

## V. Schluß: Weitere Beispiele und der Nutzen einer Historisierung der Interpretationstheorie

Meine Ergebnisse sind also: Die beiden wohl wichtigsten Neuerungen der Interpretationslehre um 1900, nämlich die Ausweitung des Lückenbereichs und die Spaltung der Interpretationslehre sind rein historisch zu erklären. Sie beruhen auf dem Übergang vom Idealismus der Naturrechtszeit und der historischen Schule zum Voluntarismus des frühen 20. Jahrhunderts und darauf, daß sich verschiedene gleichberechtigte Spielarten des Voluntarismus, eine normative, eine soziologische und eine idealistische, entwickeln.

Geht man einmal die gesamte Auslegungslehre des frühen 20. Jahrhunderts durch, dann findet man auf Schritt und Tritt weitere Lehrsätze und Streitfragen, die vom Voluntarismus oder Positivismus und der Spaltung des Rechtsbegriffs überhaupt erst erzeugt worden sind. Ich weise noch kurz auf drei, etwas versteckte, hin.

- (1) Man streitet über die Rangfolge der Auslegungselemente.<sup>66</sup> Das Problem war im 18. und frühen 19. Jahrhundert unbekannt, weil es nur *ein* Ziel der Auslegung gab: die Feststellung des Willens des Gesetzgebers. Alle Auslegungskriterien dienten nur diesem Zweck, sie waren sozusagen Beweise für den Willen des Gesetzgebers, die der Interpret frei zu würdigen hatte.<sup>67</sup> Daß die Frage im 20. Jahrhundert aufkommt, beruht auf der Spaltung der Interpretationslehre, und ich halte das Problem, wie gesagt, für historisch erklärbar, aber systematisch nicht für lösbar.
- (2) Was ist eine Gesetzeslücke, gibt es etwas Derartiges überhaupt? Im frühen 19. Jahrhundert wird das nicht bezweifelt. Auf der Grundlage des voluntaristischen, positivistischen Rechtsbegriffs ist die Antwort aber nicht mehr selbstverständlich. Wenn man im Recht nur noch

66 S. etwa Claus-Wilhelm *Canaris*: Das Rangverhältnis der „klassischen“ Auslegungskriterien, demonstriert an Standardproblemen aus dem Zivilrecht, in: Festschrift für Dieter Medicus zum 70. Geburtstag, Köln etc. 1999, S. 25-61.

67 Dazu J. *Schröder*: Recht als Wissenschaft (Fn. 2), S. 236. Nur soviel ist unbestritten, daß das „grammatische“ Element keinen Vorrang hat, also der Wortsinn auch durch historische, systematische und teleologische Erwägungen zu bestimmen (oder zu korrigieren) ist.

ein zufälliges Aggregat willkürlicher Vorschriften sieht, dann gibt es kein Ideal mehr, an dem seine Vollständigkeit gemessen und seine Lückenhaftigkeit festgestellt werden könnte. In der Tat verneint deshalb die strikt positivistische Variante des Voluntarismus (Kelsen, z. B. auch Felix Somló) die Existenz von Lücken im Recht überhaupt.<sup>68</sup> Nach der objektiven Theorie kommt es hingegen auf das Rechtsideal an,<sup>69</sup> nach der subjektiven auf die historischen Ordnungsvorstellungen des Gesetzgebers.<sup>70</sup> Überwiegend wird also die Existenz von Lücken bejaht, deshalb habe ich die Frage vorhin übergegangen. Es hängt aber eben alles am Rechtsbegriff.

- (3) Kann man Ausnahmenvorschriften ausdehnend oder analog anwenden? Die ältere Lehre hatte das verneint.<sup>71</sup> Im Positivismus wird aber schon der Begriff der Ausnahmenvorschrift zum Problem, weil es ein Verhältnis von Regel und Ausnahme nur dann geben kann, wenn der positive Gesetzgeber es selbst herstellt. Naturrechtliche Regeln oder Regeln der wissenschaftlichen Rechtsvernunft,<sup>72</sup> von denen das positive Recht Ausnahmen machen könnte, existieren ja nicht mehr. Deshalb erklärt z. B. Philipp Heck den Grundsatz, wonach Ausnahmenvorschriften nicht erweiterungsfähig sind, für wertlos und sogar für unheilvoll.<sup>73</sup>

68 H. Kelsen: *Reine Rechtslehre* (Fn. 45), S. 100-104; Felix Somló: Die Anwendung des Rechts, in: *Zeitschrift für das Privat- und öffentliche Recht der Gegenwart*, hrsg. von Carl S. Grünhut, 38 (1911), S. 55-74 (65).

69 Wenn eine Regelung erfordert wird durch das „Verkehrsbedürfnis“, den „Geist des Gesetzes“: K. Hellwig: *Lehrbuch* (Fn. 25), S. 166; das „Billigkeitsbedürfnis“: A. v. Tuhr: *Allg. Teil* (Fn. 16), S. 42; die „Vernünftigkeit“ des Resultats: E. Danz: *Richterrecht* (Fn. 58), S. 197; „eine durch unsere gegebenen sozialen und wirtschaftlichen Verhältnisse objektiv begründete Forderung“: J. Binder: *Philosophie* (Fn. 20), S. 984.

70 So etwa P. Heck: *Gesetzesauslegung* (Fn. 11), S. 174 (zu den „äußeren“ Lücken).

71 Nachweise bei J. Schröder: *Recht als Wissenschaft* (Fn. 2), S. 256 f.

72 So ist noch bei F. C. v. Savigny: *System I* (Fn. 18), S. 294 das „anomalische“ Recht nicht analogiefähig, da es sich nicht in den „inneren Zusammenhang des Rechtssystems“ einfügt.

73 P. Heck: *Gesetzesauslegung* (Fn. 11), S. 186-189. S. auch etwa Ferdinand Regelsberger: *Pandekten*, 1. Band, Leipzig 1893, S. 160 f.; R. Stammler: *Theorie* (Fn. 11), S. 645; H. Reichel: *Gesetz* (Fn. 28), S. 104; Heinrich Lehmann: *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuchs*, 3. Aufl., Berlin und Leipzig 1928, § 8 III 4, S. 56.

Das sind aus meiner Sicht die wichtigsten historisch-rechtstheoretischen Hintergründe der Interpretationstheorie um 1900. Es bleibt die Frage, was uns eigentlich diese Einsichten nützen? An der Schwäche der gegenwärtigen Interpretationslehre ändern sie sicherlich nichts. Sie wird ja auch mehr und mehr durch andere methodische Instrumente überlagert (ich denke besonders an die Rechtsquellenlehre). Aber die historische Betrachtung hilft uns, unsere aktuelle Lage besser zu verstehen. Das haben zwar schon Viele gesagt, aber man kann es gerade für die Geschichte der juristischen Methodenlehre nicht oft genug wiederholen. Viele Eigentümlichkeiten unserer heutigen Interpretationstheorie sind zeitbedingt. Ohne historische Kenntnis versperren wir uns den Zugang zu ihrer richtigen Einordnung und sehen, um Savigny zu zitieren, „unsre Gedanken in einem falschen Lichte von Allgemeinheit und Ursprünglichkeit“.<sup>74</sup>

Es ist bekanntlich mit der Rechtsgeschichte wie mit der Rechtsvergleichung: Sie kann uns dazu bringen, unseren eigenen Standpunkt zu überprüfen und zu korrigieren, zumindest aber öffnet sie uns eine Perspektive, einen Weg ins Freie, den wir nicht haben, wenn wir immer nur in unserem eigenen System herumoperieren. Sie kennen vielleicht die Geschichte von dem deutschen Touristen, der über die verschiedenen Wörter für „Bier“ nachdenkt. Er sagt: „Auf italienisch heißt es ‚birra‘, auf französisch ‚bière‘ und auf englisch ‚beer‘. Aber auf deutsch heißt es ‚Bier‘ und das ist am besten, denn es *ist* ja auch wirklich Bier.“ Wenn wir so denken, dann kommen wir in der Theorie der Gesetzesinterpretation keinen Schritt weiter.

74 Friedrich Carl v. Savigny: Vom Beruf unserer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft, Heidelberg 1814, S. 115.





## Prof. Dr. Dr. h.c. Jan Schröder

- |           |   |
|-----------|---|
| 1943      | geboren in Berlin   |
| 1962–1966 | Abitur in Düsseldorf, Studium der Rechtswissenschaft in Tübingen, Bonn, München und Hamburg |
| 1966      | Erstes Juristisches Staatsexamen in Hamburg   |
| 1969      | Promotion zum Dr. iur. in Hamburg   |
| 1972      | Zweites Juristisches Staatsexamen in München  |
| 1978      | Habilitation für Deutsche Rechtsgeschichte und Bürgerliches Recht in Bonn                   |
| 1982      | Professor (C3) für Bürgerliches Recht und Rechtsgeschichte in Bochum                        |
| 1989      | o. Professor für Deutsche Rechtsgeschichte und Bürgerliches Recht in Tübingen               |
| 2001      | o. Mitglied der Akademie der Wissenschaften und der Literatur Mainz                         |
| 2003      | Dr. iur. h.c. der Universität Stockholm, Juristische Fakultät                               |

### *Wichtige Veröffentlichungen*

Deutsche und europäische Juristen aus neun Jahrhunderten (mit Gerd Kleinheyer), 1976, 5. Aufl. 2008 (japanisch 1983, chinesisch 2004).

Wissenschaftstheorie und Lehre der „praktischen Jurisprudenz“ auf deutschen Universitäten an der Wende zum 19. Jahrhundert, 1979.

Gesetzesauslegung und Gesetzesumgehung, 1985.

Justus Möser als Jurist, 1986.

40 Jahre Rechtspolitik im freiheitlichen Rechtsstaat. Das Bundesministerium der Justiz und die Justizgesetzgebung 1949–1989, 1989.

Christian Thomasius und die Reform der juristischen Methode, 1997.

Recht als Wissenschaft. Geschichte der juristischen Methode vom Humanismus bis zur historischen Schule (1500–1850), 2001.

„Gesetz“ und „Naturgesetz“ in der frühen Neuzeit, 2004.

Verzichtet unser Rechtssystem auf Gerechtigkeit?, 2005.

Rechtswissenschaft in der Neuzeit. Geschichte, Theorie, Methode. Ausgewählte Aufsätze 1976–2009, hrsg. von Thomas Finkenauer, Claes Peterson und Michael Stolleis, 2010.

### *Herausgeberschaft*

Gottfried Achenwall / Johann Stephan Pütter: *Elementa iuris naturae*. Anfangsgründe des Naturrechts, 1995 (zugleich Übersetzer).

Entwicklung der Methodenlehre in Rechtswissenschaft und Philosophie vom 16. bis zum 19. Jahrhundert, 1998.

Theorie der Interpretation vom Humanismus bis zur Romantik, 2001.

### *Mitherausgeberschaft*

Contubernium, seit 1994.

Rechtshistorische Reihe, seit 1997.

Forschungen zur deutschen Rechtsgeschichte, seit 1999.

Zeitschrift für Neuere Rechtsgeschichte, 2001–2010.