

Recht als Wissenschaft

Geschichte der juristischen Methodenlehre in der Neuzeit (1500-1933)

von
Jan Schröder

2., überarbeitete und wesentlich erweiterte Auflage

Recht als Wissenschaft – Schröder

schnell und portofrei erhältlich bei beck-shop.de DIE FACHBUCHHANDLUNG

Thematische Gliederung:

Allgemeines



Verlag C.H. Beck München 2012

Verlag C.H. Beck im Internet:
www.beck.de

ISBN 978 3 406 63011 8

beck-shop.de

Jan Schröder

RECHT ALS WISSENSCHAFT

beck-shop.de

beck-shop.de
JAN SCHRÖDER

Recht als Wissenschaft

Geschichte der juristischen Methodenlehre
in der Neuzeit (1500–1933)

2., überarbeitete und
wesentlich erweiterte Auflage



VERLAG C.H. BECK MÜNCHEN 2012

beck-shop.de

www.beck.de

ISBN 978 3 406 63011 8

© 2012 Verlag C.H. Beck oHG

Wilhelmstraße 9, 80801 München

Druck und Bindung: fgb · Freiburger Graphische Betriebe

Bebelstraße 11, 79108 Freiburg i. Breisgau

Satz: Fotosatz Buck

Zweikirchener Straße 7, 84036 Kumhausen

Gedruckt auf säurefreiem, alterungsbeständigem Papier
(hergestellt aus chlorfrei gebleichtem Zellstoff)

beck-shop.de

VORWORT ZUR 2. AUFLAGE

Die erste Auflage dieses Buches ist seit vielen Jahren vergriffen. Für die zweite Auflage habe ich die ersten drei Teile durchgesehen, ergänzt und um einige Abschnitte erweitert. Anstelle des 2001 angekündigten zweiten Bandes ist ein vierter Teil neu hinzugekommen, der die juristische Methodenlehre von 1850 bis 1933 behandelt, also vor allem das Kaiserreich und die Weimarer Republik. Da die Methodendiskussion nach 1945 an die Weimarer Republik und nicht an die nationalsozialistische Diktatur anknüpft, führt das Werk nun unmittelbar an die moderne juristische Methodenlehre heran.

Der Grundgedanke, den ich auf breiter Grundlage auszuführen versuche, ist auch in der vorliegenden Auflage derselbe geblieben: Die Entwicklung der juristischen Methodenlehre steht in engstem Zusammenhang mit der Entwicklung des Rechtsbegriffs und läßt sich ohne sie nicht verstehen. Rechtsquellen- und Methodenlehre gehören zusammen und beleuchten sich gegenseitig. Von diesem Ausgangspunkt her sind, wie ich meine, auch gerade die scheinbar zersplitterten und widersprüchlichen Methodentheorien des späten 19. und frühen 20. Jahrhunderts leichter in eine Ordnung zu bringen.

Zu danken habe ich der Deutschen Forschungsgemeinschaft und dem Land Baden-Württemberg für zwei Forschungssemester 2004/05, in denen ich das Material sammeln und mit der Niederschrift beginnen konnte. Dem Verlag C. H. Beck, insbesondere Herrn Hans-Dieter Burneleit, bin ich dankbar für das wiederum sehr schöne Erscheinungsbild des Buches und die gute Zusammenarbeit.

Ich widme dieses Buch meiner Frau, ohne die es – wie so vieles andere – nicht oder nicht so entstanden wäre.

Tübingen, 31. Oktober 2011

Jan Schröder

VORWORT ZUR 1. AUFLAGE

Ob man die Jurisprudenz als Wissenschaft bezeichnen kann, ist bekanntlich selbst unter Juristen umstritten. Die Antwort hängt vom Gegenstand und von der Methode der Rechtswissenschaft ab. Mit der Methode beschäftigt sich die juristische Methodenlehre im engeren Sinne, mit dem Gegenstand die Rechtsquellenlehre. Das vorliegende Buch möchte die große Tradition der neuzeitlichen Rechtsquellen- und Methodenlehre (oder auch einfach der Methodenlehre im weiteren Sinne) bewußt machen, die in der Begründung der positiven Rechtswissenschaft durch die Juristen des frühen 19. Jahrhunderts gipfelt. Damit ist das Buch vor allem ein historischer Beitrag zum Nachdenken über den Gegenstand und über das Verfahren der Rechtswissenschaft. Es kann aber, wie ich meine, auch der modernen Rechtslehre von Nutzen sein. Die meisten methodischen Figuren der Gegenwart haben eine lange Vorgeschichte. Nur haben sich im Laufe der Jahrhunderte oft ihre Funktion und ihr Kontext gewandelt, und viele moderne Probleme erscheinen in einem anderen Licht, wenn man solche Veränderungen und ihre Gründe kennt.

„Recht als Wissenschaft“ ist die erste umfassendere Darstellung der Geschichte der Rechtsquellen- und Methodenlehre in der frühen Neuzeit. Mangels ausreichender rechtshistorischer Vorarbeiten ist das Buch fast durchweg aus den Quellen, d.h. aus der theoretischen Rechtsliteratur des 16. bis 18. und frühen 19. Jahrhunderts geschrieben. Das erklärt auch seine langwierige Entstehung. Der Plan entstand in der Mitte der 1980er Jahre, mit der Niederschrift habe ich 1997 begonnen. Der größte Teil des Manuskripts ist während zweier Forschungssemester entstanden, die mir die Deutsche Forschungsgemeinschaft im Wintersemester 1999/2000 und das Land Baden-Württemberg im Sommersemester 2000 gewährt haben. Für den mir dadurch gegebenen Freiraum bin ich den beiden Institutionen sehr dankbar, wie auch Herrn Kollegen Ulrich Falk dafür, daß er mich im Wintersemester 1999/2000 in Tübingen vertreten hat. Durch die Großzügigkeit von Claes Peterson konnte ich den vorliegenden Band im Frühsommer 2000 als Gast in der wunderbaren Villa des „Rättsgenetiska Institutet“ in Stockholm-Djursholm abschließen; dafür danke ich dem Freund ganz besonders herzlich.

Zu danken habe ich auch Frau Heidi Jung für die geduldige und sorgfältige Betreuung des Manuskripts, den Herren cand. iur. Stefan Renner und Markus Schneider für die Anfertigung des Personenregisters und dem Verlag C. H. Beck, namentlich Herrn Hans-Dieter Burneleit, für die verständnisvolle Zusammenarbeit und für die schöne Ausstattung des Buches. In einem zweiten Band, der in einigen Jahren folgen soll, möchte ich die Entwicklung der juristischen Methodenlehre bis zur Gegenwart darstellen.

beck-shop.de

INHALT

Einleitung

| | |
|--|---|
| 1. Begriff der juristischen Methode (sachliche Abgrenzung) | 1 |
| 2. Räumliche Abgrenzung | 2 |
| 3. Aufbau der Darstellung | 3 |
| 4. Forschungsstand | 3 |

1. Teil

Fortsetzung der mittelalterlichen Tradition und erste Neuerungen (1500 bis 1650)

1. Abschnitt: Rechtsquellenlehre

| | |
|---|----|
| § 1. Der Rechtsbegriff | 9 |
| § 2. Die einzelnen Rechtsquellen | 10 |
| I. Naturrecht (ius naturale) und „Völkerrecht“ (ius gentium) | 11 |
| 1. Begriff | 11 |
| 2. Eigentümlichkeiten des Naturrechts im 16. und frühen 17. Jahrhun- dert | 13 |
| II. Positives Recht | 14 |
| 1. Gesetz | 15 |
| 2. Gewohnheitsrecht | 16 |
| III. Billigkeit (aequitas) | 17 |
| § 3. Das Verhältnis der Rechtsquellen zueinander | 19 |
| I. Naturrecht und positives Recht | 20 |
| II. Weitere Konkurrenzfragen | 21 |
| 1. Stadtrecht, Landrecht, Reichsrecht | 21 |
| a) Stadtrecht und Landrecht | 21 |
| b) Landrecht und neues (mittelalterliches und frühneuzeitliches) Reichsrecht | 22 |
| c) Deutsches Recht und gemeines römisches Recht | 23 |
| 2. Konkurrenz von Aequitas und anderen Rechtsquellen | 23 |

2. Abschnitt: Methodenlehre

1. Kapitel: Juristische Argumentationstheorie: Die Topik

| | |
|---|----|
| § 4. Einführung | 25 |
| § 5. Die Topik-Literatur des 16. und 17. Jahrhunderts | 27 |
| 1. Topik als Teil der philosophischen Logik | 28 |

| | |
|---|----|
| 2. Juristische Logiken und Topiken | 29 |
| 3. Juristische Topoi-Kataloge | 31 |
| § 6. Die Einteilung der Topoi | 33 |
| § 7. Die kunstvollen Topoi: Übersicht | 34 |
| § 8. Die kunstvollen Topoi: Der Topos „a simili“ insbesondere | 44 |
| § 9. Die kunstlosen Topoi, insbesondere das Autoritätsargument und die Lehre von der „communis opinio“ | 47 |
| I. Die kunstlosen Topoi im allgemeinen | 47 |
| II. Die Lehre von der „communis opinio“ | 48 |
| <i>2. Kapitel: Theorie der Gesetzesinterpretation</i> | |
| § 10. Einführung | 50 |
| § 11. Die Interpretations-Literatur des 16. und frühen 17. Jahrhunderts | 52 |
| I. Vorgeschichte | 52 |
| II. Die Interpretations-Literatur in der frühen Neuzeit. | 53 |
| 1. Selbständige Abhandlungen | 53 |
| 2. Interpretationslehre im Rahmen anderen Darstellungen | 55 |
| § 12. Der Begriff der Interpretation | 56 |
| § 13. Die Arten der Interpretation. | 58 |
| § 14. Die deklarative Interpretation. | 59 |
| I. Ermittlung des Wortsinnes | 59 |
| II. Begriff und Ermittlung des Sinnes („mens“) | 62 |
| 1. Der Begriff der „mens“ | 62 |
| 2. Die Ermittlung der „mens“ bzw. „ratio“ | 63 |
| III. Die restriktive Interpretation | 65 |
| § 15. Die extensive Interpretation | 67 |
| I. Die zwei Arten der extensiven Interpretation | 67 |
| II. Die Zulässigkeit der extensiven Interpretation. | 69 |
| 1. Die Problemfälle. | 69 |
| a) Korrektorische Gesetze | 69 |
| b) Exorbitante Gesetze | 71 |
| c) Odiose und Straf-Gesetze | 72 |
| 2. Die zulässige Extension und das Argumentum „a simili“ | 73 |
| a) Die Zulässigkeit der „eigentlichen“ Extension | 73 |
| b) Argument „a simili“ (Analogie) und ausdehnende Auslegung. | 75 |
| § 16. Neue Entwicklungen im frühen 17. Jahrhundert | 77 |
| I. Die drei Arten der Interpretation. | 77 |
| 1. Die authentische Interpretation | 78 |
| 2. Die usuale Interpretation | 79 |
| II. Das Verhältnis von Willen des Gesetzgebers und Ratio | 79 |

3. Kapitel: Theorie der wissenschaftlichen Rechtsfindung

| | |
|---|----|
| § 17. Einführung | 80 |
| § 18. Wissenschaftliche Ordnungsvorstellungen des 16. und frühen 17. Jahrhunderts | 82 |
| I. Die Literatur zur Ordnung des Rechtsstoffs | 82 |
| II. Die Ordnung einer ganzen Disziplin. | 82 |
| 1. Vorgeschichte | 82 |
| 2. Die Wiederentdeckung der wissenschaftlichen Ordnung im 16. Jahrhundert | 84 |
| a) Die humanistische Phase (dihairetische Methode) | 84 |
| b) Die Wiederbelebung der analytischen und synthetischen Methode | 88 |
| III. Die Ordnung eines „einfachen Themas“ | 90 |
| 1. Philosophen | 90 |
| 2. Juristen | 92 |
| IV. Zusammenfassende Überlegungen. | 94 |
| § 19. Wissenschaftliche Rechtsfindung durch Systematisierung im 16. und frühen 17. Jahrhundert? | 95 |

2. Teil

Die Entdeckung der konstruktiven Vernunft und der Geschichte (1650 bis 1800)

1. Abschnitt: Rechtsquellenlehre

| | |
|---|-----|
| § 20. Die Entstehung eines dualistischen Rechtsbegriffs | 99 |
| 1. Gesetzgeberischer Wille als Quelle des Rechts | 99 |
| 2. Natur als Quelle des Rechts | 101 |
| § 21. Die einzelnen Rechtsquellen: Naturrecht | 102 |
| 1. Umfang und Begriff des Naturrechts. Die Eliminierung des alten „ius gentium“ | 102 |
| 2. Eigentümlichkeiten des neuen Naturrechts | 104 |
| a) Vollständigkeit | 104 |
| b) Abgrenzung gegenüber Religion und Moral. | 105 |
| c) Naturrecht als Rechtspolitik | 106 |
| § 22. Die einzelnen Rechtsquellen: Positives Recht. | 106 |
| I. Gesetz | 107 |
| II. Gewohnheitsrecht | 108 |
| 1. Begriff | 108 |
| 2. Gesetzesderogation durch Gewohnheitsrecht? | 110 |
| III. „Analogia iuris“ | 110 |
| IV. Gerichtsgebrauch? | 112 |
| § 23. Die einzelnen Rechtsquellen: Eliminierung der Billigkeit (aequitas) | 112 |
| § 24. Das Verhältnis der Rechtsquellen zueinander | 113 |
| I. Naturrecht und positives Recht | 113 |

| | |
|---|-----|
| II. Konkurrenzfragen innerhalb des positiven Rechts | 115 |
| 1. Gesetzes- und Gewohnheitsrecht | 115 |
| 2. Stadtrecht, Land(es)Recht, Reichsrecht. | 116 |
| a) Stadtrecht und Land(es)recht. | 116 |
| b) Landrecht und (mittelalterliches und neuzeitliches) Reichsrecht. . | 117 |
| c) Deutsches und gemeines römisches Recht. | 118 |
| | |
| 2. Abschnitt: Methodenlehre | |
| 1. Kapitel: Juristische Argumentationstheorie | |
| § 25. Der Zusammenbruch der Topik um 1700 | 121 |
| I. Zur Entwicklung in Philosophie und Rhetorik | 121 |
| II. Rechtswissenschaft. | 123 |
| § 26. Einzelne Topoi: Das Ähnlichkeitsargument: Vom Topos „a simili“ zur „Analogie“ | 126 |
| 1. Terminologie. | 126 |
| 2. Begriff und weitere Besonderheiten | 127 |
| § 27. Einzelne Topoi: Die Beseitigung des Autoritätsarguments und der Lehre von der „communis opinio“ | 128 |
| 1. Philosophen | 129 |
| 2. Juristen | 130 |
| | |
| 2. Kapitel: Theorie der Gesetzesinterpretation | |
| § 28. Einführung. Die juristische Interpretationsliteratur von 1650 bis 1800 | 132 |
| 1. Zur Interpretationsliteratur bis etwa 1690 | 133 |
| 2. Christian Thomasius' Reform der juristischen Interpretationstheorie. Zur weiteren Literatur bis 1800. | 136 |
| § 29. Gegenstand und Begriff der Interpretation | 140 |
| § 30. Die Arten der Interpretation. | 141 |
| 1. Die drei Arten der Interpretation | 141 |
| 2. Die Arten der doktrinalen Interpretation. | 142 |
| 3. Die Unterarten der logischen Interpretation | 143 |
| § 31. Die grammatische Interpretation | 144 |
| § 32. Die logische Interpretation. Grundfragen: Sinn, Ratio und ihre Ermittlung. | 145 |
| I. Das Verhältnis von Sinn und Ratio | 146 |
| II. Die Ermittlung des Sinnes. | 146 |
| 1. Die Systematisierung der Kriterien durch Thomasius | 146 |
| 2. Die Kriterien der Sinnermittlung im einzelnen. | 147 |
| a) Die Eliminierung der Topik aus der Sinnermittlung | 147 |
| b) Die Erweiterung der Kriterien um positive und historische Hilfsmittel. | 148 |
| III. Ratio und Rationalitätsunterstellung. | 150 |
| 1. Begriff und Bedeutung der Ratio. | 150 |
| 2. Rationalitätsunterstellung? | 150 |
| § 33. Die logische Interpretation: Deklarative Auslegung | 152 |

| | |
|--|-----|
| § 34. Die logische Interpretation: Restriktive Auslegung..... | 153 |
| 1. „Cessante ratione cessat lex ipsa“?..... | 153 |
| a) Das herkömmliche Verständnis der Regel..... | 153 |
| b) „Ratio cessans“ als nachträglicher Wegfall des Gesetzesgrundes.. | 154 |
| 2. Restriktion aufgrund von „Aequitas“..... | 156 |
| § 35. Die logische Interpretation: Extensive Auslegung..... | 158 |
| I. Nicht ausdehnungsfähige Gesetze..... | 158 |
| 1. Odiose Gesetze?..... | 158 |
| 2. Korrektorische Gesetze..... | 159 |
| 3. Exorbitante, singuläre Gesetze..... | 161 |
| II. Ein allgemeines Prinzip der Ausdehnungsverbote?..... | 162 |
| § 36. Die authentische Interpretation..... | 164 |
| 1. Begriff und Voraussetzungen..... | 164 |
| a) Literatur..... | 164 |
| b) Gesetzgebung..... | 166 |
| 2. Folgen..... | 167 |
| § 37. Die usuale Interpretation..... | 168 |
| 1. Begriff und Voraussetzungen..... | 168 |
| 2. Folgen..... | 168 |
| <i>3. Kapitel: Theorie der wissenschaftlichen Rechtsfindung</i> | |
| § 38. Einführung..... | 169 |
| § 39. Naturrecht: Wissenschaftliche Rechtserkenntnis..... | 170 |
| 1. Die ältere Auffassung..... | 170 |
| 2. Die neue Lehre..... | 171 |
| § 40. Naturrecht. Wissenschaftliche Rechtsdarstellung..... | 172 |
| § 41. Positives Recht. Wissenschaftliche Erkenntnis neuen Rechts?..... | 174 |
| I. Gewinnung der Prinzipien durch Deduktion aus dem Naturrecht?... | 175 |
| 1. Ableitbarkeit des positiven Rechts aus dem Naturrecht?..... | 175 |
| 2. Inkorporierung naturrechtlicher Prinzipien in das positive Recht?.. | 177 |
| II. Prinzipienbildung durch Induktion?..... | 178 |
| III. „Analogia iuris“..... | 179 |
| 1. Begriff..... | 179 |
| 2. Methodologische Rechtfertigung..... | 181 |
| § 42. Positives Recht. Wissenschaftliche Darstellung des Rechts: | |
| Der Streit über die „demonstrative“ Methode..... | 182 |
| I. Die demonstrative Methode..... | 183 |
| II. Die „axiomatische Methode“..... | 185 |
| § 43. Auswirkungen der rationalistischen Methoden auf die wissenschaftliche Darstellung, System- und Prinzipienbildung..... | 186 |
| § 44. Die Darstellung eines einzelnen Themas..... | 189 |

1. Abschnitt: Rechtsquellenlehre

| | |
|--|-----|
| § 45. Einführung | 193 |
| § 46. Der Rechtsbegriff der historischen Schule | 194 |
| § 47. Die einzelnen Rechtsquellen: Gewohnheitsrecht | 196 |
| I. Volksrecht | 196 |
| 1. Voraussetzungen | 196 |
| 2. Folgen | 198 |
| II. Juristenrecht | 198 |
| III. Gerichtsgebrauch? | 200 |
| § 48. Die einzelnen Rechtsquellen: Wissenschaftliches Recht | 201 |
| 1. Anhänger der Lehre vom wissenschaftlichen Recht | 201 |
| 2. Relative Anerkennung eines wissenschaftlichen Rechts auch bei den Gegnern | 202 |
| § 49. Die einzelnen Rechtsquellen: Gesetz | 203 |
| § 50. Die einzelnen Rechtsquellen: | |
| Eliminierung des Naturrechts aus dem Rechtsquellensystem | 204 |
| 1. Wissenschaftliches Fortleben des Naturrechts im 19. Jahrhunderts .. | 205 |
| 2. Anerkennung des Naturrechts als Rechtsquelle? | 206 |
| § 51. Das Verhältnis der Rechtsquellen zueinander | 207 |
| I. Universales und partikulares Recht im allgemeinen | 207 |
| II. Bundes-/Reichsrecht und Landesrecht | 208 |
| III. Römisch-gemeines und deutsches Recht | 208 |
| IV. „Wissenschaftliches“ und sonstiges Recht | 210 |

2. Abschnitt: Methodenlehre

1. Kapitel: Juristische Argumentationstheorie

| | |
|--|-----|
| § 52. Topik im frühen 19. Jahrhundert? | 211 |
|--|-----|

2. Kapitel: Theorie der Gesetzesinterpretation

1. Unterabschnitt: Entwicklung der Theorie und Literatur vom Anfang bis zur Mitte des 19. Jahrhunderts

| | |
|---|-----|
| § 53. Einführung: Die exegetische Phase der juristischen Interpretationslehre zwischen 1800 und 1830 | 212 |
| I. Die Neuorientierung der allgemeinen Hermeneutik um 1800 | 212 |
| 1. Abkehr vom (ausschließlichen) Gegenwartsbezug der Hermeneutik .. | 213 |
| 2. Das Gleichgewicht objektiver und subjektiver Momente in der historisch-philologischen Exegese | 215 |
| II. Gesetzesinterpretation als Exegese beim jungen Savigny und in der Literatur des frühen 19. Jahrhunderts | 216 |

| | |
|--|-----|
| 1. Der neue exegetische Interpretationsbegriff | 216 |
| a) Savigny | 216 |
| b) Andere Juristen | 217 |
| 2. Die Verlagerung von Teilen der traditionellen Interpretationslehre in die Lehre vom „System“ | 218 |
| | |
| § 54. Die juristische Interpretationsliteratur bis zur Mitte des 19. Jahrhunderts: Die exegetische Phase und die Rückwendung zu einer gegenwartsbezogenen Auslegungslehre | 219 |
| 1. Die Interpretationsliteratur der exegetischen Phase | 219 |
| 2. Die Rückkehr zu einer gegenwartsbezogenen Auslegungslehre | 223 |
| | |
| 2. Unterabschnitt: Die Lehre von der Gesetzesinterpretation in der Mitte des 19. Jahrhunderts | |
| § 55. Der Begriff der Interpretation | 226 |
| 1. Sinnermittlung: Rekonstruktion des Gedankens, Wille des Gesetzgebers oder Rechtsgrund? | 226 |
| 2. „Objektive“ oder „subjektive“ Theorie im frühen 19. Jahrhundert? .. | 227 |
| § 56. Die Arten der Interpretation. | 228 |
| 1. Die Dreiteilung der Interpretation | 228 |
| 2. Die Einteilung der doktrinen Interpretation | 228 |
| 3. Weitere Einteilung der „logischen“ Auslegung. „Strikte“ und „weite“ Interpretation | 229 |
| 4. Interpretation und Textkritik. | 230 |
| § 57. Die Hilfsmittel der Sinnermittlung | 230 |
| I. Allgemeines. | 230 |
| II. Einzelne Hilfsmittel. | 232 |
| 1. Grammatik | 232 |
| 2. Geschichte, insbesondere Gesetzgebungsmaterialien. | 233 |
| 3. System | 235 |
| 4. Grund des Gesetzes. | 236 |
| a) Begriff des Grundes | 236 |
| b) Ermittlung des Grundes. | 237 |
| III. Die Rangfolge der Hilfsmittel | 238 |
| § 58. Einzelne Auslegungsprobleme: Unbestimmter Ausdruck | 239 |
| § 59. Einzelne Auslegungsprobleme: Einschränkende Auslegung | 240 |
| 1. Divergenz zwischen der exegetischen und der traditionellen Richtung | 240 |
| 2. „Cessante ratiō cessat lex ipsa“ | 241 |
| § 60. Einzelne Auslegungsprobleme: Ausdehnende Auslegung | 242 |
| § 61. Die authentische Interpretation | 244 |
| § 62. Die usuale Interpretation. | 246 |
| | |
| 3. Kapitel: Theorie der wissenschaftlichen Rechtsfindung | |
| § 63. Einführung: Grundlagen der Theorie des wissenschaftlichen Rechts | 247 |
| 1. Recht als „inneres System“ | 247 |

| | |
|---|-----|
| 2. Lückenlosigkeit des Rechts? | 249 |
| a) Lückenlosigkeit des Gesetzes- und Gewohnheitsrechts? Die Entstehung des „Lücken“-Begriffs | 249 |
| b) Lückenlosigkeit des Rechtssystems? | 250 |
| § 64. Die Literatur zur wissenschaftlichen Rechtsfindung | 250 |
| § 65. Rechtssatz- und Prinzipienbildung im Rahmen des positiven Rechtssystems: Induktion, Analogie, „Restriktion“ | 252 |
| I. Induktion. | 252 |
| 1. Die Anerkennung der Induktion („Abstraktion“) bei den Juristen .. | 252 |
| 2. Die Neubewertung der unvollständigen Induktion in der Logik des frühen 19. Jahrhunderts. | 253 |
| 3. Zum induktiven Verfahren der Juristen | 254 |
| 4. Ein Beispiel: Savignys „Recht des Besitzes“. | 256 |
| II. Analogie. | 257 |
| 1. Analogie als Folgerung aus einem wissenschaftlich gefundenen Rechtsprinzip | 257 |
| 2. Andere Lehren von der Analogie. | 258 |
| a) Gesetzesanalogie. | 258 |
| b) Rechtsanalogie. | 259 |
| 3. Analogieverbote | 260 |
| a) Ausnahmegesetze | 260 |
| b) Korrektorische Gesetze | 260 |
| c) Strafgesetze? | 261 |
| III. Restriktion? | 262 |
| § 65. Anhang: Rechtssatz- und Prinzipienbildung nach der Lehre vom Rechtsinstitut | 263 |
| 1. Ausgangspunkt. | 263 |
| 2. Prinzipienbildung und Analogie | 264 |
| § 66. Prinzipienbildung außerhalb des positiven Rechtssystems: Natur der Sache. | 265 |
| 1. Der Begriff der Natur der Sache | 266 |
| 2. Abgrenzung zum positiven Rechtssystem und zum Naturrecht. | 267 |
| a) Abgrenzung zur Rechtsgewinnung aus dem System des positiven Rechts | 267 |
| b) Abgrenzung zur Rechtsgewinnung aus dem Naturrecht | 268 |
| § 67. Begriffsbildung und Definition | 268 |
| I. Zur frühneuzeitlichen Lehre in der positiven Rechtswissenschaft | 268 |
| II. Die positivrechtliche Begriffsbildung im 19. Jahrhundert. | 270 |
| 1. Entwicklung der Grundbegriffe | 271 |
| 2. Speziellere Begriffe: Die „Construction“ | 272 |
| a) Begriff und Verfahren. | 272 |
| b) Konsequenzen und Rechtfertigung der wissenschaftlichen Konstruktion. | 273 |
| c) Konstruktionen des Gesetzgebers? | 274 |
| 3. „Juristische“ oder teleologische Begriffsbildung? | 274 |
| § 68. Wissenschaftliche Darstellung des Rechts | 275 |
| § 69. Zusammenfassende Überlegungen. | 275 |

4. Teil:

Der Aufstieg der Rechtsprechung (1850 bis 1933)

1. Abschnitt: Rechtsquellenlehre

| | |
|---|-----|
| § 69. Der Übergang zu einem voluntaristischen Rechtsbegriff | 281 |
| 1. Ausbreitung einer Willenstheorie des Rechts | 281 |
| 2. Konsequenzen | 283 |
| § 70. Spielarten des Voluntarismus und alternative Rechtsbegriffe | 283 |
| I. Die soziologische Theorie | 284 |
| 1. Die soziologische Spielart des Voluntarismus | 284 |
| 2. Radikalisierung zu einem soziologischen Rechtsbegriff | 285 |
| II. Die philosophische Theorie | 286 |
| 1. Die idealistische Spielart des Voluntarismus | 286 |
| 2. Radikalisierung zu einem idealistischen Rechtsbegriff | 288 |
| III. Die reine Rechtslehre | 291 |
| § 71. Die einzelnen Rechtsquellen: Gesetz | 293 |
| 1. Der Gesetzesbegriff im Kontext des Rechtsbegriffs | 293 |
| 2. Gesetzesbegriffe in anderem Zusammenhang | 294 |
| a) Der staatsrechtliche Gesetzesbegriff | 294 |
| b) Der Gesetzesbegriff in der Normentheorie (Lehre vom Stufenbau der Rechtsordnung) | 296 |
| § 72. Die einzelnen Rechtsquellen: Gewohnheitsrecht | 297 |
| I. Voraussetzungen des Gewohnheitsrechts | 297 |
| 1. Die Übung | 298 |
| 2. Die „Rechtsüberzeugung“ | 298 |
| 3. Volksrecht und Juristenrecht? | 300 |
| II. Zweifelsfragen | 301 |
| 1. Gestattung des Staates? | 301 |
| 2. Die Rolle der Rechtsprechung im Gewohnheitsrecht | 304 |
| § 73. Die einzelnen Rechtsquellen: Rechtsprechung | 305 |
| I. Voraussetzungen der richterlichen Rechtsschöpfung | 306 |
| II. Folgen | 308 |
| 1. Geltungsweise | 309 |
| 2. Revisibilität? | 309 |
| § 74. Weitere Rechtsquellen? | 310 |
| § 75. Das Verhältnis der Rechtsquellen zueinander. Traditionelle Fragen | 311 |
| I. Gesetz und Gewohnheitsrecht | 311 |
| II. Reichsrecht und Landesrecht | 313 |
| § 76. Das Verhältnis der Rechtsquellen zueinander. Neue Rechtsfiguren: Die Entdeckung der „Kontrollnormen“ | 315 |
| I. Die zivilrechtlichen „Generalklauseln“, insbesondere § 242 BGB | 316 |
| 1. Die Ausweitung des § 242 zur Kontrollnorm in der Rechtsprechung | 316 |
| 2. Kontinuität oder Diskontinuität? | 318 |

| | |
|---|-----|
| II. Die Grundrechte..... | 319 |
| 1. Vorrang der Verfassung und richterliches Prüfungsrecht im 19. Jahrhundert | 319 |
| 2. Vorrang der Verfassung und richterliches Prüfungsrecht in der Weimarer Republik..... | 322 |
| a) Literatur..... | 323 |
| b) Rechtsprechung..... | 325 |
| § 77. Zusammenfassung, „Positivismus“?..... | 326 |
| 1. Ergebnisse..... | 326 |
| 2. Die Rechtsquellenlehre zwischen 1850 und 1933 als „(Rechts-)Positivismus“?..... | 327 |
| 2. Abschnitt: Methodenlehre | |
| 1. Kapitel: Theorie der Gesetzesinterpretation | |
| § 78. Einführung. Die juristische Interpretationsliteratur bis 1933 | 329 |
| 1. Die Ausläufer der exegetischen und der alten „subjektiven“ Theorie..... | 329 |
| 2. Die Begründung, Ausbreitung und Weiterentwicklung der „objektiven“ Theorie | 331 |
| 3. Der Beitrag der Freirechtsbewegung..... | 335 |
| a) Das Problem der Gesetzeslücke bei Géný und Ehrlich | 336 |
| b) Das Problem des undeutlichen Gesetzes und die weitere Entwicklung der Freirechtsbewegung | 338 |
| 4. Die Erneuerung der „subjektiven“ Theorie | 341 |
| 5. Die „normative“ Auslegungstheorie der „reinen Rechtslehre“ | 343 |
| 1. Unterabschnitt: Der Bereich der Interpretation | |
| § 79. Begriff und Ziel der Interpretation | 345 |
| 1. Die idealistische Variante: Objektive Theorie | 345 |
| 2. Die soziologische Variante: Subjektive Theorie..... | 347 |
| 3. Die normative Variante: „Reine Rechtslehre“ | 348 |
| 4. Zur Einordnung der Freirechtsbewegung | 348 |
| § 80. Die Arten der Interpretation..... | 351 |
| 1. Grammatische und logische Interpretation? | 351 |
| 2. Andere Gliederungen: legale und doktrinelles, ausdehnende und einschränkende Interpretation? | 352 |
| § 81. Die Hilfsmittel der Auslegung | 352 |
| I. Das sprachliche, „grammatische“ Element..... | 353 |
| 1. Der sprachliche Sinn überhaupt..... | 353 |
| a) Fachausdrücke..... | 353 |
| b) Alltagssprachliche Ausdrücke..... | 354 |
| 2. Der maßgebliche Zeitpunkt | 355 |
| 3. Wortlaut als Grenze der Auslegung?..... | 356 |
| II. Das historische Element | 359 |
| III. Das systematische Element | 361 |
| 1. Systematische Auslegung als Herstellung von innerer Einheit (objektive Theorie)..... | 362 |

| | |
|--|-----|
| 2. Systematische Auslegung als Kontextauslegung | 363 |
| 3. Ergebnis | 365 |
| IV. Das Zweckelement | 365 |
| 1. Zweck und Interesse in der „subjektiven“ Theorie | 366 |
| a) Allgemeines | 366 |
| b) Interessenjurisprudenz | 366 |
| c) Die Ermittlung des Zwecks. Rationalitätsunterstellung | 367 |
| 2. Der Zweck in der „objektiven“ Theorie | 368 |
| 3. Praktische Unterschiede zwischen subjektiver und objektiver Theorie | 369 |
| V. Die Rangfolge der Auslegungshilfsmittel | 370 |
| § 82. Einzelne Auslegungsprobleme | 370 |
| I. Ausdehnende und einschränkende Interpretation | 370 |
| II. Redaktionsversehen | 371 |
| 2. Unterabschnitt: Die Grenzen der Interpretation: Die Rechtsfindung neben dem Gesetz | |
| § 83. „Innere“ Lücken: Undeutliche Gesetze | 374 |
| I. Grenzziehung zwischen Auslegung und freier Rechtsfindung | 374 |
| 1. Die methodisch ausfüllbaren Lücken | 374 |
| 2. Die methodisch nicht mehr ausfüllbaren Lücken: Rationalitätsunterstellung und freie Rechtsfindung | 375 |
| II. Grundlagen der freien Rechtsfindung | 376 |
| 1. Maßstäbe | 376 |
| 2. Rechtfertigung | 377 |
| § 84. „Äußere“ Lücken: Ergänzungsbedürftige Gesetze | 378 |
| I. Der Begriff der („äußeren“) Lücke | 378 |
| II. Die Ausfüllung der Lücken | 381 |
| 1. Analogie | 382 |
| a) Verfahren und Abgrenzung zur Auslegung | 382 |
| b) Gesetzes- und Rechtsanalogie | 383 |
| c) Grenzen der Analogie (Analogieverbote) | 384 |
| 2. Restriktion | 386 |
| 3. Freie Rechtsfindung | 387 |
| 3. Unterabschnitt: Die Rechtsfindung gegen das Gesetz | |
| § 85. „Interpretation“ contra legem | 388 |
| 4. Unterabschnitt: Sonderfälle | |
| § 86. Authentische und usuelle Auslegung | 390 |
| § 87. Zusammenfassung des 1. Kapitels | 392 |
| 2. Kapitel: Theorie der wissenschaftlichen Rechtsfindung (Rechtsbearbeitung) | |
| § 88. Die Rechtswissenschaft in der voluntaristischen Rechtstheorie | 393 |
| 1. Die Herabstufung der wissenschaftlichen Erkenntnisse zu „Hypothesen“ | 393 |
| 2. Die neue Orientierung der wissenschaftlichen Erkenntnisse: Von der „Begriffsjurisprudenz“ zur Zweckjurisprudenz | 394 |

| | |
|---|-----|
| § 89. Die Literatur zur wissenschaftlichen Bearbeitung des Rechts | 395 |
| 1. Die Zeit bis 1900. | 396 |
| 2. Die Zeit der Freirechtsbewegung (1900 bis 1910). | 397 |
| 3. Die Zeit nach 1910 bis 1930. | 397 |
| 4. Intensivierung der Methodendiskussion 1930 bis 1932. | 400 |
| a) Strafrechtler. | 400 |
| b) Zivilrechtler. | 401 |
| § 90. Begriffsbildung: Abgrenzung und Verfahren. | 402 |
| I. Abgrenzung zur Gesetzesauslegung und zur rechtstheoretischen Begriffsbildung. | 402 |
| II. Die Methode der Begriffsbildung. | 403 |
| 1. Teleologische Begriffsbildung. | 403 |
| 2. Kategoriale Begriffsbildung. | 404 |
| 3. Die Bedeutung der Begriffe für die praktische Rechtsfindung. | 405 |
| III. Insbesondere: Die Konstruktion. | 406 |
| § 91. Begriffsbildung: Legaldefinitionen, Typen. | 408 |
| I. Legaldefinitionen und -konstruktionen. | 408 |
| II. Das Problem des Typus. | 410 |
| § 92. Bildung von Rechtssätzen durch Induktion. | 413 |
| 1. Induktion und Analogie. | 413 |
| 2. Induktion und Zweckjurisprudenz überhaupt. | 414 |
| 3. Ein Beispiel: Emil Seckels Theorie der „Gestaltungsrechte“. | 415 |
| § 93. Systembildung. | 416 |
| I. Eigenes, „inneres“ System des Rechts. | 416 |
| II. Wissenschaftliches System des Rechts. | 417 |
| 1. (Klassifizierend-) kategoriale Systematik. | 418 |
| 2. Teleologische Systematik?. | 419 |
| § 94. Zusammenfassung des 2. Kapitels und abschließende Bemerkungen. | 420 |
| 1. Zusammenfassung des 2. Kapitels. | 420 |
| 2. Abschließende Bemerkungen zum 4. Teil. | 421 |
| Quellen (bis 1936 erschienene Schriften). | 423 |
| Literatur (nach 1936 erschienene Schriften). | 453 |
| Personenregister. | 475 |
| Orts- und Sachregister. | 491 |