stellungnahme des Gesetzgebers einholen (S. 168). Teilweise allerdings erst nach der Entscheidung des streitigen Falls.

Die usuale Interpretation war mit Gewohnheitsrecht vergleichbar (S. 170). Sie entstand durch regelmäßige Anwendung durch die Gerichte (S. 80).

### 3. Theorie der wissenschaftlichen Rechtsfindung

Die Theorie der wissenschaftlichen Rechtsfindung fand in der besprochenen Zeit am stärksten im immer noch

ergänzend geltenden, und nunmehr als vollständig gedachten, Naturrecht (dazu: C. I.) statt. In Abgrenzung zu Aristoteles wurden „notwendige Aussagen“ in der Rechtswissenschaft nun für möglich gehalten (S. 174). Aristoteles hatte dies abgelehnt, da es beim richtigen Handeln keine sichere Erkenntnis gebe. Auch der ebenfalls aristotelische Einwand, ein Rechtssystem bedürfe stets eines Korrektivs durch Billigkeit (*aequitas*), wurde für das Naturrecht nicht mehr anerkannt (S. 174 f.). Deshalb hielt man es für möglich, wie in anderen Wissenschaften, vom „Allgemeinen zum Besonderen sicher beweisend ‚demonstrierend‘ fortzuschreiten“ (S. 175). Damit wurden zwingende Ableitungen möglich. So wurde etwa daraus, dass Miete eine Übertragung des Gebrauchsrechts vom Eigentümer auf dem Mieter ist, geschlossen, dass dem Mieter der Gebrauch der Sache während der Miete nicht weggenommen werden kann. Dieser Beweis ergab sich aus der Definition der Miete und dem Satz, dass ein erlangtes Recht nicht gegen den Willen weggenommen werden kann. Der Schluss von relativer Geltung gegenüber dem Vermieter auf eine absolute Geltung gegenüber Jedermann ist allerdings nicht zwingend und zeigt damit auch die Schwäche derartiger Argumentationen (S. 176).

Im positiven Recht stellte sich die Lage als komplizierter dar (S. 177). Zwar wurde in der besprochenen Zeit mittlerweile viel über eine Rechtserzeugung über Prinzipienbildung diskutiert (S. 177 f.), eine anerkannte Form der Gewinnung gab es aber überwiegend noch nicht (dazu S. 178 ff.). Sowohl eine Deduktion (Schluss vom Allgemeinen auf das Besondere) aus dem Naturrecht als auch eine Induktion (Schluss vom Besonderen auf das Allgemeine) im positiven Recht selbst, fand keine hinreichende Zustimmung (S. 178). Teilweise wurde ersteres zwar anerkannt (S. 179), die Gegner argumentierten aber mit dem voluntaristischen Gesetzesbegriff (S. 179), wonach schließlich der Wille des Gesetzgebers, nicht eine Deduktion aus dem Naturrecht entscheidend ist (siehe oben: C. I.). Einigkeit bestand nur darüber, dass das Naturrecht über die *ratio legis* berücksichtigungsfähig war (S. 180), wenn der historische Wille nicht erkennbar war (siehe oben: C. II. 2.). Gegen einen induktiven Schluss vom Besonderen (Art) zum Allgemeinen (Gattung) bestanden allgemeine Einwände. Dieser Schluss sei nur bei einer „vollständigen Induktion“ möglich, wenn also alle Arten bekannt sind, was nie der Fall sei (S. 181). Diese Herleitung wurde nur für die „Herbeischaffung von Hypothesen“ anerkannt (S. 181).



Als möglich angesehen wurde eine wissenschaftliche Rechtsfindung auch im positiven Recht allerdings über die *analogia iuris* (S. 182 ff., dazu auch bereits: C. 1.). Diese ging über eine Einzelanalogie hinaus. Es wurde anders als beim *argumentum a simili* (dazu: B. II. 1.) nicht vom geregelten Fall auf einen ähnlichen unregelmäßigten Fall geschlossen, sondern von mehreren geregelten Fällen auf ein gemeinsames Prinzip (S. 183). Diese dem Induktionsschluss nahestehende Methode wurde überwiegend als Form der Interpretation angesehen (S. 184). Andernfalls hätte man sich wieder den Einwänden gegen die induktive Methode ausgesetzt gesehen. Ganz konnte die *analogia iuris* aber als Form der Interpretation nicht erklärt werden (S. 183). Wenn hierdurch nur der Gesetzgeberwille verwirklicht wird, werden schließlich auch keine neuen Prinzipien „entdeckt“ (S. 183).

## D. Die Zeit von 1800 bis 1850 – Die historische Schule

### I. Rechtsquellenlehre

Die historische Schule kannte – anders als die Jurisprudenz der frühen Neuzeit – nur noch ein empirisch gegebenes Recht. Im Gegensatz zu einem reinen Positivismus hatte das Recht aber – ganz ähnlich wie bei dem Philosophen Hegel – selbst etwas Vernünftiges (objektiver Idealismus). Hier gibt es deutliche Parallelen zu Denkern wie Schlegel, Hölderlin oder Schelling, die „in der Wirklichkeit ein Absolutes, Allgemeines, Notwendiges [...] walten“ sahen (S. 193). Dies steht im Gegensatz zu Kants „subjektivem Idealismus“, der das Richtige, Gerechte usw. nicht in die Dinge selbst hineinlegt, sondern aus der Vernunft konstruiert. Die „historische Schule“ überhöhte das empirisch gegebene Recht durch die Vorstellung seiner inneren Notwendigkeit und Vernünftigkeit und war deshalb (noch) nicht rein positivistisch.

Das Naturrecht wurde aus der Rechtsquellenlehre „eliminiert“ (S. 206 ff.). Bei der Entstehung des positiven Rechts war nicht mehr der Wille des Gesetzgebers entscheidend. Die Denker der Epoche widersetzten sich der auf Hobbes zurückgehenden, auch die Französische Revolution beherrschenden Vorstellung, dass der Staat willkürlich und beliebig Recht produzieren könnte. Insoweit war das Rechtsdenken dieser Zeit ein Element der „Restauration“ zwischen 1810 und 1848. Recht entstand laut Savigny „erst durch Sitte und Volksglaube, dann durch Jurisprudenz“ (S. 196). Deshalb stand das Gewohnheitsrecht „an der

Spitze der Rechtsquellenlehre“ (S. 198). Es konnte Gesetzesrecht nicht nur erweitern, sondern auch beseitigen (S. 200). Die Konsequenz hieraus, dass ein gesetzlich angeordnetes Verbot von Gewohnheitsrecht als wirkungslos zu betrachten wäre, wurde aber nicht immer gezogen (S. 200).

Gewohnheitsrecht trat als Volksrecht und Juristenrecht auf (S. 198). Ersteres spielte aber nur eine ungeordnete Rolle als Partikularrecht. „Gemeines Gewohnheitsrecht“ wurde fast immer als Juristenrecht gedacht. Entscheidend war also die Rechtsüberzeugung der Juristen, die das Volk hierbei repräsentierten (S. 200). Die Abgrenzung zur wissenschaftlichen Rechtserzeugung ist schwierig (S. 200). Hieraus erstand die Frage, wie sich Gewohnheit und „wissenschaftliche Wahrheit“ zueinander verhalten. Kann wissenschaftliche Wahrheit dadurch „abgeschnitten werden“, dass sich ein abweichendes Gewohnheitsrecht gebildet hat? Kann umgekehrt ein gesichertes Gewohnheitsrecht wegen „wissenschaftlicher Unwahrheit [...] beiseitegeschoben werden“ (S. 201)? Die Antworten hierauf waren vielfältig. Savigny etwa forderte neben der Gewohnheit der Juristen, dass die Rechtsbildung „gesunder Natur“ sei (S. 201). Auch Gerichtsgebrauch allein schuf nach überwiegender Ansicht kein Gewohnheitsrecht (S. 202).

Wissenschaftliches Recht als eigene Rechtsquelle neben dem Juristenrecht wurde überwiegend nicht anerkannt (S. 204). Das bedeutete aber nicht, dass die Juristen dieser Zeit nur Gesetzes- und Gewohnheitsrecht gekannt hätten. Weitestgehende Einigkeit bestand darin, dass diese beiden Institute das Recht nicht erschöpfend abbilden. Dieses bilde „ein System, aus deren innerem Zusammenhang sich weitere Rechtssätze ableiten lassen“ (S. 204). Dies galt sowohl für die Gesetzes-, als auch die Rechtsanalogie zur Schließung von Gesetzeslücken. Diese wurden nicht mehr als Form der Interpretation angesehen (siehe dazu: C. II. 2.).

Gesetzesrecht hatte in dieser Epoche eine ergänzende, aber nicht untergeordnete Funktion (S. 205).

## II. Methodenlehre

### 1. Die Topik

Die Topik hatte auch in dieser Zeit – nach ihrem „Zusammenbruch“ zwischen 1650 und 1800 (C. II. 1.) – keine eigenständige Bedeutung. Die verbliebenen Topoi „*argumentum*

e contrario“ und „argumentum a simili“ (jetzt: Analogie) wurden in die Interpretationstheorie bzw. die wissenschaftliche Rechtsfindung verschoben (S. 216).

## 2. Die Interpretationslehre

Die Interpretationslehre dieser Zeit unterfiel in zwei Unterabschnitte: In der ersten Zeit bis 1830 herrschte eine Interpretationstheorie, die dem Ausleger den bislang geringsten Spielraum seit 1500 ließ. Nach 1830 glich sich die Auslegungslehre wieder etwas mehr der vorherigen Zeit an (S. 248).

### a) Die Zeit bis 1830

In der ersten besprochenen Zeit entstand eine stärkere Bindung an den Wortlaut. Wille, Zweck und *ratio* hatten keinen Vorrang mehr (S. 219). (Der frühe) Savigny wollte den Willen des Gesetzgebers etwa nur noch berücksichtigen, soweit er in den Worten, allenfalls im Kontext Ausdruck gefunden hat (S. 230).

In der grammatischen Auslegung erkannte man erstmals, dass es neben der Mehrdeutigkeit von Begriffen auch unbestimmte Begriffe gibt (S. 237). Das Wort „Nachtzeit“ sei nicht mehrdeutig, aber unbestimmt (S. 237). Es gibt nicht mehrere Bedeutungen für das Wort, wie bei dem berühmten Spiel „Teekesselchen“, sondern es ist unklar, wann die Nacht beginnt und endet. Nach heutigem Verständnis also das, was man mit den Begriffen Begriffskern und Begriffshof beschreibt.

Bei der Sinnermittlung bildete sich erstmals eine systematische Auslegung heraus (S. 236, 239 f.). Dadurch, dass es bei den aktuellen Gesetzen häufiger Gesetzgebungsmaterialien gab, bekam die historische Auslegung zudem ein größeres Gewicht (S. 237 f.). Die *ratio legis* war in der Auslegung weiterhin ein wichtiges Hilfsmittel. Es sollte aber nicht vorrangig der Wille des Gesetzgebers, sondern der Sinn des Gesetzes ermittelt werden. Aus der *ratio legis* wurde die *ratio iuris* (S. 240). Eine Umdeutung des ursprünglichen Gesetzessinns in einen späteren „modernen“ Sinn (wie später in der „objektiven Theorie“, dazu: E. II. 1. a.) gab es aber noch nicht (S. 228, 248).

Bei Savigny finden sich erstmal „vier Elemente“ in der Auslegung, und zwar das grammatische, logische, historische und (spätestens seit 1809) das systematische Element (S. 221). Entgegen mancher Behauptung ist dies aber nicht mit dem heutigen Viererkanon vergleichbar. Das logische

Element ging „auf die Gliederung des Gedankens, also auf das logische Verhältniß, in welchem die einzelnen Theile desselben zu einander stehen.“ Das systematische Element bezog „sich auf den inneren Zusammenhang, welcher alle Rechtsinstitute und Rechtsregeln zu einer großen Einheit verknüpft“ (beides aus: System des heutigen Römischen Rechts, Band 1, S. 214). Ersteres wird laut dem Autor häufig übersehen. Ein zweites Missverständnis sei es, anzunehmen, dass Savigny kein teleologisches Element kannte. Ein solches finde sich durchaus bei der Auslegung „mangelhafter“ Gesetze (dazu: System des heutigen Römischen Rechts, Band 1, S. 225 ff.).

Die aus der Interpretationslehre verdrängten wortlautüberschreitenden Operationen verschwanden auch in dieser Zeit nicht gänzlich. Sie wurden in der Theorie der wissenschaftlichen Systembildung wieder „aufgefangen“ (S. 222, dazu näher sogleich: D. II. 3.).

### b) Die Zeit ab 1830

In der Zeit ab 1830 weitete sich die Interpretationstheorie wieder. Eine wortlautüberschreitende Auslegung unter Rückgriff auf die *ratio legis* war wieder möglich (S. 248). Der Wille des Gesetzgebers konnte auch über Wortlaut und Kontext hinaus Berücksichtigung finden (S. 228). Dadurch wurde die Grenze zur Analogie wieder unsicher (S. 227).

## 3. Theorie der wissenschaftlichen Rechtsfindung

Eine wissenschaftliche Rechtsfindung wurde in der besprochenen Zeit erstmals im positiven Recht anerkannt. Seine Grundlage hatte dies darin, dass die „historische Schule“ das positive Recht als ein vernünftiges, in sich zusammenhängendes Ganzes verstand („inneres System“, siehe dazu oben: D. I.). Das Ideal eines vollständigen positiven Rechts brachte den Begriff der „Lücke“ hervor. Dabei wurde allerdings nicht das positive Recht selbst als lückenlos gedacht, sondern allenfalls die gesamte Rechtsordnung (S. 253 f.).

Die bislang kritisch gesehene unvollständige Induktion (siehe oben: C. II. 3.) wurde zum Hauptinstrument, um Prinzipien zu erschließen (S. 256). Grund für diese positivere Bewertung war erneut der Gedanke eines vollständigen „inneren Systems“ (S. 257). Dadurch „verselbstständigte“ sich die Analogie erstmals von der Interpretation (S. 261). Aus einem oder mehreren positiven Rechtssätzen ergab sich durch Induktion eine Regel, ein Prinzip, das dann auf den zu entscheidenden Fall angewandt wurde (S. 261).

Auch eine Prinzipienbildung durch die Entwicklung von Rechtsinstituten und aus der Natur der Sache bildete sich heraus, war aber nicht allgemein anerkannt. Ein Rechtsinstitut war danach der rechtliche „Typus“, der über einem „Rechtsverhältnis“ steht, das seinerseits „durch die Lebensereignisse gegeben wird“ (S. 268). Über die Grenzen des positiven Rechtssystems hinaus ging die Lehre von der Natur der Sache. Ansatzpunkt war hier nicht das Wesen des jeweiligen Rechtsbegriffs, sondern des tatsächlichen, aber rechtlich schon vorgeformten Lebensverhältnisses (S. 270). Die Natur der Sache war ein „vorjuristischer, factischer Bestand“ (S. 270).

Erstmals kam es in der positiven Rechtswissenschaft zudem zu einer produktiven Begriffsbildung (S. 272). Der Jurist durfte „falsche“ Definitionen des Gesetzgebers korrigieren und Begriffe „frei“ bilden, wenn das Gesetz einen solchen nicht vorgibt (S. 273 f.). Dies geschah bei speziellen Begriffen durch „Construction“ (S. 276), einen induktiven Schluss von einzelnen Sätzen auf einen Gattungsbegriff (S. 278). Grundlage auch hierfür war die Vorstellung eines „inneren Systems“ des positiven Rechts (S. 277). Wird ein Testament als Willenserklärung von Todes wegen eingeordnet, so gelten die Regelungen über die Wirksamkeit von Willenserklärungen (etwa: die Beeinträchtigung der Wirksamkeit durch Willensmängel). Dieser Schwerpunkt auf Begriffsbildung hat der Zeit das Label der „Begriffsjurisprudenz“ eingehandelt. Dies sieht Schröder als Vorurteil: Es seien nicht nur Begriffe, sondern auch Prinzipien und ganze Systementwürfe hervorgebracht worden (S. 281). Der häufig geäußerte Vorwurf, dass das dahinterstehende Verfahren (logisch) falsch sei, würde zudem nur zutreffen, wenn sich beweisen ließe, dass das positive Recht kein innerlich verknüpftes Ganzes darstelle (S. 281).

## **E. Die Zeit von 1850 bis 1933 – Der Aufstieg der Rechtsprechung**

### **I. Die Rechtsquellenlehre**

In der Rechtsquellenlehre dieser Zeit breitete sich eine „Willenstheorie des Rechts“ aus (Voluntarismus, S. 285). Der idealistische Einfluss, der die historische Schule geprägt hatte, verlor sich in der zweiten Hälfte des 19. Jahrhunderts. Recht war Ausdruck des Willens der Rechtsgemeinschaft (S. 330). Insoweit knüpfte diese Periode an die Rechtsquellenlehre des 17. Jahrhunderts an (dazu: C. I.). Dabei ähnelte die Aufbruchstimmung im Deutschen Kai-

serreich dem Machbarkeits- und Fortschrittsglauben der Aufklärung (S. 286).

Die Willenstheorie kann in drei unterschiedliche „Spielarten“ unterteilt werden: Der rechtserzeugende Wille war entweder

- ein gesellschaftlich-psychologisches Phänomen (soziologische Theorie),
- eine auf die „Rechtsidee“ oder Kulturwerte gerichtete Entscheidung (philosophische Theorie) oder
- ein „reiner Wille“, der von der Rechtswissenschaft nur als solcher und ohne soziologische oder philosophische „Beimischung“ zu behandeln war („Reine Rechtslehre“, S. 287).

Die soziologische Spielart des Voluntarismus sah Recht als Ergebnis von gesellschaftlichen Prozessen, in denen sich das mächtigste Interesse durchsetzt oder ein Kompromiss geschlossen wird („Interessenjurisprudenz“, S. 289 f., 296). Die philosophische oder idealistische Spielart des Voluntarismus sah als Bezugspunkt des hinter dem Recht stehenden Willens ideale höhere Anforderungen an das Recht, wie Gerechtigkeit, Vernünftigkeit und Zweckmäßigkeit (S. 290). Recht war „ein Versuch, das Rechtsideal zu verwirklichen“ (S. 296). Die „reine Rechtslehre“ „reinigte“ den Rechtsbegriff von soziologischen und philosophischen Bezügen (S. 293). Recht war Wille des Staates in einem juristischen Sinne (S. 295). Dieser war kein reales Sein, sondern diente nur der Zurechnung der Norm zum Staat (S. 296). Im Gewohnheitsrecht trat die Übung als Voraussetzung in den Vordergrund, die Rechtsüberzeugung in den Hintergrund (S. 301 f.). Ob eine Gestattung des Staates vorliegen muss, war stark umstritten (S. 305 ff.).

Entscheidend für diese Episode war der Aufstieg der Rechtsprechung als Rechtsquelle. Allerdings weniger als „Gerichtsgebrauch“, der andere Gerichte binden könnte, sondern der einzelne Richterspruch wurde als Rechtsquelle im konkreten Fall anerkannt, soweit das Ergebnis nicht aus Gesetzes- und Gewohnheitsrecht determiniert war (S. 309).

Erstmals bildete sich zudem ein Verständnis von sog. Kontrollnormen heraus. Hier sind die zivilrechtlichen Generalklauseln (insbesondere: § 242 BGB), aber auch die Grundrechte zu nennen (S. 319 ff., S. 331). Die für uns so geläufige Prüfung anhand der Grundrechte setzte sich dabei deutlich langsamer durch. Vor allem die Anerkennung eines richterlichen Prüfungsrechts war bis in die Weimarer Re-

publik umstritten (S. 327 f.). Das Reichsgericht nahm ein solches aber ab den frühen 1920er Jahren für sich in Anspruch (S. 329 f.).

## II. Methodenlehre

### 1. Die Interpretationstheorie

#### a) Der Bereich der Interpretation

In der Interpretationstheorie setzte sich die soeben (E. I.) dargestellte Dreiteilung der Spielarten des Voluntarismus fort. Die idealistische Spielart wollte als Ziel der Auslegung den „Willen des Gesetzes“ herausarbeiten (objektive Theorie), die soziologische Variante den „Willen des Gesetzgebers“ (subjektive Theorie, S. 349 ff.). Die Reine Rechtslehre erkannte beides nicht als Auslegungsziel an und ging über eine Auslegung des Wortlauts (und ggf. noch des Kontexts) nicht hinaus (S. 352).

Auch hinsichtlich der Bewertung der Hilfsmittel der Auslegung kamen die Varianten zu unterschiedlichen Ergebnissen. Beim sprachlichen, grammatischen Element war der maßgebliche Zeitpunkt der Bestimmung der Bedeutung des Wortlauts umstritten. Vertreter der objektiven Theorie sahen den aktuellen Wortsinn als maßgeblich an, Vertreter der subjektiven Theorie den ursprünglichen. Die Auswirkungen des Streits waren im Ergebnis aber eher gering (S. 359 f.). Den Wortlaut als Grenze der Auslegung erkannte vor allem die Reine Rechtslehre an. Bei den anderen Auslegungsvarianten fand sich hierfür keine Mehrheit (S. 360). Historische Elemente wurden ebenfalls unterschiedlich gewichtet. Allerdings erkannten auch „Objektivisten“ die Bedeutung dieser Auslegung an, da sich ursprünglicher und aktueller Gesetzessinn durchaus decken können (S. 363). Die Gesetzgebungsmaterialien aber hatten für die Anhänger der subjektiven Theorie eine größere Bedeutung (S. 364). Die Reine Rechtslehre lehnte eine Berücksichtigung derartiger Umstände ab.

Die systematische Auslegung verlor gegenüber der historischen Schule allgemein an Bedeutung, da das positive Recht nicht mehr als ein sinnvolles Ganzes verstanden wurde. Zur Herstellung einer Einheit (objektive Theorie) oder als Kontextauslegung (subjektive Theorie) hat dieses Element aber den Wandel zum Voluntarismus überlebt (S. 366 f.). Es wurde allerdings gegenüber der Auslegung nach dem Zweck abgewertet (S. 369).

Die Aufwertung des Zweckelements ergab sich daraus, dass im Voluntarismus der Wille des Gesetzes oder des Gesetzgebers von besonderer Bedeutung ist (S. 369). Vertreter der subjektiven Theorie hielten dabei den Willen des Gesetzgebers für eine empirische Größe, die ermittelt werden kann. Allerdings arbeiteten auch sie mit Rationalitätsvermutungen, wenn der Wille nicht feststellbar war (S. 371). Nach der objektiven Theorie sollte der Zweck nicht empirisch, sondern „geisteswissenschaftlich verstehend“ ermittelt werden (S. 372). Praktische Unterschiede gab es vor allem bei einem wegfallenden Zweck. Allerdings näherten sich die Theorien auch hier aneinander an, da zwei Hauptvertreter der subjektiven Theorie (Gény und Heck) auf einen solchen weggefallenen Zweck nicht zurückgreifen wollten (S. 373). Den häufig bei einer Erstvermittlung dargestellten scharfen Gegensatz von objektiver und subjektiver Theorie hat es so wohl (fast) nie gegeben.

#### b) Die Grenze der Interpretation: Interpretation neben dem Gesetz

Eine Interpretation neben dem Gesetz war relevant, wenn sich die Reichweite eines Gesetzes mit den Hilfsmitteln der Auslegung nicht aufklären ließ oder das Gesetz keine Regelung traf. Dann kann eine Lücke vorliegen. Es war zwischen „inneren“ und „äußeren“ Lücken zu unterscheiden. Erstere konnten vorliegen, wenn das Gesetz undeutlich war (S. 378). Hier waren Berührungspunkte zur Auslegung gegeben. Eine Interpretation neben dem Gesetz war erst gegeben, wenn ein gesetzliches Werturteil fehlte (S. 378). Dann blieben nur eine Rationalitätsvermutung und die „freie Rechtsfindung“ (S. 379). Ob der Richter dann nach „Eigenwertung“ entscheiden konnte oder an „allgemeine Wertungen“ gebunden war, war umstritten (S. 380). Ob sich eine freie Rechtsfindung vor dem Hintergrund der Gewaltenteilung überhaupt rechtfertigen ließ, ebenfalls (S. 381).

Sah das Gesetz keine Regelung vor, konnte eine „äußere“ Lücke vorliegen (S. 382). Ob es solche überhaupt gibt, war umstritten. Ein solcher Fall kann schließlich immer durch Gegenschluss als von keiner Regelung erfasst angesehen werden (S. 385). Kelsen etwa sah in einer Lücke „nichts anderes als die Differenz zwischen dem positiven Recht und einer für besser, gerechter, richtiger gehaltenen Ordnung“ (S. 383). Subjektive und objektive Theorie erlaubten aber eine Lückenfüllung anhand in anderen Vorschriften als schutzwürdig anerkannten Interessen (subjektive Theorie) oder dem „Verkehrsbedürfnis“/„Billigkeitsbedürfnis“



(objektive Theorie, S. 384). Verfahren waren die Analogie und die Restriktion. Die Analogie rückte dabei wieder in die Nähe der Auslegung und stellte keine Form des wissenschaftlichen Rechts mehr dar. Sie war, wie vor der historischen Schule und auch vor der Zeit ab 1650, wieder ein „Fortschreiten von einem Fall zum ähnlichen“ (dazu: B. II. 1.). Entscheidend wurde die „Gleichheit der Interessenlage“ (S. 386). Auch die Restriktion war am Zweck orientiert (S. 391).

### c) Die Rechtsfindung gegen das Gesetz

Erstmals in der juristischen Methodenlehre bildete sich die Figur einer Interpretation gegen das Gesetz heraus (S. 392). Diese war zumindest bei fehlendem oder wegfallendem Zweck konsensfähig (S. 393). Ein beliebtes Beispiel (von Heck) war folgendes: Ein Artillerieoffizier bekommt den Befehl, „eine angeblich vom Feind besetzte Höhe unter Feuer zu nehmen“. Der Offizier werde, in „denkendem Gehorsam“ den Befehl nicht befolgen, wenn die Höhe mittlerweile von eigenen Soldaten besetzt sei. Dabei wird auf die Figur der „*cessante ratione cessat lex ipsa*“ zurückgegriffen (dazu bereits oben: B. II. 2.).

## 2. Theorie der wissenschaftlichen Rechtsfindung

Die wissenschaftliche Befassung mit dem Recht konnte im Voluntarismus keine Rechtssätze mehr hervorbringen oder finden, sondern allenfalls Hypothesen (S. 397). Ohne das „innere System“ des Rechts nach der historischen Schule waren die wissenschaftlichen Operationen der Konstruktion und Induktion nicht mehr haltbar (S. 425). Wie bereits angeschnitten (siehe oben: E. II. 1. b.), wurde etwa auch in der Analogie das Induktionselement, das es in der historischen Schule noch hatte, „fast völlig verdrängt“ (S. 417).

Bei der Begriffsbildung trat – wie insgesamt – der Zweck in den Vordergrund (S. 402, 425). Aus der „Begriffsjurisprudenz“ wurde ganz überwiegend eine „Zweckjurisprudenz“. Die Konstruktion war nicht mehr schon dann akzeptabel, wenn sie sich in ein System einfügte, sondern erst dann, wenn sie auch zu zweckmäßigen Ergebnissen führte (S. 411). Diese gedankliche Operation war danach nur dann brauchbar, wenn schon „die Wahl der Begriffselemente von teleologischen Erwägungen geleitet“ ist und auch das Ergebnis noch einmal „unter dem Gesichtspunkt seines sozialen Wertes“ überprüft wird (S. 412). Es findet also eine „Ergebniskontrolle“ anhand von Zwecken statt.

Erstmals in die Diskussion eingeführt wird der Typusbe-

griff. Die Typen haben dabei keine deutlich und gleichmäßig ausgeprägten Begriffsmerkmale, sondern machen nur ein „einheitliches Gedankenbild“ aus, in dem bestimmte Elemente einmal mehr einmal weniger hervortreten können. Der Typus lässt sich mit der klassischen Einteilung von Gattungen und Arten nicht greifen (S. 414 f.). Das für Studierende bekannteste Beispiel aus der aktuellen Zeit dürfte der Begriff des Arbeitsverhältnisses und daran anknüpfend der des Arbeitnehmers sein.

*Der Beitrag wird in der nächsten Ausgabe (2024, Heft 3) fortgeführt. Dort wird die Zeit von 1933 bis 1990 dargestellt.*