



Würzburger Vorträge
zur Rechtsphilosophie,
Rechtstheorie
und Rechtssoziologie

43

Jan Schröder

**Theorie der
Gesetzesinterpretation
im frühen
20. Jahrhundert**



Nomos Verlag

Würzburger Vorträge zur Rechtsphilosophie,
Rechtstheorie und Rechtssoziologie

Herausgegeben von Horst Dreier
und Dietmar Willoweit

Begründet von Hasso Hofmann, Ulrich Weber
und Edgar Michael Wenz †

Heft 43

Jan Schröder

Theorie der
Gesetzesinterpretation
im frühen 20. Jahrhundert



Nomos

Vortrag gehalten am 19. Mai 2011.

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

ISBN 978-3-8329-6857-1

1. Auflage 2011

© Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden 2011. Printed in Germany. Alle Rechte, auch die des Nachdrucks von Auszügen, der fotomechanischen Wiedergabe und der Übersetzung, vorbehalten. Gedruckt auf alterungsbeständigem Papier.

Inhaltsübersicht

I. Einführung	7
II. Rechtsbegriff und Interpretationstheorie im 18. und frühen 19. Jahrhundert	11
III. Rechtsbegriff und Interpretationstheorie im frühen 20. Jahrhundert: Der Wandel des Rechtsbegriffs und das Lückenproblem	13
1. Übergang zum voluntaristischen Rechtsbegriff	13
2. Die Konsequenzen für das Lückenproblem	14
a) Äußere Lücken	14
b) Innere Lücken	18
c) Konsequenzen	22
IV. Rechtsbegriff und Interpretationstheorie im frühen 20. Jahrhundert: Die Varianten des voluntaristischen Rechtsbegriffs und die Spaltung der Interpretationslehre	25
1. Die Varianten des voluntaristischen Rechtsbegriffs	25
2. Die Spaltung der Interpretationslehre	27
3. Die Relevanz des Streits	29
a) Ein Beispiel aus dem Bereich der grammatischen Auslegung	30
b) Ein Beispiel aus dem Bereich der teleologischen Auslegung	31
V. Schluß: Weitere Beispiele und der Nutzen einer Historisierung der Interpretationstheorie	35

I. Einführung

Um die Fragestellung meines Vortrags deutlicher zu machen, beginne ich mit einigen allgemeinen Überlegungen. Interpretation, wenn sie ein praktisches Ziel verfolgt, ist keine entlegene Geheim- oder Spezialwissenschaft, sondern etwas ganz Elementares, nämlich das Mittel, um den Sinn der Rede, der gesprochenen oder geschriebenen Äußerungen eines anderen zu erkennen. Sie begegnet uns auf Schritt und Tritt. Wir interpretieren schon dann, wenn wir Alltagsaussagen verstehen oder von einer Sprache in eine andere übersetzen wollen. Sogar, wie ich vor einigen Jahren aus dem Vortrag eines Informatikers gelernt habe, Spracherkennungssysteme erbringen Interpretationsleistungen. Meine folgenden Beispiele sind angeregt durch ein Buch über den Aufbau eines Spracherkennungssystems für Hotel- und Restaurantreservierungen:¹ Ein Gast bestellt in einem Restaurant einen Tisch für vier Personen um 20 Uhr. Diese Bestellung ist *sprachlich* ausreichend bestimmt, so daß der Wirt keine weiteren Interpretationsmittel benötigt. Anders nur, wenn Anhaltspunkte dafür bestehen, dass das Gesagte und das Gewollte voneinander abweichen. Gibt der Gast keine bestimmte Zeit an und sagt nur „nach dem Theater“, dann muß der Wirt die gewünschte Zeit aus dem *Kontext* erschließen. Handelt es sich um einen regelmäßigen Besucher des Lokals und lautet seine Bestellung nur „Heute, wie immer“, dann muß man zum Verständnis dieser Worte die *Geschichte* heranziehen. Hat schließlich das Lokal zwei Restaurants, ein sogenanntes gutbürgerliches und ein Gourmet-Restaurant, in dem ständig wechselnde neue Gerichte eines Spitzenkochs serviert werden, und sagt der Gast nur: „Wir wollen die neuesten Kreationen Ihres Küchenchefs genießen“,

1 Wolfgang *Wahlster* (Hrsg.): *Verbmobil. Foundations of Speech-to-Speech-Translation*, Berlin etc. 2000. Als Hilfsmittel der Spracherkennung werden genannt: das sprachliche Element (semantisch, syntaktisch, stochastisch, S. 342, 407 ff.), der Kontext (S. 10), weiterhin der Zweck (S. 14, 19, 341) und sogar die Geschichte (S. 338 „Dialog History“). All dies kommt natürlich nur insoweit in Betracht, als es dem Spracherkennungssystem bekannt ist. – In einem (ungedruckten) Vortrag vor der Mainzer Akademie der Wissenschaften und der Literatur nannte *Wahlster* als Hilfsmittel Sprache, Kontext, Geschichte und Zweck. Das entspricht – wenn man „Kontext“ durch „System“ ersetzt – ganz den in der Rechtsmethodologie üblicherweise aufgezählten „vier Elementen“ der Gesetzesinterpretation.

dann erkennt der Wirt aus diesen Worten den *Zweck* des Besuchers und wird Plätze in dem Spitzenrestaurant reservieren. So ergeben sich zwanglos vier Hilfsmittel der Auslegung: Sprache, Kontext, Geschichte und Zweck. Denkbar ist aber natürlich auch, daß die Auslegung überhaupt scheitert. Wenn etwa der Gast keine Uhrzeit angibt und diese sich auch nicht mit den anderen Hilfsmitteln erkennen läßt, dann ist und bleibt die Erklärung lückenhaft. Der Wirt wird dann vielleicht die Uhrzeit zugrunde legen, die er für die wahrscheinlichste hält oder er wird noch einmal nachfragen. Und denkbar ist schließlich auch, daß der Wirt die Bestellung gegen den erklärten Willen des Gastes interpretiert, wenn sich die Umstände verändert haben. So wird er, wenn etwa am Abend alle seine Speisen durch ein Giftattentat verdorben sind, die Bestellung des Gastes stornieren.

Das wäre eine Skizze des Ganzen, und damit sind simple Grundelemente einer allgemeinen Auslegungstheorie beisammen. Aber die Theorie ist nicht raum- und zeitlos gültig. Man muß sich z. B. nur einmal vorstellen, daß die Restaurationsbetriebe einem planwirtschaftlichen System unterliegen. Es sind etwa die Öffnungszeiten eingeschränkt, indem abwechselnd eine Gruppe von Restaurants immer nur abends und eine immer nur mittags öffnen darf, es ist geregelt, welche Speisen angeboten und welche Preise dafür genommen werden dürfen, wie die Gäste zu platzieren sind usw. Das kann dann nicht ohne Einfluß auf die Interpretation von Bestellungen bleiben. Da es auf den detaillierten Willen des Gastes nicht mehr ankommt, wird nicht mehr danach gefragt, was er im Einzelnen gewollt hat, sondern nur noch, was er im Rahmen der gegebenen Beschränkungen vernünftigerweise gewollt haben könnte. Dadurch verliert auch die Geschichte als Auslegungshilfsmittel an Bedeutung, denn wenn es nur noch auf den vernünftigen Willen ankommt, sind die Einzelheiten des historischen Willens nicht mehr von Interesse.

Ebenso ist es im Prinzip auch mit der Theorie der Gesetzesinterpretation. Sie ist die Methode, um die Rede eines Gesetzgebers zu verstehen, und es gibt dabei dieselben Hilfsmittel und dieselben Lücken- und Korrekturprobleme wie bei der Auslegung privater Äußerungen. Aber auch die Theorie der Gesetzesauslegung unterliegt raum-zeitlichen Unterschie-

den.² So hielt man z. B. noch im 16. Jahrhundert alles Recht letztlich für vernünftig, oder es war kein Recht.³ Deshalb war das Ziel der Auslegung weniger der Wille des Gesetzgebers als der vernünftige Gehalt seiner Regelung und deshalb spielte die Geschichte als Interpretationselement nur eine sehr geringe Rolle.⁴ Bis in das 19. Jahrhundert hinein stellte man sich auch vor, daß das Recht – wenn man nur das Naturrecht noch hinzunahm – alle nur denkbaren Fragen lückenlos regelte. Unter diesen Umständen konnte es zwar Gesetzeslücken, aber keine Rechtslücken geben, weil das Naturrecht die Gesetzeslücken schloß⁵ usw. Wir wissen auch, daß sich in einer Diktatur, wie im NS-Staat,⁶ ein anderer Rechtsbegriff und eine andere Interpretationslehre entwickeln müssen als in einem freien Land. Die Vorstellungen über Gesetzesinterpretation können sich verändern, und ich meine seit langem, daß die Umstände, die

- 2 Zur Geschichte der Gesetzesinterpretation: Stefan *Vogener*: Die Auslegung von Gesetzen in England und auf dem Kontinent. Eine vergleichende Untersuchung der Rechtsprechung und ihrer historischen Grundlagen, Tübingen 2001, S. 430 ff., 669 ff.; Jan *Schröder*: Recht als Wissenschaft. Geschichte der juristischen Methode vom Humanismus bis zur historischen Schule (1500-1850), München 2001, S. 48 ff., 130 ff., 210 ff. Zu der im Folgenden behandelten Interpretationstheorie zwischen 1850 und 1933 s. *meine* demnächst erscheinende 2. Aufl. von „Recht als Wissenschaft“, §§ 78-87.
- 3 Nach *Thomas* von Aquin (*Summa Theologiae*, II 1, quaest. 90, art. 4 zu 1) ist Gesetz eine „rationis ordinatio ad bonum commune ...“; nach Rudolf *Agricola*: *De inventione dialectica libri tres* (1515), hrsg., übers. und komm. von Lothar Mundt, Tübingen 1992, S. 40-43, muß das (positive) Recht „gerecht“ und „gut“ sein; nach Ulrich *Zasius*: *In titulos aliquot Digesti veteris commentaria*, ad D. 1,1,1, § „Huius studii“, nr. 41 = *Opera omnia* I, Lyon 1550, I, S. 128, ist das positive Gesetz nur die ausgeformteste Stufe des Naturrechts („ius naturale formatissimum“). Weitere Belege bei J. *Schröder*: *Recht als Wissenschaft* (Fn. 2), S. 7 f., 13 f.
- 4 Dazu Jan *Schröder*: *Zur Geschichte der historischen Gesetzesauslegung* (2003), in ders.: *Rechtswissenschaft in der Neuzeit*, Tübingen 2010, S. 143 ff.
- 5 Eine subsidiäre Geltung des Naturrechts nehmen z. B. an: Gottfried Wilhelm *Leibniz*: *Nova methodus discendae docendaeque iurisprudentiae* (1667), Leipzig und Halle 1748, p. 2, § 71, S.101; Samuel *Pufendorf*: *De jure naturae et gentium libri octo* (1672), in ders.: *Gesammelte Werke*, IV, hrsg. von Frank Böhling, Berlin 1998, lib. 8, cap. 1, § 1, II, S. 744; Justus Henning *Böhmer*: *Introductio in ius publicum universale*, Halle 1710, p. 1, cap. 4, § 2, S. 93 und noch Anton Friedrich Justus *Thibaut*: *Juristische Encyclopädie und Methodologie*, Altona 1797, S. 1.
- 6 Bernd *Rüthers*: *Die unbegrenzte Auslegung. Zum Wandel der Privatrechtsordnung im Nationalsozialismus* (1968), 6. Aufl., Tübingen 2005; Bernd *Mertens*: *Rechtsetzung im Nationalsozialismus*, Tübingen 2009.

dafür verantwortlich sind, sich im Rechtsbegriff gewissermaßen bündeln.

In einem historischen Entwicklungszusammenhang steht nun auch die Theorie der Gesetzesinterpretation des frühen 20. Jahrhunderts. Ich möchte versuchen, die Eigentümlichkeiten dieser Lehre, ihre Abweichungen von der älteren Doktrin und ihre rechtstheoretischen Hintergründe zu beschreiben, sie also, wie man es nennt, „historisieren“. Wie und warum ändert sich die Theorie der Gesetzesinterpretation am Anfang des 20. Jahrhunderts? Obwohl sie – oder vielleicht gerade weil sie – sich weitgehend mit unserer heutigen deckt, ist ihre Historisierung bisher unterblieben. Wir finden in der modernen rechtshistorischen Literatur zwar Ausführungen zu bestimmten methodischen Entwicklungsrichtungen des frühen 20. Jahrhunderts, wie Freirechtsbewegung, Interessenjurisprudenz, Gesetzespositivismus usw. Wir suchen aber vergeblich nach präzisen Auskünften darüber, wie sich die Grundbegriffe der juristischen Interpretationstheorie am Anfang des 20. Jahrhunderts umwandeln und welche rechtstheoretischen Veränderungen dahinter stehen. Im Folgenden möchte ich mich auf zwei zentrale Probleme, nämlich die Lehren vom Ziel der Gesetzesauslegung und von ihrer Reichweite, also von den Gesetzeslücken, konzentrieren und beschränke mich dabei auf den deutschen Sprachraum und die Zeit bis etwa 1930. Ich beginne mit dem Rechtsbegriff und der Interpretationstheorie des 18. und frühen 19. Jahrhunderts (II.). In den beiden Hauptteilen (III. und IV.) folgen dann die Lehren des frühen 20. Jahrhunderts von den Lücken und vom Ziel der Auslegung und dem dahinter stehenden, nun veränderten, Rechtsbegriff. Der abschließende Teil (V.) enthält noch einige weitere Beispiele und ein paar Bemerkungen über den Nutzen solcher historischer Untersuchungen.

II. Rechtsbegriff und Interpretationstheorie im 18. und frühen 19. Jahrhundert

Im 18. Jahrhundert bestand ein Dualismus zwischen Naturrecht und positivem Recht. Das Naturrecht galt lange Zeit sogar als vorrangige, bis etwa 1820 unbestritten als subsidiäre Rechtsquelle. Daneben stand das positive Recht, das man sich als Befehl eines Gesetzgebers vorstellte. Im frühen 19. Jahrhundert eliminierte dann zwar die historische Schule das Naturrecht als Rechtsquelle und anerkannte nur noch positives, empirisch gegebenes Recht.⁷ Aber auch sie brachte das Vernunft- oder Gerechtigkeitsmoment in das Recht hinein, wenn auch auf andere Weise, indem es jetzt nicht mehr als besondere Rechtsquelle *neben* dem positiven Recht stand, sondern *in* ihm enthalten sein sollte. Das positive Recht beruhte nach Savigny und Puchta auf dem Volksgeist und stellte nicht nur eine Ansammlung einzelner willkürlicher Vorschriften, sondern ein „organisches“ System, ein vernünftiges Ganzes dar.⁸ Die Wissenschaft sollte diese im Recht verborgene innere Vernunft aufdecken. An der Existenz von Vernunft und Gerechtigkeit im Recht zweifelten also weder die Juristen des 18. Jahrhunderts noch die historische Rechtsschule.

Für die Interpretationstheorie ergaben sich daraus folgende Konsequenzen (ich beschränke mich jetzt, wie gesagt, auf die Lehre von den Lücken und vom Ziel der Gesetzesauslegung): 1. Lücken des Gesetzes waren zwar bekannt, aber kein sehr schwer wiegendes Problem. Sie wurden im 18. Jahrhundert durch das Naturrecht, in der historischen Schule aus dem vernünftigen, organischen Gesamtsystem des positiven Rechts geschlossen.⁹ 2. Ziel der Auslegung war im 18. Jahrhundert die Ermittlung des Willens des Gesetzgebers, da das Gesetz als dessen Befehl verstan-

7 Zur Entwicklung vom 18. bis zum frühen 19. Jahrhundert J. Schröder: *Recht als Wissenschaft* (Fn. 2), S. 98 ff., 192 ff.

8 Friedrich Carl v. Savigny: *Über den Zweck dieser Zeitschrift*, in: *Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft* 1 (Berlin 1815), S. 1-17 (6: das Recht umfaßt einen „mit innerer Nothwendigkeit gegebenen Stoff“); Georg Friedrich Puchta: *Cursus der Institutionen*, I (1814), 9. Aufl., besorgt von Paul Krüger, Leipzig 1881, § 2, S. 5 („Das Recht ist ein Vernünftiges“).

9 Einzelheiten bei J. Schröder: *Recht als Wissenschaft* (Fn. 2), S. 110 f., 247 f.

den wurde. Davon wich auch die historische Schule nicht wesentlich ab, nur sprach sie statt vom Willen lieber vom Gedanken des Gesetzgebers.¹⁰

10 Einzelheiten bei J. *Schröder*: *Recht als Wissenschaft* (Fn. 2), S. 143 ff., 224 ff.

III. Rechtsbegriff und Interpretationstheorie im frühen 20. Jahrhundert: Der Wandel des Rechtsbegriffs und das Lückenproblem

1. Übergang zum voluntaristischen Rechtsbegriff

Mit diesen Vorstellungen bricht die Rechtslehre des späten 19. Jahrhunderts, indem sie einen neuen Rechtsbegriff entwickelt, und das ist nach meiner Meinung überhaupt der Dreh- und Angelpunkt des Ganzen. Das Recht wird jetzt nicht mehr als vernünftig oder gerecht konzipiert, sondern zum bloßen Willen der Rechtsgemeinschaft oder des Gesetzgebers: „erklärter Gemeinwille“, wie Karl Binding 1885 sagt, „allgemeiner Wille“ (Heinrich Dernburg, 1896), „unverletzbar selbstherrlich verbindendes Wollen“ (Rudolf Stammler), „erklärter Wille der Gesamtheit“ (Philipp Heck, 1914) oder auch einfach nur „Staatswille“ (Hans Kelsen, 1911).¹¹ Ludwig Enneccerus schreibt (1911), Savigny habe das Recht auf die Rechtsüberzeugung gestützt, aber „die neuere Zeit“ führe „das Recht auf den allgemeinen Willen zurück“.¹² An die Stelle der älteren Begriffe tritt also ein rein positivistischer oder – wie ich lieber sagen würde – voluntaristischer Rechtsbegriff, der weder eine innere Vernunft im positiven Recht, noch ein neben ihm stehendes Naturrecht anerkennt.

11 Karl *Binding*: Handbuch des Strafrechts, 1. Band, Leipzig 1885, S. 197; Heinrich *Dernburg*: Pandekten, 1. Band, 5. Aufl., Berlin 1896, S. 43; Rudolf *Stammler*: Theorie der Rechtswissenschaft, Halle 1911, S. 109; Philipp *Heck*: Gesetzesauslegung und Interessenjurisprudenz, Tübingen 1914, S. 13 (zum Gesetz); Hans *Kelsen*: Hauptprobleme der Staatsrechtslehre (1911), unveränderter Nachdruck Tübingen 1923, S. 97.

12 Ludwig *Enneccerus*: Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, 1. Band, 1. Abteilung: Einleitung, Allgemeiner Teil, 6. bis 8. Aufl., Marburg 1911, § 21 II, S. 51.

2. Die Konsequenzen für das Lückenproblem

Durch den voluntaristischen Rechtsbegriff bekommt das Problem der Gesetzeslücke eine ganz neue, bisher unbekannte Dimension. Ein ergänzendes Naturrecht oder vernünftig-wissenschaftliches Recht stand nicht mehr zur Verfügung. Es erweitert sich aber auch der Lückenbereich selbst. Man kann im frühen 20. Jahrhundert zwei Arten von Lücken unterscheiden, die ich „äußere“ und „innere“ nennen möchte.

a) Äußere Lücken

Die bekanntere Erscheinungsform ist die „äußere“ Lücke, worunter ich verstehe, daß ein passender Rechtssatz fehlt. Oft spricht man überhaupt nur in diesem Fall von einer Lücke. Die Diskussion darüber beginnt schon in den letzten Jahrzehnten des 19. Jahrhunderts. Da sie auch heute noch relativ gut bekannt ist, fasse ich nur kurz das Wesentliche zusammen. Am Anfang stehen eine Aufsatzreihe von Eugen Ehrlich, Professor für römisches Recht in Czernowitz und Begründer der Rechtssoziologie, „Über Lücken im Rechte“ (1888)¹³ und das berühmte, europaweit einflußreiche Buch des französischen Rechtsprofessors François Géný „Méthodes d'interprétation et sources en droit privé positif“ (1899).¹⁴ Géný bezeichnet das Gesetz als „wie jedes Menschenwerk zwangsläufig unvollständig“, erklärt es für falsch, daß das Gesetz eine vollständige und ausreichende Quelle wäre und meint, daß sich die Unvollkommenheiten des Gesetzes mit einem System abstrakter Begriffe und rein logischer Konstruktionen, wie es die historische Schule angeboten habe, nicht bewältigen lassen. Diese Vorstellungen verbreiten sich dann in Deutschland sehr schnell, durch „Freirechtler“ wie Ehrlich, Stampe und

13 Eugen Ehrlich: Über Lücken im Rechte (zuerst in: Juristische Blätter 1888, S. 447-630), in ders.: Recht und Leben, hrsg. von Manfred Rehbinder, Berlin 1967, S. 80-169.

14 François Géný: Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif (1899), 2. Aufl., Paris 1919. Zu Géný (1861-1959), Professor für Zivilrecht in Dijon und Nancy, s. einführend Gerd Kleinheyer / Jan Schröder: Deutsche und europäische Juristen aus neun Jahrhunderten, 5. Auflage, Heidelberg 2008, S. 147-151 (Roland Ludwig).

Kantorowicz,¹⁵ aber auch durch eher traditionell orientierte Juristen wie Endemann, Oertmann, v. Tuhr, Heck, Enneccerus, Bierling¹⁶ usw. Man müßte fast alle nennen, die sich dazu geäußert haben, denn Autoren, die das Recht für lückenlos halten, werden nach 1910 immer seltener. Wie fremd den Juristen schon um 1900 die Ideen der Naturrechtszeit und der historischen Schule waren, zeigt eine Bemerkung von Gerhard Anschütz aus dem Jahr 1904. Wenn das Recht für alles eine Lösung enthielte, meint Anschütz (ebenso wie Gény), dann würde es „nicht Menschenwerk, also Stückwerk, sondern die Offenbarung einer übermenschlichen Macht sein, die ... an alles denkt, alles vorausschaut ... Ich meine, bei dieser Anschauung brauchen wir uns nicht aufzuhalten, sie ist gänzlich unbegründet“.¹⁷

Die Rechtswissenschaft stand also auf einmal vor einer neuen, ungelösten und vielleicht unlösbaren Aufgabe. Eine Schließung der Lücken durch Naturrecht oder „wissenschaftliches“ Recht kam nach dem Durchbruch des Voluntarismus oder Positivismus nicht mehr in Betracht. Es gab kein Naturrecht mehr und kein verborgenes organisches System des positiven Rechts. Zwar konnte man immer noch auf die Analogie als mögliches Instrument zur Schließung von Lücken zurückgreifen. Aber im Gegensatz zu Savigny, der unter Analogie etwas ganz anderes verstanden hatte,¹⁸ sah man in ihr im frühen 20. Jahrhundert ein

- 15 Eugen Ehrlich: Freie Rechtsfindung und freie Rechtswissenschaft (1903), in ders.: Recht und Leben (Fn. 13), S. 170-202 (170 f.); Gnaeus Flavius (= Hermann Kantorowicz): Der Kampf um die Rechtswissenschaft (1906), in H. Kantorowicz: Rechtswissenschaft und Soziologie, hrsg. von Thomas Würtenberger, Karlsruhe 1962, S. 13-39 (18); Ernst Stampe: Unsere Rechts- und Begriffsbildung, Greifswald 1907, S. 3.
- 16 Friedrich Endemann: Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, 1. Band, 9. Aufl., Berlin 1903, § 12, S. 53; Paul Oertmann: Gesetzeszwang und Richterfreiheit, Leipzig 1909, S. 26; Andreas v. Tuhr: Der Allgemeine Teil des Deutschen Bürgerlichen Rechts, 1. Band, Leipzig 1910, Allgemeiner Teil, S. 41 f.; P. Heck: Gesetzesauslegung (Fn. 11), S. 19 ff., 157 ff.; L. Enneccerus: Lehrbuch (Fn. 12), § 53, S. 119 f.; Ernst Rudolf Bierling: Juristische Prinzipienlehre, IV, Tübingen 1911, S. 383 ff.
- 17 Gerhard Anschütz: Lücken in den Verfassungs- und Verwaltungsgesetzen, in: Verwaltungsarchiv 14 (1904), S. 315-340 (322).
- 18 Friedrich Carl v. Savigny: Juristische Methodenlehre, nach der Ausarbeitung des Jakob Grimm hrsg. von Gerhard Wesenberg, Stuttgart 1951, S. 44; ders.: Vorlesun-

unsicheres Hilfsmittel. Freirechtler wie Eugen Ehrlich, Hermann Kantorowicz, Ernst Stampe und Ernst Fuchs lehnen sie ganz ab.¹⁹ Aber auch andere Juristen – ich nenne nur einige bekanntere wie Ernst Zitelmann, Paul Oertmann, Walter Jellinek, Julius Binder²⁰ – stellen resignierend fest, daß bei der Analogiebildung unvermeidlich immer ein subjektives Element mitspielt. Jeder nicht geregelte Fall ist einem geregelten in irgendwelchen Beziehungen gleich und in anderen wieder nicht. Nach § 701 BGB haftet ein Gastwirt auch ohne Verschulden für den Verlust, die Beschädigung oder Zerstörung von eingebrachten Sachen des Gastes. Trifft diese strenge Haftung auch die Betreiber von Schlafwagen? § 701 sagt nichts über Schlafwagen, sondern nur über „Gastwirte“. Die Fälle liegen insofern gleich, als beide Unternehmer Übernachtungsleistungen gewähren. Sie liegen aber ungleich insofern, als der eine nur die Übernachtung, der andere daneben noch die Beförderung anbietet. Worauf kommt es an? Können Bakterien eine Tierhalterhaftung nach § 833 BGB auslösen? § 833 spricht nur von Tieren. Bakterien sind aber primitive einzellige Lebewesen, die nicht in das Tierreich, sondern in das Pflanzenreich gehören. Andererseits sind Bakterien, wie Tiere, nicht

gen über juristische Methodologie 1802-1842, hrsg. und eingel. von Aldo Mazzacane, Frankfurt am Main 1993, S. 150: Analogie ist keine Auslegung, sondern systematische Zurückführung auf eine „höhere Regel“. Etwas anders dann aber *ders.*: System des heutigen Römischen Rechts, I, Berlin 1840, S. 290 ff. Siehe dazu Jan Schröder: Zur Analogie in der juristischen Methodenlehre der frühen Neuzeit (1997), in *ders.*: Rechtswissenschaft (Fn. 4), S. 65 ff. (100), und *ders.*: Recht als Wissenschaft (Fn. 2), S. 214 f., 221-223. Abweichend Ulrich Huber: Savignys Lehre von der Auslegung der Gesetze in heutiger Sicht, in: JZ 2003, S. 1-17 (10 r. Sp.); Stefan Meder: Missverstehen und Verstehen. Savignys Grundlegung der juristischen Hermeneutik, Tübingen 2004, S. 152 ff., 159 ff., die aber m. E. die frühen Savigny-Quellen und den historischen Kontext nicht ausreichend berücksichtigen.

- 19 E. Ehrlich: Freie Rechtsfindung (Fn. 15), S. 187; *ders.*: Die juristische Logik, Tübingen 1918, S. 225 ff.; Gnaeus Flavius (H. Kantorowicz): Kampf (Fn. 15), S. 23; E. Stampe: Rechts- und Begriffsbildung (Fn. 15), S. 4, 12, 18; Ernst Fuchs: Recht und Wahrheit in unserer heutigen Justiz (1908), in *ders.*: Gerechtigkeitswissenschaft. Ausgewählte Schriften zur Freirechtslehre, hrsg. von Albert S. Foulkes u. Arthur Kaufmann, Karlsruhe 1965, S. 65 ff. (84).
- 20 Ernst Zitelmann: Lücken im Recht, Leipzig 1903, S. 34 f.; P. Oertmann: Gesetzeszwang (Fn. 16), S. 27; Walter Jellinek: Gesetz, Gesetzesanwendung und Zweckmäßigkeitserwägung, Tübingen 1913, S. 168; Julius Binder: Philosophie des Rechts, Berlin 1925, S. 978 f.

ortsfest und können auch ohne Zutun des Betroffenen große Schäden verursachen. Man kann sich bei ihnen, wenn sie im Labor gezüchtet werden, auch durchaus so etwas wie einen „Tierhalter“ vorstellen. Was ist entscheidend? Beide Fragen werden schon kurz nach 1900 diskutiert,²¹ beide sind bis heute umstritten.²² Und darüber hinaus kann es ungeregelte Fälle geben, in denen überhaupt keine zum Analogieschluß geeignete Vorschrift mehr existiert. Standardbeispiel im frühen 20. Jahrhundert ist das Fehlen eines Vertragsstatuts im deutschen internationalen Privatrecht,²³ also einer Norm, die festlegt, nach welchem Recht grenzüberschreitende Verträge beurteilt werden sollen. Hier bleibt, mangels irgendwelcher gesetzlichen Anhaltspunkte nach fast allgemei-

- 21 Für die analoge Anwendung (oder Ausdehnung) des § 701 auf Schlafwagen in der methodologischen Literatur schon Oskar Kraus: Die leitenden Grundsätze der Gesetzesinterpretation, in: Zeitschrift für das Privat- und Öffentliche Recht der Gegenwart, hrsg. von Carl S. Grünhut, 32 (1905), S. 613-636 (626). In der Literatur des frühen 20. Jahrhunderts überwog allerdings die Gegenmeinung, Übersicht in J. v. Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch und dem Einführungsgesetze, 2. Band, 3. Teil, 9. Aufl. 1929, § 701, Anm. 2 a γ, S. 1178 (Bearb. Engelhard: „zweifelhaft und bestritten“). – Zur Anwendung des § 833 auf Bakterien äußern sich in der methodologischen Literatur z. B. Paul Oertmann: Interesse und Begriff in der Rechtswissenschaft, Leipzig 1931, S. 29 (bejahend) und Paul Kretschmar: Grundfragen der Privatrechtsmethodik, in JhJb. 67 (1917), S. 233-300 (239 ff.); zum Meinungsstand s. den Staudingerschen Kommentar (wie oben), § 833 Anm. 4 a α, S. 1887 (Bearb. Engelhard, der sich gegen die Ausweitung ausspricht).
- 22 Zu § 701: Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 4. Band, 5. Aufl., München 2009, § 701 Rn. 15 mit Nachweisen („Nach wie vor uneinheitlich sind die Meinungen zur Schlafwagengesellschaft“, der Bearbeiter Henssler selbst ist gegen die Anwendung von § 701). Zu § 833: Münchener Komm. (wie oben), 5. Band, 4. Aufl., München 2004, § 833 Rn. 5 mit Nachweisen („Umstritten“, der Bearbeiter Wagner selbst lehnt die Ausdehnung ab).
- 23 E. Zitelmann: Lücken (Fn. 20), S. 29, auch schon Josef Kohler: Über die Interpretation von Gesetzen, in: Zeitschrift für das Privat- und öffentliche Recht der Gegenwart, hrsg. von Carl S. Grünhut, 13 (1886), S. 1-61 (57); Ernst Immanuel Bekker: Ernst und Scherz über unsere Wissenschaft. Festgabe an Rudolf von Jhering zum Doctorjubiläum, Leipzig 1892, S. 151; weiterhin A. v. Tuhr: Allg. Teil (Fn. 16), S. 42, der aber die Analogiemöglichkeit offen läßt; Gottlieb Planck: Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch nebst Einführungsgesetz, 1. Band, 4. Aufl., Berlin 1913, Einl. vor § 1, VII, S. LX (bearb. v. Planck und P. Knoke). Keine Lücke sieht hier aber E. R. Bierling: Jur. Prinzipienlehre IV (Fn. 16), S. 406/407 Anm. 18 (im Zweifel gilt die lex fori).

ner Meinung nur noch die freie richterliche Rechtsfindung übrig; die methodischen Instrumente versagen.

b) Innere Lücken

Neben den äußeren gibt es auch „innere Lücken“, wie ich den Fall nennen möchte, daß die Gesetzesworte undeutlich sind und sich mit Interpretationsmitteln nicht weiter aufklären lassen. Der Fall ist weniger bekannt als der erste und wird selbst in den modernen Lehrbüchern oft nicht angemessen behandelt. Dabei ist er noch viel wichtiger als der erste und vielleicht der massivste Einbruch in die ältere Lehre. Sie sprach hier noch nicht von Lücken. Savigny hatte das Problem unter dem Stichwort „unbestimmter Ausdruck“ auf wenigen Seiten abgehandelt.²⁴ Am Anfang des 20. Jahrhunderts mehren sich aber die Autoren, die auch im „unbestimmten Ausdruck“ einen Lückenfall sehen. Zu ihnen gehört nicht nur der Freirechtler Hermann Kantorowicz, sondern gehören auch Zitelmann, Konrad Hellwig, Heck und Hedemann.²⁵

Daß das Problem des unbestimmten Gesetzesworts so in den Vordergrund rückt, hat mit dem Voluntarismus an sich noch nichts zu tun. Es scheint mit Veränderungen der Sprachtheorie zusammenzuhängen, die bisher nicht besonders gut erforscht sind. Feststellen läßt sich für die juristische Lehre Folgendes: Im späten 19. Jahrhundert findet sich noch öfters die Vorstellung von „Sprachgesetzen“,²⁶ aufgrund deren die Wör-

24 F. C. v. Savigny: System I (Fn. 18), S. 225-230. Eingehender wird das Problem der sprachlichen Undeutlichkeit schon von August Otto Krug: Die Grundsätze der Gesetzesauslegung, Leipzig 1848, S. 206 ff., behandelt; dazu J. Schröder: Recht als Wissenschaft (Fn. 2), S. 231.

25 Gnaeus Flavius (H. Kantorowicz): Kampf (Fn. 15), S. 18; E. Zitelmann: Lücken (Fn. 20), S. 45 (Anm. 18); Konrad Hellwig: Lehrbuch des Deutschen Zivilprozeßrechts, 2. Band, Leipzig 1907, S. 164 f.; P. Heck: Gesetzesauslegung (Fn. 11), S. 173; Justus Wilhelm Hedemann: Einführung in die Rechtswissenschaft, 2. Aufl., Berlin und Leipzig 1927, S. 536. Auch Walter Burckhardt: Methode und System des Rechts, Zürich 1936, S. 270: „solange der Sinn ... nicht ermittelt ist, besteht praktisch eine Lücke“.

26 Siehe z. B. noch Carl Georg v. Wächter: Pandekten, hrsg. durch Oscar v. Wächter, I, Leipzig 1880, S. 129 („Grammatik und Lexikon“, „Bedeutung dieser Worte ... an

ter eine feste Bedeutung haben. Zunehmend verbreitet sich aber die Ansicht, daß fast bei jedem Wort der Sinn diffus und unsicher ist. Rudolf Stammler schreibt: „Es gibt ... überhaupt kein unzweideutiges Wort, solange dieses bloß nach sprachlichen Regeln erwogen wird“, und Heinrich Stoll: „der Wortlaut des Gesetzes (hat) an sich keinen Sinn“.²⁷ Die Zitate lassen sich leicht vermehren: „Das Gesetz hat überhaupt keinen reinen Wortlaut im ... [sc. sprachlichen] Sinn“ (Heck), „der Wortlaut des Gesetzes ist, isoliert betrachtet, niemals klar“ (Paul Kretschmar); es existiert kein „Wortsinn an und für sich selbst“ (Hans Reichel), „Worte haben fast immer einen mehrfachen und dehnbaren Sinn“ (Hedemann).²⁸ Philipp Heck meint, es zeigten „Nur einige Wortgruppen, namentlich Maßangaben und Individualbezeichnungen, ... ein geringes Schwanken“.²⁹ Zwar gibt es einen „Bedeutungskern“, wie Heck es nennt, der einigermaßen feststeht. Aber um ihn herum lagert sich ein „Bedeutungshof“ (Heck), eine „Übergangszone“ (Karl Georg Wurzel), eine „Fransé“ (Eugen Ehrlich im Anschluß an William James), deren Ausdehnung ganz unbestimmt ist.³⁰ – Wenn man einmal darauf aufmerksam geworden ist, findet man auf Schritt und Tritt solche Unsicherheiten. Es fängt schon an bei den ersten Paragraphen des BGB. § 1 („Die Rechtsfähigkeit des Menschen beginnt mit der Vollendung der Geburt“): Was ist ein „Mensch“? Nur der normal gebildete oder auch eine Mißgeburt ohne Kopf? Wann ist die Geburt „vollendet“? (Die Beispiele stammen von einem ganz konservativen Rechtstheoretiker, der an sich nicht viel von methodischen Neuerungen hielt, nämlich Alfred Ma-

sich“); Bernhard Windscheid: Lehrbuch des Pandektenrechts, 9. Aufl., bearb. v. Theodor Kipp, Frankfurt am Main 1906, § 21, S. 56 („Sprachgesetze“).

- 27 R. Stammler: Theorie (Fn. 11), S. 604; Heinrich Stoll: Rechtsstaatsidee und Privatrechtslehre, in: JhJb. 76 (1926), S. 134-206 (163 mit weiteren Nachweisen Anm. 2).
- 28 P. Heck: Gesetzesauslegung (Fn. 11), S. 123; Paul Kretschmar: Über die Methode der Privatrechtswissenschaft, Leipzig 1914, S. 38; Hans Reichel: Gesetz und Richterspruch, Zürich 1915, S. 65; J. W. Hedemann: Einführung (Fn. 25), S. 110.
- 29 P. Heck: Gesetzesauslegung (Fn. 11), S. 47.
- 30 P. Heck: Gesetzesauslegung (Fn. 11), S. 173; Karl Georg Wurzel: Das juristische Denken, Wien 1904, S. 40 f.; Eugen Ehrlich: Die richterliche Rechtsfindung auf Grund des Rechtssatzes (1917), in ders.: Recht und Leben (Fn. 13), S. 203 ff. (207).

nigk).³¹ Was ist der „Name“, den § 12 BGB gegen unbefugten Gebrauch und gegen Bestreitung des Rechts zur Namensführung schützt? Nur der Familienname oder auch der Vorname oder nur beides zusammen? Auch der Name einer juristischen Person, auch Etablissementsbezeichnungen, etwa ein neben dem Landgericht liegendes Lokal „Einspruch“ usw.? Zuweilen lassen sich solche Fragen mit Hilfe der anderen Interpretationsmittel lösen, so die nach dem Begriff „Mensch“ in § 1 BGB und die nach dem Namensschutz der juristischen Person mit historischen Überlegungen.³² Aber oft versagen diese Hilfsmittel; so scheint mir die Frage der Etablissementsbezeichnungen weder historisch, noch systematisch, noch teleologisch lösbar zu sein.

Die Entdeckung des Problems beruht auf sprachtheoretischen Einsichten. Aber daß es nun *unlösbar* wird, hängt wieder mit dem Übergang zum Voluntarismus zusammen. Im Naturrecht und in der historischen Schule konnte man auch diese Fälle noch bewältigen. Wenn sich die Bedeutung einer Norm nicht aufklären ließ, griff man zur Rationalitätsunterstellung, legte also den Sinn zugrunde, welcher der vernünftigste zu sein schien. Noch Savigny will im Zweifel (u. a.) den „inneren Werth“ des Ergebnisses entscheiden lassen.³³ Für das, was wertvoll und vernünftig ist, gab es ja auch im Naturrecht des 18. Jahrhunderts oder im vernünftigen, organischen Rechtssystem der historischen Schule des frühen 19. Jahrhunderts, eine sichere (oder für sicher gehaltene) Grund-

- 31 Alfred *Manigk*: Auslegung, in: Handwörterbuch der Rechtswissenschaft, hrsg. von Fritz Stier-Somlo und Alexander Elster, I. Band, Berlin und Leipzig 1926, S. 428-436 (436 li. Sp.).
- 32 Das preußische ALR (I 1, § 17) schloß noch „Geburten ohne menschliche Form und Bildung“ von Familien- und bürgerlichen Rechten aus; die Verfasser des BGB haben darauf bewußt verzichtet (Motive I, S. 28 f. = Benno Mugdan [Hrsg.]: Die gesammten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich, I, Berlin 1899, S. 371 f.). – Die Ausdehnung des § 12 auf juristische Personen wurde schon von den Verfassern des BGB für möglich gehalten, vgl. RGZ 74, 114 ff. und dazu Diethelm *Klippel*: Der zivilrechtliche Schutz des Namens. Eine historische und dogmatische Untersuchung, Paderborn etc. 1985, S. 305 f.
- 33 F. C. v. *Savigny*: System I (Fn. 18), S. 229. Zur Rationalitätsunterstellung in der älteren Interpretationstheorie J. *Schröder*: Recht als Wissenschaft (Fn. 2), S. 148-150 und generell zum Prinzip der „hermeneutischen Billigkeit“ in der frühneuzeitlichen Hermeneutik Oliver Robert *Scholz*: Verstehen und Rationalität, Frankfurt am Main 1999, S. 35 ff.

lage. Im Voluntarismus war diese Sicherheit aber verloren gegangen. Das ist der Gedanke, den zum ersten Mal Gustav Rümelin in seiner bekannten Freiburger Prorektoratsrede von 1891 über „Werturteile und Willensentscheidungen im Civilrecht“ ausführt. Rümelin bezeichnet es als „eine der wichtigsten, wenn nicht die wichtigste Interpretationsregel ..., daß von einem vernünftigen, normalen Willen des Gesetzgebers auszugehen ist“. Damit sei, wie Rümelin etwas unvermittelt sagt, „gewissermaßen schon ausgesprochen, daß es sich hierbei um Werturteile handelt“.³⁴ Werturteile sind aber nach dem Sprachgebrauch um 1900 subjektive Entscheidungen, die keine sichere wissenschaftliche, objektiv für jedermann verbindliche Grundlage mehr haben.³⁵ Ein sicheres, allgemein anerkanntes Wertesystem existierte eben im Positivismus um 1900, anders als vorher im Naturrecht und anders als noch im organisch-vernünftigen Rechtsdenken der historischen Schule, nicht mehr. Rümelin nimmt also, indem er – wohl als erster Jurist – die Rationalitätsunterstellung als „Werturteil“ bezeichnet, ohne weiteres den voluntaristischen oder positivistischen Standpunkt ein und überträgt ihn auf die Interpretationstheorie. Seine Entdeckung wird nach 1900 schnell zur Selbstverständlichkeit. Max Rumpf zeigt 1906, wie unvermeidlich persönliche Werturteile die gesamte Rechtsanwendung, nicht erst die Ausfüllung „äußerer“ Lücken, beeinflussen,³⁶ und Ähnliches findet man in knapperer Form bei anderen Juristen (Konrad Hellwig, Radbruch, Oertmann, Paul Kretschmar, Hugo Sinzheimer).³⁷

34 Gustav *Rümelin*: Werturteile und Willensentscheidungen im Civilrecht, Freiburg i. Br. 1891, S. 6.

35 Vgl. aus der bis etwa 1920 herrschenden neukantianischen Rechtsphilosophie Gustav *Radbruch*: Rechtsphilosophie, 3. Aufl., Leipzig 1932, S. 9 (Sollensätze sind „nicht der Erkenntnis, sondern nur des Bekenntnisses fähig“); Emil *Lask*: Rechtsphilosophie (1905), in ders.: Gesammelte Schriften, hrsg. von Eugen Herrigel, 1. Band, Tübingen 1923, S. 275-331 (280: „kritische Auseinanderhaltung von Wert und Wirklichkeit“); Hermann *Kantorowicz*: Die Rechtswissenschaft – eine kurze Zusammenfassung ihrer Methodologie, in ders.: Rechtswissenschaft und Soziologie (Fn. 15), S. 83 ff. (86: „die Gültigkeit der praktischen Werte [ist] nur eine relative“).

36 M(ax) *Rumpf*: Gesetz und Richter. Versuch einer Methodik der Rechtsanwendung, Berlin 1906, z. B. S. 56, 78, 87 und passim.

37 K. *Hellwig*: Lehrbuch (Fn. 25), S. 172; G. *Radbruch*: Rechtswissenschaft als Rechtschöpfung. (1906), in ders.: Gesamtausgabe, Band 1, Rechtsphilosophie I, bearb. v.

c) Konsequenzen

Damit bleibt bei den „inneren Lücken“ nur dasselbe übrig wie (meistens) bei den „äußeren“: Der Richter oder sonstige Rechtsanwender muß ohne Gesetz frei entscheiden.³⁸ Woran er sich hier orientieren soll, ist im frühen 20. Jahrhundert umstritten, allgemein akzeptierte Regeln hat man nicht gefunden. Am ehesten war noch konsensfähig, was der berühmte und auch in Deutschland viel zitierte Art. 1 des schweizerischen Zivilgesetzbuchs von 1907 vorschreibt: Der Richter soll, wenn „dem Gesetze keine Vorschrift entnommen werden“ kann, „nach der Regel entscheiden, die er als Gesetzgeber aufstellen würde“.³⁹ Dadurch wird, das scheint mir wichtig zu sein, die Rolle des Richters eine ganz andere als bisher. Er handelt in den Lückenfällen nicht mehr als Rechtsanwender, sondern als (Einzelfall-)Gesetzgeber, als Rechtsschöpfer, als Rechtspo-

Arthur Kaufmann, Heidelberg 1987, S. 409-422; P. *Oertmann*: Gesetzeszwang (Fn. 20), S. 23; Hugo *Sinzheimer*: Die soziologische Methode in der Privatrechtswissenschaft (1909), in ders.: Arbeitsrecht und Rechtssoziologie. Gesammelte Aufsätze und Reden, hrsg. von Otto Kahn-Freund und Thilo Ramm, Band 2, Frankfurt und Köln 1976, S. 3-23 (21). Selbst der methodisch konservative P. *Kretschmar*: Grundfragen (Fn. 21), S. 242 Anm. 8, gesteht zu, daß bei dem „induktiven“ Verfahren sich „ein von subjektiven Faktoren nicht freies Werturteil“ unvermeidlich einmischt.

- 38 Allgemein zur Entstehung der Theorie vom „Richterrecht“ im frühen 20. Jahrhundert Jan *Schröder*: „Richterrecht“ und Rechtsbegriff im frühen 20. Jahrhundert (2006), in ders.: Rechtswissenschaft (Fn. 4), S. 569 ff.
- 39 Auf Art. 1 ZGB verweisen z. B. E. *Ehrlich*: Freie Rechtsfindung (Fn. 15), S. 191; *Gnaeus Flavius* (H. *Kantorowicz*): Kampf (Fn. 15), S. 34; Johannes *Biermann*: Bürgerliches Recht, 1. Band, Berlin 1908, S. 26; Max *Rümelin*: Das neue schweizerische Zivilgesetzbuch und seine Bedeutung für uns, Tübingen 1908, S. 31; Ernst *Fuchs*: Die Gemeenschädlichkeit der konstruktiven Jurisprudenz, Karlsruhe 1909, S. 14; L. *Enneccerus*: Lehrbuch (Fn. 12), § 53, S. 122; Max *Rumpf*: Das Ideal des volkstümlichen Rechts, Mannheim und Leipzig 1913, S. 11; Hans *Wüstendorfer*: Die deutsche Rechtsprechung am Wendepunkt. Versuch einer positiven Methode soziologischer Rechtsfindung, in: AcP 110 (1913), S. 219-380 (325); Adolf *Merkel*: Juristische Enzyklopädie (1885), 5. Aufl., hrsg. von Rudolf Merkel, Berlin 1913, § 117, S. 73 f.; Otto *Fischer*: Einführung in die Wissenschaft von Recht und Staat. Für Gebildete aller Berufe, München 1920, S. 26; J. *Binder*: Philosophie (Fn. 20), S. 915; Rudolf *Schmidt*: Bürgerliches Recht. Ein kurzgefaßtes Lehrbuch, Stuttgart 1927, S. 13; Heinrich *Lehmann*: Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuchs, 3. Aufl., Berlin und Leipzig 1928, S. 55.

litiker. Seine Entscheidung wird zu einer „politischen“. Auch das ist eine Konsequenz des Übergangs zum Voluntarismus oder Positivismus: erkennt man einmal unausfüllbare Lücken an, dann bekommt die Rechtsprechung unweigerlich eine politische Dimension. Es ist kein Zufall, daß die damit zusammenhängenden Fragen zum ersten Mal seit dem späten 19. Jahrhundert diskutiert werden, und zwar sowohl in der Interpretationslehre selbst als auch bei der Beurteilung der praktischen Rechtsprechung (das Stichwort „Klassenjustiz“ kommt auf),⁴⁰ als auch in rechtsphilosophischen „Parteienlehren“ etwa von Gustav Radbruch, Max Ernst Mayer und Richard Schmidt.⁴¹ Einzelheiten kann ich wohl übergehen, da im Prinzip die Existenz von methodisch unausfüllbaren Lücken und damit auch von politischer Rechtsprechung so gut wie unstrittig ist.

Ich fasse diesen Abschnitt noch einmal zusammen: Der Übergang zu einem voluntaristischen oder positivistischen Rechtsdenken im frühen 20. Jahrhundert zieht eine enorme Ausweitung des Lückenbereichs nach sich, die mit methodischen Mitteln nicht mehr zu bewältigen ist. An ihre Stelle tritt die richterliche Rechtsschöpfung; die Lehre vom „Richterrecht“ und vom politischen Charakter der Rechtsprechung hat hier ihren Ausgangspunkt. Es handelt sich – darauf kommt es mir entscheidend an – nicht eigentlich um wissenschaftlich-systematische Erkenntnisleistungen. Die Vorstellung, man habe um 1900 die Lücken „entdeckt“, ist ganz abwegig. Das Lückenproblem ist rein historisch bedingt, es entsteht nur deshalb, weil man zu einem neuen Rechtsbegriff übergeht, in dem es kein lückenfüllendes Naturrecht oder wissenschaftliches Recht mehr gibt. Wir können das Lückenproblem nicht systematisch lösen, wir können uns aber wenigstens historisch klar machen, warum es überhaupt auftritt.

40 Dazu Hans-Jürgen *Becker*: *Klassenjustiz*, in HRG 2 (1978), Sp. 858-860; Uwe *Wilhelm*: *Das deutsche Kaiserreich und seine Justiz*, Berlin 2010.

41 Gustav *Radbruch*: *Grundzüge der Rechtsphilosophie*, Leipzig 1914, S. 94 ff.; Max Ernst *Mayer*: *Rechtsphilosophie*, Berlin 1922, S. 63 ff., 71 ff.; Richard *Schmidt*: *Grundriß der Allgemeinen Staatslehre*, Stuttgart 1938, § 13 (zu Schmidts Parteienlehre Thomas *Duve*: *Normativität und Empirie im öffentlichen Recht und der Politikwissenschaft um 1900*, Ebelsbach 1998, S. 74 ff., 187 ff., 303 ff.).

IV. Rechtsbegriff und Interpretationstheorie im frühen 20. Jahrhundert: Die Varianten des voluntaristischen Rechtsbegriffs und die Spaltung der Interpretationslehre

1. Die Varianten des voluntaristischen Rechtsbegriffs

Mit dem Übergang zum voluntaristischen Rechtsbegriff ist aber noch etwas Zweites verbunden, nämlich eine Aufspaltung des Rechtsbegriffs in verschiedene Varianten. Um das zu verstehen, muß man sich in Erinnerung rufen, daß um 1900 zwei neue rechtswissenschaftliche Disziplinen ins Leben treten: Einerseits die Rechtsphilosophie als Lehre vom Rechtsideal, von den Werten im Recht, beginnend mit Rudolf Stammler. Sie ersetzt (wenn auch in sehr viel schwächerer Form) das alte Naturrecht, das seine Rolle als Rechtsquelle schon seit einigen Jahrzehnten ausgespielt hatte. Andererseits entwickelt sich, vor allem angeregt durch Rudolf von Jhering, die Rechtssoziologie als Lehre von den gesellschaftlichen Ursachen des Rechts. Jetzt lassen sich also an jedem positiven Rechtssatz drei Seiten betrachten: Sein philosophischer, idealer Überbau, also sein Verhältnis zu bestimmten rechtlichen Werten, sein sozialer Unterbau, also seine historisch-gesellschaftlichen Entstehungsgründe und schließlich die Norm selbst, unabhängig von Über- und Unterbau. So kann man, wie ich es schon einige Male vorgeschlagen habe,⁴² auch drei verschiedene Varianten des Voluntarismus unterscheiden.⁴³ Die Unterscheidung hat einen Vorläufer in einer entsprechenden, nur zeitbedingt etwas anders formulierten, Dreiteilung der Rechtswis-

42 Jan Schröder, Rechtsbegriff und Auslegungsgrundsätze im frühen 20. Jahrhundert: Anmerkungen zum Streit zwischen „objektiver“ und „subjektiver“ Interpretationstheorie (2007), in ders.: Rechtswissenschaft (Fn. 4), S. 585 ff.; ders., Zur Geschichte der juristischen Methodenlehre zwischen 1850 und 1933, in: Rg Rechtsgeschichte 13 (2008), S. 160-175; ders.: Philipp Heck und die Freirechtsbewegung, in: Festschrift für Eduard Picker zum 70. Geburtstag, hrsg. von Thomas Lobinger, Tübingen 2010, S. 1313 ff.

43 Ähnlich bereits Alf Ross: Theorie der Rechtsquellen, Leipzig und Wien 1929, S. 219 ff.

senschaft durch Gustav Hugo um 1800,⁴⁴ die aber von der historischen Schule verdrängt wurde.

- (1) Eine normative, die nur auf die isolierte Gesetzesvorschrift selbst abstellt. Sie „befreit“ die Rechtswissenschaft von den ihr „fremden“ philosophischen und soziologischen Elementen und beschäftigt sich als „Reine Rechtslehre“ allein mit der Norm. Das ist die von Hans Kelsen begründete, strikt positivistische Theorie.⁴⁵
- (2) Eine soziologische, die auf den Unterbau abstellt. Sie führt das Recht ausschließlich auf seine sozialen Grundlagen zurück und betrachtet es als Produkt gesellschaftlicher Zwecksetzungen, Macht- und Interessenkämpfe. Diese Sichtweise geht vor allem auf die Zweckjurisprudenz des späten Rudolf von Jhering zurück, der im Recht die Diagonale im „Parallelogramm der Kräfte“ gesehen hat.⁴⁶ Insbesondere Philipp Heck und seine Tübinger Schule der Interessenjurisprudenz haben sie aufgegriffen.⁴⁷
- (3) Eine idealistische, die auf den Überbau abstellt. Nach ihr ist das Recht zwar nicht an sich, auch nicht im Ganzen, vernünftig, aber es strebt Vernünftigkeit, Gerechtigkeit, „Richtigkeit“ doch wenigstens an, es ist – ich zitiere nur Rudolf Stammler – ein „Zwangsversuch zum Richtigen“.⁴⁸ Sie sehen, daß diese Lehre (und nur sie) sozusagen

44 Gustav *Hugo*: Lehrbuch eines civilistischen Cursus, 1. Band, welcher als allgemeine Einleitung die juristische Encyclopädie enthält (zuerst 1792), 5. Versuch, Berlin 1817, § 34, S. 32 f.: „Was ist Rechtens?“, „Ist es vernünftig, daß Etwas Rechtens sey?“, „Wie ist es Rechtens geworden?“. Hugo beläßt es allerdings bei dieser Dreiteilung der juristischen Disziplinen und macht daraus nicht auch eine Dreiteilung des Rechtsbegriffs.

45 Hans *Kelsen*: Reine Rechtslehre. Einleitung in die rechtswissenschaftliche Problematik, Leipzig und Wien 1934, S. 1.

46 Rudolph v. *Jhering*: Der Kampf um's Recht (1872), 10. Aufl., Wien 1891, S. 7.

47 P. *Heck*: Gesetzesauslegung (Fn. 11), S. 17: Rechtsgebote sind „die Resultanten der in jeder Rechtsgemeinschaft einander gegenüber tretenden ... Interessen“; H. *Stoll*: Rechtsstaatsidee (Fn. 27), S. 157, 160: Gebote, die aus einem „Kampf der Interessengegensätze innerhalb der Rechtsgemeinschaft hervorgehen“; Max *Rümelin*: Gesetz, Rechtsprechung und Volksbetätigung auf dem Gebiet des Privatrechts, in: AcP 122 (1924), S. 145-172, 265-317 (296: „Fixierung des Kräfteausgleichs“).

48 R. *Stammler*: Theorie (Fn. 11), S. 470, 649 und öfter. Weiterhin z. B. Adolf *Wach*: Handbuch des deutschen Zivilprozeßrechts, I, Leipzig 1885, S. 260, 257: Recht ist

einen Rest des alten Idealismus in den Positivismus hinüberrettet (oder, wenn man es negativ ausdrücken will, hinüberschmuggelt). Sie übernimmt damit, allerdings nur sehr abgeschwächt, die Funktion, die früher das Naturrecht oder das wissenschaftliche Recht der historischen Schule hatten.

2. Die Spaltung der Interpretationslehre

Diese Dreiteilung des voluntaristischen Rechtsbegriffs führt nun auch zu einer Spaltung der Interpretationslehre. Bis zur Mitte des 19. Jahrhunderts war man sich noch im Wesentlichen darüber einig, daß das Ziel der Gesetzesauslegung die Ermittlung des Willens oder Gedankens des Gesetzgebers ist.⁴⁹ Seit dem späten 19. Jahrhundert zerbricht diese Einigkeit, und es entstehen drei Varianten der Auslegungstheorie. Etwas vereinfachend kann man folgende Entwicklungsstufen unterscheiden:

- Zunächst begründen 1885/86 fast gleichzeitig drei führende deutsche Juristen, Karl Binding, Adolf Wach und Josef Kohler, die sogenannte „objektive“ Theorie.⁵⁰ Nach ihr ist nicht maßgeblich, was der Gesetzgeber sagen wollte, sondern, was das Gesetz zur Zeit seiner Anwendung vernünftigerweise sagen sollte. Diese „objektive“ Theorie ist offensichtlich eine Konsequenz der idealistischen Variante des Voluntarismus. Sie versucht, den Anspruch des Rechts, etwas Vernünftiges, Gerechtes, Richtiges hervorzubringen, auch bei der Gesetzesauslegung durchzusetzen. Auslegung ist dann „eine Gegebenheit, die den Sinn hat, die Rechtsidee zu verwirklichen“ (Radbruch), sie soll so verfahren, wie es „seinem (sc. des Gesetzes) erkennbaren

Willen, „seiner Idee nach“ aber „das vernünftige Wesen des sich zur allgemeinen Norm eignenden Willens“; G. Radbruch: Rechtsphilosophie (Fn. 35), S. 29: „die Wirklichkeit, die den Sinn hat, dem Rechtswerte, der Rechtsidee zu dienen“; Julius Binder: Zur Lehre vom Rechtsbegriff, in: Logos 18 (1929), S. 1-35 (32): „Wirklichkeit der Idee“.

49 Dazu J. Schröder: Recht als Wissenschaft (Fn. 2), S. 224-226.

50 K. Binding: Handbuch (Fn. 11), S. 450 ff.; A. Wach: Handbuch (Fn. 48), S. 254 ff.; J. Kohler: Über die Interpretation (Fn. 23).

Zweck und den Forderungen der Gerechtigkeit am meisten entspricht” (Wach).⁵¹

- Etwas später erneuert sich die Lehre vom Willen des Gesetzgebers als Auslegungsziel, die seit etwa 1900 „subjektive” oder „historische” Theorie genannt wird. Repräsentativ ist Philipp Hecks Buch über „Gesetzesauslegung und Interessenjurisprudenz” von 1914. Nach Heck muß die Auslegung auf die historischen Zwecke oder die Interessen zurückgehen, die von der jeweiligen Gesetzesnorm betroffen sind, und auf ihre Bewertung durch den Gesetzgeber.⁵² Das entspricht, wie leicht zu sehen ist, der soziologischen Variante des voluntaristischen Rechtsbegriffs.
- Schließlich tritt neben die „objektive” und die „subjektive” Theorie noch eine dritte. Nach ihr muß jede Gesetzesinterpretation beim „bestimmten” Normtext stehenbleiben und darf nicht auf ideale oder soziologische und historische Gesichtspunkte zurückgreifen. Diese dritte Theorie ist voll ausgeprägt in Hans Kelsens „Reiner Rechtslehre” von 1934,⁵³ sie entspricht der normativen Variante des voluntaristischen Rechtsbegriffs.

Wir haben also jetzt auf einmal nicht mehr nur einen, sondern drei mögliche theoretische Ausgangspunkte vor uns und damit auch drei verschiedene Interpretationslehren. Das bringt eine Unsicherheit in die Auslegungstheorie hinein, wie es sie vorher in vier Jahrhunderten deutscher Rechtswissenschaft nicht gegeben hat. Ich übergehe im Folgenden die „Reine Rechtslehre”, weil sie zu den Details der Interpretation wenig beizutragen hat und sich, jedenfalls in Deutschland, auch nicht durchsetzen konnte, und beschränke mich auf den Streit zwischen objektiver und subjektiver Theorie.

51 G. Radbruch: Rechtsphilosophie (Fn. 35), S. 116; A. Wach: Handbuch (Fn. 48), S. 257 f.

52 P. Heck: Gesetzesauslegung (Fn. 11), S. 49 ff., 59 ff., 89 ff.

53 H. Kelsen: Reine Rechtslehre (Fn. 45), S. 94 ff. Ähnliche Überlegungen hatte vorher schon Adolf Mehl: Zum Interpretationsproblem, in: Zeitschrift für das Privat- und Öffentliche Recht der Gegenwart, hrsg. von Carl S. Grünhut, 42 (1916), S. 535-556, entwickelt.

3. Die Relevanz des Streits

Ist nun dieser Streit wirklich so wichtig oder läßt er sich irgendwie entschärfen? Manche Autoren stellen sich vor, sie könnten wissenschaftlich klären, welche Theorie die richtigere ist.⁵⁴ Ich halte solche Bemühungen aber für hoffnungslos. Die Entscheidung hängt letztlich davon ab, ob man im Recht nur ein empirisches, soziales Phänomen sehen will oder ein Geistesprodukt, das auf ideale Werte ausgerichtet ist. Das ist aber eine weltanschauliche Frage, in der es kein Richtig oder Falsch geben kann. Andere Autoren behaupten, der Streit habe keine praktische Bedeutung.⁵⁵ Aber m. E. versagt auch dieser Ausweg. Auch ohne reale Beispiele leuchtet schon ein, daß es Fälle geben *muß*, in denen der Streit zu unlösbaren Konflikten führt. Betrachtet man die schon erwähnten vier Auslegungselemente, so ist offensichtlich, daß das historische Element in Widerspruch treten kann zum sprachlichen, systematischen und teleologischen Element. Und schon innerhalb dieser drei letzten Elemente, je nachdem, ob sie „subjektiv“ oder „objektiv“ verstanden werden, können die Lösungen divergieren. Die Literatur bis 1930 bietet allerdings nur wenige Beispiele. Sie vernachlässigt vor allem das systematische Moment, das von Savigny an Stelle des Kontexts gesetzt worden war. Es geriet nach dem Niedergang der historischen Schule in Verruf und wurde mehr und mehr (allerdings nicht restlos) durch den „Zweck“ verdrängt.⁵⁶ Aber zwei reale Beispiele möchte ich doch anführen:

- 54 Entschieden für die subjektive Theorie z. B. Bernd *Rüthers*: *Rechtstheorie*, 2. Aufl., München 2005, Rn. 796 ff., S. 506 ff; für die „herrschende“ objektive Franz *Bydlin-ski*: *Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff*, 2. Aufl., Wien etc. 1991, S. 454; Reinhold *Zippelius*: *Juristische Methodenlehre*, 10. Aufl., München 2006, § 4 II, S. 21-24 (der die Entscheidung aber mit Recht von der jeweiligen „Staatsphilosophie“ abhängig macht, S. 23). Auch der Versuch einer „Vereinigung“ kommt vor, etwa bei Karl *Larenz*: *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, 6. Aufl., Berlin etc. 1991, S. 316 ff. („Teilwahrheiten“).
- 55 Zum Beispiel Rolf *Wank*: *Die Auslegung von Gesetzen*, Köln etc. 1997, S. 33; Friedrich *Müller*: *Juristische Methodik*, 7. Aufl., Berlin 1997, Rn. 442 ff.
- 56 Eine Verteidigung der systematisch-konstruktiven Methode findet sich vor allem bei P. *Kretschmar*: *Über die Methode* (Fn. 28), *Grundfragen* (Fn. 21) und bei Arthur *Baumgarten*: *Die Wissenschaft vom Recht und ihre Methode*, 2 Bände, Tübingen

a) *Ein Beispiel aus dem Bereich der grammatischen Auslegung*

Das erste stammt aus dem Bereich der grammatischen Auslegung. Hat sich der sprachliche Sinn zwischen der Entstehungszeit und der Anwendungszeit des Gesetzes verändert, dann kommt es für die subjektive Theorie auf den historischen Sinn,⁵⁷ für die objektive auf den aktuellen⁵⁸ an. In Wiener Juristenkreisen wurde 1904 folgender Fall diskutiert: Ein hundert Jahre altes Gesetz verbot zu schnelles Fahren. Ein schnell gefahrener Fiaker (Pferdekutscher) sollte 1904 nach diesem Gesetz bestraft werden und verteidigte sich damit, daß seine Geschwindigkeit heute, angesichts viel schnellerer Straßenbahnen und Automobile, nicht mehr „zu schnell“ genannt werden könne. Das hielten mehrere Autoren,⁵⁹ und wohl auch das Gericht, für zutreffend, es ist das Ergebnis der „objektiven“ Theorie. Ein Anhänger der subjektiven Theorie würde dagegen auf den Schnelligkeitsbegriff um 1800 abstellen. Sprachlich läßt sich das Problem also nicht lösen. Möglicherweise hilft der Zweck der Vorschrift weiter. Man könnte ihn darin sehen, daß die Verkehrsteilnehmer nicht durch überraschende und ungewöhnlich hohe Geschwindigkeiten gefährdet werden sollen. Aber auch dann ließe sich darüber streiten, ob es denn nun auf die absolut hohe oder die relativ hohe, die Fiaker-Geschwindigkeit, ankommen soll. Einerseits kann man sich fragen, ob 1904 die Kutschperde wirklich mit Höchstgeschwindigkeit durch Wien galoppieren durften, nur weil es inzwischen noch schnellere

1920/22, vor allem I, S. 344 ff., II, S. 600 ff. Auch diese beiden machen aber erhebliche Konzessionen an die zeitgenössische teleologische Jurisprudenz. Zum Verständnis des „systematischen“ Auslegungselements in der Interpretationstheorie um 1900 demnächst J. Schröder: *Recht als Wissenschaft* (Fn. 2), 2. Aufl., § 81 III.

- 57 P. Heck: *Gesetzesauslegung* (Fn. 11), S. 270-273, wohl auch H. Stoll: *Rechtsstaatsidee* (Fn. 27), S. 163.
- 58 O. Kraus: *Die leitenden Grundsätze* (Fn. 21), S. 624; Erich Danz: *Richterrecht*, in: *Schriften des Vereins Recht und Wirtschaft*, Band I, Heft 4, Berlin 1912, S. 173-222 (189, 200). Nach Maximilian Saxl: *Materialien und Gesetz. Eine staatsrechtliche Abhandlung*, Berlin 1905, S. 30, sind die Wörter nach „dem aktuellen Bedürfnisse des Lebens und dem jeweiligen Stand menschlicher Erkenntnis“ auszulegen; vgl. auch K. G. Wurzel: *Jur. Denken* (Fn. 30), S. 42-45.
- 59 So wohl K. G. Wurzel: *Jur. Denken* (Fn. 30), S. 44 f.; O. Kraus: *Die leitenden Grundsätze* (Fn. 21), S. 634; M. Saxl: *Materialien* (Fn. 58), S. 29 mit Anm. 4, denen ich dieses Beispiel verdanke.

Fahrzeuge gab. Andererseits könnte man eben dies damit rechtfertigen, daß der Gesetzgeber dem Publikum immerhin die jeweils gewohnte Durchschnittsgeschwindigkeit zumuten wollte, die 1904 eben deutlich höher lag als hundert Jahre zuvor. In diesem Sinne argumentierte ein Diskussionsteilnehmer, der Kutscher dürfe in Wien nicht bestraft werden, wohl aber in Mödling, wo es noch keine Straßenbahnen gab.⁶⁰ Eine zwingend richtige Lösung scheint es mir nicht zu geben. Schon innerhalb des sprachlichen Elements macht der Theorienstreit also ein eindeutiges Ergebnis unmöglich, wenn nicht aus dem Kontext, der Geschichte oder dem Zweck geklärt werden kann, ob der historische oder der aktuelle Sinn maßgeblich ist.

b) Ein Beispiel aus dem Bereich der teleologischen Auslegung

Mein zweites Beispiel kommt aus dem Bereich des teleologischen oder Zweck-Moments. Auch hier gehen die Begriffe zwischen den beiden Positionen auseinander. Für die subjektive Theorie ist der Zweck als Absicht, Ziel, Motiv des Gesetzgebers eine Tatsache, die mit historisch-empirischen Hilfsmitteln festgestellt werden kann.⁶¹ Nur eine Variante davon ist Hecks Interessenjurisprudenz, die nicht auf den Zweck, sondern auf die – aber wiederum historisch feststellbare – Interessenbewertung des Gesetzgebers abstellt.⁶² Dagegen kommt es nach der objektiven Theorie nicht auf den historischen Zweck, sondern auf einen „brauchbaren Gegenwartszweck“ (Wüstendörfer) an.⁶³

60 So *Saxl*, wie vorige Fn.

61 Deutlich etwa *Carl Crome*: System des Deutschen Bürgerlichen Rechts, 1. Band. Einleitung und Allgemeiner Teil, Tübingen und Leipzig 1900, S. 101 (legislatorischer Zweck); *R. Schmidt*: Bürgerl. Recht (Fn. 39), S. 11 (Zweck des Gesetzgebers); *L. Enneccerus*: Lehrbuch (Fn. 12), 13. Bearb. v. *Hans C. Nipperdey*, Marburg 1931, § 51, S. 150 Anm. 7 („Gründe des Gesetzgebers“).

62 *Philipp Heck*: Das Problem der Rechtsgewinnung (1912), 2. Aufl., Tübingen 1932, S. 29-34.

63 *H. Wüstendörfer*: Die deutsche Rechtsprechung (Fn. 39), S. 264. Weiterhin *J. Kohler*: Über die Interpretation (Fn. 23), S. 35: es ist die Auslegung zu wählen, „welche mit Rücksicht auf den Ideenkreis der Zeit dem legalen Bedürfniss am besten ent-

Ein Beispiel gibt Heinrich Stoll in seiner Tübinger Antrittsvorlesung von 1924.⁶⁴ Ein Privatmann möchte die Universitätsmensa übernehmen und dabei die Speisen zum Selbstkostenpreis abgeben. Kann er das in der Rechtsform eines „Idealvereins“ nach § 21 BGB tun? Bekanntlich ist es sehr leicht, einen eingetragenen Verein zu gründen; es genügen sieben Mitglieder, eine Satzung und ein Vorstand. Dagegen sind bei Gründung einer rechtsfähigen Handelsgesellschaft, wie GmbH oder Aktiengesellschaft, im Interesse der Gläubiger (u. a.) strenge Vorschriften über die Aufbringung und Erhaltung eines Grund- oder Stammkapitals zu beachten. Die unkomplizierte Rechtsform des Idealvereins kommt nach § 21 nur dann in Betracht, wenn der Zweck des Unternehmens „nicht auf einen wirtschaftlichen Geschäftsbetrieb gerichtet“ ist. Wann ist nun ein Unternehmen „nicht auf einen wirtschaftlichen Geschäftsbetrieb gerichtet“? Der Ausdruck ist undeutlich und bedarf weiterer Aufklärung aus dem Zweck der Vorschrift. Nach den Gesetzesmaterialien liegt der Zweck des § 21 in der Privilegierung gemeinnütziger oder auf andere ideelle Zwecke gerichteter Vereine. Ein solcher läge hier vor, da ja der Unternehmer nur Selbstkostenpreise erheben will. Nach der subjektiven Theorie könnte also der Verein durch bloße Eintragung nach § 21 rechtsfähig werden, ein Ergebnis, das Stoll auch für das richtige zu halten scheint. Dagegen würde die objektive Theorie den Zweck der Worte „nicht auf einen wirtschaftlichen Geschäftsbetrieb gerichtet“ vielleicht im Gläubigerschutz sehen. Da der Mensaverein in erheblichem Umfang mit Krediten arbeiten wird, müßte für ihn eine Rechtsform gewählt werden, die den Gläubigern besseren Schutz bietet als der Idealverein, also wohl die einer rechtsfähigen Handelsgesellschaft. Tatsächlich hat sich die herrschende Interpretation des § 21 BGB in diese Richtung entwickelt, so daß sich das Mensaunternehmen heute wohl nicht als Ideal-

spricht“; R. *Stammler*: Theorie (Fn. 11), S. 621: bei verbleibenden Unklarheiten entscheidet das „soziale Ideal“, die „Idee des Rechts“; H. *Reichel*: Gesetz (Fn. 28), S. 78: das Gesetz ist so auszulegen, daß es „das im gegenwärtigen Zeitpunkt förderlichste Mittel zur Herbeiführung eines gerechten und gesunden sozialen Zustandes“ darstellt; A. *Baumgarten*: Wissenschaft vom Recht (Fn. 56), I, S. 296: Auslegung muß so erfolgen, „wie es für die Interessen der Allgemeinheit am förderlichsten“ ist. Sinn und Zweck des Gesetzes werden nicht immer deutlich unterschieden.

64 H. *Stoll*: Rechtsstaatsidee (Fn. 27), S. 172 f.

verein nach § 21 konstituieren dürfte.⁶⁵ Das Ergebnis klingt einigermaßen rational, aber warum wir uns hier so und nicht im Sinne des subjektiven, gesetzgeberischen Zweckes entscheiden sollen, sagt uns die *Interpretationstheorie* wiederum nicht.

Ich fasse auch diesen Abschnitt noch einmal zusammen: Der voluntaristische Rechtsbegriff hat zu einem Gegensatz zwischen objektiver und subjektiver Theorie geführt. Er wirkt sich schon innerhalb einzelner Interpretationselemente (nämlich Sprache, System und Zweck) aus und erst recht bei ihrem Zusammenspiel mit dem geschichtlichen. Praktisch mag das Problem nicht gar so groß sein, denn daß der vernünftige Gegenwarts-Sinn und der frühere Sinn voneinander abweichen, wird nicht allzu häufig vorkommen. Aber das theoretische Dilemma bleibt. Wir können es nach meiner Überzeugung nicht wissenschaftlich-systematisch auflösen. Wir können nur hinnehmen, daß hier zwei verschiedene, beide gleich mögliche, Spielarten eines zeitbedingten Rechtsbegriffs miteinander kollidieren. Das modern-dogmatische Denken kommt hier m. E. überhaupt nicht weiter, das historische Denken kann uns wenigstens zeigen, warum dieser Konflikt besteht, den jeder Interpret für sich selbst entscheiden muß.

65 Siehe dazu Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 1, 5. Aufl., München 2006, § 21 Rn. 4 ff. (besonders 7, 30, 43a, 44) (Bearbeiter D. Reuter).

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.⁶⁶ 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.⁶⁷ 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.⁶⁸ Nach der objektiven Theorie kommt es hingegen auf das Rechtsideal an,⁶⁹ nach der subjektiven auf die historischen Ordnungsvorstellungen des Gesetzgebers.⁷⁰ Überwiegend wird also die Existenz von Lücken bejaht, deshalb habe ich die Frage vorhin übergangen. Es hängt aber eben alles am Rechtsbegriff.

- (3) Kann man Ausnahmenvorschriften ausdehnend oder analog anwenden? Die ältere Lehre hatte das verneint.⁷¹ 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,⁷² 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.⁷³

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“.⁷⁴

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.