

## B. Zum Stand der Methodendiskussion

Der Versuch, die über Jahrhunderte hinweg ins Uferlose gewachsene Methodendiskussion in ihrer Gesamtheit nachzuzeichnen, stellt ein von vornherein aussichtsloses Unterfangen dar. Auf diesen Umstand dürfte es zurückzuführen sein, dass sich die Jurisprudenz bei der Klärung methodischer Fragestellungen häufig mit der Berücksichtigung weniger Standardwerke, den sogenannten „Klassikern der Methodenlehre“,<sup>13</sup> sowie mit leicht greifbarer Kommentarliteratur zu §§ 6, 7<sup>14</sup> begnügt. Dabei erwiesen sich vor allem die eindrucksvollen Arbeiten des unlängst verstorbenen *F. Bydliński*<sup>15</sup> für die heimische privatrechtliche Methodendiskussion als in besonderem Maße prägend.<sup>16</sup> Die folgenden Ausführungen bemühen sich um die kursorische Darstellung jener Entwicklungen, die den heimischen Diskurs nach Einschätzung des Verfassers nachhaltig prägen sollten. Keinesfalls liegt in diesem Vorgehen eine Geringschätzung all jener, insbesondere auch jüngerer Arbeiten, die aus Platz- und Zeitgründen keine intensivere Erörterung erfahren.<sup>17</sup>

13 Als solche gelten vor allem das monumentale mehrbändige Werk von *Fikentscher*, *Methoden des Rechts*, Bd I–V (1975–1977); sowie die Untersuchungen von *Larenz*, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*<sup>6</sup> (1991); bzw in dessen Nachfolge jene von *Larenz/Canaris*, *Methodenlehre*<sup>3</sup>. Als überaus wertvoller Beitrag aus der Schweizerischen Diskussion ist auf die gleichsam scharfsinnige wie handliche Arbeit von *Kramer*, *Methodenlehre*<sup>3</sup>, hinzuweisen.

14 Gegenwärtig gilt dies vor allem für die Kommentierungen von *Schauer* in *Kletečka/Schauer*, *ABGB-ON 1.00*; *Posch* in *Schwimann*<sup>4</sup>; sowie *P. Bydliński* in *KBB*<sup>3</sup>. Die Neuauflagen der beiden heimischen Großkommentare zum ABGB befinden sich derzeit in Vorbereitung, wobei die Bearbeitung der §§ 6, 7 in der Drittauflage des von *Klang* begründeten Großkommentars von *Kerschmer/Kehrer* übernommen wurde, während sich *Kodek* diesen in *Rummel*<sup>4</sup> widmet.

15 Ein Nachruf auf die womöglich wichtigste Persönlichkeit in der jüngeren heimischen Privatrechtswissenschaft wurde von *Fenyves*, *ÖJZ* 2011, 193, verfasst. Ein Schriftenverzeichnis findet sich im Anhang der 2002 erschienenen Festschrift, die von *Koziol/Rummel* herausgegeben wurde und den bezeichnenden Titel „Im Dienste der Gerechtigkeit“ trägt.

16 Seine methodischen und methodologischen Kernthesen werden in *F. Bydliński*, *Methodenlehre*<sup>2</sup>, dargelegt und sodann in der dritten Auflage des *Rummel-Kommentars* zu §§ 6, 7 in verkürzter Form wiederholt. Diese wurden außerdem in unzähligen herausragenden Arbeiten vertieft, wobei vor allem auf die umfangreichen Werke „*Fundamentale Rechtsgrundsätze* (1988)“ sowie „*System und Prinzipien des Privatrechts* (1996)“ hinzuweisen ist.

17 Überblicksdarstellungen zur Methodendiskussion finden sich außer bei *Fikentscher*, *Methoden I–V*, zB auch bei *Vogenaier*, *Die Auslegung von Gesetzen in England und auf dem Kontinent*, Bd I–II (2001), *Horn*, *Einführung in die Rechtswissenschaft und Rechtsphilosophie*<sup>5</sup> (2011); *Raisch*, *Methoden*; *J. Schröder*, *Recht als Wissenschaft: Geschichte der juristischen Methodenlehre vom Humanismus bis zur historischen Schule (1500–1933)*<sup>2</sup> (2012); *Mastronardi*, *Rechtstheorie* 14 ff; *Mahlmann*, *Rechtsphilosophie und Rechtstheorie* (2010) 19 ff; uva.

Die Ursprünge der Methodendiskussion werden zumeist<sup>18</sup> im antiken Rom verortet. Dabei war es weniger das überlieferte, religiös-rituell geprägte Gewohnheitsrecht („*mos et ius*“), sondern vielmehr das niedergeschriebene Recht (insb Zwölftafel-Gesetz,<sup>19</sup> Lex Aquilia,<sup>20</sup> prätorische Edikte, späteres Kaiserrecht), mit dem sich römische Juristenschulen („*scolae*“) intensiv befassten.<sup>21</sup> Eine Methodenlehre im heutigen Sinn lässt sich aus den spärlichen Überlieferungen freilich nicht gewinnen, wohl aber eine Vielzahl wertvoller Denkanstöße,<sup>22</sup> wobei sich die Fortschrittlichkeit der römischen Rechtswissenschaft nicht zuletzt in der Bereitschaft zu abstraktem Denken zeigt. Spuren dieser Epoche lassen sich bis zur gegenwärtigen europäischen Methodendiskussion nachweisen.<sup>23</sup> Hinzuweisen ist darauf, dass das römische Zivilverfahren zweigeteilt war, wobei der Prätor in einem ersten Verfahrensschritt („*in iure*“) das maßgebliche Recht festzustellen hatte, welches anschließend von den nicht zwangsläufig juristisch gebildeten Richtern („*apud iudicem*“) anzuwenden war.<sup>24</sup> Dabei wurde dem Prätor die Möglichkeit zugestanden, anlassbezogen neue Klagsformeln zu entwickeln, die das ansonsten geltende *ius civile* zu ergänzen und/oder außer Kraft zu setzen im Stande waren („*ius honorarium*“).<sup>25</sup> Nach der Vorstellung damaliger Juristen sollte das Privatrecht durch solche Rechtsschöpfungen

18 An die Errungenschaften auch der griechischen Rechtswissenschaft erinnert die auf vier Bände angelegte, teilweise bereits erschienene Serie von *Barta*, *Graeca Non Leguntur?: Zu den Ursprüngen des europäischen Rechts im antiken Griechenland* (ab 2010).

19 Vgl zu diesem zB *Flach* (Hrsg), *Das Zwölftafelgesetz – Leges XII tabularum* (2004).

20 Eingehender zB *Hausmaninger*, *Das Schadenersatzrecht der lex Aquilia*<sup>5</sup> (1996).

21 Zu den römischen Rechtsquellen vgl stellvertretend *Liebs*, *Römisches Recht*<sup>5</sup> (1999) 17 ff; *Honsell*, *Römisches Recht*<sup>7</sup> (2010) 3 ff; *Hager*, *Rechtmethoden in Europa* (2009) 4 ff; uva.

22 Zur Arbeitsweise römischer Juristen vgl *Kaser*, *Zur Methode der römischen Rechtsfindung*, *Nachrichten der Akademie der Wissenschaften in Göttingen*, I. Philolog-hist. Klasse, 2 (1962) 49; *ders*, *Römische Rechtsquellen und angewandte Juristenmethode* (1986); *Wesel*, *Rhetorische Statuslehre und Gesetzesauslegung der römischen Juristen* (1967) 42 ff; *Benke*, *In sola prudentium interpretatione. Zu Methodik und Methodologie römischer Juristen*, in *Feldner/Forgó* (Hrsg), *Norm und Entscheidung* (2000) 1; *Honsell*, *Das Gesetzesverständnis in der römischen Antike*, *FS Coing I* (1982) 129; *ders*, *Römisches Recht*<sup>7</sup> 10 ff; *Hausmaninger*, *Zur Gesetzesinterpretation des Celsus*, in: *Studi in onore di Giuseppe Grosso*, Bd V (1975) 245; *Melin*, *Gesetzesauslegung in den USA und in Deutschland* (2005) 175 ff; uva.

23 Dazu jüngst *J. M. Rainer*, *Das Römische Recht in Europa* (2012); *Zimmermann*, *Europa und das römische Recht*, *AcP* 202 (2002) 243; vgl zudem *Koschaker*, *Europa und das Römische Recht*<sup>4</sup> (1966).

24 Stellvertretend *Honsell*, *Römisches Recht*<sup>7</sup> 8 f; ausführlich zum Prozessrecht vgl zudem *Kaser/Hackl*, *Das römische Zivilprozessrecht*<sup>2</sup> (1996).

25 Dazu statt vieler *Kaser*, „*ius honorarium*“ und „*ius civile*“, *Zft der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte, RomAbt* 101 (1984) 1.

„unterstützt, ergänzt und verbessert“<sup>26</sup> werden; der Aspekt fehlender Gewaltentrennung dürfte demgegenüber untergegangen sein. Überhaupt dürften Rechtsgelehrte dieser Zeit ihre Aufgabe zuvorderst in der beratenden Unterstützung der Amtsträger gesehen haben, wobei sie selbst nicht selten höheren gesellschaftlichen Schichten zugehörig waren.<sup>27</sup> Angesichts dieser Rahmenbedingungen liegt die Vermutung nahe, dass die machtpolitische Dimension der juristischen Methodenarbeit erst mit Anbruch der Kaiserzeit ins allgemeine Bewusstsein getreten ist, wobei Kaiser *Justinian* spätestens mit der „*Constitutio Tanta*“ (533 n. Chr.) den unmissverständlichen Anspruch auf das Interpretationsmonopol erhob: Recht war fortan einzig und allein als Ausdruck des Herrscherwillens zu verstehen.<sup>28</sup>

Nicht zuletzt unter dem Einfluss der katholischen Kirche wurde die römische Rechtstradition während des Mittelalters zwar fortgeführt,<sup>29</sup> dabei nun jedoch als Ausdruck einer gottgegebenen Ethik verstanden und deshalb bis zur Mitte des 17. Jahrhunderts kaum hinterfragt.<sup>30</sup> Entsprechendes galt für Gesetzgebungsakte der vermeintlich von Gott berufenen Monarchen, wobei selbst das langsam aufkeimende Naturrecht darauf Bedacht nehmen musste, nicht allzu sehr an bestehenden Hierarchien zu rütteln. Diese Entwicklung mündete in den „*Usus modernus pandectarum*“ (ab 1690<sup>31</sup>), der die aus dem Mittelalter bekannte Unterscheidung zwischen authentischer, usualer und doktrinellem Interpretation fortführte. Die authentische Auslegung, also jene durch den Gesetzgeber selbst, sicherte dabei die Vormachtstellung des Monarchen ab. Die Ergründung seiner ursprünglichen Absicht blieb vorrangige Aufgabe der doktrinellem Auslegung durch die Rechtswissenschaft. Gewohn-

---

26 Vgl *Papinian*, D.1.1.7.1: „Ius praetorium est quod praetores introduxerunt adiuvandi vel supplendi vel corrigendi iuris civilis gratia propter utilitatem publicam“.

27 Vgl *Wieacker*, Vom römischem Recht (1961) 128 ff; *Liebs*, Römisches Recht<sup>5</sup> 51 ff; *Hager*, Rechtsmethoden 7, 11 f.

28 ZB *Vogenauer*, Auslegung I 581 f; *Hager*, Rechtsmethoden 12; *Mohnhaupt*, Die Kommentare zum BGB als Reflex der Rechtsprechung (1897–1914), in Falk/Mohnhaupt (Hrsg), Das Bürgerliche Gesetzbuch und seine Richter (2000) 495 (503). Dies wurde durch den berühmten § 21 klargestellt, der sich zB bei *Liebs*, Römisches Recht<sup>5</sup> 102, abgedruckt und übersetzt findet.

29 Statt vieler *Wieacker*, Privatrechtsgeschichte der Neuzeit<sup>2</sup> (1967) 26 ff; *Liebs*, Römisches Recht<sup>5</sup> 103 ff.

30 So auch die Einschätzung bei *Hoke*, Österreichische und deutsche Rechtsgeschichte (1992) 99 (bezugnehmend auf eine Aussage des Verfassers des Sachsenspiegels: „Gott ist selber Recht“); *J. Schröder*, Recht als Wissenschaft<sup>2</sup> 9 ff; *Schott*, Juristische Methodenlehre im 18. Jahrhundert, in Tröhler/Zurbuchen/Oelkers (Hrsg), Der historische Kontext von Pestalozzis „Methode“ (2002) 47 (47 ff); *Kohlenberger*, Das Naturrecht in kulturparadigmatischer Perspektive, in D. Mayer-Maly/Simons (Hrsg), Das Naturrechtsdenken heute und morgen (1983) 67 (67 ff); *Hager*, Rechtsmethoden 15 ff.

31 Besagte Epoche verdankt ihren Namen dem Werk von *Stryx*, Specimen usus moderni pandectarum (1690).

heiten und Gebräuche, wie sie die Gerichte bei der usualen Interpretation nutzten, traten dagegen regelmäßig hinter gesetzliche Regelungen zurück.<sup>32</sup>

Ihren neuerlichen Aufschwung dürfte die Rechtswissenschaft zwei Auslösern zu verdanken haben: Einerseits setzte während des 18. Jahrhunderts die Säkularisierungsbewegung ein. Andererseits brach das Zeitalter der Kodifikationen an, in dem Gesetzeswerke erstmalig den Anspruch erhoben, ganze Lebensbereiche ausschließlich und abschließend zu regeln.<sup>33</sup> Aufgrund der rasant zunehmenden Regelungsdichte bedurfte der Monarch mehr denn je der Unterstützung von Richtern.<sup>34</sup> Dabei erschien es als selbstverständlich, dass die Kodifikation lediglich dem allumfassenden Herrschaftsanspruch des Gesetzgebers zum Ausdruck verhelfen sollte, weshalb auch die Arbeit mit dem Gesetz lediglich dessen Verwirklichung zum Ziel haben konnte. Um richterliche Alleingänge unter dem Deckmantel der Gesetzesauslegung von vornherein zu unterbinden, wurden häufig Vorlagepflichten (vgl zB noch § 437 AGO 1781<sup>35</sup>) statuiert. Darüber hinaus behielt

32 Eingehende Differenzierungen finden sich bei *Schott*, Gesetzesinterpretation im Usus modernus, ZfNRG 21 (1999) 45; vgl außerdem *Wesener*, Zur Bedeutung des Usus modernus pandectarum für das ABGB, GedS Mayer-Maly (2011) 570; *Willoweit*, Der Usus modernus oder die geschichtliche Begründung des Rechts, in *Willoweit* (Hrsg), Die Begründung des Rechts als historisches Problem (2000) 229; sowie den Sammelband von *Haferkamp/Reppen* (Hrsg), Usus modernus pandectarum (2007).

33 Zum Kodifikationsgedanken vgl stellvertretend *Wieacker*, Aufstieg, Blüte und Krisis der Kodifikationsidee, FS Boehmer (1954) 34; *Hörtl*, Die Lückenfüllung der klassisch-europäischen Kodifikationen (2005) 37 ff; *Caroni*, Gesetz und Gesetzbuch. Beiträge zu einer Kodifikationsgeschichte (2003); *Schreckenberger*, Die Gesetzgeber der Aufklärung und die europäische Kodifikationsidee, in *Merten/Schreckenberger* (Hrsg), Kodifikation gestern und heute. Zum 200. Geburtstag des Allgemeinen Landrechts für die preußischen Staaten (1995) 87; *Schott*, „Rechtsgrundsätze“ und Gesetzeskorrektur (1975) 86 ff; *Grabau*, Über die Normen zur Gesetzes- und Vertragsinterpretation (1993) 51 ff; *Neschwara*, Kodifikation, in *Olechowski/Gamauf* (Hrsg), Studienwörterbuch Rechtsgeschichte und Römisches Recht<sup>2</sup> (2010) 254. An der Kodifikationsqualität des heutigen ABGB zweifelnd *Wendehorst*, Ist der Kodifikationsstreit entschieden?, in *Fenyves/Kerschner/Vonkilch* (Hrsg), 200 Jahre ABGB. Evolution einer Kodifikation. Rückblick – Ausblick – Methode (2012) 9 (32 ff).

34 Eine grundlegende Untersuchung zum damaligen Richterbild stellt die Arbeit von *Ogorek*, Aufklärung über Justiz 2: Richterkönig oder Subsumtionsautomat? Zur Justiztheorie im 19. Jahrhundert (2008), dar.

35 Bei Inkrafttreten des ABGB hatte die Vorlagepflicht ihre Bedeutung bereits verloren, zumal sie mit Patent vom 22. Februar 1791, Sammlung der Leopoldinischen Gesetze 1790–1792 Bd II (N. 495), S 205 (206 f), abgeschafft wurde. Vgl dazu auch *Raban*, Lehrbuch der Geschichte und Theorie des österreichischen Civilprozessrechtes, Bd I (1880) 330; sowie allgemein zum Inhalt der genannten Bestimmung *Loschelder*, Die österreichische Allgemeine Gerichtsordnung von 1781 (1978) 199 f; *Müßig*, Geschichte des Richterrechts und der Präjudizienbindung auf dem europäischen Kontinent, ZNR 2006, 79 (89 ff). Die Erwägungen bei *Ofner*, Protokolle I 22 ff, belegen, dass auch für das ABGB eine gesetzliche Vorlagepflicht angedacht wurde.

sich der Gesetzgeber die Möglichkeit zur authentischen Interpretation vor (vgl nur § 8).<sup>36</sup> An diesem gebundenen Richterbild änderte sich bemerkenswert wenig, als im Jahr 1789 die Französische Revolution ausbrach und ganz Europa mit ihrem progressiven Geist beseelte. Sie führte dazu, dass sich die Demokratie als vorherrschende Staatsform durchzusetzen begann. Das Demokratieverständnis der späten Aufklärung stand dabei unter maßgeblichem Einfluss des Staatstheoretikers und Philosophen *Montesquieu*, der das Grundübel des Absolutismus in der Machtzentrierung sah und deshalb eine strikte Trennung der Staatsgewalten (Legislative, Exekutive, Judikative) forderte.<sup>37</sup> Der Richter blieb allerdings weiterhin bloßes „Sprachrohr“<sup>38</sup> des – nunmehr eben demokratisch legitimierten – Gesetzgebers.

Das über Jahrhunderte hinweg gewachsene tiefe Misstrauen gegenüber richterlichen Eigenwertungen setzt sich in der Methodendiskussion des 19. Jahrhunderts fort. Nachdem das ABGB unter *Kaiser Franz I.* mit 1. 1. 1812 als eine der ersten Zivilrechtskodifikationen Europas in Kraft trat, etablierte sich in der heimischen Rechtswissenschaft zunächst die exegetische Schule.<sup>39</sup> In ihrem obrigkeitshörigen Bemühen um größtmögliche Gesetzestreue klammerte sich diese nahezu sklavisch an den Gesetzeswortlaut. Auf naturrechtliche oder tradierte Anschauungen wurde allenfalls mit Zaghaftigkeit zurückgegriffen. Erst im Zuge der gesellschaftlichen

---

36 Vgl *J. Schröder*, *Recht als Wissenschaft*<sup>2</sup> 132 ff; *ders*, *Zur Geschichte der historischen Auslegung*, FS Hattenhauer (2003) 481 (488 ff); *Hager*, *Rechtsmethoden* 19 ff; *Schott* in *Tröhler/Zurbuchen/Oelkers* 47 (59 f).

37 Vgl dazu vor allem *Montesquieu*, *De l'esprit des loix* (1748), dessen Ausführungen eine Fortentwicklung der Überlegungen von *Locke*, *Two Treatises of Government*, Bd II (1690), darstellen.

38 In der Literatur findet sich in diesem Zusammenhang oftmals die von *Montesquieu*, *De l'esprit des loix*, in Bd 11, Kap 6, getroffene Aussage über den Richter als „*la bouche qui prononce les paroles de la loi*“ zitiert.

39 Aus der bedauerlich spärlichen Literatur zur Exegetik vgl insb *Brauneder*, *Privatrechtsfortbildung durch Juristenrecht in Exegetik und Pandektistik in Österreich*, ZNR 1983, 22 (23 ff); *Lentze*, *Eingliederung der österreichischen Zivilrechtswissenschaft in die deutsche Pandektenwissenschaft*, in *Czismadia/Kovács* (Hrsg), *Die Entwicklung des Zivilrechts in Mitteleuropa (1848–1944)* (1970) 59 (61 ff); *Floßmann*, *Österreichische Privatrechtsgeschichte*<sup>6</sup> (2008) 16; *Apathy*, *200 Jahre ABGB – ein Rückblick*, FS Kerschner (2013) 25 (27). Als Hauptwerke der exegetischen Schule gelten die Arbeiten von *Winiwarter*, *Das österreichische bürgerliche Recht systematisch dargestellt und erläutert*, Bd I–IV (1831–1846); sowie *Nippel*, *Erläuterung des allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuches für die gesammten deutschen Länder der österreichischen Monarchie mit besonderer Berücksichtigung des practischen Bedürfnisses*, Bd I–IX (1831–1838). Vgl außerdem die Hinweise bei *Ogris*, FS *Lentze* 449 (449 f); *Wellspacher*, *Das Naturrecht und das ABGB*, FS *ABGB*, Bd I (1911) 173 (184 f), wonach die damalige Juristengeneration aus Obrigkeitendenken heraus davor zurückscheute, sich theoretisch denkbarer methodischer Freiräume (zB § 7: „natürliche Rechtsgrundsätze“) zu bedienen.

Umwälzungen nach der Revolution von 1848 erfolgte eine grundlegende Reform der als rückständig gebrandmarkten heimischen Rechtswissenschaft. Diese Entwicklung wurde maßgeblich von Justizminister *Leo Graf Thun-Hohenstein*<sup>40</sup> sowie dem Rechtsprofessor *Joseph Unger*<sup>41</sup> vorangetrieben, die sich für eine Orientierung an der vermeintlich moderneren deutschen Rechtswissenschaft aussprachen.<sup>42</sup> Nachdem der Kodifikationsstreit<sup>43</sup> die Einführung des deutschen Bürgerlichen Gesetzbuchs (BGB) bis zum Anbeginn des 20. Jahrhunderts zumindest verzögerte, kam geschichtlichen Überlieferungen ein gesteigerter Stellenwert zu. Die von *Friedrich Carl von Savigny* begründete historische Rechtsschule<sup>44</sup> löste sich von naturrecht-

40 Zu dessen Person vgl. *Lentze*, Leo Graf Thun Hohenstein, in: Neue Österreichische Biographie ab 1815. Große Österreicher 15 (1963) 74. Insbesondere zu seinem Wirken als Justizminister vgl. außerdem *ders*, Die Universitätsreform des Ministers Graf Leo Thun-Hohenstein, (= Sitzungsberichte der phil.-hist. Kl. der Österr. Akademie der Wissenschaften 239/2, 1962); *ders*, Graf Thun und die voraussetzungslose Wissenschaft, FS Eder (1969) 197; *ders*, Die Eingliederung der österreichischen Zivilrechtswissenschaft in die deutsche Pandektenwissenschaft, in Csizmadia/Kovacs (Hrsg), Die Entwicklung des Zivilrechts in Mitteleuropa (1848–1944) (1970) 59; *ders*, Naturrecht und historische Rechtsschule in der österreichischen Rechtswissenschaft, Wissenschaft und Weltbild 23 (1970) 38; *Slapnicka*, Die Prager Juristenfakultät in der zweiten Hälfte des 19. Jahrhunderts, in Collegium Carolinum (Hrsg), Die Teilung der Prager Universität 1882 und die intellektuelle Desintegration in den böhmischen Ländern (1982) 55; sowie *Ogris*, Die Wissenschaft des gemeinen römischen Rechts und das österreichische Allgemeine bürgerliche Gesetzbuch, in Coing/Wilhelm (Hrsg), Wissenschaft und Kodifikation des Privatrechts im 19. Jahrhundert (1974) 153 (161 ff).

41 Vgl die biographischen Angaben bei *Lentze*, Josef Unger – Leben und Werk, FS Arnold (1963) 219; *Brauneder*, Josef Unger, in Brauneder (Hrsg), Juristen in Österreich 1200–1980 (1987) 177; *Sinzheimer*, Jüdische Klassiker der deutschen Rechtswissenschaft (1953) 83 ff; *Strohal*, Joseph Unger (Gedenkrede), JherJB 64 (1914) 1; ua.

42 Vgl auch *Brauneder*, Die historische Schule der österreichischen Zivilistik, FS Lentze (1969) 449.

43 Darstellungen dieses berühmten Theorienstreits zwischen *Thibaut* und *Savigny* finden sich bei *Wieacker*, Privatrechtsgeschichte<sup>2</sup>, 390 ff; *Hattenbauer*, Thibaut und Savigny: Ihre programmatischen Schriften<sup>2</sup> (2002); *Stern*, Thibaut und Savigny: zum 100jährigen Gedächtnis des Kampfes um ein einheitliches bürgerliches Recht für Deutschland, 1814–1914 (1914); *Kiefner*, Thibaut und Savigny – Bemerkungen zum Kodifikationsstreit, FS Gmür (1983) 53; ua.

44 Zur Person sowie zum Lebenswerk von *Savigny* vgl statt vieler *Rückert*, Friedrich Carl von Savigny. Leben und Wirken (1779–1861) (2011); *ders*, Die Historische Rechtsschule nach 200 Jahren – Mythos, Legende, Botschaft, JZ 2010, 1, *ders*, Savignys Einfluß auf die Jurisprudenz in Deutschland nach 1900, in Mohnhaupt (Hrsg), Rechtsgeschichte in den beiden deutschen Staaten (1988–1990) (1991) 34; *Jochum*, Das Erbe Friedrich Carl von Savignys – Zur 225sten Wiederkehr des Geburtstags von Friedrich Carl von Savigny, NJW 2004, 568; *Rosenberg*, Friedrich Carl von Savigny (1779–1861) im Urteil seiner Zeit (2000); *Rudorff*, Friedrich Carl von Savigny. Erinnerung an sein Wesen und Wirken (1862); *Stintzing*, Friedrich Karl von Savigny: ein Beitrag zu seiner Würdigung (1862); *Bethmann-Hollweg*, Erinnerung an Friedrich Carl von Savigny als



lichen Vernunftvorstellungen, indem sie Recht als Ausdruck eines im Laufe der Zeit gewachsenen „Volksgeistes“<sup>45</sup> begriff. Besonders häufig erfolgte dabei die Rückbesinnung auf Stellen im Corpus Iuris Civilis, wofür die Bezeichnung als Pandektenwissenschaft gebräuchlich wurde.<sup>46</sup> Diese Geisteshaltung hinterließ sodann auch in der heimischen Rechtswissenschaft tiefe Spuren, was nicht zuletzt die drei Teilnovellen<sup>47</sup> des ABGB belegen.<sup>48</sup> Bemerkenswert ist, dass das Gesetz während dieser Epoche nicht mehr alleine als Träger des gesetzgeberischen Willens begriffen wurde, sondern ein geschichtsbedingtes „Eigenleben“ zu entwickeln begann.<sup>49</sup> Außerdem brachte sie eine nachhaltige Annäherung der österreichischen und deutschen Rechtswissenschaft mit sich, was sich nicht zuletzt anhand des Diskurses zur juristischen Methodenlehre aufzeigen lässt.

Dementsprechend fanden die aus der historischen Rechtsschule hervorgehenden „methodologischen Hauptströmungen“<sup>50</sup> auch im heimischen Diskurs große Beachtung: Während des mittleren und späten 19. Jahrhunderts entwickelte sich zunächst eine juristische Arbeitsweise, die von moderneren Rechtsgelehrten abwertend als „Begriffsjurisprudenz“<sup>51</sup> bezeich-

---

Rechtslehrer, Staatsmann und Christ (1867); *Forsthoff*, Zur Rechtsfindungslehre im 19. Jahrhundert, *Zeitschrift für die gesamte Staatswissenschaft* 1 (1936) 49 (52 ff); sowie die Ausführungen und weiteren Nachweise bei *Wieacker*, *Privatrechtsgeschichte*<sup>2</sup> 381 ff (insb Fn 17).

45 Insb *Savigny*, *System des heutigen Römischen Rechts*, Bd I (1840) 20; während bei *ders*, *Vom Beruf unserer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft* (1814) 9, bereits von „Volks glauben“ die Rede ist. Allerdings wurde der Terminus „Volksgeist“ bereits vor *Savigny* gebraucht. Dazu *Kantorowicz*, *Volksgeist und historische Rechtsschule*, *Historische Zeitschrift*, 108 (1912) 295. Vgl zudem die Ausführungen bei *Landsberg/Stintzing*, *Geschichte der deutschen Rechtswissenschaft*<sup>2</sup> (1957) 199 ff.

46 Zu deren Herausbildung vgl zB *Fortunato*, *Vom römisch-gemeinen Recht zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, *ZJS* 2009, 327, 330 ff; *Wieacker*, *Privatrechtsgeschichte*<sup>2</sup> 430 ff, jeweils mwN.

47 Zu diesen vgl insb *Dölemeyer*, *Die Teilnovellen zum ABGB*, in Hofmeister (Hrsg), *Kodifikation als Mittel der Politik* (1986) 49; *dies*, *Die Revision des ABGB durch die drei Teilnovellen von 1914, 1915 und 1916*, in: *Ius commune* VI (1977) 274.

48 Eingehend hierzu *Wendehorst*, *Zum Einfluss pandektistischer Dogmatik auf das ABGB*, *FS 200 Jahre ABGB*, Bd I (2011) 75.

49 Bezeichnend ist es, wenn *Binding*, *Handbuch des Strafrechts*, Bd I (1885) 456, schreibt: „Das Gesetz denkt und will, was der vernünftig auslegende Volksgeist aus ihm entnimmt“.

50 Diese gängige Bezeichnung verwendet zB *F. Bydliński*, *Methodenlehre*<sup>2</sup> 109.

51 Zuerst *Jhering*, *Scherz und Ernst in der Jurisprudenz* (1884) 337. Er selbst zählte in seinen jüngeren Jahren freilich selbst zu den Anhängern dieser später unliebsam gewordenen methodischen Haltung. Vgl nur *ders*, *Unsere Aufgabe*, *JherJb* 1 (1857) 1. Als weitere prominente Vertreter gelten *Puchta*, *Cursus der Institutionen*, Bd I (1841); *Windscheid*, *Lehrbuch der Pandekten*<sup>7</sup> (1891); *Gerber*, *Über deutsches Recht und deutsche Rechtswissenschaft überhaupt* (1851); *Kuntze*, *Der Wendepunkt der Rechtswissenschaft* (1856). Vgl außerdem *Henkel*, *Begriffsjurisprudenz und Billigkeit* (2004);

net werden sollte. Diese war darum bemüht, vermeintlich eindeutige Rechtsätze durch Deduktion und Induktion auf immer höhere Abstraktionsstufen zu heben, um anschließend mathematisch-logische Rückschlüsse auf missverständliche Rechtsfragen zu ziehen.<sup>52</sup> Ihre nachhaltige Errungenschaft besteht vor allem in der systematischen Aufbereitung des Rechtsstoffs, wie etwa in Form des „Pandektensystem“.<sup>53</sup> Mit der Erkenntnis, dass sich das menschliche Zusammenleben nicht in mathematische Formeln zwängen lässt, trat die Rechtswissenschaft in das Zeitalter der „Interessenjurisprudenz“<sup>54</sup> über. Diese betont ihren Charakter als „praktische Wissenschaft“, wenn sie das Gesetz als Werturteil über widerstreitende Interessenslagen begreift, das der Richter herauszuarbeiten und umzusetzen hat.<sup>55</sup> Aufbauend hierauf setzte sich in der Privatrechtswissenschaft der Nachkriegszeit schließlich die „Wertungsjurisprudenz“<sup>56</sup> durch, die in den Aus-

---

sowie die Beiträge im Sammelband von *Krawietz* (Hrsg), *Theorie und Technik der Begriffsjurisprudenz* (1976).

- 52 Ausführlicher zu deren Arbeitsweise vgl *Fikentscher*, *Methoden* III 87 ff; *F. Bydliński*, *Methodenlehre*<sup>2</sup> 109 ff; *Larenz*, *Methodenlehre*<sup>6</sup> 19 ff; *Kramer*, *Methodenlehre*<sup>3</sup> 155 ff, 159 ff; *Canaris*, *Systemdenken und Systembegriff in der Jurisprudenz* (1969) 20 ff; *Röbl*, *Allgemeine Rechtslehre*<sup>2</sup> (2001) 41 ff.
- 53 Zu diesem vgl *Wendehorst*, FS 200 Jahre ABGB I 75 (89 ff); *Kehrer* in *Fenyves/Kerschner/Vonkilch*, *Klang*<sup>3</sup> § 14 Rz 3 (im Erscheinen).
- 54 Das Werk von *Jhering*, *Der Zweck im Recht* (1877), stellt den wohl entscheidenden Schritt seiner Neuorientierung hin zur Interessenjurisprudenz dar. Richtungweisend waren sodann insb die Arbeiten von *Heck*, *Gesetzesauslegung und Interessenjurisprudenz*, *AcP* 112 (1914) 1; *dems*, *Begriffsbildung und Interessenjurisprudenz* (1932); *dems*, *Das Problem der Rechtsgewinnung*<sup>2</sup> (1932). Zu Letzterem vgl außerdem die Biographie von *Schoppmeyer*, *Juristische Methode als Lebensaufgabe* (2001) insb 80 ff. Hinzuzuweisen ist zudem auf die Werke von *Heitmann*, *Die Stellung der Interessenjurisprudenz innerhalb der Geschichte der juristischen Methodenlehre* (1936); *Müller-Erzbach*, *Wohin führt die Interessenjurisprudenz?* (1932); *ders*, *Die Hinwendung der Rechtswissenschaft zum Leben und was sie hemmt* (1939); *ders*, *Die Rechtswissenschaft im Umbau. Ihr Vordringen zu den bestimmenden Elementen des Zusammenlebens* (1950). Weitere Ausführungen und Nachweise finden sich bei *Edelmann*, *Die Entwicklung der Interessenjurisprudenz* (1967); *Ellscheid/Hassemmer* (Hrsg), *Interessenjurisprudenz* (1974); *Dorndorf*, *Zu den theoretischen Grundlagen der Interessenjurisprudenz*, *ARSP* 1995, 542.
- 55 Näheres bei *Fikentscher*, *Methoden* III 361 ff; *F. Bydliński*, *Methodenlehre*<sup>2</sup> 113 ff; *Larenz*, *Methodenlehre*<sup>6</sup> 43 ff; *Kramer*, *Methodenlehre*<sup>3</sup> 157 ff; *Forsthoff*, *Zeitschrift für die gesamte Staatswissenschaft* 1, 49 (62 ff).
- 56 Vgl insb *Larenz*, *Methodenlehre*<sup>6</sup>; *ders*, *Richtiges Recht. Grundzüge einer Rechtsethik* (1979); *Larenz/Canaris*, *Methodenlehre*<sup>3</sup>; *Canaris*, *Systemdenken*; *ders*, *Die Feststellung von Lücken im Gesetz*<sup>2</sup> (1983); *F. Bydliński*, *Methodenlehre*<sup>2</sup>; *Koziol/Welser*, *Grundriss I*<sup>13</sup> 20 f; *Böhm*, *Zur Interpretationstheorie der Reinen Rechtslehre im Lichte ihrer gegenwärtigen Vertreter*, *JBl* 1975, 1; *Wieacker*, *Gesetz und Richterkunst* (1958) 12 ff; zumindest tendenziell *Esser*, *Grundsatz und Norm in der richterlichen Fortbildung des Privatrechts*<sup>4</sup> (1990); *Coing*, *Juristische Methodenlehre* (1972); *ders*, *Oberste Rechtsgrundsätze* (1947); ua. Weitere Nachweise bei *Fikentscher*, *Methoden* III 406 ff.



legungsprozess zudem die Gründe dafür, dass eine Konfliktsituation eine bestimmte gesetzliche Bewertung erfahren hat, einfließen lässt.<sup>57</sup> Hervorzuheben ist, dass besagte gesetzlichen Bewertungen in den allerseltensten<sup>58</sup> Fällen alleine aus der Absicht des Gesetzgebers gewonnen wurden. Ein wesentliches Charakteristikum der Wertungsjurisprudenz besteht vielmehr darin, dass sie danach strebt, rechtliche Lösungen auf übergesetzliche Vernünftigkeitssprinzipien (häufig: „Rechtsidee“<sup>59</sup>) zurückzuführen, die sodann in den Auslegungsprozess einzufließen haben. Ursächlich für den Siegeszug besagter methodentheoretischer Ansätze dürfte nicht zuletzt die fälschliche Überzeugung gewesen sein, dass die Zeit nationalsozialistischen Unrechts durch blinden Gesetzesgehorsam begünstigt worden wäre und Recht deshalb eines Korrektivs durch außergesetzliche Gerechtigkeitsideale bedürfe.<sup>60</sup>

Die Gegenposition zu diesem Rechtsverständnis der Wertungsjurisprudenz wird traditionell von der öffentlichrechtlichen, positivistischen Rechtswissenschaft eingenommen.<sup>61</sup> Die von *Kelsen* begründete „Reine Rechts-

---

57 Vgl zB *Fikentscher*, Methoden III 405 ff; *F. Bydliński*, Methodenlehre<sup>2</sup> 123 ff; *Larenz*, Methodenlehre<sup>6</sup> 119 ff; sowie die Nachweise in Fn 86.

58 Bemerkenswerte Ausnahmen stellen zB *Westermann*, Wesen und Grenzen der richterlichen Streitentscheidung im Zivilrecht (1955); *E. Meyer*, Grundzüge einer systemorientierten Wertungsjurisprudenz (1984); sowie *Mayer-Hayoz*, Der Richter als Gesetzgeber (1951), dar.

59 Zum Beispiel *F. Bydliński*, Methodenlehre<sup>2</sup> 290 ff; *Larenz*, Richtiges Recht 32 ff; *Canaris*, Systemdenken 16; *Mayer-Maly*, Rechtswissenschaft<sup>5</sup> (1991) 97.

60 Vgl *Luig*, Macht und Ohnmacht der Methode, NJW 1992, 2536; *Schwalm*, Der objektivierte Wille des Gesetzgebers, FS Heintz (1972) 47 (56 ff); *Metzger*, Extra legem, *intra ius* (2009) 23; *Mayer-Maly*, Rechtswissenschaft<sup>5</sup> 103. Der grundlegenden Arbeit von *Rüthers*, Unbegrenzte Auslegung. Zum Wandel der Privatrechtsordnung im Nationalsozialismus<sup>7</sup> (2012, Erstauflage 1968), ist die Erkenntnis zu verdanken, dass es in Wahrheit vielmehr gerade der Glaube an perfide übergesetzliche Ideologien (zB Volks- und Führertreue) gewesen sein dürfte, der die Jurisprudenz des Dritten Reichs ausmachte. Wie *Lepsius*, Die gegensatzaufhebende Begriffsbildung (1994) 374, zusammenfasst, operierten Juristen dieser Epoche mit „Begründungshülsen“, die den Anschein von Sinngehalt suggerierten, indem sie sich nicht fassbarer Begriffe bedienten und diese anhand höherer Ideale bestimmten. Vgl zu dieser Thematik außerdem *Rüthers/Fischer/Birk*, Rechtstheorie<sup>6</sup> 338 ff; *Dreier/Sellert* (Hrsg), Recht und Justiz im „Dritten Reich“ (1989); *Raisch*, Methoden 120 ff; *Meissel/Bukor*, Das ABGB in der Zeit des Nationalsozialismus, FS 200 Jahre ABGB, Bd I (2011) 17 (27 ff); *Majer*, Nationalsozialismus im Lichte der Juristischen Zeitgeschichte (2002) 3 ff; uva. Eine der großen Verfehlungen des NS-Regimes bestand in dem Umstand, dass sie kritischen Geistern keinen Raum für Entfaltung bot. Dementsprechend darf aus der Zeit des Dritten Reichs kein substantiierter Beitrag zur Methodendiskussion erwartet werden.

61 Für einen Überblick zur öffentlichrechtlichen Methodendiskussion vgl *Walter*, Die Interpretationslehre im Rahmen der Wiener Schule der Rechtstheorie, FS Leser (1993) 191; *Mayer*, Die Interpretationstheorie der Reinen Rechtslehre, in *Walter* (Hrsg), Schwerpunkte der Reinen Rechtslehre (1992) 61; *Tessar*, Der Stufenbau nach der rechtlichen Autorität und seine Bedeutung für die juristische Interpretation (2010) 55 ff.