

das den Entstehungsbedingungen der Arbeit geschuldet. Aber viele Befunde werden Bestand haben. Das verdient Anerkennung, die Art und Weise der Durchführung trotz aller Bedenklichkeiten auch Bewunderung.

Münster

Peter Oestmann

Schröder, Jan, *Recht als Wissenschaft. Geschichte der juristischen Methodenlehre in der Neuzeit (1500–1933)*. 2. Aufl. Beck, München 2012. XX, 506 S., ISBN 978-3-406-63011-8

Es ist selten, dass Zweitaufgaben eines Buches nochmals genauer rezensiert werden. Dieses Buch ist freilich keine normale Zweitaufgabe. Jan Schröder hat den Untersuchungszeitraum vielmehr so erheblich erweitert, dass eigentlich ein zweiter Band integriert wurde. Die nun hinzugefügten Jahre 1850–1933 machen mit knapp 150 Seiten etwa ein Drittel des Buches aus. Sie beruhen auf knapp zehnjährigen Vorstudien¹⁾, in denen sich Schröder nicht nur durch einen im Vergleich zu den früheren Epochen extrem gewachsenen Berg von Quellen hindurchgearbeitet hat, sondern auch die für diesen Zeitraum besonders lebendige Forschungslandschaft berücksichtigen musste. Seine Ergebnisse gehen teilweise deutlich über den bisherigen Kenntnisstand hinaus und schlagen für viele Fragen eigenständige Lösungen vor. Es ist ein großes Werk geworden, das die Rechtswissenschaftsgeschichte für lange Zeit prägen wird.

Konzeptionell ist sich Schröder treu geblieben. Konsequenter bildet der jeweilige Rechtsbegriff den Referenzpunkt aller rechtsquellentheoretischen und methodischen Positionen. „Geschichte der juristischen Methodenlehre“ als Untertitel des Buchs ist in Schröders eigener Begrifflichkeit daher ein wenig irritierend. Im Buch werden Rechtsbegriff, Rechtsquellenlehre und Methodenlehre getrennt. Eigentlich geht es also um mehr als eine Methodengeschichte. Der jeweilige Rechtsbegriff als stets mitgedachte Prämisse trägt Schröders radikale Historisierung der Methodengeschichte. Eine Methode kann, wie er wiederholt herausstellt, niemals „falsch“ sein, solange sie den zugrundeliegenden Prämissen treu bleibt. Damit befreit er die Rechtswissenschaftsgeschichte endlich vom Ballast, eine Gerechtigkeitsdidaktik zu sein, wie sie etwa Franz Wieacker in seiner Geschichte der „Entartung des Positivismus“ 1952 und 1967 erzählte²⁾. Dahinter steht bei Schröder vielleicht auch die Skepsis, ob Methode überhaupt über die ‚Gerechtigkeit‘ eines Ergebnisses entscheiden kann: „Ein ‚teleologisch‘ orientierter Jurist des 20. Jahrhunderts würde wohl kaum zu anderen Ergebnissen kommen als Savigny, nur würde er sie nicht auf wissenschaftliche Regeln stützen, sondern auf Rechtsfortbildungen mittels Analogie“ (S. 257).

Darstellerisch setzt Schröder weiterhin auf extreme Verdichtung und schafft es auch im neuen Abschnitt ganz grundsätzliche Fragen und ausgreifende Debatten auf einer halben Seite abzuhandeln. Die seit 1800 stetig steigende Masse der Quellen hat gleichwohl ihren Tribut gefordert und für viele Problemfelder muss sich Schröder nun etwas mehr Raum nehmen, was der Lesbarkeit sehr gut getan hat.

¹⁾ Die Studien sind nun zusammengestellt in: Jan Schröder, *Rechtswissenschaft in der Neuzeit*, Tübingen 2010 (hier die Nrn. 21–28).

²⁾ Hierzu nun die Beiträge in: Okko Behrends/Eva Schumann (Hgg.), *Franz Wieacker, Historiker des modernen Privatrechts*, Göttingen 2010.

Viele alte Vorurteile werden von Schröder im Verlauf der Darstellung klar berichtigt. Den Satz Naturrecht bricht Positives Recht hat es auch im 18. Jahrhundert „in der Sache nicht gegeben“ (S. 114). Im gesamten 19. Jahrhundert ist Recht immer nur positives Recht. Damit findet er doppelt kein „Erbe des Naturrechts“ (Franz Beyerle): Ein ideales Recht wird aus dem Rechtsquellen-system eliminiert (S. 206) und deduktive Ableitungen aus Begriffen können kein Recht bilden, Begriffsarbeit ist immer induktiv ausgerichtet (S. 254). Weitere Klarstellungen: Eine Herrschaft des Gesetzespositivismus als selbstständige Theorie hat es „nie gegeben“ (S. 328). Der Freirechtsschule fehlt eine „eigenständige rechtstheoretische Substanz“, da ihr Anliegen „von allen Hauptrichtungen der Rechtstheorie aufgenommen“ worden sei (S. 421). Die Lücke wird nicht etwa im 20. Jahrhundert „entdeckt“, sondern war auch im 19. Jahrhundert als Problem stets präsent. Niemand vertrat jemals die Ansicht Gesetz- oder Gewohnheitsrecht seien lückenlos, lediglich die Vorstellung, das System des Rechts ermögliche die wissenschaftliche Schließung solcher Lücken findet er vor 1850 (S. 250).

Im Zentrum der Überarbeitung und der Erweiterung dieser zweiten Auflage stehen das 19. und 20. Jahrhundert. Ich beschränke mich daher im Folgenden auf diese Abschnitte.

Mit dem neuen Zeitabschnitt ab 1850 entsteht eine große Dichotomie der Methodengeschichte zwischen 1800 und 1933. Bis 1850 wird die Rechtswissenschaft geprägt vom objektiv idealistischen³⁾ Rechtsbegriff der Historischen Schule, ab 1850 dominiert ein voluntaristischer Rechtsbegriff. Damit stehen sich Recht als objektives Sinn Ganzes und Recht als zweckorientierte Setzung gegenüber. Das hat direkte Folgen für die jeweilige Rechtsquellen- und Methodenlehre.

Einige hier zu erwähnende Neubewertungen im bereits von der ersten Auflage bearbeiteten Zeitabschnitt finden sich in Schröders eindrucksvoller Untersuchung der „Theorie der wissenschaftlichen Rechtsfindung“, die seit Jherings verschriener Darstellung von 1858 erstmals eine genaue Beschreibung des Verfahrens der Historischen Rechtsschule unternimmt. Rechtssätze und Prinzipien werden danach gefunden durch unvollständige Induktion, einem Verfahren, welches in der Nachfolge Kants philosophische Aufwertung erfuhr. Aus Einzelfällen werden Lösungen abstrahiert, die im System nach allen Seiten getestet und bei allseitiger Brauchbarkeit als richtig angesehen werden. Da das System selbst historisch und das positive Recht immer veränderlich ist, bleiben diese Lösungen aber unsicher und wandelbar. Das Konzept der unvollständigen Induktion passt gut in eine objektiv-idealistische Erkenntnistheorie, für die der Sinn von etwas Gegebenem etwas anderes ist als die Summe seiner Teile. Damit bleibt freilich die Frage, wonach entschieden wird, dass manche Punkte des Induktionsmaterials betont werden und andere nicht. Savigny meinte, die unterstellte „innere Konsequenz des Rechts“ sei „nicht immer eine bloß logische Konsequenz, wie das reine Verhältnis von Grund und Folge, sondern zugleich eine organische, die aus der Gesamtanschauung der praktischen Natur der Rechtsverhältnisse und ihrer Urbilder hervorgeht“⁴⁾. Schröder verneint nicht, dass bei einem solchen Verfahren „instinktiv entgegenstehende Gerechtigkeits- und Zweckmäßigkeitsgesichtspunkte“

³⁾ Er folgt damit gegen Okko Behrends, Horst Heinrich Jakobs u. a. der Savignydeutung von Joachim Rückert.

⁴⁾ Friedrich Carl v. Savigny, System des heutigen Römischen Rechts, Bd. I, Berlin 1840, S. 292.

mit einfließen (S. 255), beharrt aber – und m. E. durchaus zu Recht – darauf, dass gleichwohl auch gefordert wurde, einen solchen Satz auch „systematisch beglaubigt“ zu sehen. Das Verfahren war „zweihändig“, „historisch“ und systematisch – ohne das eine vor dem anderen grundsätzlich vorzuziehen. Wenn sich Schröder gegen Verusche wendet „die historische Existenz einer ‚Begriffsjurisprudenz‘ zu bestreiten“ (S. 277), so überspitzt er die Kritiker dieses Bildes. Niemand hat m. W. behauptet, die Pandektenwissenschaft dieser Zeit sei eine offene „Gerechtigkeits- oder Zweckmäßigkeitjurisprudenz“ (S. 255) gewesen. Insofern können die Kritiker mit Schröders „Begriffsjurisprudenz“ inhaltlich gut leben. Dass Schröder aber an Hecks Vorwurf der Inversionsmethode“ festhält (S. 256), macht das Bild doch schief. Im Gegensatz zu Schröder, der gerade betont, dass bei einer unvollständigen Induktion ein „über die Induktionsbasis hinausgehender neuer Rechtssatz“ entsteht (S. 253), unterstellt Heck eine vollständige Induktion, indem die einzelnen Teile nur zusammengefasst und damit logisch nicht erweitert werden können: „Aus Zusammenfassungen kann man ohne Selbsttäuschung keinen neuen Rechtsinhalt gewinnen“⁵⁾. Hecks Vorwurf einer *quaternio terminorum*⁶⁾ geht auch nach Schröders Verfahrensbeschreibung ins Leere.

Für die Historische Rechtsschule behält Schröder den Terminus „Begriffsjurisprudenz“ bei. Gegen eine Weiterverwendung des Begriffs sprechen aber bereits die Folgen, die sich Schröders eigene Darstellung damit einhandelt, in der er diesen Begriff beständig von Fehlverständnissen freihalten und wiederholt eigenständig neu begründen muss. „Begriffsjurisprudenz“ ist so polemisch überlagert und zudem durch neue Untersuchungen so aufgeweicht worden, dass er seine Eignung als Leitbegriff einer Epoche eingebüßt hat⁷⁾. Zudem meinte Jhering bereits 1884: „Jede Jurisprudenz operiert mit Begriffen“⁸⁾, auch die spätere Jurisprudenz hat nicht einfach Gefühlsbekenntnisse abgegeben und über Zwecke parliert. Vor allem werden die auch von Schröder aufgezeigten Entwicklungstendenzen vom 19. zum 20. Jahrhundert gar nicht begrifflich dargestellt: von Autonom zu Heteronom; von System zu Einzelfall; von Betonung der Rechtssicherheit zur Betonung der Gerechtigkeit. „Begriff“ ist also weder in seiner polemischen Überspitzung noch in seinem Bedeutungskern eine sinnvolle Beschreibungskategorie.

Für den Zeitraum ab 1850 verzichtet Schröder auf die üblichen Abfolgeerzählungen⁹⁾ und betrachtet die ganze Periode vor dem Hintergrund des bis Weimar herrschenden voluntaristischen Rechtsbegriffs. Angesichts der vielen damit verschwindenden konkreten Gesprächskontexte in dieser ereignisreichen und daher sehr langen Periode ist das ein radikaler Schritt, der nicht ohne einzelne Exkurse zu Sonderdebat-

⁵⁾ Philipp Heck, Was ist diejenige Begriffsjurisprudenz, die wir bekämpfen?, in: DJZ 1909, Sp. 1457ff., Sp. 1460.

⁶⁾ Also der klassische Trugschluss beim syllogistischen Schließen, vgl. Philipp Heck, Begriffsbildung und Interessenjurisprudenz, Tübingen 1932, S. 96.

⁷⁾ Insofern wäre der von Schröder an einer Stelle (S. 422) vorgeschlagene Alternativbegriff Radbruchs: „kategoriale Jurisprudenz“ jedenfalls relativ unverbraucht, wenn auch philosophisch sehr aufgeladen.

⁸⁾ Rudolf v. Jhering, Scherz und Ernst in der Jurisprudenz, Leipzig 1884, S. 347.

⁹⁾ S. 423: „Begriffsjurisprudenz, wissenschaftlicher Positivismus, Rechtspositivismus, Gesetzespositivismus, Naturalismus, Freirechtbewegung, Interessenjurisprudenz, Neukantianismus, Neuhegelianismus etc.“

ten durchführbar ist (etwa S. 294ff. zum staatsrechtlichen Gesetzesbegriff Labands, S. 322ff. zur Weimarer Debatte zum Vorrang der Verfassung). Mit Voluntarismus ersetzt Schröder zugleich den alten inhaltsleeren und polemisch aufgeladenen Leitbegriff „Positivismus“ (deutlich S. 315), was als solches sehr zu begrüßen ist. Während die Historische Schule auf eine nicht hintergehbare Volksüberzeugung verwies, deren Entstehung ‚dunkel‘ blieb (und damit ganz bewusst der lenkenden Freiheit Gottes überlassen wurde¹⁰)) und der lediglich unterstellt wurde, eine Sinneinheit zu sein, lehnen voluntaristische Theorien eine solche Sinneinheit ab und führen Recht auf eine Willensäußerung einer Rechtsgemeinschaft oder des Staates zurück. Dieser Wille setzte klare Zwecke um. In einer soziologischen Variante werden dann die realen, gesellschaftlichen Ursachen, also Interessenkämpfe, in einer idealistischen Variante seine idealen Zwecke, also der Versuch die Rechtsidee zu verwirklichen, in der Variante der Reinen Rechtslehre ein reines Sollen umgesetzt. Mit dieser Begriffsbildung changiert Schröder zwischen den alten Dichotomien („Positivismus“ vs. „Naturrecht“) und kann Personen zusammen gruppieren, die sonst strikt getrennt wurden (etwa Eugen Ehrlich und Rudolf Laun). Begrifflich ist die Abgrenzung vor allem zur alten Hegelianischen Bezeichnung des Gesetzes als „Allgemeinem Willen“ nicht ganz leicht (S. 281 Anm. 5). Mit dieser vereint die späteren Voluntaristen jedenfalls die Vorstellung, dass es im Recht irgendwie „vernünftig“ zugeht, die Rechtentstehung also menschlicher Erkenntnis zugänglich ist. Damit wird die Rechtswissenschaft freilich von diesen erkennbaren Zwecken abhängig und unterliegt heteronomer Steuerung. Insofern ist die Klammer des Voluntarismus ein tauglicher Ansatzpunkt um einige deutliche Veränderungen in der Rechtsquellen- und Methodenlehre zu erklären. Der Gesetzesbegriff wird nun nicht mehr als Umsetzung der Volksüberzeugung interpretiert, sondern als Willensäußerung des Staates. Die Gewohnheitsrechtslehre bekommt Probleme mit der (von einer „Begriffsjurisprudenz“ eingeforderten) Basierung der Gewohnheit auf dem Rechtsgefühl und stärkt wieder die Übung als Erkennungsmerkmal. Vor allem aber entfällt nach dem alten Naturrecht nun auch die Möglichkeit, Lücken des Rechts aus dem System selbst zu füllen. Damit wird, anders als die alte Idee der Präjudizienbindung, nun die Rechtssetzung des Richters im Einzelfall zum Thema und im „Aufstieg des Richterrechts“ als Rechtsquelle sieht Schröder das Signum der ganzen Epoche von 1850–1933. In der Fülle der Meinungen bleiben die schön klaren Linien zwischen Objektiven Idealisten und Voluntaristen freilich nur dann unbeschädigt, wenn man die Historische Rechtsschule gewissermaßen um den Volksgeist amputiert und die Lückenfüllung als rein begrifflich-systematisches Verfahren versteht – wie es Puchta in seinem späten Recht der Wissenschaft tat. Hält man daran fest, dass der Richter bei der Lückenfüllung auch als „Repräsentant“ des Volksgeists agieren muss, wie Savigny und wohl die meisten seiner Anhänger weiterhin behaupteten, so rücken manche Voluntaristen und Objektive Idealisten wieder ziemlich eng zusammen, etwa wenn bei Beling die Rechtsüberzeugung als „Urquelle“ des Positiven Rechts bezeichnet oder das eben gerade nicht durch Demoskopie zu ermittelnde „sittliche Empfinden der Allgemeinheit“ (Reichel) dem Richter Belehrung geben soll (S. 311). Die Terminologie Schröders nötigt also zu einer Engführung der

¹⁰) Die in den letzten Jahren klarer thematisierten religiösen Grundlagen dieses Denkens werden von Schröder nicht angesprochen.

Gedanken der Historischen Rechtsschule, insofern bin ich von diesem Gegensatz nur begrenzt überzeugt.

Zum „Aufstieg des Richterrechts“ passt Schröders Deutung der zivilrechtlichen Generalklauseln als „Kontrollnormen“. Inzwischen hat die Forschung herausgearbeitet, dass Billigkeitskorrektive wie die *bona fides* oder die *exceptio doli generalis* auch im 19. Jahrhundert als Teil des Gemeinen Rechts weit verbreitet waren. Schröder stimmt zu, dass auch vor 1900 Sätze des gemeinen Rechts durch die *bona fides* korrigiert werden konnten. Er meint jedoch sie hätten den Status von Kontrollnormen „noch nicht ganz“ erreicht, da sie keine „Gesetze, sondern eher (aus dem römischen Rechtsstoff extrahierte) Rechtsprinzipien“ gewesen seien (S. 319). Das erscheint mir mit Blick auf das Römische Recht fraglich, da sich dort sehr klare Regelungen/Rechtssätze über den Anwendungsbereich der *bona fides* und der *exceptio doli* finden. Zutreffender scheint mir der Hinweis, die Arglistenrede sei „keine das gesamte Schuldrecht dominierende Generalklausel wie § 242 BGB“ gewesen. Einen „Stufenbau“ der Rechtsordnung mit einer explizierten Dominanz der *bona fides* über das positive Recht findet man im 19. Jahrhundert nicht. Es bleibt ein unspezifisches Überdruckventil des Richters im Einzelfall. Insofern trifft die Benennung als Kontrollnormen m. E. einen richtigen Punkt.

Auf andere interessante Punkte kann nur noch hingewiesen werden. Ich nenne die Verwendung von objektiver und subjektiver Auslegungstheorie als Ordnungskriterium, Schröders Sondierung auf dem schwierigen Feld der teleologischen Systembildung, seine sehr klare Darstellung des Aufstiegs des Vorrangs der Verfassung und des richterlichen Prüfungsrechts, seine Herausarbeitung wie zerrissen und keineswegs von den sog. Auslegungskanon Savignys beherrscht die Interpretationslehre bis zum Ende seines Untersuchungsraumes war.

Jan Schröder bricht seine Darstellung im Jahr 1933 ab. Der von ihm genannte Grund hierfür darf nicht unwidersprochen bleiben: „Da die Methodendiskussion nach 1945 an die Weimarer Republik und nicht an die nationalsozialistische Diktatur anknüpft, führt das Werk unmittelbar an die moderne juristische Methodenlehre heran“ (Vorwort). Bisherige Untersuchungen zur Entstehung der Wertungsjurisprudenz¹¹⁾ oder zur Methodenlehre von Karl Larenz¹²⁾, Josef Esser¹³⁾ oder Franz Wieacker¹⁴⁾ zeigen sehr klar, dass entscheidende Prägungen in den Jahren nach 1933 entstanden und nach 1945 angepasst und fortgedacht, jedenfalls aber nicht einfach auf den Erkenntnisstand von 1932 zurückgeführt wurden. Im Zivilrecht ist es offensichtlich, dass sich die Interessenjurisprudenz von den Angriffen, denen Heck nach 1933 ausgesetzt

¹¹⁾ Joachim Rückert, Vom „Freirecht“ zur freien „Wertungsjurisprudenz“ – eine Geschichte voller Legenden, in: ZRG Germ. Abt. 125 (2008) S. 199ff.

¹²⁾ Monika Frommel, Die Rezeption der Hermeneutik bei Karl Larenz und Josef Esser, Ebelsbach 1981; Josef Kokert, Der Begriff des Typus bei Karl Larenz, Berlin 1995; Ralf Frassek, Von der „völkischen Lebensordnung“ zum Recht – Die Umsetzung weltanschaulicher Programmatik in den schuldrechtlichen Schriften von Karl Larenz (1903–1993), Baden-Baden 1996.

¹³⁾ Hans-Peter Haferkamp, „Methodenehrlichkeit“ – Die juristische Fiktion im Wandel der Zeit, in: Klaus Peter Berger u. a. (Hgg.), Zivil- und Wirtschaftsrecht im Europäischen und Globalen Kontext, Festschrift für Norbert Horn zum 70. Geburtstag, Berlin 2006, S. 1077ff.

¹⁴⁾ Siehe die Beiträge insbesondere von Rückert, Avenarius und Haferkamp in Behrends/Schumann (Fn. 2).

war¹⁵⁾, nie wirklich erholt hat. Eine Lücke in die Gegenwart bleibt also und es wäre daher zu wünschen, dass Jan Schröder vielleicht doch noch Lust bekommt, sich den Jahren zwischen 1933 und vielleicht 1968 zu widmen.

Die Bedeutung von Schröders Opus Magnum für die Rechtswissenschaft wird durch diesen kleinen Wermutstropfen nicht geschmälert. Endlich wurde die Methodengeschichte der Neuzeit, befreit vom ideologischen Ballast der großen Positivismuserzählungen, mit neuem analytischem Handwerkszeug und auf viel breiterer Quellengrundlage historisiert. Entstanden ist ein epochales Buch für jeden Juristen und Rechtshistoriker, der sich für die Frage interessiert, ob Recht eine Wissenschaft ist.

Köln

Hans-Peter Haferkamp

Seabourne, Gwen, *Imprisoning Medieval Women. The Non-Judicial Confinement and Abduction of Women in England, c. 1170–1509*. Ashgate, Farnham/Surrey 2011. XVII, 219 S., ISBN 978-1-4094-1788-0

Thema dieses Buches ist die willkürliche Freiheitsberaubung und Gefangennahme ohne Gerichtsbeschluss von Frauen im England der Zeit zwischen 1170 und 1509. Die Autorin betont dabei den Unterschied zwischen hoch- und niedrig gestellten Frauen und bemüht sich dabei, alle denkbaren Szenarien zu berücksichtigen. Zunächst wendet sie sich sozial hochgestellten Frauen zu, die auf Befehl des Herrschers zwangsweise in sicherem Gewahrsam untergebracht wurden (zum Beispiel während kriegerischer Auseinandersetzungen, als Folge von Sippenhaft oder im Rahmen königlicher Vormundschaft). Die zweite Gruppe sind Frauen aus niederen Schichten, die als Folge einer gewaltsamen Entführung (mit oder ohne sexuelle Komponente) ihrer Freiheit beraubt wurden. Um ein ausgewogenes Bild von der Situation der Frau in dieser Zeit zu erhalten, werden im dritten Hauptteil Beispiele genannt, in denen Frauen als Täter oder Mittäter agierten.

Die Darstellung beruht weitgehend auf Sekundärliteratur und gedruckten Quellen, doch wurde auch unveröffentlichtes Material herangezogen. Allerdings ist die Auswahlbibliographie wenig hilfreich, um erkennen zu können, welche Dokumente tatsächlich benutzt wurden. Um Tendenzen aufzuzeigen, wurden Common Pleas und King's Bench Plea Rolls für je ein Gerichtsquartal (Michaelmas) in 25-Jahr-Schritten analysiert (Tabellen 5.1–5.3), wobei jedoch für 1277 nur die King's Bench Gerichtsrolle herangezogen wurde, obwohl die Akte für den Court of Common Pleas überliefert ist. Zudem muss bemerkt werden, dass die Entscheidung, 1252 als Ausgangspunkt für die 25-Jahr-Schritte zu wählen, nicht gerade geschickt war, weil dadurch zwei Jahre, in denen ein Thronwechsel stattfand (1327, 1377), in die Statistik einfließen und diese Jahre nicht repräsentativ sein dürften.

Erklärtes Ziel des Buchs ist, die zeitgenössischen geschlechtsspezifischen Rechtsvorstellungen zu illustrieren und Einblicke in das Leben ausgewählter Frauen zu geben, deren Bewegungsfreiheit auf die eine oder andere Art eingeschränkt wurde. Die Analyse bleibt häufig an der Oberfläche und fördert nicht wirklich neue Erkenntnisse

¹⁵⁾ So sehr deutlich Marietta Auer, *Methodenkritik und Interessenjurisprudenz*, Philipp Heck zum 150. Geburtstag, in: ZEuP 2008, S. 517ff., 518, 520.