

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 gegenüberstehenden ... 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 Merkel: 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 Kutschpferde 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).

