

Geschichte der Methodenlehre

Eine Darstellung anhand des doppelbändigen Werks „Recht als Wissenschaft“ von Prof. Dr. Dr. h.c. Jan Schröder Teil 2: 1933 bis 1990

RiSG 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 folgende zweite Teil des Aufsatzes soll die Geschichte dieser Disziplin zwischen 1933 und 1990 zusammenfassen (siehe zu Teil 1 – die Zeit von 1500 bis 1933 – Heft 2/2024). Dies erfolgt durch eine Zusammenfassung eines doppelbändigen Werks von Prof. Dr. Dr. h.c. Jan Schröder namens *Recht als Wissenschaft*, im Folgenden Teil II. 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.

F. Die Zeit von 1933 bis 1945 – Der Nationalsozialismus

Wir kommen nun zur schwärzesten Zeit der deutschen Geschichte: Die Zeit von 1933 bis 1945. Hier ändert sich der Blickwinkel. Um es mit den Worten des Autors (auch im Hinblick auf den dann folgenden Abschnitt zur DDR) zu sagen:

„In der Tat wird man die Rechtsquellen- und Methodenlehre des Nationalsozialismus und der DDR wohl nur selten zur aktuellen rechtstheoretischen Belehrung benutzen. Sie ist aber ein durchaus lohnender Forschungsgegenstand, wenn man die Eigentümlichkeiten einer Rechtswissenschaft unter den Bedingungen einer Diktatur verstehen will“ (Teil II, S. 4).

Die Ausführungen helfen also nicht bei der Rechtsauslegung, sondern zeigen, wie sie nie wieder sein darf.

I. Die Rechtsquellenlehre

Der Bruch zur vorherigen Rechtsquellenlehre zeigt sich daran, dass die wertneutrale Rechtsauslegung anhand des Willen des Gesetzgebers (siehe dazu: Teil I, E. I., Ausgabe 2/2024, Seite 172) verlassen wurde und statt dessen auf Autorität und Ideologie als Argumente zurückgegriffen wurde.

Die Rechtsquellenlehre durchzog ein Widerspruch zwischen diesen Prinzipien. Das Recht musste dem Willen des „Führers“, aber auch der „völkischen“ nationalsozialistischen Weltanschauung entsprechen (Teil II, S. 5). Es überwog die Ansicht, dass die Ordnung in der Rechtsüberzeugung des Volks selbst wurzelte (Teil II, S. 6), tatsächlich hatte aber der Wille Hitlers den Vorrang (Teil II, S. 15).

Das „völkische“ Prinzip war auch mit der Praxis der Gesetzgebung schwer vereinbar. Gesetze erlassen konnten Reichstag und Reichsregierung, sie wurden aber schnell als „Rechtsakte des ‚Führers‘“ angesehen (Teil II, S. 8). Man musste Hitler also zum „ersten Interpreten des Volksbewusstseins“ erklären (Teil II, S. 8). Neben Gesetzen galten auch „gesetzesgleiche Führerverordnungen“ und „sonstige Bestimmungen des Führers“ als Rechtsquelle, wenn der Wille, Recht zu setzen, unzweideutig zum Ausdruck kam (Teil II, S. 9).

Als ungeschriebenes Recht wurde Gewohnheitsrecht allgemein anerkannt (Teil II, S. 10). Es spielte aber in der Praxis eine geringe Rolle (Teil II, S. 11). Daneben trat das „Volksrecht“, das im Gegensatz zum Gewohnheitsrecht keiner „ständigen Übung“ bedurfte (Teil II, S. 11). Hierauf konnte der Richter bei Lücken des geschriebenen Rechts zurückgreifen. Überwiegend wurde dabei eine Einordnung als Richterrecht vermieden (Teil II, S. 12).

Bei der derogierenden Kraft von Gewohnheitsrecht wurde differenziert. „Altes Recht“ (vor 1933) konnte Gewohnheitsrecht nach „mehreren Autoren“ durchaus abändern. Dies galt allerdings nicht im Verhältnis zu „nationalsozia-

listischen Führungsentscheidungen“ (Teil II, S. 12). Ähnlich verhielt es sich auch mit dem Verhältnis von Gesetz zum „Volksrecht“ (Teil II, S. 13).

Eine Normenkontrolle gab es nicht mehr. Wegen des absoluten Vorrangs der Führung hatte der Richter kein Recht zur Überprüfung nationalsozialistischer Gesetze (Teil II, S. 14). Uneinigkeit bestand nur über die Möglichkeit der Kontrolle untergeordneter Normgeber (Teil II, S. 14).

Zusammenfassend zeigen sich in der Rechtsquellenlehre – so der Autor – die „Bedingungen einer ideologischen Diktatur: Recht ist der Wille des Diktators (autoritäres Prinzip). Ist er aber nicht feststellbar, dann tritt die offizielle Weltanschauung (ideologisches, hier „völkisches“ Prinzip) an seine Stelle“ (Teil II, S. 56 f.). Eine wichtige Folge war das Fehlen einer Gewaltenteilung (Teil II, S. 14).

II. Methodenlehre

1. Interpretationstheorie

In der Interpretationstheorie zeigen sich die Auswirkungen der Diktatur noch konkreter und damit noch verstörender. Der Nationalsozialismus griff bei der Interpretation auf bekannte Denkfiguren, die objektive und die subjektive Theorie, zurück (S. 15 ff.). Ziel der Auslegung war aber nun, den Willen des Diktators und die „völkische“ Ideologie zur Geltung zu bringen. Dabei ließ sich das erste, das autoritäre Prinzip, für nationalsozialistische Gesetze gut durch die subjektive Theorie durchsetzen, das zweite, das „völkische“ Prinzip, über die objektive Theorie (S. 16 f.).

Die objektive Theorie sah eine Auslegung der Gesetze im Sinne der „nationalsozialistischen Weltanschauung“ vor. Diese Auslegung konnte in Konkurrenz zum „Führerprinzip“ geraten (siehe oben: F. I.). Dem klaren Willen der Führung durfte sie sich nicht widersetzen, konnte Gesetze aber im Einklang mit der Ideologie „verbessern“ (S. 19). Dies erfolgte über die nationalsozialistischen Grundsätze zur „Gemeinschaft“ und der „Rasse“ (S. 19 ff.). Ersteres zeigte sich etwa im Strafrecht, wenn beim Landesverrat der Grundsatz „*ne bis in idem*“ (keine zweifache Bestrafung für eine Tat) nicht gelten sollte (S. 20). Auf das zweite Prinzip wurde etwa zurückgegriffen, wenn eine Ehe für anfechtbar gehalten wurde, weil der Ehepartner nicht wusste, dass der Ehegatte Jude ist (S. 26).

Die subjektive Theorie ermöglichte eine Auslegung nach dem historischen Willen der Führung. Sie war allerdings weniger für eine Anpassung „vorrevolutionären“ Rechts geeignet (S. 29). Hier wurde entweder eine Orientierung am Willen des Gesetzgebers aufgegeben, eine Lücke unterstellt oder eine Korrektur über Generalklauseln (etwa

§ 242 BGB) vorgenommen (S. 29 f.).

Bei der Rechtsfindung neben dem Gesetz griff die nationalsozialistische Rechtswissenschaft weniger auf die Analogie als auf „völkische Rechtsanwendung“ zurück (S. 31 ff.). Eine Lückenfüllung sollte nach dem „völkischen Rechtsempfinden“ erfolgen (S. 35). Eine (äußere) Lücke des Gesetzes lag nach der objektiven Theorie vor, wenn „das Rechtsbewusstsein der Gemeinschaft eine im Gesetz nicht enthaltene Regelung eindeutig fordert[e]“ (S. 30). Auch hier geriet die subjektive Theorie in Konflikt mit der neuen Ideologie, da nach ihr die gesetzgeberischen Wertungen entscheidend waren, die bei Gesetzen vor 1933 abweichend sein konnten (S. 31).

Die subjektive Theorie war aber für Juristen geeignet, die sich vereinzelt der NS-Ideologie entgegenstellten (S. 38 ff.).

2. Theorie der wissenschaftlichen Rechtsbearbeitung

In der wissenschaftlichen Rechtsbearbeitung zeigt sich, wie tiefgreifend die Jurisprudenz durch den Nationalsozialismus verändert wurde.

Die Rechtswissenschaft gab ihre vorherige Wertneutralität auf und unterstellte sich dem „völkischen“ Gedanken. Die „neue Wissenschaft“ sollte nicht einmal mehr objektiv sein (S. 42). Für die Absage an „normativistisches“ Denken wurde der Begriff des „konkreten Ordnungsdenkens“ geprägt (S. 42 ff.). Dies lief auf eine Art „Fallrecht“ hinaus (S. 44).

Dabei kehrte die Rechtswissenschaft zu sog. „Wesensbegriffen“ zurück und definierte Begriffe nicht mehr teleologisch, nach dem Zweck. Dies richtete sich gegen „relativistisches“ und „pluralistisches“ Denken der vorherigen Zeit (S. 44). Eine Theorie der „Wesensschau“ wollte dabei sogar ganz auf Definitionen verzichten. Elementare strafrechtliche Begriffe wie etwa Diebstahl, Raub, Ehrverletzung oder „Volksverrat“ seien nicht „Kunstprodukte des Gesetzgebers, sondern geschichtlich gewordene, im ‚Volksbewusstsein‘ lebendige Vorstellungen“ (S. 47). Selbst Autoren, die diesem Ansatz wohlwollend gegenüberstanden, bezeichneten dies als „intuitionistischen Irrationalismus“ (S. 48).

Zudem gab es einen Wandel von abstrakten zu konkreten Begriffen („Typusbildung“). Die „völkische“ Rechtswissenschaft müsse nicht nur neue Begriffe bilden, sondern die Abstraktion überhaupt aufgeben, so Larenz (S. 46). Abstrakte Begriffe seien „hohl und leer“ (S. 48). Diese sollten vielmehr „dialektisch“ als „konkret allgemein“ erfasst werden (S. 48). Zur traditionellen Logik mit ihren klassifizierenden Begriffen, die Gattungen und Arten scharf unterscheidet, hatte diese Lehre „keine Beziehung mehr“ (S. 49). Damit wurde eines der grundlegendsten Prinzipien, die Sub-

sumtion unter Begriffe zur Falllösung, aufgegeben (S. 56). Abweichend davon gab es eine Typusbildung in der Lehre vom „Tätertyp“ im Strafrecht, die sich heute noch immer im Wortlaut des Mordparagrafen findet (§ 211 Abs. 2 StGB: „Mörder ist, wer [...]“).

Allerdings gab es auch Gegner dieses „neuen Denkens“, die allerdings nicht weniger überzeugte Nationalsozialisten sein mussten (S. 53). Manche Juristen hielten am teleologischen Denken und der Interessenjurisprudenz fest (S. 54). Auch mit dem Fallrechtsdenken gingen nicht alle Autoren konform (S. 55).

In diesen Teil zeigt sich, dass die Rechtswissenschaft in der Nazizeit „irrationale und wissenschaftsfeindliche Züge“ hatte (S. 56).

G. Die Zeit von 1945 bis 1990 in der DDR – Die reale Diktatur der Partei

Auch diese Ausführungen helfen nicht bei der aktuellen Rechtsauslegung, sondern schärfen das Verständnis der Methodenlehre anderweitig (siehe oben F.). Soweit ein Vergleich zum Nationalsozialismus gezogen wird, geht es dem Autor nicht um einen vollumfänglichen Vergleich, sondern um die Darstellung, wie Rechtswissenschaft unter „den Bedingungen einer Diktatur“ funktioniert. Als eine solche sieht der Autor „aus Sicht der freiheitlich-pluralistischen Demokratien“ auch die DDR an, und zwar als „die reale Diktatur der Partei“ (S. 59). Damit ist natürlich keine Gleichsetzung der Systeme gemeint, schon gar nicht, was das verursachte Leid und Unrecht angeht.

I. Die Rechtsquellenlehre

Wie im Nationalsozialismus konkurrierten in der Rechtsquellenlehre ein autoritäres und ein ideologisches Prinzip. Das Recht sollte aus dem Willen der Rechtsgemeinschaft, letztlich der Partei, hervorgehen, aber auch einen bestimmten Inhalt haben. Nach den „Klassikern“ (etwa: *Marx/Engels*) ergab sich der Inhalt des Rechts aus den „materiellen Lebensbedingungen“. Mit der Veränderung der ökonomischen Grundlage sollte sich der „Überbau“ umwälzen (S. 65). Dies wurde Ende der 50er Jahre in der DDR insofern aufgenommen, als in der Rechtstheorie die „objektiven Gesetze der gesellschaftlichen Entwicklung“ in den Vordergrund traten (S. 64). Daraus ergab sich dann die Antinomie zwischen den Prinzipien: Parteiwille und „objektive Gesetze“ mussten schließlich nicht immer übereinstimmen. Die Lösung war, wie im Nationalsozialismus (Hitler als „erster Interpret des ‚Volkswillens‘“): Die Partei hatte das Monopol bei der Entscheidung über „den richti-

gen Weg“ (S. 66).

Die im Grunde einzig relevante Rechtsquelle in der DDR war der „Normativakt“. Das Gegenstück war der „Individualakt“, eine Gerichtsentscheidung oder ein Verwaltungsakt (S. 67). Gesetze waren Normativakte der Volkskammer (S. 68), weitere Normativakte stammten von der Regierung. Hier gab es eine „verwirrende Vielfalt“ (S. 68).

Gewohnheitsrecht wurde in der Rechtswissenschaft der DDR wenig erörtert. Hierunter fielen vom Staat „sanktionierte“ Normen, im Gegensatz zu von ihm „festgelegten“ Normen (Normativakte, S. 71). Die Anerkennung sanktionierter Gewohnheiten als Recht bedeutete aber noch keine Anerkennung des Gewohnheitsrechts als Rechtsquelle. Hierfür wäre nach kontinentaleuropäischer Tradition eine vorstaatliche Rechtsüberzeugung notwendig. Ein solches Rechtsbewusstsein konnte sich aber unter den Bedingungen der Parteidiktatur nicht ohne Mitwirkung des Staats bilden (S. 70).

Richterrecht schied als Rechtsquelle über den konkreten Fall hinaus aus. Für eine Erstarkung einer ständigen Rechtsprechung zu Gewohnheitsrecht fehlten – wie soeben dargestellt – die Voraussetzungen. Ohne Mitwirkung der Partei konnte es kein Recht geben (S. 71 f.). Dementsprechend war natürlich auch eine Normenkontrolle durch die Gerichte nicht möglich. Die Kontrolle von Normen anhand der Verfassung stand nur den gesetzgebenden Organen zu (S. 75).

II. Methodenlehre

1. Theorie der Gesetzesinterpretation

Bei der Gesetzesinterpretation setzte sich das Spannungsverhältnis zwischen autoritärem und ideologischem Prinzip (siehe oben: F. II.) fort. Ziel der Auslegung war es zwar, den Willen des Gesetzgebers zu erschließen, die Auslegung sollte aber auch „parteilich“-sozialistisch sein (S. 80). Im Zweifel hatte die „parteiliche“ Auslegung den Vorrang (S. 96).

Als Hilfsmittel wurden einerseits die „Elemente“ *Savignys*, also das grammatische, logische, historische und systematische Element (siehe oben: D. II. 2. a.), anerkannt. Andererseits entwickelten sich neue Instrumente im Dienste der „parteilichen“ Interpretation. Dies erfolgte über eine „erweiterte historische Auslegung“ oder ein „soziologisch-funktionelles Element“. Eine genauere Ausarbeitung dieser ergänzenden Elemente erfolgte aber selten (S. 82). Diese Auslegung trat an die Stelle einer Interpretation nach dem (jeweiligen) Zweck der Vorschrift, die in der vorherigen „bürgerlichen“ Auslegungslehre bestimmend war (siehe

oben E. II. 1.). Statt verschiedener Zwecke waren „einheitliche gesellschaftliche Bedürfnisse“ relevant. Insbesondere eine Auslegung nach unterschiedlichen Interessen wurde abgelehnt (S. 83). Einen Widerspruch zwischen Interessen konnte es in der sozialistischen Ordnung nicht geben. Der Ausschluss eines gutgläubigen Erwerbs von Volkseigentum verletze etwa nicht die Interessen des „gescheiterten Erwerbers“, da „der Schutz des Volkseigentums stets auch dem Interesse des werktätigen Bürgers“ diene (S. 83).

Grenze der Auslegung war für den Richter an sich der Wortlaut (S. 84). Dies war allerdings umstritten und stand einer „vorsichtigen Distanzierung“ hiervon im „Ausnahmefall“ nicht entgegen. „Altes Recht“, das nicht aufgehoben worden war, sollte sich dabei „automatisch mit sozialistischem Inhalt gefüllt“ haben und wurde entsprechend ausgelegt (S. 88). Hierunter fiel etwa die „wortlautverändernde“ Auslegung der §§ 932 ff. BGB, wenn ein gutgläubiger Erwerb von Volkseigentum nicht anerkannt wurde (S. 90). Häufig erfolgte aber auch eine Verwerfung des Rechts durch eine „Art politische Normenkontrolle“ (S. 96).

Wegen der Abneigung der DDR-Juristen gegen richterliche Rechtsfortbildung gab es wenig Literatur zur Problematik von Gesetzeslücken. Soweit es Erörterungen gab, waren für die Lückenfüllung die „Bedürfnisse der sozialistischen Gesellschaft“ maßgebend (S. 93). Hier war die Analogie als rechtstechnisches Instrument zwar akzeptiert, aber „ungeliebt“ (S. 96). Eine freie Rechtsfindung hatte nur wenige Anhänger (S. 95).

2. Theorie der wissenschaftlichen Rechtsbearbeitung

Die Rechtswissenschaft in der DDR sollte das Recht nicht, wie in der „bürgerlichen“ Gesellschaft, „idealistisch“ und „formalistisch“ für sich bearbeiten, sondern im Zusammenhang mit seiner materiellen ökonomischen Basis (S. 97). Es sollte der Zusammenhang zwischen dem juristischen Überbau und der gesellschaftlichen Basis hergestellt werden (S. 109). Dadurch verlor die Rechtsdogmatik an Bedeutung (S. 98, 109).

In der Begriffsbildung wurde im Gegensatz zum „bürgerlichen“ Relativismus, der die Begriffe entsprechend den wechselnden Zwecken bestimmt (siehe oben: E. II. 3.), auf ideologisch „richtige“ Wesensbegriffe gesetzt, die sich an der sozialistischen Weltanschauung orientierten (S. 100, 109). Unsicherheit herrschte über die formale Seite (S. 101). In der UdSSR galt die traditionelle, auf Aristoteles zurückgehende, formale Logik zeitweise als „Instrument der Ausbeutungsgesellschaft“, das durch eine „sowjetische Logik“ ersetzt werden sollte. Diese sollte eine Mischung aus for-

malen Logik und Dialektik sein (S. 101).

So weit ging man in der DDR nicht. Die formale Logik wurde grundsätzlich anerkannt. Beim Inhalt allerdings war die Erfassung des „sozialistischen Wesens“ entscheidend (S. 102, 105). Trotz der Vorherrschaft der formalen Logik blieb die Dialektik aber allgegenwärtig (S. 105). Die Sätze der Identität und des Widerspruchs aus der formalen Logik galten insoweit nicht unbedingt. Die geschichtliche Entwicklung konnte einen Begriff so weiterentwickeln, dass er mit sich selbst nicht mehr identisch war oder sich zwei scheinbar entgegengesetzte Begriffe nicht widersprachen (S. 103). Dies nutzte die Rechtswissenschaft, wenn sie sich an einen allgemeinen Begriff gebunden fühlte, ihn im konkreten Fall aber nicht unverändert anwenden wollte (S. 104). Die dialektischen Einbrüche förderten Irrationalität (S. 105).

Die Systematisierung des Rechts sollte nicht „formalistisch“ erfolgen (S. 109). Eine eigene Systematisierung gelang jedoch nicht, so dass man sich letztlich an der durch den Gesetzgeber vorgegebenen Ordnung orientierte (S. 108 f.).

Ein Vergleich der beiden Diktaturen mit der Zeit vor 1933 zeigt, dass in Diktaturen in der Rechtswissenschaft ein Zweck ideologisch vorgegeben wird, in der „bürgerlichen“ Gesellschaft dagegen der jeweilige Zweck der Norm entscheidend ist. Dies – so der Autor – mache Antworten häufig schwieriger. Vorurteilsfreie Wahrheitssuche sei nun einmal schwieriger als ideologische Manipulation (S. 113).

H. Die Zeit von 1945 bis 1990 in der BRD – An den Grenzen des Rechtspositivismus

I. Die Rechtsquellenlehre

1. Der Rechtsbegriff

Nach dem Krieg kehrt die westdeutsche Rechtswissenschaft zum bis 1933 herrschenden Rechtsbegriff zurück. Allerdings schwächt sich das Willenselement, das den Voluntarismus vor 1933 geprägt hat, ab. Dieses – so die Kritik – würde kollektive Entscheidungen im Gesetzgebungsverfahren nicht ausreichend erfassen (S. 117 f.). Zum anderen – und noch wichtiger – wird der Rechtsbegriff in dreierlei Hinsicht eingeschränkt: Unterkonstitutionelles Recht muss verfassungsgemäß sein und Recht muss ein Minimum an Gerechtigkeit und sozialer Wirksamkeit haben (S. 118).

Die Öffnung zum überpositiven Recht, zur Rechtsidee, zeigt sich an einer Naturrechtsrenaissance zwischen 1945 und 1949 (S. 119 ff.). Dies diente in der Rechtsprechung zur Abwehr fortgeltenden nationalsozialistischen Rechts (S. 121). Auch unter dem Grundgesetz erkennen die ober-

ten Gerichte, wenn auch in unterschiedlicher Akzentuierung und in deutlich geringerem Umfang als zwischen 1945 und 1949, eine übergesetzliche Gerechtigkeit an, die evident widersprechendes positives Recht vernichten kann (S. 127 ff.). In der Rechtswissenschaft bleibt diese Einschränkung des Rechtsbegriffs aber umstritten (S. 126 f.). Das jüngste Beispiel aus der Rechtsprechung dürfte die Bestrafung der Mauerschützen in den 90er Jahren nach der Wiedervereinigung sein. Der BGH berief sich hierbei unter anderen auf die *Radbruchsche* Formel, aber auch auf „völkerrechtlich geschützte Menschenrechte“ (BGHSt 41, 101 ff.).

Die *Radbruchsche* Formel lautet (in einer von mehreren Formulierungen):

„Der Konflikt zwischen der Gerechtigkeit und der Rechtssicherheit dürfte dahin zu lösen sein, daß das positive, durch Satzung und Macht gesicherte Recht auch dann den Vorrang hat, wenn es inhaltlich ungerecht und unzumutbar ist, es sei denn, daß der Widerspruch des positiven Gesetzes zur Gerechtigkeit ein so unerträgliches Maß erreicht, daß das Gesetz als ‚unrichtiges Recht‘ der Gerechtigkeit zu weichen hat. [...]“

Radbruch, Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht, SJZ 1946, 105 (107)

An anderer Stelle führte Radbruch aus, dass dort, wo die Ungerechtigkeit des positiven Rechts ein solches Maß erreiche, dass die durch dieses Gesetz garantierte Rechtssicherheit gegenüber seiner Ungerechtigkeit überhaupt nicht mehr ins Gewicht falle, dieses „unrichtige“ Recht gegenüber der Gerechtigkeit zurücktrete (*Radbruch*, Vorlesung der Rechtsphilosophie, 2. Aufl. 1959, S. 33).

Zudem öffnet sich der Rechtsbegriff für die Rechtswirklichkeit. Dies dürfte nicht zufällig mit der Entwicklung der Rechtssoziologie zusammenfallen (S. 131). Im Gegensatz zur Öffnung zum überpositiven Recht scheint diese Öffnung auch nicht mehr umstritten zu sein (S. 134). Dabei geht es nicht um Fälle derogierenden Gewohnheitsrechts, denn diese waren auch vor der Öffnung des Rechtsbegriffs zu lösen. Eine Unwirksamkeit liegt vielmehr auch dann vor, wenn eine „Norm“ ohne den Willen der Rechtsgemeinschaft ihre Funktion oder ihren Gegenstand verloren hat (S. 135). So treten etwa bauplanerische Festsetzungen nach Rechtsprechung des BVerfG wegen „Funktionslosigkeit“ außer Kraft, wenn ein Zustand besteht, „der eine Verwirklichung der Festsetzung auf unbestimmbare Zeit ausschließt“. Zweifelhaft ist allerdings, wie ein Vollzugsdefizit

einzuordnen ist (S. 135 f.).

Mit der Öffnung wird die Trennung zwischen Norm, Wert und Wirklichkeit gelockert. Allerdings werden Gerechtigkeit und reale Geltung keine Rechtsquellen, sondern haben nur eine rechtsvernichtende, keine rechtsergänzende Funktion (S. 136).

2. Die Rechtsquellen

Rechtsquellen sind Gesetz und Gewohnheitsrecht. Das Gesetz muss, als Erscheinungsform des Rechts ein Minimum an Gerechtigkeit und sozialer Wirksamkeit haben (siehe oben H. I. 1., S. 137). Darüber hinaus muss es verfassungsgemäß sein.

Gewohnheitsrecht wird weiterhin ganz überwiegend als Rechtsquelle anerkannt, Voraussetzung sind, wie bislang, ständige Übung und Rechtsüberzeugung (S. 141). Es wird nun aber fast durchweg eine richterliche Bestätigung gefordert (S. 143 f., 149). Ein Gerichtsgebrauch kann nach überwiegender Ansicht zudem zu Gewohnheitsrecht werden (S. 144 f., 149). Gewohnheitsrecht muss sich nun im Rahmen der gesetzten Verfassung halten, die es nicht abändern kann (S. 149).

Richterrecht wird ganz überwiegend nicht als Rechtsquelle anerkannt (S. 160). Die „faktische Rechtsquellenqualität“ von Präjudizien ist allerdings „fast unbestritten“ (S. 153). Diese Bindung ist insoweit unterschiedlich stark, absteigend von den rechtsberatenden Berufen, über Staatsanwaltschaften, Verwaltungsbehörden, Gerichte und schließlich die Rechtswissenschaft (S. 156). Eine Bindung, wie an ein Gesetz, liegt aber nicht vor (S. 160).

Naturrecht kommt nach Ende der Naturrechtsrenaissance überwiegend nur noch bei der „Vernichtung“ positiven Rechts zum Einsatz, das gegen die elementarsten Anforderungen an die Gerechtigkeit verstößt (siehe oben: H. I. 1., S. 160). Eine darüberhinausgehende Ansicht, nach der auch nichtpositivierte rechtsethisch-politische Prinzipien „Recht“ darstellen oder es durch Rechtsprechung jedenfalls werden, setzt sich nicht durch (S. 167). Hierunter fällt die Prinzipientheorie Alexys (Optimierungsgebote in der Grundrechtslehre).

Konflikte zwischen Rechtsquellen unterschiedlicher „Stufen“ ergeben sich neu zwischen Europa- und nationalem Recht (S. 169, siehe: „Solange I“ – BVerfGE 37, 271 ff. – und „Solange II“ – BVerfGE 73, 339 ff. – aus der Rechtsprechung des BVerfG). Konflikte zwischen Bundes- und Landesrecht werden überwiegend durch Kompetenzzuweisungen gelöst (S. 168). Art. 31 GG („Bundesrecht bricht Landesrecht“) spielt daneben nur noch eine untergeordnete Rolle.

Hinsichtlich eines unterschiedlichen Rangs gleichstufiger Normen behauptet sich § 242 BGB in Rechtsprechung und Literatur auch in der besprochenen Zeit als „Kontrollnorm“, auch wenn es in der Literatur mittlerweile Gegner gibt, die dies für einen „scheinpositiven Missbrauch“ halten (S. 171). Zudem stellt sich die Problematik des verfassungswidrigen Verfassungsrechts. Ein solches sieht das BVerfG als möglich an, wenn eine Verfassungsnorm „grundlegende Gerechtigkeitspostulate [...] in unerträglichem Maße missachtet“ (S. 173). Dies stellt einen Rückgriff auf überpositives Recht dar. Das BVerfG greift hier im Jahr 1953 (ebenfalls) auf die *Radbruchsche* Formel zurück.

Zudem kommt ein Verstoß gegen Art. 79 Abs. 3 GG in Betracht (S. 174). Hier liegt verfassungswidriges Verfassungsrecht vor, wenn eine Verfassungsnorm gegen die Grundsätze des Art. 1 GG oder des Art. 20 GG verstößt.

II. Methodenlehre

1. Theorie der Gesetzesinterpretation und der Entscheidung von Rechtsfällen

a) Allgemeines

Hier wird in der besprochenen Zeit das Vorverständnis entdeckt. Was der Interpret als auslegungsbedürftig versteht, ist durch sein Vorverständnis geprägt (S. 178). Allerdings ist zweifelhaft, welche Bedeutung die „Vorverständnis-Doktrin“ hat. Das Verhältnis zum technischen Auslegungsprozess ist laut *Schröder* unklar (S. 178). Dabei ist zwischen

1. methodischer Anweisung und

2. Erkenntnistheorie der Hermeneutik

zu unterscheiden. *Schröder* ordnet die Theorie vom Vorverständnis dabei Letzterem zu. Die richtige Methode bestehe nicht darin, einfach dem Vorverständnis zu folgen (S. 178). Das Vorverständnis gebe also keine Anweisungen für die Gesetzesinterpretation, sondern den gedanklichen Hintergrund, um längerfristige Entwicklungen zu verstehen (S. 179). Auch sei das Vorverständnis nicht ohne weiteres das persönliche Gefühl des Interpreten. Nach h.M. sei es eine „intersubjektive Einstellung, in der sich – jedenfalls auch – die soziale und professionelle Prägung der Juristen einer Epoche“ widerspiegele (S. 178). Für die „subjektive Theorie“ sei die Vorverständnis-Theorie zudem bedeutungslos.

Neben die Grundpositionen einer objektiven und subjektiven Auslegung tritt eine neue „realistische Richtung“ (S. 182). In dieser ist der Sinn des Gesetzes nur noch eines von vielen Argumenten. Daneben sind vor allem die Folgen einer Entscheidung und Präjudizien wichtig (S. 257).

Zudem ist die Konkretisierung des Gesetzes neben der Interpretation eine neue Kategorie (S. 192). Diese ist im Verfassungsrecht und bei Generalklauseln von besonderer Bedeutung (S. 193).

b) Die Interpretation im engeren Sinne

aa) Der Viererkanon

Hilfsmittel der Auslegung sind (bei Rechtsrealisten: zunächst) die bekannten Kriterien („Viererschema“, S. 196). Im grammatischen Element dringen sprachphilosophische Erkenntnisse in die Diskussion ein, etwa die Aussage *Wittgensteins*, dass die Bedeutung eines Worts sein Gebrauch in der Sprache sei (S. 197). Von einer Umwälzung der juristischen Bedeutungstheorie durch diese Gebrauchstheorie, die sich gegen feststehende Bedeutungen von Gegenständen richte, könne aber nicht die Rede sein. In Abweichung zu vorher setzt sich zudem der Wortsinn als Grenze der Auslegung durch (S. 200, 202), auch wenn die Rechtsprechung mit dieser Grenze „oft sehr frei“ umgeht (S. 203).

In der historischen Auslegung wird nun zwischen „genetischen“ (entstehungsgeschichtlichen) und sonstigen historischen Hilfsmitteln unterschieden (S. 204), wobei letzteres in der Praxis selten vorkomme (S. 207 f.). Bei der entstehungsgeschichtlichen Auslegung gebe es keine prinzipiell neuen Überlegungen. Objektive und subjektive Theorie unterscheiden sich (weiterhin) erst bei der Frage, ob es in jedem Fall auf den genetisch ermittelten Willen des Gesetzgebers ankommen soll, was Objektivisten verneinen (S. 205). Die Rechtsprechung neige dieser Theorie zu (S. 205).

In der systematischen Auslegung findet sich als Neuerung die verfassungskonforme Auslegung (S. 212). In der allgemeinen Kontextauslegung gilt weiterhin der Vorrang des Zweckmoments (S. 211). Die verfassungskonforme Auslegung hat nach der Rechtsprechung des BVerfG die Aufgabe, unter mehreren möglichen Deutungen eines Gesetzes die verfassungsgemäße zu ermitteln. Diese Auslegung dürfe aber dem Wortlaut und dem klar erkennbaren Willen des Gesetzgebers nicht widersprechen (S. 214). Bei der verfassungskonformen Anwendung von Generalklauseln und unbestimmten Rechtsbegriffen werde dieses Instrument aber (dennoch) zu einem „universal einsetzbaren Argument mit schwer zu bestimmenden Grenzen“ (S. 215).

Auch beim teleologischen Element gibt es keine bahnbrechenden Neuerungen. Ein Zweck kann „subjektiv“ (historisch) oder „objektiv“ verstanden werden, wobei die hiernach benannten Theorien den Schwerpunkt unterschiedlich setzen. Die objektiv-teleologische Auslegung

bleibt das wichtigste Instrument. Sie gerät in der Literatur zwar in die Kritik, die Rechtsprechung hält aber an ihr fest (S. 218).

bb) Weitere Kriterien

Die realistische Theorie (siehe oben: H. II. 1. a.) etabliert neben dem „Viererschema“ weitere Kriterien der Auslegung und der Konkretisierung. Der Autor stellt dabei die Folgenorientierung und Präjudizien besonders heraus: Bei ersterem ist zunächst zwischen relevanten und irrelevanten Folgen zu unterscheiden. Dies soll anhand des Gesetzeszwecks erfolgen (S. 224 f.). Ähnlich ist die zweite Unterscheidung nach erwünschten und unerwünschten Folgen. Hier hat etwa die ökonomische Analyse des Rechts ihren Platz (S. 226).

Hinsichtlich Präjudizien vertritt die überwiegende Ansicht eine vermittelnde Position: Der Richter kann einem solchen folgen, muss es aber nicht. Nur darf er es nicht einfach übergehen (S. 227, siehe auch oben: H. I. 2.). Der Begriff des Präjudiz wird selten erörtert. Dabei ist die Wiederholung eines Auslegungsergebnisses kein neues Präjudiz. Zudem stellt sich die Frage nach dem Umfang eines solchen. Wenn der BGH in einem Rechtsstreit über den Ausgleich eines Schadens an einem Pkw Aussagen trifft, gelten diese Aussagen dann nur für Pkw, auch für sonstige Kraftfahrzeuge oder allgemein für Sachen i.S.d. § 90 BGB? Schließlich sind tragende Gründe von *obiter dicta* zu unterscheiden (S. 229).

Zur Rangfolge der Auslegungshilfsmittel gibt es auch in der besprochenen Zeit keine Einigkeit. Wird eine solche aufzustellen versucht, gilt der Zweck als das wichtigste Auslegungsmittel. Wie dieser zu bestimmen ist (historisch oder „objektive“ Vernunft), bleibt aber ebenso umstritten, wie der Standort in der Interpretationstheorie (Grundprinzip oder nur ein Element in der Auslegung, S. 232).

c) Rechtsfortbildung neben dem Gesetz

Hinsichtlich einer Rechtsfortbildung neben dem Gesetz gerät der Lückenbegriff weiter unter Druck (siehe dazu bereits: E. II. 1. b. Stichwort: *Kelsens* „Reine Rechtslehre“). Behauptet der Rechtsanwender eine Lücke, die er durch eine neue Norm ausfüllen wolle, so postuliert er ein „Wunschrecht“. Teilweise wird andererseits nicht das Bestehen, sondern die Relevanz von Lücken für die Rechtsfortbildung bestritten (S. 232 f.). Es werde ohnehin nicht nach dem gesetzlichen Ergebnis, sondern nach einer „vernunftrechtlichen Normhypothese“ gesucht. Vor allem im Zivilrecht hält die h.M. aber am Lückenbegriff fest (S. 234).

Bei der Ausfüllung von Lücken sind unterschiedliche Fallgruppen zu unterscheiden. Ist ein Gesetz unvollständig, liegt eine „echte Lücke“ (Normlücke) vor, die durch Vervollständigung zu schließen ist (siehe etwa: § 904 S. 2 BGB, S. 236 f.). Das Beispiel betrifft den Fall von Notstand, also der Einwirkung auf eine Sache zur Abwendung einer gegenwärtigen Gefahr. A nimmt Eigentümer B den Schal weg, um eine blutende Wunde des C zu stillen. B kann nach § 904 S.2 BGB Ersatz für den Schaden (am Schal) verlangen. Von wem, lässt die Vorschrift aber offen (dem Einwirkenden – hier A oder dem Begünstigten – hier C).

Eine „unechte Lücke“ (Wertungslücke) wird vor allem durch Analogie geschlossen (S. 237). Diese ist mit der Anerkennung der Wortsinnengrenze als Grenze zwischen Auslegung und Rechtsfortbildung nun leichter von einer extensiven Auslegung zu unterscheiden (S. 238). Ein Analogieverbot wird neben dem Strafrecht nun auch bei belastenden Verwaltungsakten erörtert (S. 240 f.). Ein Verbot, Ausnahmvorschriften ausdehnend zu interpretieren, hält sich in der besprochenen Periode nicht. Entscheidend ist vielmehr der Sinn der Vorschrift (S. 241 f.).

Die teleologische Reduktion oder Restriktion ist das Gegenstück zur Analogie. Sie betrifft Fälle, die auch unter engst möglicher Auslegung noch unter den Wortsinn fallen, vom Zweck der Vorschrift aber nicht gedeckt sind (S. 243). Reduktionsverbote werden selten erörtert, sind aber zumindest bei „starrten Vorschriften“ (etwa Fristen) möglich (S. 244).

Ob es darüber hinaus noch weitere Rechtsfortbildung neben dem Gesetz gibt, ist umstritten (S. 244). *Canaris* etwa nimmt die Möglichkeit von „Prinzip- oder Wertlücken“ an (S. 245). Diese sollen durch allgemeine Rechtsprinzipien oder Rechtswerte geschlossen werden. Es wird etwa das Prinzip des Minderjährigenschutzes verwirklicht, wenn ein Minderjähriger trotz § 54 Abs. 2 BGB nicht haftet, wenn er für einen nichtrechtsfähigen Verein handelt. In solchen Fällen wird häufig aber nicht mehr von Lückenschließung, sondern von Rechtsfortbildung oder freier Rechtsschöpfung gesprochen (S. 245).

Eine „innere Lücke“ kann vorliegen, wenn das Gesetz undeutliche Ausdrücke verwendet. Eine solche ist aber erst dann gegeben, wenn sich der Sinn eines Ausdrucks nicht mittels Interpretation ermitteln lässt. Derartige Lücken sind durch Konkretisierung zu schließen (S. 246). Ob auch Generalklauseln hierunter fallen, die schließlich nicht „planwidrig“ unvollständig sind, ist umstritten (S. 246).

d) Rechtsfortbildung gegen das Gesetz

Schließlich gibt es auch in dieser Periode die Rechtsfortbildung gegen das Gesetz. Dies ist der „heikelste und umstrittenste Fall“ der Rechtsfortbildung (S. 247). Eine solche liegt vor, wenn ein Gesetz nicht angewendet oder methodisch unzulässig verändert wird (S. 248). Dies wird insbesondere bei „überholten Gesetzen“ erörtert, wenn der Grund des Gesetzes ganz wegfällt und nicht ersetzbar ist (S. 251).

Eine Rechtsfortbildung gegen das Gesetz im weiteren Sinne liegt zudem vor, wenn eine Vorschrift nach den nach 1945 geltenden Modifikationen des Rechtsbegriffs kein Recht darstellt, wenn sie also extrem ungerecht, wirkungslos oder verfassungswidrig ist.

Als *contra-legem*-Entscheidung ist beispielweise der sog. „Soraya-Fall“ einzuordnen, in dem der BGH (NJW 1965, 685 ff., bestätigt durch das BVerfG, BVerfGE 34, 269 ff.) auf Grundlage von Art. 1 Abs. 1 und Art. 2 Abs. 1 GG entgegen § 253 BGB a.F. ein Schmerzensgeld wegen Verletzung des Persönlichkeitsrechts annahm (S. 252).

e) Das Anwendungsproblem

In der besprochenen Periode wird erstmals das Verhältnis von Ober- und Untersatz näher erörtert. So nahm *Engisch* an, dass der Obersatz erst in der Subsumtion gebildet wird. Es handele sich um „eine ständige Wechselwirkung, ein ständiges Hin- und Herwandern des Blickes zwischen Obersatz und Lebenssachverhalt.“ Auch, wenn *Engisch* dem Passus gar keine so große Bedeutung beigemessen hat, wurde das „Hin- und Herwandern des Blickes“ seit dem 1960er Jahren zu einem beliebten Stichwort in der juristischen Methodenlehre (S. 235).

Anknüpfend an diese Überlegungen stellten andere Autoren das Subsumtionsmodell insgesamt in Frage (S. 255 f.). Bei der Frage, ob ein plötzlich bremsender Autofahrer die „im Verkehr erforderliche Sorgfalt“ (§ 276 Abs. 1 BGB) verletzt habe, sei der Obersatz so unbestimmt, dass eine Subsumtion hierunter nicht möglich sei. Es müsse zunächst „Normativelemente und Sachverhaltselemente [...] auf ‚Gegenseitigkeit‘ weiter konkretisiert werden“ (S. 256).

Allerdings ergaben sich auch hieraus keine „besonderen Verfahrensvorschriften“ für die Rechtsanwendung. Wird den genannten Einwänden gefolgt, so verschmelzen Rechtsanwendung und Rechtsfindung und die für letztere geltenden Regeln werden auch für erstere anwendbar (S. 256). Nach der klassischen Theorie handelt es sich um zwei voneinander zu trennende Bereiche, wobei es für die

Rechtsanwendung ebenfalls keine besonderen Verfahrensvorschriften gibt (S. 256).

2. Theorie der wissenschaftlichen Rechtsbearbeitung

In der Theorie der wissenschaftlichen Rechtsbearbeitung setzt sich die Rechtsdogmatik des Kaiserreichs und der Weimarer Republik im Wesentlichen fort (S. 295). Die Begriffs- und Systembildung (die Dogmatik im engeren Sinne) greift Theorien von vor 1933 auf, die sich in Auseinandersetzung mit der „Begriffsjurisprudenz“ der historischen Schule (dazu oben: D. II. 3.) gebildet hatten (dazu: E. II. 2.). Dabei verstärkt sich im Gegensatz zur Zeit vor 1933 aber der idealistische Einfluss. Zwischen den Vertretern dieser Richtung und einer (weiterhin) streng positivistisch argumentierenden Gegenmeinung kommt es zu Meinungsverschiedenheiten bei der Begriffs- und Systembildung (S. 258).

Die idealistische Richtung kehrt zu den im Nationalsozialismus gebräuchlichen Substanzbegriffen zurück (S. 263, siehe oben: F. II. 2.). Mit Karl Larenz gibt es dabei sogar eine personelle Kontinuität (S. 264). Die „konkret-allgemeinen Begriffe“ sollen im Gegensatz zu abstrakten Begriffen „die Fülle des Sinnes unverkürzt in Gedanken fassen“ (S. 265). Dem stellt sich die rein positivistische Richtung – auch wegen der besagten Kontinuität – entgegen und fordert eine teleologische Begriffsbildung anhand von Funktionsbegriffen (S. 266 f.).

Die Konstruktion (siehe oben: D. II. 3.) hat, wie vor 1933 (siehe: E. II. 2.), keinen produktiven Wert mehr (S. 271). Entscheidend ist also nicht die Einpassung in ein System (logische Operationen), sondern die Teleologie des Gesetzes (S. 271). Das bedeutet aber nicht, dass die Konstruktion für überflüssig gehalten wird. Es zeigt sich nach 1945 sogar stärker das Bedürfnis, Unbekanntes aus Bekanntem zu erklären und sich zu vergewissern, dass eine als richtig empfundene Lösung auch systematisch möglich ist (S. 272). Die unvollständige Induktion wird – wie vor 1933 und im Gegensatz zur historischen Schule – weiterhin nicht als gültige Methode zur Gewinnung von Rechtssätzen angesehen. Verzichtet wird auf sie allerdings auch nicht, wie sich an der anerkannten Rechtsanalogie zeigt (S. 272).

Uneinig sind sich die beiden eingangs genannten Richtungen auch über den Typusbegriff, der in der besprochenen Periode einen Aufschwung erfährt. Dieser wird nicht durch eine gleichbleibende Zahl einzelner Merkmale bestimmt, die alle – und zwar voll ausgeprägt – gegeben sein müssen (S. 275, siehe dazu auch bereits: E. II. 2.). Zwar gibt es Begriffsmerkmale, diese müssen allerdings nicht alle und

nicht „in voller Stärke“ vorhanden sein (S. 275). Beispiele aus dem Zivilrecht sind die im Besonderen Schuldrecht geregelten Vertrags-Typen, aber auch die Gesellschaft i.S.d. § 705 BGB (S. 276 f.). Widerstand hiergegen kommt vor allem von der (rein) positivistischen Seite.

Mit dem Typusbegriff eng verwandt ist die Theorie des „beweglichen Systems“, die gleichfalls mit abstufbaren und verzichtbaren Entscheidungskriterien arbeitet (S. 281). Die Anwendungsbereiche sind dabei sehr unterschiedlich, vom deliktischen Schadensrecht über die Abwicklung gegenseitiger Verträge bis hin zum Bereicherungsrecht (S. 282). Zweifelhaft ist allerdings, ob es sich dabei wirklich um – für die Anwendung bestimmte – dogmatische Einsichten und nicht nur um rechtspolitische Vorschläge handelt (S. 282 f.). Ein Beispiel ist der Begriff des „Beteiligten“, der unter Umständen auch ohne Kausalitätsnachweis haftet, in § 830 Abs. 1 S. 2 BGB. Nach *Bydlinski* ist hier zwischen den „Haftungsprinzipien Verschulden, Gefährlichkeit und Verursachung“ abzuwägen, so dass eine schwächere Kausalität durch eine höhere Gefährlichkeit kompensiert werden kann (S. 283). Ob eine solche Wechselwirkung auch bei ausdrücklich genannten Tatbestandsmerkmalen möglich ist, ist umstritten. So könnte ein Wucher i.S.d. § 138 Abs. 2 BGB etwa bei zweifelhaftem Missverhältnis zwischen Leistung und Gegenleistung angenommen werden, wenn eine besonders schwere Zwangslage vorliegt (S. 283). Dies wird aber überwiegend als Rechtsauslegung *contra legem* abgelehnt. Ein Anwendungsbereich dieser Figur sind zudem Abwägungen bei der Grundrechtskonkordanz (S. 285). Die Überlegungen haben – zumindest bis 1990 – in der Rechtsprechung aber nicht Fuß fassen können (S. 285).

I. Zusammenfassung

Zu Beginn der besprochenen Zeit (ab 1500) waren Rechtsquellen- und Methodenlehre wert- und vernunftsbezogen. Nicht der Erlassakt des Staats stand im Vordergrund, sondern die Regelung musste gerecht sein. Der Wille des konkreten Gesetzgebers war in der Gesetzesinterpretation noch nicht relevant. Dies änderte sich in der nächsten Epoche (ab 1650). Es scheiden sich erstmals Naturrecht und positives Recht. Die Gesetzesinterpretation war willensbezogen, brachte über die „ratio legis“ aber nach wie vor die Vernunft zur Geltung. Im frühen 19. Jahrhundert war die exegetische Lehre historisch-textbezogen. Hier findet sich bei *Savigny* erstmals ein „Viererkanon“. In der Rechtsquellenlehre wurde das Naturrecht „eliminiert“. Recht entstand aus „Sitte und Volksglaube und dann aus Jurisprudenz“, wodurch das Gewohnheitsrecht einen Auf-

schwung erfuhr. Mit einem „inneren System“ des Rechts schuf diese Periode die Grundlage für eine umfangreiche wissenschaftliche Rechtsfindung („Begriffsjurisprudenz“). Die anschließende Periode nach 1850 arbeitete Recht als „Willen der Rechtsgemeinschaft“ (Voluntarismus) heraus. Hier haben die heute noch geläufigen „Spielarten“ der objektiven und subjektiven Theorie ihren Ursprung. Recht war entweder der an Idealen (etwa: Gerechtigkeit) ausgerichtete Wille des Gesetzes (idealistische Spielart) oder der Wille des Gesetzgebers als Ergebnis gesellschaftlicher Prozesse (soziologische oder positivistische Spielart). Dies setzte sich in der Interpretationstheorie fort. Hier wurde der Zweck zum entscheidenden Moment der Auslegung. Für wissenschaftliche Rechtsfindung war im Voluntarismus ohne das „innere System“ über das „Herbeischaffen von Hypothesen“ kein Platz mehr.

In den Diktaturen definierten zwei Elemente das Recht: Das „autoritäre“ und das „ideologische“ Prinzip. Recht war zunächst der Wille der Führung. War dieser nicht feststellbar, war die jeweilige Ideologie maßgeblich. Zwischen den Prinzipien bestand ein Spannungsverhältnis, das sich in der Gesetzesinterpretation fortsetzte. Bei der wissenschaftlichen Rechtsbearbeitung stand das ideologische Prinzip im Vordergrund.

In der letzten betrachteten Periode, West-Deutschland bis 1990, öffnet sich der Rechtsbegriff zur Rechtsidee und zur Rechtswirklichkeit. Gerechtigkeit und Wirksamkeit sind zwar keine Quellen des Rechts, extrem ungerechte und unwirksame Vorschriften verlieren aber den Rechtscharakter. Ersteres bleibt in der Rechtslehre allerdings umstritten. Zudem muss Recht verfassungsgemäß sein. In der Auslegung treten Präjudizien und die Folgenberücksichtigung neben den „Viererkanon“ der vorherigen Perioden. Auslegung und Rechtsfortbildung werden durch die Wortsinngrenze getrennt.