

Methodenlehre zwischen Wissenschaft und Handwerk

Erstes Bielefelder Kolloquium

Herausgegeben von
Susanne Hähnchen

Mohr Siebeck

Susanne Hähnchen ist Professorin an der Universität Bielefeld und lehrt und forscht zum Bürgerlichen Recht, zur Rechtsgeschichte und zur Methodenlehre.

ISBN 978-3-16-156892-3 / eISBN 978-3-16-156893-0
DOI 10.1628/978-3-16-156893-0

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliographie; detaillierte bibliographische Daten sind über <http://dnb.dnb.de> abrufbar.

© 2019 Mohr Siebeck Tübingen. www.mohrsiebeck.com

Das Werk einschließlich aller seiner Teile ist urheberrechtlich geschützt. Jede Verwertung außerhalb der engen Grenzen des Urheberrechtsgesetzes ist ohne Zustimmung des Verlags unzulässig und strafbar. Das gilt insbesondere für die Verbreitung, Vervielfältigung, Übersetzung und die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronischen Systemen.

Das Buch wurde von Gulde Druck in Tübingen aus der Garamond gesetzt, auf alterungsbeständiges Werkdruckpapier gedruckt und gebunden.

Printed in Germany.

Inhaltsverzeichnis

Vorwort	VII
Begrüßung durch den Dekan der Fakultät für Rechtswissenschaft Bielefeld	IX
<i>Gerhard Otte</i> Grotius über Mathematik und Moral: Zur Abhängigkeit der (Rechts-)Wissenschaft von der Aristotelischen Logik	1
<i>Klaus Adomeit</i> Meine Diskussion mit Säcker über die juristische Methodenlehre	15
Zusammenfassung der Diskussion	21
<i>Heinrich Honsell</i> Auslegung und Rhetorik	25
<i>Sebastian A. E. Martens</i> Matthaeus Gribaldus Mopha, De methodo ac ratione studendi in iure. Reflektionen zur juristischen Methodenlehre zwischen Theorie und Praxis	37
<i>Uwe Wesel</i> Iudex non calculat	57
Zusammenfassung der Diskussion	63
<i>Detlef Leenen</i> Methodenrecht	65
<i>Bernd Rütters</i> Welcher Methodenkanon sollte für die Rechtsprechung verbindlich sein?	81

Zusammenfassung der Diskussion	91
<i>Lena Kunz</i>	
Wertungsjurisprudenz und objektive Zurechnung im Zivilrecht. Der Einfluss von Karl Larenz auf die frühe Rechtsprechung des BGH .	101
Zusammenfassung der Diskussion	113
Autorenverzeichnis	121

Auslegung und Rhetorik¹

Heinrich Honsell

Mein Thema lautet Auslegung und Rhetorik. Das muss ich sogleich einschränken, weil es nicht um Rhetorik schlechthin geht, die ein wichtiges Fach ist, das lange Zeit vergessen und nicht beachtet war, sondern nur um die rhetorische Auslegungslehre. Hierzu hat vor fünfzig Jahren *Uwe Wesel* eine vorzügliche Dissertation verfasst, über „Rhetorische Statuslehre und Gesetzesauslegung der römischen Juristen“ (1967).

Die Auslegung ist eine Teildisziplin der allgemeinen Hermeneutik, der Lehre vom Verstehen. Sie ist nach *Hermes* benannt, dem Götterboten, der den Menschen die göttlichen Botschaften überbringt und erklärt. Es ist eine alte Vorstellung, dass die Gesetze den Menschen von den Göttern gegeben werden. *Hermes* war der Schirmherr der Redner, weil er die Kunst der Überredung besaß und nie um Ausreden verlegen war. Er war auch der Gott von Handel und Gewinn sowie der Kaufleute und der Diebe.

Die Allgemeine Hermeneutik befasst sich nicht nur mit der Auslegung von Texten, Zeichen oder Symbolen, sondern mit allem, was man interpretieren kann, wie Werke der Musik, bildenden Kunst usw.; das wichtigste sind aber Texte, vor allem religiöse und juristische, in Europa Jahrhunderte lang namentlich die Bibel und das *Corpus Iuris*.

Die Auslegungslehre war, wie wir noch sehen werden, ehe sie in der Hermeneutik aufging, ursprünglich ein Teil der antiken Rhetorik, die sich namentlich mit Gerichtsreden befasste. Im Spätmittelalter hat man an den aufstrebenden europäischen Universitäten im *Studium generale* des ersten Studienjahres das sog. Trivium (Dreiweg) studiert (daher wohl aus der Sicht älterer Semester „trivial“): Rhetorik neben Grammatik und Dialektik. Seit der Aufklärung kam die Rhetorik zu Unrecht in Verruf. Man hielt sie für entbehrlich, wo nicht für schädlich, weil es in den Parlamenten und Gerichtshöfen nur um die Wahrheit gehe. Erst im 20. Jahrhundert kam es erneut zu einer Rhetorik-Renaissance.

Die rhetorische Auslegung war eine Kunstlehre des Überzeugens, keine Erkenntniswissenschaft. Es ging nicht um richtiges Verstehen, sondern um überzeugende Begründung. Rhetorik ist, wenn man so will, nicht Erkenntnis-, sondern Argumentationstheorie.

¹ Eine ausführliche Fassung dieses Vortrags findet sich unter dem Titel „Die rhetorischen Wurzeln der Auslegung“ in *ZfPW* 2016, 105–128.

Nach heutiger Methodenlehre hat der Richter die Aufgabe, den Fall unter die Norm zu subsumieren. Die zu diesem Zweck notwendige Auslegung des Gesetzes gilt im Grundsatz als Erkenntnisvorgang. Soweit dies zutrifft, ist die Auslegung verbindlich und es besteht eine Bindung des Richters an das Gesetz. Das gilt aber nur für die einfache Anwendung klaren Rechts, etwa den Bereich, in dem man auch heute noch sagen könnte, der Richter sei nur *la bouche de la lois* (*Montesquieu*). In Wahrheit reicht diese Einfachheit nicht weit und es gibt Streitfragen und Beurteilungsspielräume, die gegenläufige rhetorische Argumente eröffnen und gegensätzliche Entscheidungen ermöglichen (dazu sogleich). Die Auslegung ist dann nicht mehr reine Erkenntnis, sondern enthält dezisionistische Elemente.

Eine extreme Gegenposition zur herkömmlichen juristischen Auslegungslehre vertreten allerdings Anhänger einer jüngeren Systemtheorie, die bezweifeln, dass man den Richter überhaupt an gesetzliche Regeln binden könne. In einer Übertreibung des Wittgenstein'schen Skeptizismus meint man, der Sinn eines Satzes erschließe sich überhaupt nur und erst durch den Gebrauch und ebenso der des Gesetzes erst durch Anwendung auf einen Sachverhalt. Deshalb verneint diese Lehre sogar eine feststellbare Bedeutung des Gesetzestextes und damit eine Bindung des Richters an das Gesetz und tut die Methodenlehre als für die Rechtsfindung unbrauchbare „blanke Rhetorik“ ab.²

Auch wenn es zutrifft, dass das Vorverständnis des Interpreten die Interpretation beeinflusst, verkennt diese These den Regelcharakter und den weiten Bereich einer einfachen Anwendung klaren Rechts. Sie geht zurück auf den französischen Philosophen *Derrida*, den Hauptvertreter der Dekonstruktion und Antihermeneutik, der gemeint hat, dass das Gesetz aus dem gesellschaftlichen „Rauschen“ Geräusche herausfiltere, so dass das Recht sie „hören“ könne.³ Das muss man nicht weiter kommentieren. Richtig ist aber, dass die Steuerungsmöglichkeit durch Gesetze Grenzen hat und nicht selten überschätzt wird.

Das erste Problem bei der Auslegung von Gesetzen besteht eigentlich nicht in der Frage, was bedeutet der Text, sondern es besteht darin, dass die Norm auf den Fall anzuwenden ist und dass ein Gesetz kaum *ex ante abstrakt* so *präzise formuliert* werden kann, dass es alle späteren Fälle richtig erfassen kann. Die Vielfalt des Lebens kann auch bei größtem Weitblick nicht vollständig antezipiert werden.

Erst an zweiter Stelle steht, weil weniger häufig, die *Auslegungsbedürftigkeit* von Gesetzen wegen Ungenauigkeit der Sprache. Abhilfe sucht man in einer präzisen, technischen Sprache, die freilich häufig Unverständlichkeit für Nichtjuristen bedeutet. Die oft erhobene Forderung, Gesetze müssten klar und ein-

² *Amstutz/Niggli*, Recht und Wittgenstein III, in FS Walter, 2005, 9 (19, 30ff); *Amstutz*, ZSR 2007 II, 233 (241, 274).

³ *Amstutz*, ZSR 2007 II, 233 (241, 278).

fach sein gleicht nicht selten der Quadratur des Kreises, weil sich beides bis zu einem gewissen Grade ausschließt. Wenn der Text präzise ist, ist er nicht mehr verständlich, wenn er verständlich ist, nicht mehr präzise. Das hat *Wesel* zutreffend beschrieben.⁴ Die Einfachheit, die *Justinian* als Freundin der Gesetze bezeichnet hat (*simplicitas amica legum*)⁵ muss eine Illusion bleiben und auch das Kommentierverbot, welches das prALR und das AGB aus dem *Corpus iuris* übernommen hatten⁶, war unsinnig.

Zunächst geht es um den gewöhnlichen Sprachgebrauch, doch darf man bei dem nicht stehen bleiben, wenn sich Wortlaut und Sinn (Buchstabe und Geist) der Vorschrift nicht decken. Vorrang haben dann nach hL Sinn und Zweck, die *ratio legis*. Fälle der Rechtsanwendung, die allein nach dem Wortlaut entschieden werden können, die m.a.W. so klar sind, dass man auf die Sinnfrage verzichten kann, sind nicht so häufig wie der Laie gemeinhin annimmt. Wo jedoch der Wortlaut eindeutig ist und die Norm alle Fälle richtig erfasst und umgekehrt Fälle nicht erfasst, auf welche die *ratio* nicht zutrifft, benötigt man i. E. keine Auslegung. Doch kann man auch sagen, dass schon diese Feststellung ein Akt der Auslegung ist. Gesetze verwenden nicht nur bestimmte *deskriptive Begriffe*, sondern auch unbestimmte, deren Bedeutung ungenau oder unklar ist; z. B. kann man fragen, ab welcher Zahl von Bäumen von einem Wald geredet werden kann, bei welcher Lautstärke Lärm beginnt, ab wie vielen Mitgliedern man von einer kriminellen Vereinigung sprechen kann usw. Die Bedeutung unbestimmter deskriptiver Begriffe muss nach dem (gewöhnlichen) Sprachgebrauch empirisch ermittelt werden. Wir finden aber auch *normative Begriffe*, die von vornherein eine Ausfüllung erfordern und vom Richter eine Wertung verlangen, z. B. der wichtige Grund für eine Kündigung, das grobe Missverhältnis beim Wucher (§ 138 Abs. 2 BGB). Das gilt insb. auch für die *Generalklauseln* von § 242 (Treu und Glauben) oder § 138 BGB (Sittenwidrigkeit). Dass die Rechtsanwendung auch bei eindeutigem Wortlaut, oft ohne Rückgriff auf die *ratio legis* nicht auskommt, zeigt das Verbot „Betreten des Rasens verboten“, das sprachlich an sich eindeutig ist. Die einfache, vom Rechtsanwender zu entscheidende Frage, ob auch das Befahren darunter fällt, ist nach dem Wortlaut klar zu verneinen, nach dem Sinn (Auslegung) hingegen ohne weiteres zu bejahen. Der Begriff des Betretens (also mit den Füßen) ist zu eng. Das ergibt sich aus der *ratio* des Verbots, das den Rasen schützen will, der durch Befahren noch mehr beschädigt wird als durch Betreten. Damit sind wir jedoch vom Wortlaut abgewichen und zum Zweck der Vorschrift, bzw. zum Willen des Verordnungsgewaltigen übergegangen. Man sieht, selbst eine so simple Regelung kann misslingen, wenn man nicht die richtigen Worte findet; was übrigens im Beispiel gar nicht

⁴ *Wesel*, *Fast Alles was Recht ist – Jura für Nicht-Juristen*, (9. Aufl., München 2014) 3 ff.

⁵ *Justinian*, *Inst* 3, 2, 3.

⁶ *Const. Tanta* 21.

einfach ist. Soll man alle Arten der Fortbewegung aufzählen, Betreten, Befahren, usw.? Im Englischen ist es einfacher, dort findet man ein abstrakteres Gebot, das nicht auf die Art der Fortbewegung usw. abstellt, sondern einfach sagt: keep off the grass.

Der Gegensatz zwischen Wortlaut und Sinn findet sich auch bei der Vertragsauslegung, nur geht es dort nicht um den objektiven Zweck, sondern um die subjektive Absicht der Parteien. So beschäftigt sich BGH JZ 1961, 494ff. mit dem Begriff *Fenster*: Ist ein Rechteck aus Glasbausteinen ein Fenster?

Der Eigentümer eines mit einem Wohnhaus bebauten Grundstücks hatte eine Nachbarparzelle verkauft und in den Vertrag schreiben lassen, dass das Haus des Käufers auf der Grundstückseite zum Verkäufer hin keine Fenster in der Fassade haben dürfe. Der Grund war klar: er wollte nicht eingesehen werden. Um mit dieser Einschränkung zurecht zu kommen, legte der Architekt das Stiegenhaus auf die fragliche Seite, das durch ein senkrechtes Rechteck aus Glasbausteinen belichtet wurde. Als der Verkäufer sah, was da entstand, verklagte er den Nachbarn auf Beseitigung: Glasbausteine seien ein Fenster.

Bei der Vertragsauslegung stehen der Willen und das Verständnis der Parteien im Vordergrund. Trotzdem beginnen wir mit der objektiven Auslegung und fragen nach dem gewöhnlichen Sprachgebrauch des Wortes Fenster.

Der Bundesgerichtshof hat sogar das Grimm'sche Wörterbuch zu Rate gezogen: Danach ist ein Fenster „Das Loch in der Wand, durch das der Tag einbricht“. Entscheidend sei deshalb das Licht, nicht die Luft. Das zeigten auch die Fenster in Hochhäusern, die sich nicht öffnen lassen.

Der BGH hat also die Frage bejaht: Glasbausteine sind Fenster, weil sie das Licht herein lassen. Der Vertragszweck, weist in die gegenteilige Richtung, weil man durch Glasbausteine nicht durchsehen kann und es der offenkundige Sinn der Regelung war, die Einsicht in die Räume des Verkäufers zu verhindern.

Anders als auf dem Kontinent hielt man in England weit länger an einer strikten Wortinterpretation fest. Es galt die sog. Literal Rule: Selbst wenn das Ergebnis absurd war, durfte vom Wortlaut nicht abgewichen werden.

Eine sola scriptura-Doktrin entspringt aber naiver Wortgläubigkeit von Laien und findet sich vor allem bei der Exegese heiliger Schriften. Z. B. hat sie *Martin Luther* für die Bibel vertreten. Sie begegnet uns auch beim Koran. Für Religionen ist eine dogmatische Versteinerung typisch, die nur eine authentische Interpretation anerkennt.

Die Abweichung vom Wortlaut war unzulässig und selbst zur Vermeidung absurder oder widersprüchlicher Ergebnisse war der Rückgriff auf Sinn und Zweck des Gesetzes oder auf die Absicht des Gesetzgebers nicht erlaubt. Auch die Parlamentsprotokolle waren für die Auslegung lange Zeit tabu. Die strikte Wortinterpretation sollte das Gesetzesrecht, das man als Beschränkung der Freiheit betrachtete, weitgehend zurückdrängen. In England bestand eine Abneigung gegen freiheitsbeschränkende Gesetze ähnlich wie in Rom: Corruptis-

sima res publica plurimae leges.⁷ Immerhin ließ eine Golden Rule schon im 19. Jahrhundert die Berücksichtigung der ratio zu, wenn anders das Ergebnis absurd oder widersprüchlich gewesen wäre.

Die Gegenposition hat nicht zuletzt unter dem Einfluss des Europarechts *Lord Denning* vertreten: purposive interpretation: It is the age-old conflict which exists between the most eminent judges whether to give the words a literal or liberal interpretation. I take my stand on a liberal interpretation, remembering that <the letter killeth, but the Spirit gives life.

Der Satz stammt aus dem 2. Korintherbrief (Kapitel 3, Vers 6) des Apostels Paulus und ist ein Gegenstück zu dem Bekenntnis zum Wortlaut, (vgl. auch Jesaja 32,16: „Das Recht wohnt in der Wüste, aber die Gerechtigkeit weilt in den Gärten“).

Die purposive interpretation beginnt sich in England durchzusetzen. Man anerkennt auch eine lebendige Verfassung (living constitution), eine geltungszeitliche Auslegung. Namentlich in den USA ist die enge Wortinterpretation aber auch heute noch weit verbreitet.

Zu beachten ist freilich, dass die Gesetze jedenfalls im Bereich des Privatrechts im englischen Case Law nur eine untergeordnete Rolle gespielt haben. Der Fallvergleich folgt aber einer ähnlichen Methode wie die Analogie im Codified Law. Das Gesetzesrecht hat unter der EU stark zugenommen, eine Tendenz, die sich nach dem Brexit wieder umkehren wird.

Die Auslegungslehre hat ihre Wurzeln nicht in einer philosophischen Erkenntnistheorie, sondern in der griechischen Rhetorik.

Ausgangspunkt des *Protagoras* war die Beobachtung, dass es zu jeder Streitfrage zwei einander entgegengesetzte Aussagen gibt:

Και πρῶτος ἔφη δύο λόγους εἶναι περὶ παντὸς πράγματος ἀντικειμένους ἀλλήλοις (Kai protos ephe dyo logous einai peri pantos pragmatos antikeimenous allelois)⁸. *Protagoras* hat als erster gesagt, dass jede Sache zwei Seiten hat und dass es zu jedem Problem zwei einander entgegengesetzte Standpunkte gibt. Dieser dialektische Antagonismus manifestiert sich in Gerichtsprozessen, aber auch in den politischen Auseinandersetzungen von Parteien zu allen Zeiten (in Rom den Plebejern und Patriziern, in Byzanz den Grünen und Blauen, heute den Demokraten und Republikanern, Rechten und Linken, Liberalen und Sozialisten, Konservativen und Progressiven usw.). Er passt zur Entwicklung der Rhetorik und erklärt, weshalb es bei den Auslegungsregeln stets Gegensatzpaare gibt.

So ist vielleicht auch *Augustinus* zu verstehen: Haec omnia inde in quibusdam vera, unde in quibusdam falsa sunt – Das alles ist von da aus in gewisser Weise

⁷ *Tacitus*, *Annales* 3, 27.

⁸ *Diogenes Laertius*, *Leben und Lehren der Philosophen* 9, 8, 51 zu *Protagoras*.

wahr, von wo aus es sozusagen falsch ist.⁹ Dieser These näher kommt die Vorstellung einer Aufhebung der Gegensätze in einer *coincidentia oppositorum* bei *Nicolaus Cusanus*.¹⁰

Nach *Protagoras* ist Rhetorik die Kunst, die schwächere Sache zur stärkeren zu machen (τὸν ἥττω λόγον κρείττω ποιεῖν *Ton hetto logon kreitto poiein*). Der Vorwurf gegen *Sokrates* war: „er lehrt sie (sc. die Jugend) die himmlischen und unterirdischen Erscheinungen und verleitet sie dazu, nicht an Götter zu glauben und die schwächere Sache zur stärkeren zu machen.“¹¹

Von *Protagoras* stammt auch der berühmte *homo mensura* Satz: Der Mensch ist das Maß aller Dinge, der Seienden sofern diese sind und der Nichtseienden, sofern diese nicht sind.

Die philosophische Bewertung der Sophisten war Jahrhunderte lang von dem negativen Bild geprägt, das *Platon* und *Aristoteles* gezeichnet haben. Der Begriff *Sophist* hat noch heute einen pejorativen Klang.

In diese Bewertung ist auch die negative Beurteilung der Rhetorik eingeflossen.

Gegensatzpaare und dialektische Positionen ergeben sich vor allem, weil in den Gesetzen oft eine Differenz zwischen Wortlaut und Sinn besteht (oder sich doch behaupten lässt). *Scriptum/sententia*, beim Vertrag *verba/voluntas*.

Der Argumentation mit Wortlaut oder Sinn und Zweck war ursprünglich nicht methodische Erkenntnis mit Anspruch auf Richtigkeit, sondern ein rhetorisches Argument, das man verwendete, je nach dem, welche Position man vertrat.

War der Wortlaut des Gesetzes der eigenen Position günstig, so sagte man: *In claris non fit interpretatio* (*sens clair*-Doktrin, Eindeutigkeitsregel) und warf der Gegenseite *Advokatenrabulistik* und *Wortverdrehung* vor.

War der Wortlaut ungünstig, so hieß es: *Scire leges non hoc est verba earum tenere, sed vim ac potestatem*.¹² Die Gesetze zu verstehen, heißt nicht, an ihren Worten zu haften, sondern ihren Sinn und Zweck zu beachten. Man verspottete den Gegner als *Wortfetischisten* und *Silbenstecher*.

Beispiele für Argumente *Pro* und *Contra* finden wir auch bei *Cicero*.¹³ Wer für den Wortlaut plädiert sagt: *Iudicem legi parere non interpretari legem oportere* – und beruft sich auf die Rechtssicherheit. Wer im Gegenteil mit dem Sinn argumentiert, spottet über die Buchstabenauslegung: *leguleius quidam cautus et acutus praeco actionum cantor formularum auceps sylabarum*. – skrupelhafter und spitzfindiger Gesetzeskrämer, Sänger der Formeln, Fallensteller der Silben – und beruft sich auf die Einzelfallgerechtigkeit.

⁹ *Augustinus*, *Soliloquia* (Selbstgespräche) II 18,4.

¹⁰ *Cusanus*, *De Coniecturis* II, 1, 2.

¹¹ *Platon*, *Apologie* 23d.

¹² *Celsus*, *Dig* 1, 3, 17.

¹³ *Cicero*, *De Inventione* 2, 127f.

Allgemein lässt sich vielleicht sagen, dass die leichtere Position hat, wer den Wortlaut auf seiner Seite hat, weil das die scheinbar gesetzestreuere Position ist.

Weil es rhetorische Argumente sind, lässt sich auch heute die Frage, ob und wann man mehr zum Wortlaut oder mehr zum Sinn tendiert nicht generell beantworten, ebensowenig gibt es eine Rangfolge der Auslegungselemente und der Streit zwischen objektiver und subjektiver Auslegung kann nicht für die eine oder andere Theorie im Sinne eines aut – aut entschieden werden. Alle diese Zweifel und Streitfragen erklären sich aus der rhetorischen Herkunft der Auslegungslehre. Eigentlich ist der Streit angesichts der rhetorischen Wurzel der Auslegungsgrundsätze heute überholt. Trotzdem geht er weiter, so spielte er z. B. eine Rolle in der Auseinandersetzung zwischen *Rüthers*, der ein Anhänger der subjektiven Theorie ist und *Canaris* der eine (modifizierte) objektiv-teleologische Auslegung vertritt; ähnlich sein Schüler *Grigoleit*, der einen „präsumtiven Vorrang“ des historisch-genetischen Befundes befürwortet.¹⁴ Natürlich geht es da nicht um den subjektiven Willen von hunderten Abgeordneten, sondern objektiv-historisch um Erläuterungen des ferderführenden Ministeriums, um Parlamentsprotokolle usw. Im Falle eines Widerstreites hat nach hL die objektive Teleologie Vorrang. Auch der zuletzt umstrittene Satz, dass das Gesetz klüger sein könne als seine Verfasser, ist aber nur eine rhetorische Metapher der objektiven Auslegung, die camouffiert, dass es in Wahrheit der Interpret ist, der sich für klüger hält. Doch ist das das Thema von *Bernd Rüthers*. Hier geht es nur um die Rhetorik, in der beide Argumente nebeneinander standen und wahlweise geltend gemacht werden konnten.

Die *Maxime in claris*, hat man wegen ihrer scheinbaren Evidenz nicht mehr als rhetorisches Argument, sondern als gültige methodische Anweisung und feststehende Wahrheit verstanden. Im Mittelalter und in der Neuzeit galt deshalb, dass nur doppeldeutige oder dunkle Texte (*ambiguum vel obscurum*) einer Auslegung zugänglich seien. In einigen Ländern, wie z. B. Frankreich, Italien und England, begegnet man dieser Meinung noch heute. Im deutschsprachigen Raum dagegen bejaht man seit langem eine auslegungsbedürftige Unklarheit auch dann, wenn der Text selbst zwar nicht unklar ist, aber Wortlaut und *ratio* nicht übereinstimmen, weil der Wortlaut Fälle nicht erfasst, die er nach der *ratio* erfassen sollte oder umgekehrt über die *ratio* hinausgeht, also Fälle erfasst, die nicht gemeint sind. Selbst wenn der Wortlaut an sich klar ist, kann also die Auslegung einen abweichenden Sinn bevorzugen.

Savigny hat die Auslegung auf vier Elemente reduziert, die grammatische, logische, systematische und historische. Dieser Kanon enthält zu viel und zu wenig. Logisches und systematisches Element sind identisch. Bei beiden geht es um innere Folgerichtigkeit und Vermeidung von Widersprüchen. Dagegen fehlt

¹⁴ *Grigoleit*, Das historische Argument in der geltendrechtlichen Privatrechtsdogmatik, ZNR 30 (2008), 259 (264 ff.).

die objektiv-teleologische Auslegung, die das Pendant zur subjektiv-historischen Auslegung ist. Wie diese nach dem Willen des historischen Gesetzgebers fragt, orientiert sich jene an dem geltungszeitlich zu ermittelnden objektiven Sinn und Zweck. Das teleologische Argument war *Savigny* aber suspekt: „Ungleich bedenklicher, und nur mit großer Vorsicht zulässig, ist der Gebrauch des Gesetzesgrundes zur Auslegung des Gesetzes“. ¹⁵ Mit diesem Vorbehalt gegen den Gesetzesgrund (der mit dem Gesetzeszweck identisch ist, der Grund bezeichnet die kausale, der Zweck die finale Seite), soll nicht die Zulässigkeit der Analogie in Zweifel gezogen werden, die nach *Savigny* nicht zur Auslegung gehört, sondern zur Rechtsfortbildung; vielmehr gilt er der Gesetzeskorrektur durch teleologische Restriktion, die *Savigny* als getrenntes Phänomen betrachtet. Den teleologischen Aspekt der Analogie erörtert *Savigny* nicht. Die Analogie wird nicht aus dem Zweck des lückenhaften Gesetzes begründet, sondern „das positive Recht wird aus sich selbst ergänzt, indem wir in demselben eine organisch bildende Kraft annehmen“ *Savigny* bleibt, wie wir sogleich sehen werden, ganz in der antiken rhetorischen Tradition, die im *status scriptum – sententia* nur die Restriktion erörtert und die Analogie außerhalb der Auslegung angesiedelt hat. Das ist merkwürdig, denn Restriktion und Analogie gehören zusammen, sind quasi die zwei Seiten ein und derselben Münze. Stets geht es um das Verhältnis von Wortlaut und Zweck, das eine mal ist der Wortlaut zu weit, das andere Mal zu eng.

Allerdings haftet der Restriktion anders als der Analogie leicht das odium der Entscheidung *contra legem* an, wenn eine Lösung abgelehnt wird, die nach dem Wortlaut des Gesetzes geboten ist. Der Zweck der Regelung muss stets sorgfältig ermittelt werden; denn die teleologische Interpretation darf nicht einfach zur Erzielung eines erwünschten Ergebnisses eingesetzt werden. Immerhin sollte man aber heute ihre Relevanz grundsätzlich anerkennen. Zu beginnen ist aber zweckmäßiger Weise stets mit der grammatischen Auslegung, freilich ohne strikte Bindung an den Wortlaut. Kein Interpretationstopos sollte a priori vernachlässigt werden.

Die Auslegungslehre der Rhetorik wurde in Rom vor allem durch das verloren gegangene Werk des *Hermagoras von Temnos* (2. Jhdt. v. Chr.) *Τέχναι ῥητορικαί* (*Technai Rhetorikai* – Redekunst) rezipiert, das Cicero und später Quintilian als Vorlage gedient hat und so der Überlieferung indirekt erhalten blieb. In ihm spielt die Auslegung eine zentrale Rolle ¹⁶

Scriptum – sententia war ein zum *genus legale* gehörender Status (*Stasis*) und betraf in der Antike nur die Restriktion des Gesetzes; weitere Argumente wa-

¹⁵ *Savigny*, System des heutigen Römischen Rechts, Bd. I (1840) 220.

¹⁶ Vgl. etwa *Wesel*, Rhetorische Statuslehre und Gesetzesauslegung der röm. Juristen, 1967; *Lausberg*, Handbuch der literarischen Rhetorik, 1960.

ren leges contrariae – widersprüchliche Gesetze, ambiguum – Doppeldeutigkeit und Syllogismus (ratiocinatio), die heutige Analogie.¹⁷

Die Trennung von Restriktion (Status scriptum/sententia) und Analogie (ratiocinatio) die wir bei *Savigny* beobachten konnten, geht also zurück auf *Heremogian*.

Die Verteidigungsstrategie sah folgendermaßen aus:¹⁸

Sequitur coniecturam finitio, nam qui non potest dicere nihil fecisse, proximum habebit ut dicat, non id fecisse quod obiciatur – Der Angeklagte konnte die Tat überhaupt bestreiten. Dann musste sie bewiesen werden. Nach der sog. coniectura (Feststellung der Tat) kam die definitio; denn wer nicht behaupten kann, er habe es nicht getan, kann als Nächstes behaupten, was er getan habe, sei nicht die im Gesetz genannte Tat. Ich lasse einige Verteidigungsschritte aus. Uns interessiert, dass man in einem weiteren Schritt, dem status scriptum et sententia, eine Diskrepanz zwischen Wortlaut und Sinn des Gesetzes behaupten und für eine restriktive Auslegung plädieren konnte.

Beispiele für Restriktion aus der Antike: Das Öffnen der Stadttore war in der Nacht verboten. Man öffnete sie, um ein Entsatzheer aufzunehmen.¹⁹ Die Todesstrafe für einen Fremden, der die Stadtmauer betritt, kann natürlich nicht gelten, wenn er auf der Mauer war um bei der Abwehr des Feindes zu helfen. Extreme Beispiele, die aber zeigen, dass es besser ist, Vernunft walten zu lassen als im Namen des Gesetzes eine unsinnige Härte zu vollziehen.

Die Grundsätze der Lex Rhodia gelten im internationalen Seerecht heute noch: Wer in Seenot ein Schiff rettet, dem gehört es.²⁰ Das gilt auch für den Seekranken, der nicht mehr mit ins Rettungsboot konnte, aber glücklich gerettet wurde nachdem sich der Sturm gelegt hatte.

In den Rhetoriklehrbüchern finden sich auch Beispiele für Analogie. Sie ist heute das Gegenstück zur Restriktion. So wie hier der Wortlaut zu weit ist, ist er dort zu eng. Die Restriktion war zumindest im Unterricht als Verteidigungsstrategie gegen das Gesetz wichtiger als die Analogie. Heute ist es umgekehrt.

Ein Beispiel für Analogie ist die Geschichte von dem Liebestrank:

Quintilian Inst. or. 7. 8. 2: nam saepe, si finitio infirma est, in syllogismum delabitur. sit enim lex: venefica capite puniatur. saepe se verberanti marito uxore amatorium dedit, eundem repudiavit: per propinquos rogata ut redieret non esset reversa: suspendit se maritus. mulier venefica rea est. fortissima est actio dicentis amatorium venenum esse: id erit finitio, quod si parum valebit fiet syllogismus, ad quem velut remissa priore contentione veniemus: an proinde puniri debeat, ac si virum veneno necasset?

¹⁷ *Quintilian*, Inst.or. VII, 7–9.

¹⁸ *Quintilian*, Inst.or. VII, 3, 1.

¹⁹ *Cicero*, De inv. 2, 123.

²⁰ Auctor ad Herennium 1, 19.

Denn häufig, wenn die Definition schwach ist, gelangt man zur Analogie. Nimm z. B. ein Gesetz an, dass die Giftmischerin mit dem Tode bestraft werden soll. Eine Frau, die oft von ihrem Mann geschlagen worden war, gab ihm einen Liebestrank und verließ ihn. Sie kehrte auch auf Bitten der Verwandten nicht zurück. Der Mann erhängte sich. Die Frau wurde wegen Giftmischerei angeklagt. Das Argument dessen der sagt, ein Liebestrank sei Gift, ist am stärksten. Hält man es für weniger stark, gelangt man zur Analogie, gleichsam wie nach einem aufgegebenen Wettstreit, man sagt dann, dass sie so zu bestrafen sei, wie wenn sie den Mann mit Gift getötet hätte.

Die Beobachtung, dass eine schwache Definition zu Analogie führt, haben wir schon bei dem Beispiel „Rasen betreten verboten“ gesehen.

Das Beispiel ist absurd, denn zwar gibt es Aphrodisiaka, aber keinen Liebestrank mit solcher Wirkung.

Davon abgesehen stünde heute einer Verurteilung das Analogieverbot (Art. 103 II GG, § 1 StGB, *nulla poena sine lege*) im Wege. Das Rechtsstaatsprinzip (§ 2 StGB) wurde in der NS-Zeit durch Bestrafung nach „gesundem Volksempfinden“ ersetzt.

Zusammenfassung

Die rhetorischen Argumente sind gegenläufige Aussagen. Deshalb lässt sich auch in der modernen Methodenlehre die Frage nicht generell beantworten, ob und wann die Rechtsanwendung mehr zum Wortlaut oder mehr zum Sinn tendiert. Das gilt auch für die scheinbar allgemein gültige *Maxime in claris non fit interpretatio* (Eindeutigkeitsregel) und die entgegengesetzte Anweisung den Sinn zu ermitteln und nicht am Buchstaben zu haften. Es gilt weiter für die Frage, ob man auf die objektive *ratio legis* abstellen soll oder auf die Absicht des (historischen) Gesetzgebers; ob eine Analogie angezeigt ist oder ein *argumentum e contrario*. Auch die fehlende Rangordnung und eine gewisse Beliebigkeit in der Heranziehung der einzelnen Auslegungselemente erklärt sich aus ihrer rhetorischen Herkunft und der Funktion, für Position und Gegenposition Argumente verfügbar zu machen. Das heißt freilich nicht, dass die Methodenlehre „jedem Inhalt dienstbar“ ist.²¹ Rhetorische Herkunft und inhaltliche Dialektik tun der juristischen Auslegung keinen Abbruch. Man muss nur Funktion und Ambivalenz der Auslegungsregeln beachten.

Unter rhetorischem Aspekt ist Gesetzesauslegung eine Begründungskunst, die zu überzeugenden Ergebnissen führen soll, aber keine Methode der Erkenntnis richtigen Rechts sein will. Die Hermeneutik als Lehre vom Verstehen zielt auf wahre Erkenntnis. Die Methodenlehre soll der Auslegung den Weg zur

²¹ So aber Ogorek, FS Hassemer (2010) 170.

richtigen Lösung weisen. Ziel der Rhetorik hingegen ist nicht zuerst richtiges Verstehen, sondern überzeugende Begründung. Sie gehört nicht in den Entdeckungs-, sondern in den Begründungszusammenhang und sie ist nicht Erkenntnis-, sondern Argumentationstheorie.

Der Abstand zwischen Überzeugung und Gewinnung richtiger Erkenntnis ist freilich geringer als es zunächst den Anschein hat. Denn absolute Wahrheiten sind in der Jurisprudenz ohnedies selten und durch einen geordneten Diskurs von Argument und Gegenargument kommt man der Wahrheit am nächsten. Diese Beobachtung passt auch gut zur Meinungsbildung in der Demokratie.

Die Frage ist, welchen Anteil kognitive und dezisive Elemente an der Auslegung haben, die beide in juristischen Entscheidungen zusammentreffen. Berücksichtigt man, dass sie in Bezug auf die Auslegung verschiedene Fragestellungen betreffen, so lassen sich dezisive Argumentation und kognitive Auslegung durchaus miteinander vereinbaren und können nebeneinander bestehen. Im Bereich der Kognition liegen je für sich die vier herkömmlichen Auslegungselemente, die objektive und die subjektive Auslegung, also die Frage, was ein Text objektiv bedeutet und wie ihn der Autor verstanden hat, ob Widersprüche zu anderen Textstellen bestehen usw. Um Dezision geht es hingegen bei der Frage, welchem von mehreren Auslegungselementen man den Vorrang einräumt, ob man den Text objektiv oder subjektiv auslegen will, für Analogie plädiert oder für ein *argumentum e contrario*, ob man eher zur Rechtssicherheit (Wortlaut) tendiert oder zur Einzelfallgerechtigkeit (*ratio*). Immerhin lässt sich sagen, dass der Zweck im Grundsatz über dem Wortlaut steht und dass sachlich einleuchtende und gebotene Differenzierungen nicht gedankenlos unbedachten Verallgemeinerungen des Gesetzes geopfert werden dürfen, nach dem Motto *lege non distinguente nec nobis est distinguere*. Doch hat sich diese Sicht, namentlich in der öffentlichen Verwaltung noch längst nicht durchgesetzt.

Je konkreter eine Norm ist, umso eher lassen sich Inhalt und Zweck ohne Dezision ermitteln. Umgekehrt wird Kognition erschwert und Dezision rückt in den Vordergrund, je abstrakter und unbestimmter eine Norm ist. Soweit es sich nicht mehr um Kognition, sondern um Dezision handelt, schwindet die angestrebte Legitimität, die aus dem Gesetzesauftrag hergeleitet wird.

