

WOLFGANG FIKENTSCHER

Methoden des Rechts in vergleichender Darstellung

Band 3:
Mitteleuropäischer Rechtskreis

Mohr Siebeck

FIKENTSCHER, METHODEN DES RECHTS
in vergleichender Darstellung

III

METHODEN DES RECHTS

IN VERGLEICHENDER DARSTELLUNG

BAND III

MITTELEUROPAISCHER RECHTSKREIS

VON

WOLFGANG FIKENTSCHER

ORD. PROFESSOR AN DER UNIVERSITÄT MÜNCHEN



1 9 7 6

J. C. B. MOHR (PAUL SIEBECK) TÜBINGEN

CIP-Kurztitelaufnahme der Deutschen Bibliothek

Fikentscher, Wolfgang

Methoden des Rechts : in vergl. Darst. – Tübingen : Mohr.

Bd. 3. Mitteleuropäischer Rechtskreis. – 1. Aufl. – 1976.

ISBN 3-16-637632-1

eISBN 978-3-16-166283-6 unveränderte eBook-Ausgabe 2025

©

Wolfgang Fikentscher

J. C. B. Mohr (Paul Siebeck) Tübingen 1976

Alle Rechte vorbehalten

Ohne ausdrückliche Genehmigung des Verlags ist es auch nicht gestattet, das Buch
oder Teile daraus auf photomechanischem Wege (Photokopie, Mikrokopie)
zu vervielfältigen.

Printed in Germany

Satz und Druck: Buchdruckerei Eugen Göbel, Tübingen

Einband: Großbuchbinderei Heinr. Koch, Tübingen

METHODEN DES RECHTS

Band III

(Fortsetzung des Kritischen Teils)

Inhaltsverzeichnis	VII
Abkürzungsverzeichnis	XXI
4. Buch: Mitteleuropäischer Rechtskreis	1

INHALTSVERZEICHNIS

Band III

<i>Abkürzungsverzeichnis</i>	XXI
--	-----

Kapitel 19 Hume und Kant

I. Zum Gang und zum Adressaten der Darstellung	3
II. Verhältnis zu vorhandenem Schrifttum.	4
III. Die Trennung von Sein und Sollen als philosophische Maxime bei Hume und Kant und der bestimmende Einfluß dieser Trennung auf die rechtsmethodische Entwicklung im mitteleuropäischen Rechtskreis in den letzten 200 Jahren	7
1. Vergleich mit dem romanischen und dem anglo-amerikanischen Rechts- kreis	7
2. Der allgemein-philosophische Inhalt des Satzes und seine Auswirkung auf das Denken von Recht	8
a) Philosophie und Epistemologie	8
b) Wirkungen auf die Rechtsmethode	10
3. Die Entfaltung der mitteleuropäischen Rechtsmethodik unter dem Einfluß des Hume-Kant-Axioms im einzelnen	12
IV. David Humes Beobachtung.	17
1. Die Unterscheidung von Sein und Sollen im Treatise of Human Nature	17
2. Die Kritik an der Naturrechts-Metaphysik in der zweiten Hälfte des 18. Jahrhunderts	18
3. Kants einschlägige Werke	20
V. Kants Trennung von Ethik und Recht	21
VI. Die Anwendung des Unterschiedes von Sein und Sollen auf die Ethik	23
VII. Die Anwendung der Unterscheidung von Sein und Sollen auf das Recht	25
VIII. Allgemeine Folgen der kantischen Auffassung für die Rechtstheorie	27
IX. Die Entfernung des Naturrechts aus dem Recht im besonderen	29
X. Abschließende Würdigung	31
XI. Die Kantianer	34

Kapitel 20

 Rechtsmethodik zur Zeit des deutschen Idealismus.
 Friedrich Carl von Savigny

I. Das geistige Klima. Kant. Sturm und Drang	37
1. Der Einfluß Kants	37
2. Die Verbannung der Zwecke aus dem Recht	39
3. Die „Anschauung“	41
4. Die „neue Ehrlichkeit“ und ihr Preis	45
II. Savignys Leben	46
III. Die Geschichtlichkeit des Rechts als Grundlage von Savignys Methode	51
1. Der Gegensatz von Historie und System	51
2. Der Begriff des Geschichtlichen in Savignys Methodenvorlesung von 1803	54
3. Das Geschichtsverständnis Savignys im „System des heutigen Römischen Rechts“	55
4. Savignys eklektischer Historismus bei der Darstellung des Systems	59
IV. Die Systematik des Rechts bei Savigny	61
1. Die systematische Leistung	61
2. Die naturrechtliche Wendung	65
V. Methodische Einzelfragen bei Savigny	67
1. Auslegung und Analogie	67
2. Das juristische Schlußverfahren	67
VI. Die beiden Widersprüche in Savignys Rechtsmethodik und die Bedeutung der Anschauung	68
1. Die Nichteinlösung des historischen Anspruchs	68
2. Die Nichteinlösung der postulierten Wertfreiheit des Rechts	69
3. Die Bedeutung der „Anschauung“	70
4. Savignys Kodifikationskritik	72
5. Iherings Kritik	73
VII. Die historische Rechtsschule	74
VIII. Savigny und die historische Rechtsschule im Urteil der Heutigen	75

Kapitel 21

Der Fakten-Positivismus im Recht

I. Auguste Comte	79
II. Der Positivismus als immanentes Problem einer Normwissenschaft	80
III. Die Übernahme des wissenschaftlichen Positivismus in den juristischen Faktenpositivismus	82
IV. Ihering und Jellinek	83
V. Reaktionen auf den Faktenpositivismus im Recht	84

Kapitel 22

Die Begriffsjurisprudenz und der positivistische Begriff von Gesetz und Staat

I. Die Stellung in der Entwicklung nach Kant	87
II. Puchtas Lehre vom Gewohnheitsrecht als Fortsetzung der idealistischen Sollenstradition	88
III. Puchtas „Genealogie der Begriffe“ als logisch-positivistischer Einbau von Seinsbezügen. Die „Genealogie der Begriffe“ als zeitgenössische Methodik	91
1. Der Inhalt der Lehre von der „Genealogie der Begriffe“	91
2. Kritik	93
IV. Die Kritik an der Volksgeistlehre als Einleitung eines Positivismus der Begriffe von Gesetz und Staat	94
V. Hegels positivistischer Begriff von Gesetz und Staat.	94
VI. Der „entgeistigte“ Gesetzespositivismus in Verbindung mit der Begriffsjurisprudenz	96
1. Die Lehre vom Gewohnheitsrecht nach Puchta bis zur Schaffung des BGB	96
2. Die Lehre von der Auslegung als Gegenstück	97
3. Der rationalistische Gesetzespositivismus	97
VII. Überwindung und Nachwirkungen der Begriffsjurisprudenz	98

Kapitel 23

Rudolph von Ihering

I. Kurzgefaßte Biographie	101
1. Der äußere Lebensweg	101
2. Allgemeine Würdigung der Persönlichkeit Iherings	113
3. Früher wissenschaftlicher Ruhm	116
4. Die Gießener Zeit (1852–1868)	118
5. Die Wiener Zeit (1868–1872)	123
6. Die Göttinger Zeit (1873–1892)	128
7. Iherings Arbeitsstil	129
8. Die Freundschaft mit Gerber. Das Leitthema Iherings im Briefwechsel mit ihm	134
9. Die Freundschaft mit Windscheid und die „bewußte Sache“ Heidelberg	137
10. Andere Freunde. Geselligkeit. Korrespondenz	151
11. Politische und sozialpolitische Überzeugungen Iherings	156
12. Geselligkeit. Letzte Krankheit und Tod	162
II. Das dogmatische Werk	163
1. Das Dogmatik-Verständnis Iherings	163
2. Die „Jahrbücher für Dogmatik“	166
3. Die Zession des Vindikationsanspruchs und das Konnossement	168
4. Culpa in contrahendo	169
5. Die Begründung der zivilistischen und strafrechtlichen Tatbestandslehre	171
6. Zur Theorie der Stellvertretung	173
7. Begründung der Gesamtgläubigerschaft	174

8. Gefahrübergang und Konkretisierung	174
9. Ansprüche gegen den redlichen Besitzer im Eigentümer-Besitzer-Verhältnis	175
10. Sozialbindung des Eigentums	177
11. Der Rechtsschutz der Persönlichkeit	178
12. Die Theorie vom Besitz	180
13. Person und subjektives Recht	183
14. Die Reflexwirkungen der Rechte	185
15. Sonstiges	186
III. Das methodische Werk	187
1. Wesentlicher Inhalt und Ziele der Methodenlehre Iherings	187
a) Eine Theorie des Rechts in System und Zeit	187
b) Iherings Methodik. Kritik	197
c) Die beiden Phasen Iherings	201
d) Die Einheit der Iheringschen Idee	202
2. Die konstruktionsmethodische Phase	204
a) Die anonymen Artikel in der „Literarischen Zeitung“ und das Problem des Rechts in der Zeit	204
b) Der erste Band des „Geistes“ und die Kritik an Savigny	217
c) Erste Selbstkritik und Rechtfertigung durch Hinwendung zur Dogmatik in „Unsere Aufgabe“	220
d) Der zweite Band des „Geistes“ und die juristische „Technik“	222
e) Zweite Selbstkritik; die „Vertraulichen Briefe eines Ungenannten“	235
3. Die zweckmethodische Phase	237
a) Überblick über die wichtigsten Werke dieser Phase	237
b) Der „Kampf ums Recht“	240
c) Der „Zweck im Recht“ in methodischer Hinsicht	242
d) Der Vortrag über das Rechtsgefühl	245
e) „Scherz und Ernst“	248
f) „Aufgabe und Methode“. Der sich schließende Kreis	248
g) Die „Indoeuropäer“	250
4. Abschließendes zu den konstruktionsmethodischen und zweckmethodischen Phasen Iherings	250
5. Das Recht als System in der Zeit, Iherings Thema. Zusammenfassung	251
a) Der neue System- und der neue Geschichtsbegriff	251
b) Iherings Äußerungen zum Problem vom System in der Zeit	252
c) Die Arten der Geschichtstheorien, insbesondere im Verhältnis zum Systemverständnis	256
d) Die bei Ihering offengebliebene Frage	261
IV. Iherings Einfluß	268
1. Iherings Einfluß in rechtstheoretischer Beziehung	268
a) im anglo-amerikanischen Recht	268
b) im romanischen Rechtskreis	269
c) im mitteleuropäischen Rechtskreis	269
2. Iherings Einfluß auf den juristischen Unterricht und das Prüfungswesen	272
a) Die Übung	272
b) Prüfungen	272
3. Der „Geist“ des Bürgerlichen Gesetzbuchs	272
4. Die Ihering-Renaissance seit dem Zweiten Weltkrieg	273

V. Zusammenfassende Würdigung Iherings	273
1. Eine Revision des Ihering-Bildes	273
2. Iherings Grundhaltung	274
3. Iherings methodische Bedeutung heute	279

Kapitel 24

Der vierfache rechtsphilosophische Neuansatz für eine Methodik: Neukantianismus, Neuhegelianismus, Phänomenologie und Existenz- philosophie

I. Rechtsphilosophie und Rechtsmethodologie am Ende des 19. Jahr- hunderts	283
1. Das Fehlen einer eigentlichen Rechtsphilosophie	283
2. Die unphilosophische Rechtsphilosophie Iherings	283
3. Reaktionen in Rechtsphilosophie und Rechtsmethodologie auf diesen Zustand	285
II. Die sich verquerenden Thematiken	286
III. Die allgemein-philosophischen Grundlagen des Neukantianismus	288
IV. Die „Marburger Schule“ des rechtsphilosophischen Neukantianismus	289
V. Die „Südwestdeutsche Richtung“ des rechtsphilosophischen Neu- kantianismus	291
VI. Kelsens Normpositivismus und die Wiener Schule	292
VII. Zusammenfassende Kritik des Neukantianismus	294
VIII. Der Neuhegelianismus in seinen philosophischen Grundlagen	296
IX. Binder, Schönfeld, Dulkeit	298
X. Karl Engisch	299
XI. Karl Larenz	300
XII. Allgemeine Würdigung des Neuhegelianismus	301
XIII. Phänomenologie, allgemein und im Recht	302
XIV. Existenzphilosophie	304

Kapitel 25

Der Pendelschlag zwischen Naturrecht und Positivismus

I. „Die Überwindung des Formalismus“	307
1. Lebensphilosophie und materiale Wertethik	307
2. Erich Kaufmann, Smend, der späte Radbruch	308
3. Die Rechts-Ontologie	311
II. Konkretes Ordnungsdenken und nationalsozialistisches Recht in ihren methodischen Aspekten	313
1. Der Hintergrund	313
2. Carl Schmitt und das „konkrete Ordnungsdenken“	316

3. Das braune Recht	325
4. Das braune Recht als Recht einer vorrevolutionären Gesellschaft	327
5. Nachwirkungen	330
III. Das neue Naturrecht	332
1. Die Wirkung von 1945	332
2. Die tragenden Kräfte: Demokratie-Theorie, katholisches und evangelisches Naturrecht	333
3. Die Auswirkungen auf die Rechtspraxis	335
4. Die Natur-der-Sache-Diskussion	336
IV. Westdeutscher Neopositivismus	337
1. Der Neopositivismus als allgemeine Erscheinung	337
a) Das Thema des Neopositivismus	337
b) Neopositivismus in anderen Wissenschaften. Der „Positivismus-Streit in den Sozialwissenschaften“	338
c) Neopositivismus in der Rechtslehre	339
2. Juristische Ideologie-Kritik	339
3. Formen des westdeutschen Neopositivismus im Recht	340
4. Der Einfluß ausländischen Neopositivismus im Recht	341
V. System- und Dogmatikkritik	342
1. Der rechtstheoretische Standort von System- und Dogmatikkritik	342
2. Die Lehre von den Rechtsgrundsätzen als Kritik an der Dogmatik des Rechts (Walter Wilburg, Josef Esser)	346
3. Die Topik	349
4. Juristische Entscheidungslehre (Dezisionistik)	351
a) Rechtsimmanente Entscheidungskritik	351
b) Rechtstranzendierende Entscheidungskritik	353
5. Argumentatorik (Argumentationstheorie)	355
6. Zusammenfassung: System- und Dogmatikkritik, und eine gegen sie gerichtete Wiederbelebung dogmatischen Interesses. Eine (positivistische) Neo-Dogmatik?	356

Kapitel 26

Die empirische Tradition: Interessenjurisprudenz, Rechtssoziologie

I. Von der Interessenjurisprudenz zur abstrakten Wertjurisprudenz	361
1. Das empirische Erbe	361
2. Psychologische Rechtstheorien	362
a) Ernst Rudolf Bierling	362
b) Arthur Baumgarten	364
3. Die Freirechtsschule, Hermann Isay, und Martin Krieles „Kriterien der Gerechtigkeit“	365
a) Ernst Fuchs. Hermann U. Kantorowicz	365
b) Hans Reichel. Hermann Isay. Martin Kriele	369
4. Die Interessenjurisprudenz	373
5. Die Wertungsfrage	382
a) Das Problem	382
b) Vergebliche Lösungsversuche	384
c) Die Rolle der Generalklauseln in der Wertungsproblematik	386
d) Der gegenwärtige Stand des Problems	387

II. Die Rechtssoziologie	387
1. Die empirische Tradition, fortgesetzt in der Rechtssoziologie	387
2. Gegenstand der Rechtssoziologie	390
3. Aufgaben der Rechtssoziologie	391
4. Hauptarbeitsgebiete der Rechtssoziologie	392
a) Rechtsquellensoziologie	392
b) Richtersozologie (Rechtspersonensoziologie)	393
5. Kritische und unkritische Rechtssoziologie	394
6. Die Rechtssoziologie – eine Gerechtigkeitswissenschaft? (Niklas Luhmann)	396
III. Der Standort von Interessenjurisprudenz und Rechtssoziologie in der Entwicklung nach Ihering.	402

Kapitel 27

Die moderne Wertfrage in der Methodologie des Rechts

I. Die Grundlegung der Wertjurisprudenz	405
1. Die Wiederaufnahme der Wertfrage auf dem Hintergrund der Zweck- und Interessenempirie	405
2. Harry Westermanns gesetzesimmanente Wertjurisprudenz	406
3. Larenz' Gesetzesfortbildende Wertjurisprudenz	407
4. Essers und Wieackers gesellschaftsimmanente Wertjurisprudenz	411
5. Zippelius' die Gesellschaft transzendierende Wertjurisprudenz. Heinrich Kronstein	415
6. Zusammenfassung: Die „abstrakte“ Wertjurisprudenz	415
II. Das Denken in Wertbedingtheiten. Ansätze zu einer konkreten Wertjurisprudenz.	416
1. Das „konkrete Naturrecht“ bei Arthur Kaufmann	416
2. Die Erforschung von Bedingungsbeziehungen zwischen Wertungen und Methodik des Rechts	417
3. Das Privatrecht als Funktion wirtschaftlicher und politischer Entscheidungen (Biedenkopf, Steindorff)	421
4. Die normative Kraft von Rechtsbegriffen im Hinblick auf wirtschaftliche und politische Gestaltungen (Mestmäcker)	422
5. Die Erweiterung der wettbewerblichen Bedingtheit des Privatrechts um die „planifikatorische“	422
6. Überblick über die bisherigen Bestrebungen, konkrete Wertbedingtheiten im Recht zu erarbeiten	423
7. Einleitende Überlegungen zum Wertproblem im Recht	425
III. Zur Lehre von den Wertungsvoraussetzungen, insbes. die Versuche zu einer Rationalisierung des Wertungsverfahrens	427
1. Der Bezug zur System- und Dogmatikkritik	427
2. Die Wiederbelebung der juristischen Hermeneutik, insbes. die Lehre vom Vorverständnis	429
a) Wesen der Hermeneutik	429
b) Hermeneutik und fragmentierte Gesellschaften	431
c) Marxistische Hermeneutik?	432
d) Gadamer	433
e) Essers „Vorverständnis“	435

3. Sollsatz-Logik (Deontik) und jurimetrics	440
4. Rechtsinformatik	443
5. Recht und Sprache. Juristische Semantik	445
IV. Übersicht über moderne rechtsmethodische Entwicklungen	446
V. Rückblick	452

Kapitel 28

Methoden des Rechts nach Hegel und Marx (Marxistischer Rechtskreis)

I. Verhältnis zum Vorigen. Die „Phänomenologie des Geistes“	455
II. Hegels Rechtsbegriff und seine methodischen Aspekte	458
1. Philosophische Ausgangspositionen bei Hegel	458
a) Das Thema der Zeit und Hegels Lösung des Themas	458
b) Die „Philosophie der Geschichte“	460
c) Das Fazit	464
2. Einzelpunkte Hegelscher Philosophie	465
a) Hegels antigeschichtliches Geschichtsverständnis	465
b) Die Ambivalenz des Hegelschen Wirklichkeits- und Geltungsbegriffs	468
c) These, Antithese, Synthese	472
d) Die Subjekt-Objekt-Beziehung und Hegels Begriff des Begriffs	473
3. Staat und Recht, Volk und Sittlichkeit bei Hegel	481
4. Allgemeine Würdigung	485
III. Die Hegelianer	487
1. Die Folgen: Antihistorizität und Positivismus	487
2. System contra Geschichte bei Eduard Gans	487
3. Der hegelianische Positivismus im Recht und seine Varianten	489
a) Christiansen	489
b) Kierulff	490
c) Johann Adam v. Seuffert	491
d) Vangerow und andere	491
e) Otto Bähr	493
4. Die „letzten Hegelianer“	494
5. Die Neuhegelianer und Larenz	494
6. Abschließende Würdigung des „Rechtshegelianismus im Recht“	495
IV. Marx	497
1. Marxens Lehre	497
a) Marx und Hegel	497
b) Abriß der Marxschen Wertlehre	504
c) Der Grundwiderspruch der marxistischen Arbeitswertlehre im einzelnen, unter Zugrundelegung einer modernen Darstellungsweise	519
d) Zusammenfassung der marxistischen Wertlehre und Einheit der marxistischen Konzeption	536
e) Die Diktatur als einzige denkbare politische Anwendungsform des Marxismus	539
f) Weitere Folgerungen zu Einzelproblemen des Marxismus	551
g) Kritik	557
h) Eine Theorie der Überwindung des Marxismus	561

2. Marxistische Rechtstheorie	567
a) Grundsätze. Anknüpfung an die Wertlehre	567
b) Mögliche marxistische Rechtsverständnisse	568
c) Die rechtskritische Linie	569
d) Der rechts-funktionalistische Standpunkt	572
e) Die Absicherung des rechts-funktionalistischen Standpunkts durch die Imperialismustheorie bei Lenin und Rosa Luxemburg und das richtige proletarische Bewußtsein	573
f) Der marxistische Rechtspositivismus bei Vyšinski	581
g) Neuere Entwicklungen	581
h) Zum sozialistischen Grundrechtsverständnis	584
i) Das Problem des sozialistischen Wirtschaftsrechts	585
j) Zur Verständigungsmöglichkeit zwischen marxistischen und kapitalistischen Juristen	586
V. Rechtstheorien des Neomarxismus	588
1. Begriff und Arten des Neomarxismus	588
2. Die politischen Grundlagen des Neomarxismus, vor allem in Deutschland nach 1965	590
a) Das Material	590
b) Rudi Dutschke	591
c) Andere neomarxistische Autoren	598
d) Die Identität des marxistischen und des neomarxistischen „Freiheitsbegriffs“ und das Problem des Totalitarismus	599
e) Ergebnis	601
3. Die Bedeutung der „kritischen Theorie“ für die Methode des Rechts	602
4. Wiethölters „juristischer Negativismus“	608
a) Der Begriff und Ausgangspunkt	608
b) Der Rechtsbegriff des „juristischen Negativismus“	611
c) Gewinnung des Rechts nach Wiethölter	613
d) Rechtsanwendung im „juristischen Negativismus“	617
e) Das Demokratie-Verständnis des „juristischen Negativismus“	617
f) Kritik des „juristischen Negativismus“ Wiethölters	619
5. Andere Juristen der „kritischen Richtung“	624
6. Die durch den Neomarxismus ausgelöste Besinnung auf rechtsmethodische und allgemeinmethodische Fragen	625
VI. Einige allgemeine Beobachtungen zur Rolle von Marxismus und Neomarxismus im zeitgenössischen Denken.	626
1. Vier Schwierigkeiten des Marxismus mit sich selbst	626
2. Grundrechtsdemokratie, Marxismus und Buddhismus im Vergleich	630
3. Probleme im Verhältnis Grundrechtsdemokratie – Marxismus	631
VII. Die Verunsicherung des traditionellen Rechtsdenkens	635

Kapitel 29

Das Ergebnis: Die herrschende Lehre und Praxis in der heutigen Rechtsmethodik des mitteleuropäischen Rechtskreises

I. Eingebraachte Positionen	637
1. Die praktische Aufgabe	637
2. Das theoretische Material	638
3. Recht und Fortschritt	640

II. Rechtsordnung und Rechtssatz	641
1. Der Begriff der Rechtsordnung	641
a) Die Elemente des Rechtsordnungsbegriffs und das Verhältnis von Rechtsordnung und Rechtssatz	641
b) Gebote und Gewährungen	642
c) Das Merkmal der „Verbindlichkeit“	644
d) Die verbindliche „Ordnung“	646
e) Der Wille der Gemeinschaft	648
f) Das teleologische Element: Der Zweck	650
g) Die „Verwirklichung der Gerechtigkeit“ als Wertungsproblem	651
h) Der Begriff der Rechtsordnung bei Larenz	652
2. Die Lehre vom Rechtssatz	654
a) Einteilung der Rechtssätze in der herrschenden Praxis	654
b) Die logische Struktur des Rechtssatzes	655
c) Verbindungslieder zwischen Rechtsordnung und Rechtssatz	655
d) Die Bedeutung des einzelnen Rechtssatzes	656
e) Überblick über das Folgende	657
III. Auslegung der Rechtssätze	657
1. Textkritik	657
a) Verhältnis zur Auslegung	657
b) Druckfehler	658
c) Redaktionsversehen	658
2. Die Notwendigkeit der Gesetzesauslegung	658
3. Legalinterpretation	661
4. Ziel der Auslegung. Objektive und subjektive Auslegungstheorie	662
a) Die Unterscheidung	662
b) Der umstrittene Stellenwert des Streites zwischen objektiver und sub- jektiver Auslegungslehre	663
c) Der Inhalt der objektiven Auslegungstheorie	664
d) Der Inhalt der subjektiven Auslegungstheorie	665
e) Streitstand und vermittelnde Meinungen	666
f) Stellungnahmen der Rechtsprechung	666
5. Die Auslegungsmethoden (der Kanon)	668
a) Auslegungsziel und Kanon	668
b) Auslegung nach dem Wortlaut	670
c) Auslegung nach Logik und System	672
d) Historische Auslegung	674
e) Der „Wert des Ergebnisses“	676
f) Die teleologische Auslegung	676
6. Der Erfolg der Auslegung	681
a) Deklaratorische Auslegung	681
b) Berichtigende Auslegung	681
c) Abändernde Auslegung	683
7. Das Verhältnis der Auslegungskriterien zueinander	684
8. Sonderprobleme der Auslegung	684
a) „Ausnahmevorschriften sind eng auszulegen“	685
b) Bedeutungswandel von Rechtsnormen	685
c) Auslegung von Gewohnheitsrecht	686
d) Verfassungsinterpretation	686
e) Auslegung von Rechtsgeschäften	687
9. Auslegung als Anwendung? Essers Auslegungslehre	687
10. Übergang von der Auslegung zur Analogie	690

IV. Gewohnheitsrecht	691
1. Begriff. Das Problem der „gesetzlichen Grundlagen“ des Gewohnheitsrechts	691
a) Begriff des Gewohnheitsrechts	691
b) Die Rechtsgrundlagen	691
2. Das römische Recht bis auf Puchta (Hinweise)	692
3. Zu Puchtas System der Rechtsquellen	693
4. Heutige Lehre und Praxis	697
a) Definition	697
b) Beispiele	697
c) Geltungsgrund	698
d) Voraussetzungen	699
e) Verhältnis zum Gesetz	699
5. Larenz' Lehre vom Gewohnheitsrecht	700
6. Essers Zweifel am Gewohnheitsrecht	700
V. Rechtsfortbildung	701
1. Zur Terminologie	701
2. Die „klassischen“ Theorien des gemeinen Rechts	702
3. Die heute herrschende Meinung zur Rechtsfortbildung	703
a) Überblick	703
b) Das Bindungsproblem	704
c) Rechtsfortbildung als Rechtsquellenproblem	706
d) Die verfassungsrechtliche Verankerung der Rechtsfortbildung	707
e) Die Praxis der Rechtsprechung zur Rechtsfortbildung	711
f) Die Behandlung des Lückenproblems in der herrschenden Meinung. Die einzelnen Verfahren der Rechtsfortbildung	718
g) Das Verhältnis von Feststellung und Schließung der Lücke	724
4. Erweiterung der Lückenproblematik in Richtung auf „offene Rechtsfortbildung“ nach Larenz	724
a) Larenz' Lückenbegriff und seine Ansicht von ihrer Schließung	725
b) Kritik	726
5. Die Vertreter eines „Richterrechts“ und die Frage der Bindung an Präjudizien	
a) Unterschiede zum Vorherigen	728
b) Von Puchta bis Isay	730
c) Entwicklung nach dem Zweiten Weltkrieg	732
d) Zusammenfassung	735
6. Übersicht zur Rechtsquelleneigenschaft des Richterrechts	736
VI. Rechtsanwendung	736
1. Überblick	736
2. Die syllogistische Lehre von der Subsumption (herrschende Meinung)	739
a) Was man die Studenten lehrt	739
b) Unterweisungsbücher für Fall-Lösungen	741
c) Die Lehre vom juristischen Denken	742
d) Die rechtslogischen Grundlagen der Subsumptionslehre	742
e) Theorien zur Rechtsfall-Konstitution	748
f) Die Problematik der klassischen Subsumptionslehre	749

3. Die Gleichsetzungslehren	750
a) Kennzeichnung	750
b) Engisch: „Konkretisierung“	750
c) Arthur Kaufmann: Analogie und „Natur der Sache“	751
d) Die Problematik der Gleichsetzungslehren	752
4. Die Theorien normfreien Entscheidens	753
a) Kennzeichnung	753
b) Josef Esser	753
c) Rudolf Wiethölter	755
d) Ernst Cohns existenzphilosophische Entscheidungstheorie	755
e) Fritjof Haft	756
f) Die Problematik der Theorien normfreien Entscheidens	756
5. Die Rolle der Hermeneutik in der Rechtsanwendungslehre	757
a) Coings Hinweis	757
b) Die Bedeutung der juristischen Hermeneutik für die klassische Subsumptionstheorie	757
c) Die Bedeutung der Hermeneutik für die Gleichsetzungslehren	758
d) Rolle der Hermeneutik in den Theorien normfreien Entscheidens	759
e) Kritik	759
VII. Methodologische Schwerpunkte des mitteleuropäischen Rechtskreises außerhalb Deutschlands.	760
1. Schweiz	760
a) Art. 1 Abs. 2 ZGB	760
b) Die freiere Tradition	761
c) Der Anwendungsbereich des Art. 1 Abs. 2 in der Praxis und die Kommentare	763
d) Der Begriff der Rechtsquelle (Liver)	764
e) Der Richter als Gesetzgeber (Meier-Hayoz)	764
f) Generalklauseln als Rechtsquellenproblem (Merz)	765
g) Rechtsfortbildung	766
h) Präjudizien als Rechtsquelle (Meier-Hayoz)	766
i) Die Präjudiztheorie Otto Germanns	768
2. Österreich	771
a) Allgemeine Bemerkung	771
b) Die contra-legen-Anerkennung derogierenden Gewohnheitsrechts	772
3. Griechenland	773
VIII. Methodenfragen bei der Behandlung Territorialgrenzen überschreitender Rechtsprobleme.	774
1. Überblick	774
2. Das Methodenproblem des Kollisionsrechts	775
a) Die herrschende Meinung (Kegel)	775
b) Kritik	777
3. Methoden der Rechtsvergleichung	781
a) Ausgrenzung	781
b) Aufgaben der Rechtsvergleichung	781
4. Beginn einer Methodenlehre des Rechts der EWG	784
5. Methoden des Völkerrechts	787
a) Zur Rechtsquellenlehre	787
b) Die Eigenständigkeit der Methodik des internationalen Einheitsrechts	788

IX. Die offenen Möglichkeiten	790
1. Zur Charakterisierung des mitteleuropäischen Rechtskreises in metho- discher Hinsicht	790
2. Aufgabenstellung	791
<i>Abgekürzt zitiertes Schrifttum zu Band III</i>	<i>793</i>

ABKÜRZUNGSVERZEICHNIS

a. A.	= anderer Ansicht
aaO	= am angeführten Ort
ABGB	= Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch (Österreich)
AcP	= Archiv für die civilistische Praxis
a. E.	= am Ende
a. F.	= alter Fassung
AG	= Amtsgericht
AGB	= Allgemeine Geschäftsbedingungen
Alt.	= Alternative
Anm.	= Anmerkung
AO	= Abgabenordnung
AöR	= Archiv für öffentliches Recht
ArchBürgR	= Archiv für bürgerliches Recht
arg.	= Argument aus
ARSP	= Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie
Art.	= Artikel
AT	= Allgemeiner Teil
Aufl.	= Auflage
BAnz.	= Bundesanzeiger
BB	= Betriebsberater
Bd.	= Band
betr.	= betreffend
BGB	= Bürgerliches Gesetzbuch (Deutschland)
BGBI.	= Bundesgesetzblatt
BGH	= Bundesgerichtshof
BGHSt.	= Bundesgerichtshof, Entscheidungen in Strafsachen
BGH Warn	= Warneyers Rechtsprechung des Reichsgerichts auf dem Gebiete des Zivilrechts (Band u. Nummer)
BGHZ	= Bundesgerichtshof, Entscheidungen in Zivilsachen
BMJ	= Bundesjustizministerium
BVerfG	= Bundesverfassungsgericht
BVerfGE	= Bundesverfassungsgericht, Entscheidungen
bzw.	= beziehungsweise
C.E.	= Conseil d'Etat
CEE	= Communauté Économique Européenne
Chr.	= Chronique
D	= Digesten
D.	= Recueil Dalloz
DB	= Der Betrieb

ders.	= derselbe
d. h.	= das heißt
Diss.	= Dissertation
DJT	= Deutscher Juristentag
DJZ	= Deutsche Juristenzeitung
DNotZ	= Deutsche Notarzeitschrift
DÖV	= Die Öffentliche Verwaltung
dt.	= deutsche Übersetzung
DVBl.	= Deutsches Verwaltungsblatt
EGBGB	= Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuch
EinlPrALR	= Einleitung zum Allgemeinen Landrecht für die Preussischen Staaten von 1794
EWG	= Europäische Wirtschaftsgemeinschaft
EWGV	= Vertrag über die Gründung der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft
f., ff.	= folgende Seite(n)
FAZ	= Frankfurter Allgemeine Zeitung
FN	= Fußnote
FS	= Festschrift
GG	= Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland
GmbH	= Gesellschaft mit beschränkter Haftung
GRUR	= Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht
GVG	= Gerichtsverfassungsgesetz
GWB	= Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen
GZS	= Großer Senat in Zivilsachen
HWO	= Handwörterbuch der Organisation
HdwbRW	= Handwörterbuch der Rechtswissenschaft
HGB	= Handelsgesetzbuch
h. M.	= herrschende Meinung
hrsg.	= herausgegeben von
Hrsg.	= Herausgeber
IherJb.	= Iherings Jahrbücher für die Dogmatik des Bürgerlichen Rechts
i. d. F.	= in der Fassung
i. d. R.	= in der Regel
in Vorb.	= in Vorbereitung
IPR	= Internationales Privatrecht
i. S. v.	= im Sinne von
i. ü.	= im übrigen
i. V. m.	= in Verbindung mit
JBl.	= Juristische Blätter (auch abgekürzt JurBl.)
JR	= Juristische Rundschau
JurAnal.	= Juristische Analysen
JurBl.	= Juristische Blätter
JuS	= Juristische Schulung
Justizbl.	= Justizblatt
JW	= Juristische Wochenschrift
JZ	= Juristenzeitung

Kap.	= Kapitel
KJ	= Kritische Justiz
KUG	= Gesetz, betr. das Urheberrecht an Werken der bildenden Künste und der Photographie
LG	= Landgericht
LM	= Lindenmaier-Möhring, Nachschlagewerk des Bundesgerichtshofs
LZ	= Leipziger Zeitschrift für Deutsches Recht
MDR	= Monatsschrift für Deutsches Recht
MSchrKrim	= Monatsschrift für Kriminalpsychologie und Strafrechtsreform
m.(w.)A.(N.)	= mit (weiteren) Angaben (Nachweisen)
n. F.	= neue Fassung
N. F.	= Neue Folge
NfD	= Nachrichten für Dokumentation, Vierteljahresschrift für Forschung und Praxis der Dokumentation
NJW	= Neue Juristische Wochenschrift
o. J.	= ohne Jahr
OLG	= Oberlandesgericht
OLGZ	= Entscheidungen der Oberlandesgerichte in Zivilsachen
o. O.	= ohne Ort
OR	= Obligationenrecht (Schweiz)
PALR	= Allgemeines Landrecht für die Preußischen Staaten von 1794
RabelsZ	= Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht, begründet von Ernst Rabel
RegEntw	= Regierungsentwurf
Rev.	= Revue, Review
RGBl.	= Reichsgesetzblatt
RGSt.	= Reichsgericht, Rechtsprechung in Strafsachen
RGZ	= Reichsgericht, Entscheidungen in Zivilsachen
Rspr.	= Rechtsprechung
RvgIHWB	= Rechtsvergleichendes Handwörterbuch für das Zivil- und Handelsrecht des In- und Auslandes
S.	= Seite oder Seiten
SavZRG	= Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte (germanistische, kanonistische, romanistische Abteilung, letztere auch abgekürzt SavZRom)
sc., scil.	= scilicet
SeuffA	= Seufferts Archiv für Entscheidungen der obersten Gerichte in den Deutschen Staaten
SeuffBl.	= Seufferts Blätter für Rechtsanwendung
SJK	= Schweizerische Juristen Kartothek
SJZ	= Süddeutsche Juristenzeitung
s. o.	= siehe oben
StGB	= Strafgesetzbuch
STVO	= Straßenverkehrsordnung
u. a.	= unter anderem, und andere
u. ä.	= und ähnliches
UNO	= United Nations Organisation

Ufta	= Archiv für Urheber-, Film-(Funk-) und Theaterrecht
usw.	= und so weiter
u. v. a.	= und viele andere
u. U.	= unter Umständen
UWG	= Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb
v.	= versus, gegen
VerlG	= Gesetz über das Verlagsrecht
VerwR	= Verwaltungsrechtsprechung in Deutschland
VO	= Verordnung
Vorbem.	= Vorbemerkung
VR	= Volksrepublik
WRV	= Weimarer Reichsverfassung
WuW	= Wirtschaft und Wettbewerb
z. B.	= zum Beispiel
ZBJV	= Zeitschrift des Bernerischen Juristenvereins
Zeitschr.	= Zeitschrift
ZGB	= Schweizerisches Zivilgesetzbuch
ZHR, ZHW	= Zeitschrift für das gesamte Handels- und Wirtschaftsrecht
Ziff.	= Ziffer
ZÖsterR	= Zeitschrift für Österreichisches Recht
ZPO	= Zivilprozeßordnung
ZRP	= Zeitschrift für Rechtspolitik
ZSchweizR	= Zeitschrift für Schweizerisches Recht
ZStW	= Zeitschrift für die gesamte Staatswissenschaft
zust.	= zustimmend
ZZP	= Zeitschrift für Zivilprozeß

KRITISCHER THEIL
(HISTORISCH-VERGLEICHENDE DARSTELLUNG)

4. BUCH
MITTELEUROPAISCHER RECHTSKREIS

HUME UND KANT

1. Zum Gang und zum Adressaten der Darstellung

In den Kapiteln 1–18 ging es um eine Beschreibung der Rechtsmethodik bis zur Gabelung in der Scholastik (Kapitel 1–4), sodann – getrennt – im romanischen (Kapitel 5–10) und im anglo-amerikanischen Rechtskreis (Kapitel 11–18). Die Aufgabe war – namentlich in den Kapiteln 1–2 und 5–18, Dinge zu berichten, die bisher in Deutschland weniger bekannt waren, für die aber in der heutigen Phase des Begegnens der Rechtsordnungen ein größeres Interesse vorhanden ist als früher. Dabei mußte überwiegend auf „Originalmaterial“ und nur gelegentlich auf schon bereitliegende Durcharbeitungen, Lehrbücher und Auswertungen zurückgegriffen werden.

In den noch folgenden Kapiteln 19–29 des historisch-vergleichenden Teils soll der mitteleuropäische Rechtskreis in seinen rechtsmethodischen Besonderheiten zur Sprache kommen. Zu ihm zählen die Rechte Deutschlands, der heutigen Bundesrepublik Deutschland, der Schweiz und Österreichs. Eingeschlossen sind die Ausstrahlungen auf andere Rechtsordnungen¹. Umgekehrt wird niemand leugnen, daß gerade dieser Rechtskreis wichtigste Anregungen von anderen Rechtsordnungen empfangen hat².

Die folgenden Kapitel 19–29 sind als geistes- und rechtsgeschichtliche Einheit mit einem durchlaufenden Gedankengang dargestellt. Dadurch rechtfertigt sich ihre Zusammenfassung zum 4. Buch „Mitteleuropäischer Rechtskreis“ der Gesamtdarstellung. Diese Einheit gliedert sich aber in drei voneinander abgesetzte Abschnitte: (1) Die Kapitel 19–27 schildern die rechtsmethodologische Entwicklung von KANT bis heute innerhalb der von KANT aufgerissenen Spannung von Sein und Sollen. (2) Kapitel 28 widmet sich der Sein-Sollens-Überbrückung durch HEGEL und MARX.

¹ Auf Einzelheiten kommt es dabei hier nicht an. Siehe zur Rechtskreislehre diesbezüglich z. B. ZWEIFERT-KÖTZ I, 161 ff.; zu den „Ausstrahlungen“ etwa DAVID-GRASMAN Nr. 66. ZWEIFERT-KÖTZ verwenden den Ausdruck „deutscher Rechtskreis“, ARMINJON-NOLDE-WOLFF „germanischer Rechtskreis“; in diesem Werk wird „mitteleuropäischer Rechtskreis“ bevorzugt, weil nicht nur Deutschland dazu zählt, und das common law mit gewisser Berechtigung auch „germanique“ genannt werden könnte.

² Vgl. die Ausführungen zu DONNEAU bei STINTZING-LANDSBERG I, 375 ff., als ein Beispiel unter vielen möglichen.

(3) Das sich aus beiden Ansätzen heute darbietende praktische Resultat soll in Kapitel 29 vor Augen geführt werden.

Dadurch ergibt sich im darstellerischen Zusammenhang des Gesamtwerks eine Besonderheit, die zum Widerspruch herausfordern kann: Die hegelianisch-marxistische Rechtsauffassung, die das Rückgrat der Methodik des „sozialistischen Rechtskreises“ darstellt, wird auf diese Weise innerhalb des mitteleuropäischen Rechtskreises abgehandelt (wodurch auch der äußere Umfang von Band III an die Grenzen des Tunlichen stößt). Es soll nicht geleugnet werden, daß es den sozialistischen Rechtskreis gibt und daß er über eine spezifische Methodik verfügt. Aber *neben* dem Hinweis auf den den religiösen Rechten nahestehenden Charakter des marxistischen Rechts in Kapitel 2 oben *und* der für den mitteleuropäischen Rechtskreis *auch* erforderlichen, und eigentlich nur aus seinem geistesgeschichtlichen Zusammenhalt erklärbaren Behandlung dieses sozialistischen Rechts wäre ein eigener Teil „Methodik des sozialistischen Rechtskreises“ zu einer Wiederholung von schon Gesagtem geworden. Kapitel 2 V und Kapitel 28 sollen daher einen solchen Teil ersetzen. Die sachliche Rechtfertigung dieses darstellerischen Vorgehens mag in dem erwähnten Sein-Sollens-Bezug von Hegelianismus und Marxismus, eine personenbezogene darin gesehen werden, daß HEGEL und MARX ihren philosophischen Standort im deutschen Spätidealismus haben.

Der Bericht über die Entwicklung der Rechtsmethodik im mitteleuropäischen Rechtskreis ist nicht nur für Leser aus diesem Rechtskreis bestimmt, sondern in erster Linie für solche *aus anderen Rechtskreisen*. Der gedachte Adressat der Darstellung ist etwa ein anglo-amerikanischer, französischer, südamerikanischer, buddhistischer Jurist, der sich über die Eigenheiten des Rechtsdenkens als solchem in der geistigen Heimat von KANT, HEGEL, SAVIGNY und IHERING im Überblick unterrichten will.

II. Verhältnis zu vorhandenem Schrifttum

Der grundlegende Unterschied zu den Kapiteln 1–18 besteht dabei darin, daß „aufarbeitende“ Literatur in reichem Maße vorhanden ist. Es handelt sich um Werke von so großem Gewicht, daß die nachfolgenden Kapitel 19–29 zu Einzelheiten nicht viel Neues beitragen können und wollen und vor allem auch nicht der wissenschaftlichen Höhe jener Aufarbeitungen nachzueifern bestrebt sind. Nur in der Gewichtung wird sich im Verhältnis zum bisherigen Schrifttum mancherlei Neues ergeben.

Wer sich über die spezifisch mitteleuropäische „Entwicklung der Rechtsmethodik“ orientieren will, greife, wenn er von den Juristenpersönlichkeiten ausgehen will, zum STINTZING-LANDSBERG oder zu ERIK WOLFS „Großen Rechtsdenkern“; wenn ihn der geistesgeschichtliche Ansatz bewegt, zu WIEACKERS „Privatrechtsgeschichte der Neuzeit“ oder zu KOSCHAKERS „Europa und das römische Recht“; wenn er die Zeit von SAVIGNY bis heute aufgeschlüsselt studieren möchte, zum historisch-kritischen Teil von LARENZ' „Methodenlehre der Rechtswissenschaft“; und wenn er erfahren will, „wie man's heute in Westdeutschland macht“, zum ENNECCERUS-NIPPERDEY, wiederum zum LARENZ, zu ESSERS „Grundsatz und Norm“³, zu den anderen Methodenlehren oder zu methodisch engagierten Lehrbüchern des materiellen Rechts.

Daß angesichts dieser Fülle hervorragender Werke zur Rechtsmethodik im mitteleuropäischen Rechtskreis, seit er sich ein eigenes Gesicht gab⁴, überhaupt noch einmal eine Darstellung versucht wird, hängt einerseits mit der Absicht dieses Werkes zusammen, Rechtsmethoden zu *vergleichen* – und man kann nur vergleichen, wenn man die einzelnen Teile kennzeichnet, die man vergleichen will –, andererseits mit dem Wunsch, bestimmte Akzente zu setzen. Diese Betonungen sind als *Ergänzungen* zu den vorliegenden Zusammenfassungen und Theorien der Methodenentwicklung gemeint. Sie betreffen vor allem den Einfluß DAVID HUMES und KANTS (Kap. 19), die Rolle des Idealismus und die Bedeutung SAVIGNYS (Kap. 20), die Begründung des Positivismus (Kap. 21) und die Begriffsjurisprudenz (Kap. 22), die Bedeutung IHERINGS (Kap. 23), neue Anstöße aus der Rechtsphilosophie (Kap. 24) und den dann einsetzenden Pendelschlag zwischen Naturrecht und Rechtspositivismus (Kap. 25), die Fortsetzung der empirischen Tradition (Kap. 26) und eine zusammenfassende Würdigung der sog. „Wertungsjurisprudenz“ (Kap. 27). Alle diese Schwerpunkte der rechtsmethodischen Entwicklung liegen auf dem Feld der seit HUME und KANT problematisierten Sein-Sollens-Spannung. Dem entgegengesetzt sind HEGELS und MARX' – auch rechtsmethodisch erhebliche – Überbrückung, ja Leugnung jener Spannung (Kap. 28). Das praktische Anliegen wird verfolgt in einem Referat der heute vorwiegend vertretenen Methodenlehren im mitteleuropäischen Rechtskreis (Kap. 29).

Es kann, wie gesagt, nicht darum gehen, neben die Standardwerke einen konzentrierten und dabei notwendigerweise inhaltlich entleerten

³ Siehe zu allen Genannten das Verzeichnis abgekürzt zitierter Literatur.

⁴ Dazu das Folgende, insbes. über HUME und KANT.

Abguß zu stellen. Der Ehrgeiz der folgenden zehn Kapitel besteht gewiß nicht hierin. Auf der anderen Seite erscheint es doch notwendig, nach der vorhergehenden Skizze der Methodenentwicklung vor der Hochscholastik, im romanischen Rechtskreis und im anglo-amerikanischen Bereich ein paar Hinweise auf den mitteleuropäischen Rechtskreis zu geben. Das dient jedoch nicht der gleichmäßigen Beschreibung aller methodenbezüglichen Vorgänge zwischen KANT und heute, sondern einesteils dem Vergleich mit den vorher geschilderten Rechtskreisen, andernteils der Vorbereitung des eigenen Standpunkts. Dies sind die beiden ausschließlich zugrunde gelegten Kriterien bei der Auswahl des Stoffes.

In den Mittelpunkt jener zweihundert Jahre wird absichtlich das Werk RUDOLPH VON IHERINGS gesetzt. Das ihm voraufgehende Jahrhundert wird als ein auf IHERING zulaufendes geschildert, die nach ihm folgenden achtzig Jahre werden im Hinblick auf die von IHERING ausgehenden Einflüsse durchleuchtet. Den Grund für dieses darstellerische Vorgehen gibt wiederum nicht nur die Bedeutung IHERINGS, wenn auch natürlich sie allein, die bisher trotz aller Würdigung wohl doch noch zu wenig hervorgehoben wurde, Anlaß genug wäre. Es handelt sich um einen Gesichtswinkel, welcher der Vergleichung mit den beiden anderen großen Rechtskreisen und auch der Vorbereitung des eigenen Standpunkts am meisten dienlich ist.

Zugegebenermaßen wird dadurch die Perspektive gegenüber STINTZING-LANDSBERG, WIEACKER und LARENZ verschoben. Eben dies wird als Akzent der Darstellung angestrebt. IHERING überragt in seiner Bedeutung als Rechtsmethodiker im Sinne einer allgemeinen Methodik des Rechts alle anderen. Er schrieb seine Werke, auf die es hier ankommt, zwanzig bis dreißig Jahre vor HOLMES und fünfzig Jahre vor GÉNY. DURKHEIM, DUGUIT und HAURIOU bauten auf ihm auf.

Aber auch IHERING wird nur verständlich, wenn man ihn in die große Entwicklung einreihet, die mit der durch den Augsburger Religionsfrieden im Jahr 1555 in Deutschland „gekappten“ Renaissance begann, durch KANT aufgegriffen, durch HERDER, GOETHE und HEGEL umgeprägt, durch SAVIGNY und PUCHTA juristisch gefaßt und, nach IHERINGS zukunftsweisendem Dazwischentreten, durch die weiteren Entwicklungen der juristischen Methodik bis heute fortgeführt wurde.

Mit der Beschreibung „mitteleuropäischer“ Rechtsmethodik wird der historisch-vergleichende, kritische Teil abgeschlossen. Ein zweiter Teil des Werkes soll einem eigenen Beitrag in rechtsmethodischer Absicht gewidmet sein (Kap. 30–36).

III. Die Trennung von Sein und Sollen als philosophische Maxime bei Hume und Kant und der bestimmende Einfluß dieser Trennung auf die rechtsmethodische Entwicklung im mitteleuropäischen Rechtskreis in den letzten 200 Jahren

1. Vergleich mit dem romanischen und dem anglo-amerikanischen Rechtskreis

Von der bewußt anti-scholastischen, gegen das Naturrecht gewandten, mit ANSELM VON CANTERBURY beginnenden und bis heute tonangebenden sollenszugewandten Haltung des anglo-amerikanischen Rechtskreises war ausführlich die Rede⁵. Das gleiche gilt von dem gegensätzlich ausgerichteten, in erster Linie einem naturrechtlichen Seins-Gehorsam verhafteten romanischen Rechtskreis, sei es in der älteren katholisch-royalen, sei es in der jüngeren laizistischen Version⁶.

Mitteleuropa bildete im Vergleich zu diesen beiden Rechtskreisen bis zur Mitte des 18. Jahrhunderts keinen dritten. Das Naturrecht galt, und selbst dort, wo – im Gefolge der Spanier, der Holländer und des ALTHUSIUS – an die Stelle des verordneten Naturglaubens der Vernunftglaube getreten war, beherrschte der Primat des Seins und die Frage nach dem, was der natürlichen Lage angemessen sei, voll die juristische Szene.

Das änderte sich, als IMMANUEL KANT eine „Beobachtung“ von DAVID HUME aufnahm und daraus die Basis seiner Moralphilosophie machte, den Satz nämlich, daß aus dem Sein kein Sollen und aus dem Sollen kein Sein gefolgert werden könne. Der Standort dieses Satzes in der Denkwelt HUMES und KANTS ist unten zu bestimmen. Hier ist festzustellen, daß und mit *welch* unerhörten und für den Fortschritt der Wissenschaft allgemein und des Rechts im besonderen schlechthin bestimmenden Folgerungen die allgemeine Annahme dieser Maxime in Mitteleuropa wirksam wurde⁷.

⁵ Oben Kap. 11 und 18. Wenn WELZEL, Naturrecht und materiale Gerechtigkeit, 4. Aufl. 1962, 70, 72, insbes. 79, auf die „Empirie“ und das sich des Einzelfalles annehmende, regelkritische Denken bei JOHANNES DUNS SCOTUS und auf den dieses Denken fortsetzende Nominalismus WILHELMS VON OCKHAM hinweist, so werden damit die obigen Ausführungen von einem anderen Blickwinkel aus bestätigt. DUNS wurde auf dem Kontinent der „doctor subtilis“ genannt. Darin liegen zugleich der Respekt und die Kritik der Entelechial-Naturrechtler.

⁶ Oben Kap. 10.

⁷ Unten III, IV zu HUME und KANT. WELZEL, aaO, 102, meint, der Gegensatz von Sein und Sollen sei als Problem des Naturrechts vor allem durch die Reformation, und hier durch LUTHERS Naturrecht von Bedeutung geworden. Das ist richtig, soweit damit LUTHERS Wiederanknüpfung an die eleutherische Extraposition, d. h. an die Aus-

2. Der allgemein-philosophische Inhalt des Satzes und seine Auswirkung auf das Denken von Recht

a) Philosophie und Epistemologie

Für die aristotelisch-scholastische Entelechie war der Gegensatz von Sein und Sollen kein Problem gewesen, denn der Sollzustand war dem Sein immanent. Für die Tragik des „mittleren Plato“ und für die fragende Frömmigkeit der christlich gewordenen Angelsachsen und Normannen war „Sein und Sollen“ ebenfalls kein philosophisches Kernthema. Die sokratische Idee und später Gott der Herr durch seine Gebote und Offenbarungen waren Quellen für Handlungsaufträge an den Menschen ohne Rücksicht auf, ja oft gerade gegen angebliche Naturrechtssätze. Der Augustinismus hatte die Sein-Sollens-Problematik in die manichäisch konzipierte Dualität des Gottesstaats auf Erden hineingebunden und hatte, nachdem sich die karolingische Kaiseridee als undurchführbar erwies, außer seiner philosophischen auch seine politische Überzeugungskraft verloren. Die Reformation griff den tragisch-eleutherischen Ansatz mit aller Radikalität wieder auf und konnte das Sein als sterblich-weltlich abtun.

Der erste, der eigentlich mit Fug die Sein-Sollens-Frage hätte stellen können, war SPINOZA, der die christlich-reformierte Gesellschaft Hollands rationalisierend säkularisierte, dabei ihre Existenzbedingungen verkannte und folglich die Vernunft moralisch hypostasieren mußte. Für SPINOZA hätte zur Stellung der Sein-Sollens-Frage um so mehr Anlaß bestanden, als er auf MAIMONIDES, EBREU und die reife jüdische Kabbala zurückgreifen konnte und zurückgriff, die ohnehin gezwungen gewesen waren, eine dem Christentum in seinen beiden Varianten, Entelechie und Eleutherik, ebenbürtige Lebensphilosophie zu entwickeln, wozu die strikte Sein-Sollens-Trennung das beste Mittel war und ist. Zwar haben die Kabbala und, ihr folgend, SPINOZA jene Lebensphilosophie nicht entwickelt, sondern den entscheidenden Schritt abendländischer Säkularisation KANT überlassen. Aber in kühnem Vorgriff hatten sie die *erkenntnistheoretisch* zugehörige letzte Folgerung dieser Philosophie, die Subjekt-Objekt-Identifizierung und damit die „Heilung“ der Sein-Sollens-Kluft, auf moralischem Gebiet schon gezogen. SPINOZA wiederholte nur diese Subjekt-Objekt-Identifikation, und HEGEL wiederholte nur SPINOZA. Fast seherisch hatte die KABBALA diesen Teil, das Ende der Sein-Sollens-Trennung, vorhergesagt.

geliefertheit des Seins an Gottes Sollensgebote gemeint ist; unrichtig aber, soweit es um eine echte zweipolige Spannung von Sein und Sollen geht. Diese setzt eine säkulare Zwei-Reiche-Lehre voraus, die nicht schon LUTHER, sondern im Grunde erst KANT vertrat. Zum „Voluntarismus“ unten Kap. 35.

Was SPINOZA nicht tat, die reformierte Idee des Menschen philosophisch genau zu fixieren, leistete KANT. Er führte die Welt der Erscheinungen auf die Dreiheit Subjekt-Objekt-Vernunft zurück, verlieh also dem erkennenden Ich die Vernunft als Mittel der individualisierten Welteroberung. Die Wertungsfrage war in dieser säkularisierten, „entpolisierten“ (oder soll man sagen: entpolitisierten) Vernunftwelt nur dadurch zu lösen, daß dem einzelnen eine ihm innewohnende wertende Instanz, für KANT „das Gewissen in mir“, zuerkannt wurde. So konnte KANT beides, Sein und Wertung, auf „den gestirnten Himmel über mir“ und „das Gewissen in mir“ zurückführen. Diese Deduktion auf Ich, Umwelt und (sowohl das Objekt erkennende wie durch das Subjekt wertende und damit Ich und Umwelt erschöpfend verbindende) Vernunft zwang zur klaren Trennung von *Sein* und *Sollen*, eine von DAVID HUME vorformulierte Grundunterscheidung.

Der allgemein-philosophische Gehalt des Trennungssatzes ist also eine Aussage über die Ich-Umwelt-verbindende geistige Beziehung, genannt Vernunft, derart, daß diese, letztlich wohl aus empirisch beobachtetem Grunde, auf eine Umwelt-bezogene Seinskomponente und eine Ich-bezogene Sollens-(Wertungs-)Komponente zurückgeführt wird. Statt im Sein wird das Sollen im „Kategorischen Imperativ“ verankert und damit autonom gemacht.

Zwei Dinge, in sich zusammengehörig, fallen bei dieser denkbar einfachen philosophischen Einkleidung des durch die Reformation im Subjekt wieder freigesetzten Menschenbildes aus dem Rahmen der Betrachtung heraus: Die extraponierende (tragische oder eleutherische) Haltung des „kantischen“ Subjekts und die polis-politische oder christlich-politische (vgl. dazu im Neuen Testament LUKAS 22, 24) Organisation dieses Subjekts.

KANT individualisierte den erst reformierten und dann säkularisierten Christen, und dadurch entpolisierte er ihn zugleich. Trotz aller politisch-schriftstellerischen Bemühungen gelangte er nicht zu einer politischen Verortung des Menschen⁸.

⁸ Hieran änderte auch das „Immediatverhältnis“ nichts, das – nach FRIEDRICH MEINECKE, *Weltbürgertum und Nationalstaat*, 7. Aufl. 1928 – in einem gesamtnationalen staatsbürgerlichen Bewußtsein, in einer „gesamtdeutschen Anteilnahme“ (WIEACKER, *Privatrechtsgeschichte*, 350) an politischen Ereignissen zum Ausdruck kam. Selbst wenn es so etwas vor und zu KANTS Zeiten gegeben haben sollte: Ein gesamtstaatliches Bewußtsein in dem Sinne, daß man als politische Gemeinschaft Beschlüsse zur Regelung gemeinsam-eigener Angelegenheiten fassen kann, war aufgrund der in Deutschland fehlenden Umsetzung des Laienpriestertums der Reformation in politische Meinungsbildung in jener Zeit und noch lange danach nicht zu finden. Dies ist damit gemeint, wenn hier wiederholt gesagt wird, die deutsche Gesellschaft sei im wesentlichen bis heute eine

Aus der ontologischen Prämisse folgt die epistemologische Konsequenz: Wenn man mit KANT Ich, Umwelt und Vernunft nach den Kategorien von Sein und Sollen trennt, stellt sich die Erkenntnisfrage mit Nachdruck. Für das Recht wird dies besonders wichtig sein.

b) Wirkungen auf die Rechtsmethode

Damit sind die *rechtlichen Implikationen* der HUME-KANTSchen Sein-Sollens-Trennung umrissen und der Unterschied zu den beiden anderen großen abendländischen Rechtskreisen (oben 1) bestimmt.

Das HUME-KANT-Axiom wirkt sich auf die Methode des Rechts in zumindest drei Hinsichten aus:

Mit der klaren Trennung von Sein und Sollen war in erster Linie dem Naturrecht die Glaubwürdigkeit entzogen, weil es davon lebt, dem Sein ein Sollen, die Entelechie, abzugewinnen. Seit LUTHER war die Entelechie, die Sollensgerichtetheit des Seins, schon ins Wanken geraten, aber seit HUME und KANT war das katholische und jedes Naturrecht philosophisch für immer in die Verteidigung gedrängt und damit zu einer zwar respektablen, aber doch Individual- und Sonderethik abgesunken.

Der andere Rechtsbezug des Axioms ist der folgende: Mit der tragischen und christlich-reformierten Gläubigkeit ist die Trennung von Sein und Sollen an sich verträglich. Für extraponierende Philosophien ist die Sein-Sollens-Divergenz im Grunde eine Selbstverständlichkeit. Aber diese Philosophien haben kein Problemverhältnis zum Sein. Denn für sie ist das Sein machbar. Der Primat des Sollens ist so stark, daß das Sein eine steuernde Funktion gar nicht einnehmen kann. Den Tragikern ist alles machbar, den Polis-Griechen durch Beschluß auf der Agora ohne jeden Schutz bestehender Rechte, den Wikingern und Indianern durch beschlossenen Kampf. Den Eleutherikern zählt das Sein als „Welt“, die überwunden ist in Christus, die den Glauben und die Gläubigen „nicht kennt“. Gottes Wille ist alles, was in ihm ist, ist eine neue, von neuem Sollen bestimmte Kreatur. Für HUME und KANT jedoch stehen Sein und Sollen in einem Verhältnis der Gleichberechtigung. Der gestirnte Himmel und das subjektive Gewissen sind gleichwertige Pole eines offen bleiben-

vorrevolutionäre. Auch WIEACKER sagt, ganz unvermittelt nach der Hervorhebung des „Immediatverhältnisses“, schon auf S. 351, daß in Deutschland „eine kulturelle Blüte außerhalb der großen politischen Hauptstädte . . . von der gesellschaftlichen Aktion zum ‚Dichten und Denken‘ ab(lenkte)“. Aber warum lag denn Deutschland „außerhalb der großen politischen Hauptstädte“, nachdem es bis zum Beginn der Reformation, ja zunächst sogar durch sie selbst, im Mittelpunkt gelegen hatte? Vgl. zum Ganzen auch die Hinweise bei WIEACKER, aaO, auf DILTHEY, BRUNSCHVICG und die zeitgenössische Literatur; weiterhin THOMAS BRUNS, KANT et l'Europe, Étude critique de l'interprétation et de l'influence de la pensée internationaliste kantienne, Diss. Saarbrücken 1973.