

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 Gény „Méthodes d'interprétation et sources en droit privé positif“ (1899).¹⁴ Gény 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 Gény: Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif (1899), 2. Aufl., Paris 1919. Zu Gény (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).

nig).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 (Sollenssätze 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 Rechtsschöpfung. (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 Wüstendörfer: 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 Schmid: 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 *Duве*: Normativität und Empirie im öffentlichen Recht und der Politikwissenschaft um 1900, Ebelsbach 1998, S. 74 ff., 187 ff., 303 ff.).

