

Die rhetorischen Wurzeln der juristischen Auslegung

*Heinrich Honsell**

Inhaltsübersicht

I. Juristische Auslegung zwischen Allgemeiner Hermeneutik und Rhetorik	107
1. Hermeneutik	107
2. Grundzüge der antiken Rhetorik	109
II. Geschichte der Auslegung in der römischen Antike	110
1. Magische Bindung ans Wort im altrömischen Recht	110
2. Rhetorische Gesetzesauslegung	112
III. Die Auslegung im modernen Recht	119
1. Gründe der Auslegungsbedürftigkeit von Gesetzen	119
2. Wortlaut und Sinn	121
3. Teleologische Interpretation, Analogie und Restriktion	122
4. Auslegungsregeln	125
5. Rechtsvergleichende Seitenblicke	127
IV. Auslegung und Rhetorik zwischen Kognition und Dezision	128

I. Juristische Auslegung zwischen Allgemeiner Hermeneutik und Rhetorik

1. Hermeneutik

Die Auslegung gilt heute als Teildisziplin der Allgemeinen Hermeneutik, der Lehre vom Verstehen. Diese hat ihren Namen vom Götterboten Hermes, der den Menschen die göttlichen Botschaften überbringt und erklärt (daher auch ἑρμηνεύς, hermeneus – Dolmetscher). Es war eine alte griechisch-römische Vorstellung, dass die Gesetze den Menschen von den Göttern gegeben würden.

Die Allgemeine Hermeneutik befasst sich nicht nur mit dem Auslegen von Texten, Zeichen oder Symbolen, sondern von allem, was man interpretieren kann, wie Werken der Musik, bildender Kunst usw. Das wichtigste sind aber Texte, vor allem religiöse und juristische; namentlich die Bibel und das Corpus Iuris waren in Religion und Rechtswissenschaft seit dem ausgehenden Mittelalter die wichtigsten Objekte der Auslegung.

Eine Besonderheit der Gesetzesinterpretation gegenüber einer gewöhnlichen Textinterpretation besteht darin, dass ihre Aufgabe nicht allein exegetisches Verstehen ist,

* Prof. Dr. Heinrich Honsell ist em. Prof. an der Universität Zürich und Hon.-Prof. an der Universität Salzburg.

wie z. B. bei einem historischen Text, sondern praktische Gesetzesanwendung. Während es dort nur um den Sinn geht, spielt hier auch der Zweck der Regelung eine wichtige Rolle.

Das abstrakt formulierte Gesetz ist auf einen konkreten Fall anzuwenden. Das gilt auch für vom Gesetzgeber nicht vorherbedachte Fälle und unvorhergesehene Entwicklungen. Denn das Gesetz gilt generell, für alle gleichgelagerten, ähnlichen Fälle. Die Anwendung des abstrakten Gesetzes auf konkrete Fälle macht eine Konkretisierung notwendig, die über eine gewöhnliche Auslegung hinausgeht.

Dass und inwieweit man (gerichtliche) Entscheidungen an gesetzliche Regeln binden kann, wird von manchen bezweifelt. Übertrieben ist indes die These von *Amstutz* und *Niggli*,¹ die in einer Überzeichnung des *Wittgenstein'schen* Skeptizismus meinen, der Sinn eines Satzes erschließe sich überhaupt nur und erst durch den Gebrauch und ebenso der des Gesetzes erst durch Anwendung auf einen Sachverhalt. Diese These ist von dem französischen Philosophen *Derrida* beeinflusst, einem Vertreter der „De-konstruktion“ und „Antihermeneutik“.² *Amstutz* und *Niggli* verneinen jede apriorische Bedeutung des Gesetzestextes und damit auch eine Bindung des Richters an das Gesetz und tun alle Methodenlehre als für die Rechtsfindung unbrauchbare Rhetorik ab. Mit der auf *Derrida* zurückgehenden Vorstellung, dass das Gesetz aus dem gesellschaftlichen „Rauschen“, Geräusche herausfiltere, so dass das Recht sie „hören“ könne,³ ist nichts anzufangen. Die Metapher von *Gauch*, dass „der Hörer es ist, der die Eiche rauschen lässt“,⁴ ist poetisch, aber als Vergleich auch nicht passend.

Auch wenn es zutrifft, dass das Vorverständnis⁵ eine beträchtliche Rolle spielt und dass es bei der Anwendung abstrakter und unbestimmter Normen nicht mehr um Auslegung im eigentlichen Sinn geht, verkennt diese These den Regelcharakter der einfachen Anwendung klaren Rechts. Richtig ist aber, dass die Bindung von Gerichten und Verwaltung an Gesetze Grenzen hat und die gesetzgeberischen Steuerungsmöglichkeiten nicht selten überschätzt werden.

¹ S. *Amstutz*, in Marie Theres Fögen Sexagenaria, 2007, 47 (53); *Amstutz/Niggli*, in FS *Gauch*, 2004, 3 ff.; *dies.*, in FS *Walter*, 2005, 9 (30); *Niggli/Keshelava*, in FS *Ott*, 2008, 133 (136); krit. dazu auch *Kramer*, Juristische Methodenlehre, 4. Aufl. 2013, 319 ff.

² Der Dekonstruktionismus bemühte sich nicht um den Sinngehalt eines Textes, sondern betrieb, vereinfacht gesagt, seine Auflösung in Widersprüche und Paradoxien. Es war eine quasi revolutionäre Mode „junger Wilder“, die wieder abgeebbt ist.

³ *Amstutz*, ZSR 2007 II 241 (274) unter Berufung auf *Derrida*, namentlich *La différance*, 1972, und *De la grammatologie*, 1967; deutsche Übersetzung von *Engelmann*, Postmoderne und Dekonstruktion, 1990, 76 ff. u. 140 ff. Keines Kommentars bedürfen die weiteren Ausführungen von *Amstutz* (271): „Texte sind in Wahrheit merkwürdige Kreaturen. ... Denn jedes Mal, wenn man sich an einen Text annähert, spürt man, dass dieser Text nicht derselbe wie jener ist, den man noch gestern gelesen hat. Texte gleiten uns immer wieder aus der Hand, sie sind nie festzuhalten. Sie können uns zum Delirium bringen ...“.

⁴ *Gauch*, recht 2007, 166 (168). Das heißt doch nur, dass Menschen (Natur-)Erlebnisse mit ganz verschiedenen Empfindungen verbinden. Damit befasst sich die Ästhetik (αἴσθησις *aisthesis* – Wahrnehmung, Empfindung). Wer aber durch das Fenster eines fahrenden Zuges blickt, weiß trotz der subjektiv anderen Wahrnehmung ja auch, dass nicht draußen die Landschaft vorbeigezogen wird, sondern der Zug fährt.

⁵ Überzeichnung des subjektiven Elements bei *Esser*, Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung, 1972.

2. Grundzüge der antiken Rhetorik

Eine Besonderheit der juristischen Interpretation sind ihre rhetorischen Wurzeln. Denn in der Rhetorik geht es anders als in der Hermeneutik nicht um richtiges Verstehen, sondern um überzeugende Begründung. Sie war, wenn man so will, nicht Erkenntnis-, sondern Argumentationstheorie.

Die Herkunft der Auslegungslehre aus der rhetorischen Statuslehre ist weithin in Vergessenheit geraten. Der Zusammenhang zwischen Auslegung und (antiker) Rhetorik ist für den modernen Betrachter eher überraschend. Um ihn und seine heutigen Auswirkungen zu erklären, ist etwas weiter auszuholen.

Die Rhetorik, deren zentraler Gegenstand Gerichtsreden und politische Reden waren, hatte ihre Blüte in Griechenland im 5. und 4. Jhd. v. Chr. *Protagoras*, *Gorgias*, *Demosthenes*, *Isokrates* u. a. haben sie gelehrt. *Protagoras* hat als erster formuliert, dass jede Sache zwei Seiten hat und dass es zu jedem Problem zwei einander entgegengesetzte Standpunkte gibt: *Καὶ πρῶτος ἔφη δύο λόγους εἶναι περὶ παντὸς πράγματος ἀντικειμένων ἀλλήλοις* (Kai protos epehe dyo logous einai peri pantos pragmatos antikeimenous allelois).⁶ Dieser dialektische Antagonismus⁷ 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.

In der Rhetorik spielte vor allem der die Gesetzesauslegung seit jeher beherrschende Gegensatz von Wortlaut und Sinn eine Rolle; beim Rechtsgeschäft die mögliche Divergenz zwischen Wille und Erklärung. In der griechischen Rhetorik lautete das Gegensatzpaar *ῥῆτὸν – διάνοια*, in Rom *scriptum – sententia* oder *verba – voluntas*. Das war der wohl wichtigste Status gegenläufiger Argumente.⁸

Als Ziel der Rhetorik nannte *Protagoras von Abdera*: *τὸν ἥττω λόγον κρείττω ποιεῖν* (to hetto logon kreitto poiein)⁹ – die schwächere Sache zur stärkeren zu machen. Diese Kunst, gewissermaßen aus schwarz weiss zu machen, brachte die Rhetorik bald in Verruf. Man hat diesen Vorwurf z. B. auch im Prozess gegen Sokrates¹⁰ erhoben. *Protagoras* war auch Sophist.¹¹ Die philosophische Bewertung der Sophisten war Jahrhunderte lang (zu Unrecht) von dem negativen Bild geprägt, das *Platon*

⁶ Diogenes Laertius, *Leben und Lehren berühmter Philosophen* IX 51.

⁷ So ist vielleicht auch Augustinus, *Soliloquia* (Selbstgespräche) II 18,4 zu verstehen: *Haec omnia inde in quibusdam vera, unde in quibusdam falsa sunt* – Das alles ist von da aus in gewisser Weise wahr, von wo aus es sozusagen falsch ist. Mit der *différance* Derridas ist das nur äußerlich verwandt, denn es geht um die Beurteilung entgegengesetzter Positionen, um gegensätzliche Standpunkte (wahr/falsch, gerecht/ungerecht), nicht aber um Ersetzung konträrer Begriffe durch die zwischen ihnen bestehende Differenz. Dieser These näher kommt die Vorstellung einer Aufhebung der Gegensätze in einer *coincidentia oppositorum* bei Nicolaus Cusanus (*De coniecturis* II 1 2).

⁸ Weitere Beispiele unten II und III.

⁹ *Protagoras* bei Aristoteles *Rhet.* B 24, 1402a 23, vgl. *Diels/Kranz*, *Fragmente der Vorsokratiker* II 260; dazu *Honsell*, in *FS Koppensteiner*, 2001, 593.

¹⁰ *Platon*, *Apol.* 23d: „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 ihm stammt auch der berühmte *homo mensura*-Satz, dass der Mensch das Maß aller Dinge sei.

und *Aristoteles* gezeichnet haben. Der Begriff ‚Sophist‘ hat noch heute einen pejorativen Klang. In diese Bewertung ist auch die negative Beurteilung der Rhetorik eingeflossen.

Die Rhetorik wurde in Rom vor allem durch das verloren gegangene Werk des *Hermagoras von Temnos* (2. Jhdt. v. Chr.) Τέχνηαι ῥητορικαί (Technai Rhetorikai – Redekunst) rezipiert, welches *Cicero* und später *Quintilian* als Vorlage gedient hat und so der Überlieferung indirekt erhalten blieb.

Im Spätmittelalter hat man an den aufstrebenden europäischen Universitäten im Studium generale des ersten Studienjahres das sog. Trivium (Dreiweg)¹² studiert: Rhetorik neben Grammatik und Dialektik. Seit der Aufklärung kam die Rhetorik dann zu Unrecht erneut 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 zu einer Rhetorik-Renaissance.

Nicht weniger kritisch als die Rhetorik wurden zu allen Zeiten die Auslegungskünste der Juristen beurteilt:

Im Auslegen seid frisch und munter! Legt ihr’s nicht aus so legt was unter (*Goethe*, *Zahme Xenien* II).

Die Spitzfindigkeit der Priester, die das altrömische Arkanrecht verwalteten, hat zu dem Satz geführt *Summum ius summum iniuria*¹³ – Das höchste Recht ist das höchste Unrecht. Wie *Cicero* zeigt, bezog sich das auch und gerade auf eine maliziöse Gesetzesinterpretation.¹⁴

Auf römischen Grabinschriften findet man die Worte: *Dolus malus abesto et iuris consultus*¹⁵ (oder auch: *ius civile*) – Von meinem Testament mögen sich böse Arglist und Juristen fernhalten.

Von *Luther* stammt der Spruch „Gute Juristen, böse Christen“. Ihm wird auch die *sola scriptura*-Doktrin zugeschrieben, nach der nur die Schrift maßgeblich sein sollte, nicht die Auslegung der Theologen.

II. Geschichte der Auslegung in der römischen Antike

1. Magische Bindung ans Wort im altrömischen Recht

Ehe in Rom im 2. Jahrhundert v. Chr. die Rhetorik Einzug gehalten hat und eine Auslegung oder gar Analogie von Gesetzen anerkannt war, herrschte insbesondere im Bezug auf rechtsgeschäftliches Handeln ein extremer Formalismus und eine magisch-

¹² Daher (wohl aus der Sicht älterer Semester) „trivial“.

¹³ Dazu immer noch grundlegend *Stroux*, *Summum ius summa iniuria*, 1926 = Römische Rechtswissenschaft und Rhetorik, 1949; s. ferner *Honsell*, in 1. FS Kaser, 1976, 111 (114 f.); *Eisser*, in *Summum ius, summa iniuria*, Ringvorlesung der Tübinger Juristenfakultät, 1963, 1 ff.

¹⁴ *Cicero de officiis* I 33 Existunt etiam saepe iniuriae calumnia quadam et nimis callida sed malitiosa iuris interpretatione. Ex quo illud ‚summum ius summa iniuria‘ factum est iam tritum sermone proverbium – Häufig entstehen Ungerechtigkeiten durch eine gewissermaßen schikanöse, allzu schlaue, aber böswillige Rechtsinterpretation. Daraus ist jenes bekannte Sprichwort entstanden, das höchste Recht ist das höchste Unrecht‘; auch dazu *Stroux*, *Summum ius summa iniuria* (Fn. 13) 8.

¹⁵ Vgl. dazu *D. Nörr*, *Rechtskritik in der röm. Antike*, 1973, 83 ff.

religiöse Bindung ans Wort.¹⁶ Jeder Fehler beim Hersagen der Formeln führte zur Unwirksamkeit. Denn es bestand die Vorstellung, dass nur die richtig gesprochene Formel die gewünschte Wirkung herbeiführen könne. Bei den Gebeten und Prozessformeln musste der vorgeschriebene Wortlaut skrupelhaft eingehalten werden. Der kleinste Versprecher führte zum Prozessverlust.

Gaius Inst. 4, 30: *sed istae omnes legis actiones paulatim in odium venerunt, namque ex nimia subtilitate veterum, qui tunc iura condiderunt, eo res perducta est, ut vel qui minimum errasset, litem perderet.* – Aber alle diese Legisaktionen kamen nach und nach in Misskredit. Denn wegen der allzu großen Spitzfindigkeit der Verfahren, die damals das Recht gründeten, kam es schließlich so weit, dass man wegen des kleinsten Fehlers den Prozess verlor.

Bei den Gelübden durfte nichts unklar oder mehrdeutig sein. Im Aeneis-Kommentar von *Servius* heißt es (7, 120): *In precibus nihil esse ambiguum debet.* Ein Beispiel war der *ver sacrum*, bei dem man versehentlich ein zu weitgehendes Opfer versprochen hatte, das auch die Kinder einschloss.¹⁷

Die Formulierung von Voten war gefährlich, denn man musste sich im Zweifel auf die ungünstigere Variante behaften lassen. Man versuchte, sie durch unbeholfenen Verweis auf das Gewollte einzuschränken: *Animalia quae ego me dicere sentio, scio, intellegoque* – Lebewesen, wie ich sie nenne, meine, weiss, verstehe Aus dieser Phase des römischen Sakralrechts stammt die *interpretatio contra proferentem*,¹⁸ die noch heute als Unklarheitenregel in Gebrauch ist¹⁹ und besagt, dass der Versprechende im Zweifel die ihm ungünstigere Bedeutung gegen sich gelten lassen muss.

Eher als am Wortlaut deuteln konnte man den Sachverhalt manipulieren.

Im Aeneis-Kommentar des *Servius* (4, 512) finden wir auch diesen Satz: *In sacris simulata pro vero accipiuntur.* Bei den Opfern galt das Vorgetäuschte als wahr.

Daher buk man das Opferlamm aus Teig und statt eines Menschenopfers warf man aus Binsen geflochtene Puppen von der Brücke in den Tiber. Beides finden wir in anderem Kontext noch heute, wenn man an das Osterlamm in den Osternestern denkt oder an den Böögg, der in Zürich beim Sechseläuten (einem Frühlingsfest zur Vertreibung des Winters) verbrannt wird. Aus dieser alten Rechtsschicht stammt die juristische Fiktion, die noch heute einen gewissen Wert hat, weil sie langstielige Aufzählungen und Verweisungen erspart. Ursprünglich war sie eine Erfindung der Priester zum Betrug der Götter.

¹⁶ Grundlegend *Jhering*, Geist des römischen Rechts II, 1923, 441 ff.; 470 ff.; 518 ff.; *F. Schulz*, Geschichte der römischen Rechtswissenschaft, 1961, 7 ff.; *Honsell*, in FS Coing, 1982, 129 ff.; *ders.*, in FS Kramer, 2004, 193 ff.

¹⁷ Festus 379 *Ver sacrum*: *vovendi mos fuit in Italia. Magnis enim periculis adducti vovebant, quaecunq[ue] proximo vere nata essent apud se, animalia immolatu[ros]. Sed quum crudele videretur pueros et puellas innocentes interficere perductos in adultam aetatem velabant atque ita extra fines suos exigebant.* – Beim Frühlingsfest gab es in Italien den alten Brauch eines Gelübdes. In großer Gefahr gelobten sie nämlich, die *Lebewesen*, die im nächsten Frühjahr geboren würden, zu opfern. Weil es aber grausam erschien unschuldige Knaben und Mädchen zu töten, zog man sie im Verborgenen auf und verbannte sie dann außer Landes. – Dieses Motiv finden wir auch im Alten Testament. Während Jephthe seine Tochter angeblich geopfert hat (Buch der Richter 10, 6-12, 7), war das Opfer Isaaks nur eine Prüfung für Abraham und wurde im letzten Moment verhindert (Genesis 22, 1-19). Auch in römischen und griechischen Sagen werden Menschenopfer vermieden (vgl. neben dem obigen Bsp. etwa Iphigenie in Aulis).

¹⁸ Dazu *Honsell*, in 2. FS Kaser, 1986, 73 ff.

¹⁹ Art. 5 Unfair Contract Terms Directive (93/13 EWG), § 305c Abs. 2 BGB.

Auch bei den Klageformeln der alten Legisaktionen schien eine Erweiterung der oft zu engen gesetzlichen Tatbestände durch Auslegung ausgeschlossen. Der Text war sakrosankt,²⁰ doch änderte man auch hier einfach den Tatbestand. So konnte man z. B. die Formel *si quadrupes pauperiem faxit* (wenn ein vierfüßiges Tier Schaden angerichtet hat) der *actio de pauperie* auch dann anwenden, wenn das schadenstiftende Tier ein Zwei- oder Mehrfüßler war. Die *actio de tigno iuncto* galt nicht nur für den verbauten Balken, sondern für alles Baumaterial, die Klage wegen ausgerissener Bäume auch für Weinstöcke. Wegen des strengen Wortformalismus musste man aber immer *quadrupes*, *tignum* oder *arbor* sagen.²¹

Das war der römische Schritt zur Analogie: nicht durch Ergänzung des Wortlauts, sondern durch Manipulation des Sachverhalts.

Das starre Haften am Wort begünstigte auch die Gesetzesumgehung, in der die Römer Meister waren,²² denn es liegt auf der Hand, dass ein Gesetz umso leichter umgangen werden kann, je mehr man am Wortlaut haftet.

Ulpian, D. 1,3,30 *Fraus enim legi fit, ubi quod fieri noluit, fieri autem non vetuit, id fit: et quod distat ῥῆτὸν ἀπὸ διανοίας hoc distat fraus ab eo, quod contra legem fit.*

Julianus, D. 1,3,29 *Contra legem facit, qui id facit quod lex prohibet, in fraudem vero, qui salvis verbis legis sententiam eius circumvenit.* – Gesetzesumgehung liegt dann vor, wenn etwas geschieht, was das Gesetz nicht gewollt, aber nicht verboten hat; ebenso wie Wortlaut und Sinn verschieden sind, unterscheidet sich die Umgehung vom Handeln gegen das Gesetz. Gegen das Gesetz verstößt, wer etwas tut, was das Gesetz verbietet, zum Nachteil des Gesetzes handelt, wer unter Wahrung des Wortlauts, den Sinn des Gesetzes umgeht.

Die Gleichbehandlung von direktem Gesetzesverstoß und Gesetzesumgehung zeigt den Fortschritt der Entwicklung vom Wortlaut zum Sinn (unten 2).

2. Rhetorische Gesetzesauslegung

Vermutlich im 2. Jahrhundert v. Chr. führten der wirtschaftliche Aufschwung und der blühende Handel zur Entwicklung eines modernen Verkehrsrechts und zur Überwindung des alten Formalismus. So traten neben die formgebundenen und symbolhaften altzivilen Rechtsgeschäfte die formfreien Verträge, bei denen es allein auf den übereinstimmenden Parteiwillen ankam, wie Kauf, Miete oder Gesellschaft. Verpflichtungsgrund und Inhalt der Verträge beurteilten sich jetzt allein nach der *bona fides* (gute Treue), dem noch heute gültigen Maßstab von Treu und Glauben. Jetzt verlangte auch das Recht, wie zuvor schon die Ethik, dass man ein gegebenes Wort halten muss: *pacta sunt servanda*. Damals kam mit der griechischen Kultur und Philosophie auch die Rhetorik nach Rom, man überwand das Haften an Buchstaben und Form, unterschied *verba* und *voluntas*, ließ formlose Konsensualkontrakte zu und legte sie nach Treu und Glauben aus.

²⁰ Solche unantastbaren *verba solemnia* gibt es auch heute; z. B. habe ich einmal in Österreich die vorgeschriebene, unverständliche „Aufsandungserklärung“ (= Auflassung) in einem Grundstückskaufvertrag in lesbares Deutsch übersetzt, was prompt eine kostenpflichtige Zurückweisung wegen Formmangels durch den „Grundbuchsführer“ zur Folge hatte.

²¹ Auch hierzu *Honsell*, in FS Kramer (Fn. 16) 193 ff.

²² Z. B. erfanden sie den Strohmänn (interposita persona) und das Scheingeschäft (*negotium simulatum*); näher *Honsell* (Fn. 13) 111 ff.

In einem Aufsehen erregenden Testamentsprozess im Jahre 94 v. Chr., der berühmten *causa Curiana*, setzte sich die Rhetorik mit der Berücksichtigung eines abweichenden Willens sogar bei dem förmlichen Testament durch.²³ In dem Prozess stritt man darüber, ob die Anordnung einer Nacherbschaft nach einem Unmündigen zugleich eine Ersatzerbschaft enthielt.

Cicero, *de inventione* 2, 122 *Pater familias cum liberorum haberet nihil, uxorem autem haberet, in testamento ita scripsit: „si mihi filius genitur unus pluresve, is mihi heres esto.“* deinde quae assolent postea: „si filius ante moritur, quam in tutelam suam venerit, tum mihi M' Curius heres esto.“ filius natus non est. ambigunt agnati cum eo, qui est heres, si filius ante, quam in tutelam veniat, mortuus est. – Ein pater familias, der zwar eine Frau, aber keine Kinder hatte, schrieb Folgendes in sein Testament: „Wenn mir ein Sohn (oder mehrere) geboren wird, dann soll er Erbe sein.“ Dann folgten die üblichen Klauseln, dann die Bestimmung: „M' Curius soll mein Erbe sein, wenn mein Sohn stirbt, bevor er mündig geworden ist.“ Ein Sohn wurde nicht geboren. Die Agnaten stritten mit dem, der als Erbe eingesetzt worden war, für den Fall, dass der Sohn vor erreichter Mündigkeit sterben würde.

Der Erblasser, ein gewisser Coponius, hatte für den Fall, dass ihm ein Sohn geboren würde und dieser vor erreichter Mündigkeit sterben sollte, einen Dritten, den Manlius Curius, zum Pupillarsubstituten eingesetzt. Nun starb der Erblasser, ohne dass ihm ein Sohn geboren worden war, und es entstand Streit zwischen den Verwandten des Coponius als gesetzliche Erben und dem Ersatzerben Curius als testamentarischem Erben. Quintus Mucius Scaevola (pontifex), der bedeutendste Jurist seiner Zeit vertrat die gesetzlichen Erben und berief sich auf den Wortlaut des Testaments. Hingegen bezog Crassus, der berühmteste Redner seiner Zeit, zugunsten des Testamentserben den Standpunkt, dass es nicht auf den Wortlaut des Testaments ankomme (der eindeutig nur eine Pupillarsubstitution enthielt), sondern auf den Willen des Erblassers, der unzweifelhaft den Ersatzerben auch für den Fall berufen wissen wollte, dass ihm kein Sohn geboren würde.

Der auf die Billigkeit setzende Redner gewann den Prozess gegen den formalen Juristen.²⁴ Noch heute gilt in den europäischen Rechtsordnungen die Auslegungsregel, dass die Einsetzung eines Nacherben im Zweifel auch diejenige eines Ersatzerben enthält.²⁵

Nach Cicero (*De inv.* 121) handelte es sich um eine *controversia ex scripto et sententia*, in der es um die Diskrepanz zwischen Wortlaut und Wille ging. Die Bedeutung des Testator-Willens im römischen Recht zeigt sich auch darin, dass man die Etymologie von *testamentum* mit *testatio mentis* erklärt hat.²⁶ Doch ist diese Vorstel-

²³ Cicero *de inventione* II 122; *de oratore* I 180 u. öfter; Quintilian, *Institutiones* VII 6, 9-10; Aus der Lit. *W. Munzinger*, *Causa Curiana* vor dem römischen Centumviralgericht und die testamentarische Substitution, 1855; *Stroux*, *Summum ius summa iniuria* (Fn. 13) 29 ff.; aus der neueren Lit. etwa *Wesel*, *Rhetorische Statuslehre und Gesetzesauslegung der röm. Juristen*, 1967, 32 ff., 40 f.; *Wieling*, *Testamentsauslegung im römischen Recht*, 1972, 9 ff., 67 ff.; *Manthe*, in *Manthe/Ungern-Sternberg*, *Große Prozesse der römischen Antike*, 1997, 74 ff.

²⁴ Scaevola stand im Ruf besonderer Strenge und Formaljurisprudenz, vgl. *Honsell*, *Römisches Recht*, 8. Aufl. 2015, 15.

²⁵ Vgl. z. B. § 608 ABGB, § 2102 BGB, Art. 492 Abs. 3 ZGB.

²⁶ Inst. 2, 10 pr.: *Testamentum ex eo appellatur, quod testatio mentis est.* – Testament wird es genannt, weil es eine Bezeugung des Willens ist. Diese Herleitung ist, wie die meisten römischen Etymologien mindestens zweifelhaft. Auf ihre Richtigkeit kommt es aber nicht an. Entscheidend ist, dass sie die Vorstellung der Römer zeigt.

lung im Spannungsfeld zur Formstrenge zu sehen, ein Gegensatz, dessen Auflösung bis heute nicht gelungen ist. Die Annahme, die *causa Curiana* habe den endgültigen Sieg des Willens über den Wortlaut oder der Billigkeit über die Formstrenge gebracht, ist also irrig.²⁷ Denn gerade beim formpflichtigen Testament kommt es im Grundsatz noch heute darauf an, dass sich der Wille im Wortlaut irgendwie niederschlägt, dort zumindest angedeutet ist (sog. Andeutungstheorie²⁸). Ist das nicht der Fall, so bleibt er unbeachtlich. Andererseits soll die Regel *falsa demonstratio non nocet* auch bei formpflichtigen Geschäften gelten, ohne dass hierfür, jedenfalls bei größeren Abweichungen, eine überzeugende Begründung angeboten werden könnte.²⁹

Der Redner musste die Argumentation in *utramque partem* beherrschen. Das Pro und Contra von Wortlaut und Wille oder Zweck war ursprünglich nicht methodische Erkenntnis mit Anspruch auf Richtigkeit, sondern ein rhetorischer Topos, den man verwendete, je nachdem, welche Position man vertrat. War der Gesetzeswortlaut der eigenen Sache günstig, so sagte man: *in claris non fit interpretatio*,³⁰ warf dem Gegner Advokatenrabulistik vor. War der Wortlaut nachteilig, so musste man mit einem (angeblich) divergierenden Zweck, einer abweichenden Absicht des Gesetzgebers argumentieren. Dann sagte man³¹ *scire leges non hoc est verba earum tenere, sed vim ac potestatem* – die Gesetze verstehen, heißt nicht, an ihren Worten zu haften, sondern ihren Sinn und Zweck zu beachten. Die fast wortgleiche Überlieferung in einer Rede *Quintilians*³² zeigt den rhetorischen Charakter des Satzes. Heute verstehen wir ihn als als ehernen Leitgedanke der Gesetzesauslegung.

Beispiele einer Argumentation für die eine und die andere Seite finden wir auch bei *Cicero*.³³

Cum scriptum aperte sit ... iudicem legi parere non interpretari legem oportere ... eos qui iudicent certum quod sequantur nihil habiturus, si semel ab scripto recedere consueverint – Wenn der Text offensichtlich ist, solle der Richter dem Gesetz gehorchen und es nicht interpretieren, ... die Richter hätten nichts mehr, woran sie sich halten könnten, wenn sie sich erst einmal daran gewöhnt hätten, vom Text abzuweichen.

²⁷ So aber *Stroux*, *Summum ius summa iniuria* (Fn. 13) 28 ff.; dagegen *Wesel* (Fn. 23).

²⁸ Danach muss der aus Umständen außerhalb der Urkunde ermittelte Wille in der Urkunde zumindest einen, wenn auch unvollständigen Ausdruck, gefunden haben, s. statt aller *Grüneberg* in Palandt, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 75. Aufl. 2016, § 133 Rn. 19 m. w. N. In der Doktrin wird die Andeutungstheorie abgelehnt, s. *Wiegand* in Basler Kommentar zum Obligationenrecht, 2012, Art. 18 Rn. 54 m. w. N.

²⁹ S. *Busche* in Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 7. Aufl. 2015, § 133 Rn. 14 und *Grüneberg* in Palandt, BGB (Fn. 28) § 311b Rn. 37 je m. w. N.; anders zurecht *Wieling*, AcP 172 (1972), 297 (306 ff.); s. noch *Vogenaier* in Historisch-kritischer Kommentar zum BGB, 2013, §§ 133, 157 Rn. 88.

³⁰ Die Formulierung ist nicht quellenmäßig; s. zu der *Maxime Schott*, in J. Schröder, Theorie der Interpretation vom Humanismus bis zur Romantik, 2001, 155 ff.; s. ferner *J. Schröder*, Recht als Wissenschaft. Geschichte der juristischen Methodenlehre in der Neuzeit 1500-1933, 2. Aufl. 2012, 50 ff., 132 ff. u. öfter; dort (121 ff.) auch zum Verschwinden von Topik und Rhetorik in der Aufklärung; *Vogenaier* in HKK-BGB (Fn. 29) §§ 133, 157 Rn. 75 ff.

³¹ *Celsus Dig. I, 3, 17.*

³² *Decl. mai. 331 multa ergo invenientur frequentes, quae legum verbis non teneantur, sed vim ac potestatem* – häufig wird vieles gefunden, was nicht vom Wortlaut der Gesetze erfasst wird, sondern von Sinn und Bedeutung.

³³ *De inv. II 127.*

Die Partei, die sich auf den Wortlaut berief, beschwor die Heiligkeit der Gesetze.³⁴ Die Rechtssicherheit ist noch heute in diesen Fällen das wichtigste Argument. Die Gegenposition, die den Wortlaut gegen sich hatte, betonte den Sinn und argumentierte mit der notwendigen Lückenhaftigkeit des Gesetzes, berief sich auf die Billigkeit und verunglimpfte den Gegner als Gesetzeskrämer, Wortklauber, Wortverdrehler, Fallensteller der Silben³⁵ usw. Damals wie heute galt, dass die Position, die sich auf den Wortlaut des Gesetzes berufen konnte, günstiger war und leichter zu verteidigen.

Je nachdem, ob die Auslegung auf die Erklärung abstellt oder auf den Willen, spricht man auch beim Rechtsgeschäft von objektiver oder subjektiver Auslegung.³⁶ Die Römer hatten auch für diese beiden Fälle einen Topos: *cum in verbis nulla ambiguitas est, non debet admitti voluntatis quaestio*³⁷ – wenn in den Worten keine Doppeldeutigkeit liegt, dann darf man die Frage nach dem Willen nicht zulassen. Das ist die später sog. *sens clair*-Doktrin. Der gegenteilige Topos ist auch für das Vertragsrecht wiederum die *Maxime*, dass man keine Buchstabenauslegung betreiben, sondern auf den Willen achten soll: *in conventionibus contrahentium voluntatem potius quam verba spectari placuit*³⁸ – bei den (formlosen) Vereinbarungen der Kontrahenten ist mehr auf den Willen als auf die Worte zu achten. *Ulpian* (Dig. 25, 4, 1, 11) sagt dasselbe für das Edikt und betont entgegen der in *claris*-*Maxime* die Zulässigkeit und Notwendigkeit der Auslegung selbst bei völliger Klarheit des Textes:

Quamvis sit manifestissimum edictum praetoris attamen non est neglegenda interpretatio eius – auch wenn das Edikt des Prätors völlig klar ist, darf doch seine Interpretation nicht vernachlässigt werden.

In der Dogmengeschichte blieb die *Digesten*stelle der Beleg dafür, dass man auch klare Texte auslegen darf. Durchgesetzt hat sich aber für lange Zeit der gegenteilige Standpunkt: Wegen der *Maxime* in *claris*, die man wegen ihrer scheinbaren Evidenz nicht mehr als rhetorischen Topos, sondern als gültige methodische Anweisung und feststehende Wahrheit verstand, galt seit dem Mittelalter und in der Neuzeit, dass nur doppeldeutige oder dunkle Texte (*ambiguum vel obscurum*) einer Auslegung zugänglich seien.³⁹ In einigen Ländern, wie z. B. Frankreich, Italien und England begegnet man dieser Meinung noch heute. Im deutschsprachigen Raum dagegen bejaht man jedenfalls seit *Savigny* 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.

Doppeldeutigkeit kommt in der Jurisprudenz kaum vor. *Quintilian*⁴⁰ überliefert immerhin ein Beispiel aus dem Bereich der Testamentsauslegung: Bei der Auflage

³⁴ S. etwa Cicero, *De inv.* II 126 ff.

³⁵ Vgl. den Spott über die Buchstabenauslegung bei Cicero, *de oratore* I, 236: *leguleius quidam cautus et acutus praeco actionum, cantor formularum, auceps syllabarum* – ein vorsichtiger und scharfsinniger Gesetzeskrämer, Herold der Klagen, Sänger der Formeln, Falensteller der Silben; s. ferner *pro Murena*, 23 ff., wo Cicero den Juristen vorwirft, ihre Argumente seien *res parvae, prope in singulis litteris atque interpunctionibus verborum occupatae* – armselig, beinahe in einzelnen Buchstaben und Satzzeichen verhaftet.

³⁶ *Honsell/Mayer-Maly*, *Rechtswissenschaft*, 6. Aufl. 2015, 95 f.

³⁷ Paulus Dig. 32, 25, 1.

³⁸ Papinian Dig. 50, 16, 219.

³⁹ *Schott* (Fn. 30) 157, 165 hat in einer umfassenden Untersuchung für den Zeitraum vom 13.-18. Jahrhundert zahlreiche Belege gesammelt und keine einzige kritische Stimme gefunden.

⁴⁰ *Inst. or.* VII 9, 7.

„statuam auream hastam tenentem“, war unklar, ob die ganze Statue aus Gold sein sollte oder nur der Speer. Doppeldeutigkeiten findet man bei Orakeln. Berüchtigt waren die dunklen Prophezeiungen der Pythia, dem Orakel von Delphi, z. B. die zweideutige Weissagung an Pyrrhus,⁴¹ Aio te Accida Romanos vincere posse, was wegen des unklaren Subjekts heißen kann, ich sage dir, dass du die Römer besiegen kannst oder dass die Römer dich besiegen können. Dazu passt der Pyrrhussieg.

Heute ist es eine eigene Kategorie von Witzen, deren Pointe auf homonymen Wörtern oder doppeldeutigen Satzkonstruktionen beruht. „Eine Flasche im Keller ist relativ wenig, eine Flasche im Vorstand ist relativ viel.“ Oder der Spruch über eine schlechte Bilanz: „On the left is nothing right and on the right is nothing left.“ Daneben gibt es doppeldeutige Sprüche, z. B.: „Ein Junggeselle ist ein Mann, dem zum Glück eine Frau fehlt“, was vice versa auch für das Fräulein gilt. Durch Kleinschreibung doppeldeutig ist: „hilft den armen vögeln“ (usf.). Die Wichtigkeit, selbst von Kleinigkeiten, wie Beistreichen, zeigt das kommalose Begnadigungstelegramm „wartet nicht hängen“. Durch ein falsches Komma kann man auch Schillers Satz in sein Gegenteil verkehren: Der brave Mann denkt an sich(,) selbst zuletzt. Häufiger als doppeldeutige Texte sind unklare.

Näher darzustellen bleibt der Zusammenhang der Auslegung mit der rhetorischen Statuslehre.⁴²

Man unterschied für die Gerichtsrede verschiedene Status, welche die Streitfragen und den Aufbau der Verteidigungsrede betrafen. Die definitio gehörte nach *Quintilian* (VII 3, 1) zum status coniecturalis:

Sequitur coniecturam finitio, nam qui non potest dicere nihil fecisse, proximum habebit ut dicat, non id fecisse quod obiciatur – Nach der Konjektur (Feststellung der Tat) kommt die Definition; denn wer nicht behaupten kann, er habe es nicht getan, kann als Nächstes behaupten, was er getan habe, sei nicht das, was man ihm vorwerfe.

Cicero (de inv. 153) dagegen zählt die Definitio zum status legalis. Das entspricht auch unserer heutigen Auffassung, denn es geht dabei nicht mehr um die Feststellung der Tat, sondern um die Rechtsfrage ihrer richtigen Subsumtion. Ließen sich die beiden Behauptungen (Ich habe es nicht getan, es war nicht das mir vorgeworfene Delikt) nicht überzeugend dartun, so konnte im nächsten Schritt, dem status scriptum et sententia der ebenfalls zum status legalis gehörte,⁴³ eine Diskrepanz zwischen Wortlaut und Wille des Gesetzgebers (oder Sinn des Gesetzes) behauptet werden (ῥητὸν καὶ διάνοια, rheton kai dianoina, verba – voluntas, scriptum – sententia). Inte-

⁴¹ Ennius Ann. 179.

⁴² Zur Rhetorik allgemein und zur Statuslehre im Besonderen s. etwa *Lausberg*, Handbuch der literarischen Rhetorik, 1990; *Ueding*, Rhetorik: Begriff – Geschichte – Internationalität, 2005; *Fuhrmann*, Die antike Rhetorik, 6. Aufl. 2011, 97 ff.; *Stroh*, Die Macht der Rede, 2009; *Matthes*, Herma-goras v. Temnos, Lustrum 3, 1958, 58 ff.

⁴³ *Ulpian* D. 1, 3, 30; *Cicero* de oratore I 140; *Rhetor ad Herennium* I 19 ff., *Quintilian* Inst. VII 6. scriptum – sententia war ein zum genus legale gehörender Status (Stasis); weitere Argumente waren leges contrariae – widersprüchliche Gesetze, ambiguum – Doppeldeutigkeit und Syllogismus (Quint. Inst. or. VII 7–9); näher *Ueding*, Historisches Wörterbuch der Rhetorik, 2005, Art. Ratiocinatio 595 ff. Zu verba – voluntas s. noch *Stroux*, Summum ius summa iniuria (Fn. 13) 29 ff. = Römische Rechtswissenschaft und Rhetorik (Fn. 13) 22 ff.; *Wieacker*, Römische Rechtsgeschichte, 1989, 622 ff.; *Wesel* (Fn. 23) 30 ff.; *ders.*, TR 1970, 343 ff.; *Honsell*, in FS Coing (Fn. 16) 129 (138 ff.); *Quintilian* Inst. or. VII 6.

ressanter Weise betraf dies nach *Quintilian* nur die Restriktion des Gesetzes,⁴⁴ also den gegenüber der Absicht des Gesetzgebers zu weiten Wortlaut, nicht die Analogie, welche den eigenen status der *ratiocinatio* bildete (dazu sogleich).

Schulbeispiele der Restriktion waren das nächtliche Öffnen der Stadttore⁴⁵ oder das Betreten der Stadtmauern durch Fremde,⁴⁶ beides bei Todesstrafe verboten. Galt dies auch, wenn der Fremde mit auf der Mauer war, um die Stadt zu verteidigen oder das Tor geöffnet wurde, um ein Einsatzheer einzulassen? Die Frage stellen, hieß sie verneinen. In den Auswüchsen der athenischen Demokratie konnte es gleichwohl vorkommen, dass ein bössartiger Ankläger eine derart sinnwidrige Anklage erhob.⁴⁷

Ein anderes Beispiel betrifft das Seerecht.

Rhetor ad Herennium 1, 19 *Si lex sit, quae iubeat eos, qui propter tempestatem navem reliquerint omnia perdere, eorum navem ceteraque esse, si navis conservata sit, qui remanserunt in navi. Magnitudine tempestatis omnes perterriti navem reliquerunt - in scapham conscenderunt - praeter unum aegrotum: is propter mortum exire et fugere non potuit. casu et fortuiter navis in portum incolumnis delata est. illum aegrotus possedit. navem petit ille cuius fuerat.* – Ein Gesetz befiehlt, dass derjenige, der sein Schiff im Sturm verlassen hat, alle Rechte daran verliert und das Schiff und Ladung, falls sie geborgen werden, dem gehören sollen, der an Bord geblieben ist. Wegen der Heftigkeit des Sturmes verließ nun die ganze Mannschaft das Schiff und ging in die Boote - alle außer einem Kranken: dieser konnte wegen seiner Krankheit nicht fliehen. Durch Zufall gelangte das Schiff trotzdem in den Hafen und war nunmehr im Besitz des Kranken. Der frühere Eigentümer verlangte nun das Schiff heraus.

Trotz dieser evidenten Beispiele galt die teleologische Restriktion lange als problematisch und war dem Vorwurf des *contra legem*-Entscheidens ausgesetzt (unten III 3).

Die Analogie (zu enger Wortlaut und dadurch bedingte Lückenhaftigkeit des Gesetzes) war ein eigener Status, der *Syllogismus* oder *ratiocinatio* genannt wurde.⁴⁸ Aus heutiger Sicht würden wir die Analogie als spiegelbildliche Figur der Restriktion eher im *status scriptum* – *sententia* behandeln. Im Ansatz geht es in beiden Fällen um die Alternative von strikter, den Sinn missachtender Anwendung oder *ratio*-basierter Anpassung des Gesetzes. Restriktion und Analogie sind strukturell vergleichbar, einmal ist das Gesetz zu weit, das andere Mal zu eng formuliert.⁴⁹ Auffällig ist, dass in der Antike zumindest in den Rhetorikbüchern die Restriktion viel prominenter war als die Analogie. Heute ist es umgekehrt.

Dass man das Gesetz auf ähnliche Fälle erstrecken darf, sagt:

Rhet. Her. 1, 2:⁵⁰ *Ex ratiocinatione cotroversia constat, cum res sine propria lege venit in iudicium, quae tamen ab aliis legibus similitudine quadam aucupatur.* – Die Streitfrage der Analogie besteht, wenn eine Sache zu beurteilen ist, für die kein eige-

⁴⁴ Unter dem Aspekt „des völligen Zurücktretens des *scriptum* gegenüber der *sententia*“ lässt sich auch die *causa Curiana* hier einordnen; *Wesel* (Fn. 23) 40.

⁴⁵ Cicero *De inv.* II 123.

⁴⁶ *Quintilian* VII 6, 6.

⁴⁷ Das zeigen Justizskandale, wie der Prozess gegen Sokrates oder der Arginusenprozess.

⁴⁸ Ausführlich dazu *Wesel* (Fn. 23) 30 ff., 69 ff., allerdings mit m. E. zu weitgehenden Schlussfolgerungen, was den von ihm bezweifelte rhetorischen Einfluss auf die römische Jurisprudenz betrifft.

⁴⁹ Zu den Ähnlichkeiten und Unterschieden s. unten III 3

⁵⁰ Ähnlich Cicero *De inv.* 2, 148.

nes Gesetz besteht, die aber gewissermaßen durch Ähnlichkeit von anderen Gesetzen erfasst wird.

Ähnlich formulieren die römischen Juristen:

Julian, Dig. 1,3,12: Non possunt omnes articuli singillatim aut legibus aut senatus consultis comprehendendi: sed cum in aliqua causa sententia eorum manifesta est, is qui iurisdictioni praest ad similia procedere atque ita ius dicere debet. – Gesetze und Senatsbeschlüsse können nicht für alle Fälle ausdrückliche Bestimmungen enthalten; wenn sie aber für einen Fall eine Regelung enthalten, so kann der Richter die Regel auf ähnliche Fälle erstrecken.⁵¹

Das *procedere ad similia* beschreibt recht genau die Analogie, den Ähnlichkeitschluss und auch die Vorgangsweise beim Fallvergleich im *case law*.

Die notwendige Lückenhaftigkeit von Gesetzen, macht die Analogie notwendig:

Julian, Dig. 1, 3, 10: Neque leges neque senatus consulta ita scribi possunt, ut omnes casus qui quandoque inciderint comprehendantur, sed sufficit ea quae plerumque accident contineri. – Weder Gesetze noch Senatsbeschlüsse können so gefasst werden, dass sie alle Fälle, die eintreten können, erfassen. Es genügt aber, dass sie jene Fälle erfassen, die am häufigsten sind.

Den Vorrang der *consuetudo* vor der *lex* betont in diesem Zusammenhang Seneca, *de beneficiis* 5, 21, 1: Multa legem non habent nec actionem, ad quae consuetudo vitae humanae, lege omni valentior, dat aditum. – Für viele Dinge gibt es weder Gesetze noch Klagen zu denen die Übung des menschlichen Lebens Zugang verleiht, die jedem Gesetz überlegen ist. Theophrast⁵² (5./4. Jhd. v. Chr.) sagt dass in den Gesetzen vieles ausgelassen wird, was nur ein oder zweimal geschieht. Den Gedanken finden wir auch bei

Cicero *De inventione* 2, 151: multis in legibus multa praeterita esse, quae idcirco praeterita nemo arbitretur quod ex ceteris, de quibus scriptum est, intellegi possint. – In vielen Gesetzen ist vieles ausgelassen, was deshalb niemand als fehlend betrachtet, weil es sich aus den übrigen Bestimmungen erschließen lässt.

In den Rhetoriklehrbüchern finden sich auch Beispiele für Analogie:⁵³

Eins davon ist das Schulbeispiel 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? – 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. Am stärksten ist die Anklage, wenn man sagt, ein Liebestrank sei Gift. Wenn das nicht überzeugt, macht man eine Analogie, gleichsam wie nach einem aufgegebenen Wettstreit: Sollte sie nicht genauso bestraft werden, wie wenn sie den Mann mit Gift getötet hätte?

⁵¹ Weiteres dazu bei Honsell, in FS Kramer (Fn. 16) 193 ff.

⁵² Bei Paul. D. 1, 3, 6; vgl. auch Celsus D. 1, 3, 4 u. 5.

⁵³ Näher Honsell, in FS Kramer (Fn. 16).

Dass man, wenn der Begriff schlecht definiert, d. h. der Tatbestand ungenau umschrieben ist, so dass der Sachverhalt nicht subsumierbar ist, zur Analogie Zuflucht nehmen muss, zeigen auch viele Beispiele aus dem modernen Recht (unten III 2 u. 3). Das freilich der Liebestrank unter den Begriff Gift falle, würden wir heute nicht annehmen. Jedenfalls aus heutiger Sicht ist auch das Beispiel absurd, denn zwar gibt es Aphrodisiaka, aber keinen Liebestrank, der in den Suizid führt. Würde man daran glauben, käme allenfalls eine Analogie in Betracht, doch stünde dann einer Verurteilung das strafrechtliche Analogieverbot im Wege.

III. Die Auslegung im modernen Recht

1. Gründe der Auslegungsbedürftigkeit von Gesetzen

Der oströmische Kaiser Justinian hat die Einfachheit eine Freundin der Gesetze genannt: *Simplicitas amica legum*.⁵⁴ Passend dazu hat er die Kommentierung und Auslegung seiner Gesetze verboten,⁵⁵ obwohl es angesichts einer Fülle alter Streitfragen keineswegs gelungen war, alle Zweifel und Widersprüche in der mehr oder weniger ungeordneten und unübersichtlichen Fallsammlung der *Digesten* zu beseitigen.⁵⁶

Unabhängig davon ist auch bei einer geordneten und systematischen Kodifikation, wie z. B. dem BGB, das Postulat der Einfachheit nicht leicht zu erfüllen, denn dieses steht in einem gewissen Gegensatz zur Präzision und beide Forderungen lassen sich nicht ohne weiteres vereinbaren (dazu sogleich). So ist auch die technische und für den Laien zu komplizierte Sprache des BGB oft kritisiert worden.

Sucht man nach den Gründen, weshalb Gesetze oder Verträge nicht so klar und einfach sein können, wie der Laie annimmt, so ist zuerst die Ungenauigkeit der Sprache⁵⁷ zu nennen. Abhilfe sucht man in einer präzisen, technischen Sprache, die freilich häufig Unverständlichkeit für Nichtjuristen bedeutet. Die oft erhobene Forderung, Gesetze müssten klar und verständlich sein (so z. B. § 307 BGB für AGB) gleicht nicht selten der Quadratur des Kreises, weil sich, wie gesagt, Einfachheit und Verständlichkeit bis zu einem gewissen Grade ausschließen. Wenn der Text präzise ist, ist er nicht mehr verständlich, wenn er verständlich ist, nicht mehr präzise.

Weiter gibt es offene, normative Begriffe und Generalklauseln, wie Treu und Glauben, gute Sitten, wichtiger Grund, angemessen (usw.), die einer wertenden Ausfüllung bedürfen. Normative Begriffe finden sich auch im Strafrecht, wie etwa skrupellos, heimtückisch, achtenswerter Beweggrund usw.

Eine weitere Ursache für Auslegungsbedürftigkeit ist die häufige Ungenauigkeit deskriptiver Begriffe, z. B., ab wievielen Mitglieder man von einer Bande sprechen kann, bei welcher Lautstärke von Lärm, bei wievielen Bäumen ein Wald beginnt, was

⁵⁴ Justinian Inst. 3, 2, 3a; aus der Lit.: *Th. Fleiner*, in FS Häberle, 2004, 145 ff.; *Schott*, ZNR 1983, 101 ff.

⁵⁵ *Constitutio Deo auctore* 12; *Const. Tanta* 19; *Cod. 1. 17, 21, 2*. Die Gesetzgeber der Aufklärung haben das kopiert z. B. § 8 ABGB und § 46 f. Einl. pr. ALR; Napoleon soll beim Erscheinen des ersten Kommentars zum *Code civil* ausgerufen haben: „mon code est perdu“, s. *Geny*, *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, 1919, 16.

⁵⁶ Zur Tilgung vieler Interpretationsstreitigkeiten der klassischen Juristen in den *Digesten* durch Interpolationen statt aller *Stroux*, *Summum ius summa iniuria* (Fn. 13) 45 f.

⁵⁷ Dazu etwa *Wesel*, *Fast Alles was Recht ist – Jura für Nicht-Juristen*, 9. Aufl. 2014, 3 ff.

genau ein Teich, was ein Weiher ist und wo die Grenze zu einem See liegt, wann „Einbruch der Dunkelheit“ ist usw.

Selbst wenn die Bedeutung eines Begriffes an sich klar ist, kann Streit entstehen, z. B. ob Glasbausteine in einer Hausfassade „Fenster“⁵⁸ sind, Kies und Sand „Bodenschätze“⁵⁹ was „zugleich“ bedeutet⁶⁰ usf.

Manchmal ist das Gesetz allerdings nur fehlerhaft (zu eng oder zu weit) formuliert,⁶¹ wie z. B. bei dem Verbot „Betreten des Rasens verboten“. Nach gewöhnlichem Sprachgebrauch fällt z. B. „befahren“ mit einem Fahrrad, nicht unter „betreten“. Jedenfalls, wenn man dem Wortlaut folgt, ist also „befahren“ nicht unter „betreten“ zu subsumieren. Kann man darüber hinwegsehen, weil ohnehin jedem klar ist, was gemeint ist? Die Gegenmeinung wird a fortiori folgern, dass das Befahren erst recht verboten ist, weil es den Rasen noch mehr schädigt als das Betreten. Damit sind wir jedoch vom Wortlaut abgewichen und zum Zweck des Verbotes übergegangen. Man sieht, selbst eine so simple Regelung kann misslingen, wenn man nicht die richtige Abstraktionshöhe der Begriffe findet; was übrigens (auch im Beispiel) gar nicht einfach ist. Soll man alle Arten der Fortbewegung aufzählen, Betreten, Befahren, usw., wenn man keinen geeigneten Oberbegriff findet? Im Englischen ist es einfacher, dort hat man das abstraktere Gebot, das nicht auf die Art der Fortbewegung abstellt, sondern einfach sagt: keep off the grass.

Die Schwierigkeiten des Verfassens klarer Gesetzestexte werden noch vermehrt, wenn man an die Mühen der Gesetzgebung unter den Bedingungen der parlamentarischen Demokratie denkt, an die schwierige Willensbildung im vielstimmigen Meinungsschor, die Lobbyisteneinflüsse usw.⁶² Ganz zu Schweigen von den Komplikationen, die mit der europäischen Gesetzgebung verbunden sind. Hinzu kommt, dass Gesetze selten aus einem Guss sind, selbst wenn der Entwurf von (nur) einem Referenten stammt, wird er oft durch vielfältige Formulierungsvorschläge, Korrekturen und sog. „Formelkompromisse“ verwässert, die mangels Einigung die Regelung bewusst im Unklaren lassen.

Der wichtigste Grund für die Auslegungsbedürftigkeit von Gesetzen, für ihre Konkretisierung in der Rechtsanwendung, liegt aber darin, dass sie stets auf einen realen Fall angewandt werden müssen und dass kein Gesetz ex ante und abstrakt so präzise formuliert werden kann, dass es alle künftigen Fälle klar erfasst. Einerseits bringt das Leben Fälle hervor, die auch ein noch so kluger und weitsichtiger Gesetzgeber nicht vorhersehen kann, was eine analoge Anwendung erfordert. Diese Schwierigkeiten kennen alle, die einmal an einem Gesetzgebungsprojekt mitgearbeitet haben. Schon die Kautelarjurisprudenz im Vertragsrecht kann nie alle Entwicklungen berücksichtigen und muss bald auf einen hypothetischen Parteiwillen zurückgreifen. Das Gesetzgebungsgeschäft ist noch weit schwieriger. Andererseits ist bei abstrakten Formulie-

⁵⁸ Zu Unrecht bejaht von *BGH JZ* 1961, 494.

⁵⁹ Zu Recht verneint von *BVerwGE* 85, 223 (227 f.).

⁶⁰ Irrig nimmt *BVerfGE* 93, 121 (138) an, das Wort *zugleich* in Art. 14 Abs. 2 S. 2 GG bedeute *zu gleichen Teilen* und begründete damit seinen sog. Halbtteilungsgrundsatz, wonach die Einkommenssteuer nicht wesentlich höher als 50% sein dürfe. Die Bestimmung lautet: Eigentum verpflichtet. Sein Gebrauch soll zugleich dem Wohle der Allgemeinheit dienen. „Zugleich“ heißt *gleichzeitig*, *auch*, und hat mit *gleichen Teilen* gar nichts zu tun.

⁶¹ Auch *Savigny Syst.* I 222 ff. unterschied „unbestimmten und unrichtigen Ausdruck des Gesetzes“.

⁶² Zu den praktischen Problemen s. etwa *Theisen*, in *Baldus/Theisen/Vogel*, „Gesetzgeber“ und Rechtsanwendung, 2013, 43 ff.

rungen, die sich zu weit von dem konkreten Anschauungsmaterial entfernen, die Gefahr falscher Verallgemeinerung besonders groß. Sie macht eine restriktive Auslegung notwendig.

Allein schon im Abgleich mit den Fällen aus dem Leben wird auch ein zunächst klarer Text schnell unklar. Die Auslegung ist nötig „bei jedem Gesetz, wenn es in das Leben eingreifen soll“ schrieb *Savigny*.⁶³ Deshalb ist eine objektiv-teleologische, geltungszeitliche Auslegung unerlässlich. Ihr steht die subjektiv-historische, entstehungszeitliche Auslegung⁶⁴ gegenüber, hier die Interpretation nach dem vermuteten Verständnis des Verfassers, dort nach einem allgemeinen zeitgenössischen, jedermann zugänglichen Verständnis. Auch dieser Gegensatz ist ambivalent. Es gibt sogar Fälle, in denen dem Gesetz (oder der Gesamtrechtsordnung) ein neuer objektiver Sinn entnommen wird, der vom subjektiven Willen des Gesetzgebers abweicht. Schon *Kohler*⁶⁵ und später *Radbruch*⁶⁶ haben dies mit der pointierten Formulierung ausgedrückt, das Gesetz könne klüger sein als seine Verfasser.⁶⁷ Dies ist ein überspitztes Bonmot, mit einem wahren Kern, das nur die Notwendigkeit der richterlichen Rechtsfortbildung unterstreicht. So ist es unstreitig, dass der Richter vom Willen des Gesetzgebers⁶⁸ (sofern sich dieser überhaupt ermitteln lässt) abweichen kann, wenn sich die Verhältnisse oder die Rechtsanschauung geändert haben. Häufiger ist es aber so, dass die *ratio legis* im Gesetzestext nur unvollkommen zum Ausdruck kommt. Die regelnde Voraussicht des Gesetzgebers kann nicht alle Fälle vorausbedenken, welche die Vielfalt des Lebens hervorbringt. Hier kommt dem Richter die Aufgabe zu, neue Fälle, an die der Gesetzgeber nicht gedacht hat, nach der (objektiv-teleologisch zu ermittelnden) *ratio legis* zu lösen.

Auch wenn der Gesetzgeber aber alles richtig macht,⁶⁹ kann er, wie gesagt, die Vielfalt des Lebens nicht immer antizipieren.

Wegen der *Maxime in claris* schloss man, wie wir gesehen haben, in solchen Fällen, in denen der Text selbst ja nicht unklar ist, eine Auslegung lange Zeit aus.

2. Wortlaut und Sinn

Ausgangspunkt ist der Wortlaut. Dieser ist *Gegenstand* der Auslegung oder, wenn man so will, ihr starting point.⁷⁰ Dies gilt auch für die Vertragsauslegung. Der Wortlaut ist nicht das Mittel der Auslegung, sondern ihr Gegenstand.⁷¹ Zumindest schief

⁶³ *Savigny*, System des heutigen Römischen Rechts I, 1840, 209.

⁶⁴ Eingehend dazu *Th. Honsell*, Historische Argumente im Zivilrecht, 1982, 19 ff., *Kramer* (Fn. 1) 116 ff.

⁶⁵ *Kohler*, GrünhutsZ 13, 1886, 1 (40).

⁶⁶ *Radbruch*, Rechtsphilosophie, 2. Aufl. 1932, Nachdruck 2003, 107.

⁶⁷ Kritisch *Rüthers*, JZ 2011, 593 (600).

⁶⁸ *Baldus*, in *Baldus/Theisen/Vogel* (Fn. 62) 1 weist erneut darauf hin, „dass ‚der Gesetzgeber‘ eine Fiktion ist und dass die Bildung seines ‚Willens‘ einen komplexen Prozess darstellt, der weit über den Kreis der Parlamentsabgeordneten hinausgeht“.

⁶⁹ Dass das leider oft ein Wunsch bleibt, zeigt das angeblich von Bismarck stammende Aperçu, dass die Leute umso besser schliefen, je weniger sie darüber wüssten, wie Würste und Gesetze gemacht werden.

⁷⁰ So *Kramer* (Fn. 1) 59.

⁷¹ So aber die h. L. in der Schweiz, die ausgehend von der verfehlten Willenstheorie (vgl. Fn. 100) im Vertragsrecht, im Wortlaut nur ein Mittel zur Eruiierung des Willens sieht, vgl. *Kramer* in *Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht*, Art. 18 N 22.

ist es auch, den Wortlaut als Auslegungselement zu bezeichnen;⁷² denn damit werden Wortlaut und grammatische Auslegung bzw. gewöhnlicher Sprachgebrauch vermengt. Um diesen geht es zunächst, doch darf man bei ihm nicht stehen bleiben, wenn sich Wortlaut und Sinn (Buchstabe und Geist) der Vorschrift nicht decken.

*Savigny*⁷³ hat die Auslegung auf vier Elemente reduziert, das grammatische, logische, systematische und historische.

Die Auslegung beginnt zweckmäßig mit der grammatischen Interpretation. Kein Interpretationstopos sollte a priori vernachlässigt werden. Auch gibt es weitere Argumente aus dem Umfeld, wie Verhältnisse, Rechtsvergleichung usw.

Das grammatische Element betrifft die Bedeutung des Wortes im gewöhnlichen Sprachgebrauch und die Aussage im Satzgefüge. Logische und systematische Auslegung gehören nach heutiger Auffassung zusammen, es sind nicht zwei Elemente, sondern nur eins, denn die Logik in der Jurisprudenz besteht aus nichts weiter als aus Widerspruchsfreiheit und Folgerichtigkeit. Schwerer wiegt aus heutiger Sicht das Fehlen der teleologischen Auslegung, die das objektive Pendant zur historischen Auslegung ist. Wie diese nach dem Willen des historischen Gesetzgebers fragt, orientiert sich jene an dem geltungszeitlich zu ermittelnden objektiven Sinn und Zweck.

3. Teleologische Interpretation, Analogie und Restriktion

Trotz der zutreffenden Erkenntnis, dass die Sinnfrage nicht nur bei Unklarheiten des Textes auftaucht, war für *Savigny* das teleologische Argument suspekt: (System I 220): „Ungleich bedenklicher, und nur mit großer Vorsicht zulässig, ist der Gebrauch des Gesetzesgrundes zur Auslegung des Gesetzes.“ Andererseits sagt *Savigny* auch, dass die Auslegung den Sinn des Gesetzes entfalten müsse. Sie sei „... die Rekonstruktion des dem Gesetz innewohnenden Gedankens“.⁷⁴ Der scheinbare Widerspruch klärt sich auf: Mit dem Vorbehalt gegen den Gesetzesgrund, der mit dem Gesetzeszweck identisch ist,⁷⁵ soll nicht die Zulässigkeit der Analogie in Zweifel gezogen werden, die nach *Savigny* nicht zur Auslegung gehört, sondern zur Rechtsfortbildung;⁷⁶ vielmehr gilt er der Gesetzeskorrektur durch teleologische Restriktion,⁷⁷ die, wie in der antiken Rhetorik,⁷⁸ in § 46 getrennt betrachtet wird. 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“.

Heute spielt für die Gesetzesauslegung die *ratio legis* die zentrale Rolle. Allerdings muss der Zweck der Regelung stets sorgfältig ermittelt werden, sei es als Absicht des Gesetzgebers, sei es als objektiv-teleologischer Grund der Norm. Haupt- oder Nebenzwecke sind zu gewichten. Auch sind Form- oder Fristvorschriften nach noch ganz

⁷² So aber *Kramer* (Fn. 1) 86.

⁷³ *Savigny* (Fn. 63) 206 ff.; zu *Savignys* Auslegungslehre s. statt vieler zuletzt *J. Schröder* (Fn. 30) 212 ff., 228 ff.; *U. Huber*, JZ 2003, 1 ff.; *Vogenaier* in HKK-BGB (Fn. 29) §§ 133, 157 Rn. 10 u. 44.

⁷⁴ *Savigny* (Fn. 63) 212 f; dazu *U. Huber*, JZ 2003, 1 (2).

⁷⁵ Vom Unterschied der kausalen und der finalen Betrachtung abgesehen. Dass *Savigny* diesen Grund/Zweck meint, sieht man daran, dass er ihn mit der *ratio legis* gleichsetzt.

⁷⁶ *Savigny* (Fn. 63) 290 ff.

⁷⁷ Ebenso wie der *Status scriptum – sententia*, oben II 3.

⁷⁸ Genau wie die *ratiocinatio* nicht beim *Status verba – voluntas* erörtert wurde, vgl. oben bei Fn. 44.

h. L. einer teleologischen Reduktion nicht zugänglich.⁷⁹ Die Strenge des formalen Rechts kommt also zur Anwendung, auch wenn das der Einzelfallgerechtigkeit zuwiderläuft.

In Deutschland ist teleologische Reduktion anerkannt, in der Schweiz hingegen wurde sie jahrelang abgelehnt und erst spät vom Bundesgericht⁸⁰ akzeptiert. In der schweizer Literatur behaupten noch heute einige, die Einschränkung des Gesetzestextes sei eine verbotene Auslegung *contra legem*.⁸¹ Das trifft aber jedenfalls bei überschießendem Gesetzestext, also bei einer Diskrepanz zwischen Wortlaut und Sinn, nicht zu, denn die Entscheidung steht dann zwar zum Wortlaut in Widerspruch, entspricht aber dem Sinn des Gesetzes. Diese *ratio legis* ist aber allein maßgeblich. Freilich muss sie sorgfältig begründet werden. Über einen klaren Wortlaut darf sich der Rechtsanwender im Grundsatz nur hinwegsetzen, wenn eine abweichende *ratio legis* hinreichend sicher feststellbar ist. Denn die teleologische Restriktion darf nicht zu einer nur subjektiv erwünschten Gebotsberichtigung verwendet werden. Auch Savigny hielt die teleologische Restriktion für unzulässig, soweit sie nicht dem Ziel dient, den Gedanken mit dem Wortlaut in Übereinstimmung zu bringen, sondern „einer Verbesserung des unrichtigen Ausdrucks“.⁸² Eine unerwünschte Regelung ist grundsätzlich hinzunehmen, solange sie nicht gegen fundamentale Rechtsgrundsätze verstößt. Im gewaltenteilenden Rechtsstaat muss sie mit rechtspolitischer Kritik bekämpft werden.⁸³ Das schließt freilich eine restriktive Auslegung (deren Abgrenzung zur Reduktion unscharf ist) nicht aus, wenn andernfalls das Ergebnis unbillig wäre.⁸⁴ Es verdient Respekt und Sympathie, wenn der Richter eine ungerechte Norm soweit wie möglich einschränkt.⁸⁵ Unzulässig bleibt aber im Grundsatz eine Reduktion, bei welcher die Norm überhaupt keinen Anwendungsbereich mehr hat.

⁷⁹ Anders jetzt der Entwurf eines Allg. Teils des OR, Art. 27 OR 2020; *Emmenegger/Kurzbein*, in Huguenin/Hilty, Schweizer Obligationenrecht 2020, 2013, 90 ff. für die Form. Danach entscheidet der Formzweck über die Ungültigkeit und darüber, wer sich darauf berufen darf; s. zu der Frage auch *Honsell*, in 1. FS Mayer-Maly, 1996, 369 ff.

⁸⁰ BGE 121 III 219 ff., 224 E. 1d/aa – Praxisänderung; 123 III 292 ff., 297 E. 2e/aa; 128 I 34, 41 E. 3b; dazu *Kramer*, Beiheft 15 zur ZSR 1993, 72; *ders.*, 161 (164 ff.); *Honsell* (Fn. 79) 369 (374 ff.); *Emmenegger/Tschentscher* in BK (Fn. 71) Art. 1 N 393 ff.

⁸¹ *Hausheer/Aebi-Müller* in BK (Fn. 71) Art. 2 N 59, 60; ebenso *Riemer*, recht 1999, 176 und *Jaun*, ZBJV 137, 21 m. w. N.

⁸² Näher *Savigny* (Fn. 63) 216 ff., Wörtlich heißt es (225): „Der innere Werth des Resultats endlich ist unter allen Hilfsmitteln (sc. der Auslegung) das gefährlichste, indem dadurch am leichtesten der Ausleger die Grenzen seines Geschäfts überschreiten und in das Gebiet des Gesetzgebers hinüber greifen wird.“ Und weiter (240): „Dagegen ist es durchaus keinem Zweifel unterworfen, dass das dritte oben angegebene Hilfsmittel, der innere Werth des Resultats (§ 35), auf die Erkenntniß und Verbesserung des unrichtigen Ausdrucks niemals angewendet werden darf. Denn es ist einleuchtend, dass darin nicht eine Ausgleichung des Ausdrucks mit dem Gedanken, sondern eine versuchte Verbesserung des Gedankens selbst, enthalten seyn würde. Dieses kann als Fortbildung des Rechts heilsam seyn, von einer Auslegung kann es nur den Namen an sich tragen.“

⁸³ *Honsell/Mayer-Maly* (Fn. 36) 109.

⁸⁴ Schon der römische Paetor konnte das Zivilrecht korrigieren: Papinian D. 1, 1, 7, 1: *ius praetorium est quod praetores introduxerunt adiuvandi vel supplendi vel corrigendi iuris civilis gratia propter utilitatem publicam – publicam – praetorisches Recht ist das Recht, das die Prätores zum öffentlichen Nutzen eingefügt haben, zur Unterstützung, Ergänzung und Korrektur des Zivilrechts.*

⁸⁵ Das wurde nicht immer so gesehen. 1932 schrieb *Radbruch* in seiner Rechtsphilosophie (Fn. 66) 85: „Wir verachten den Pfarrer, der gegen seine Überzeugung predigt, aber wir verehren den Richter, der sich durch sein widerstrebendes Rechtsgefühl in seiner Rechtstreue nicht beirren lässt.“ Nach dem Zusammenbruch des Terrorregimes der Nazis liest man stattdessen (Süddeutsche Juristenzeitung 1946, 105 ff.): „Der Konflikt zwischen der Gerechtigkeit und der Rechtssicherheit

Die Voraussetzungen einer Gesetzeskorrektur durch den Richter sind also strenger als bei der Analogie, bei welcher die *contra legem*-Problematik nicht auftaucht, solange man nicht der positivistischen Lehre vom „negativen Satz“ anhängt, welche die Analogie überhaupt ausschließt und alle Klagen abweist, die sich nicht auf den Wortlaut des Gesetzes stützen lassen. Von diesem Unterschied abgesehen werden nach heutiger Auffassung Restriktion und Analogie in gleicher Weise vom Zweck regiert und eine klare Grenzlinie zur (restriktiven oder extensiven) Auslegung lässt sich nach beiden Richtungen nicht ziehen. Es sind spiegelbildliche Vorgänge, gleichsam die zwei Seiten ein und derselben Münze.

Die Grenze zwischen extensiver Auslegung und Analogie spielt eine Rolle, wenn letztere, wie z. B. im Strafrecht, verboten ist. Diese Grenze bildet nach h. L. der mögliche Wortsinn,⁸⁶ der an den Rändern unscharf ist.

So kann man fragen, ob die Begriffe ‚Trambahn‘ oder ‚Seilbahn‘ unter den Begriff der Eisenbahn subsumiert werden können. Liegt der zu subsumierende Begriff noch im Bereich des möglichen Wortsinns, handelt es sich um extensive Auslegung. ‚Trambahn‘ liegt weder im Kernbereich, noch handelt es sich nach gewöhnlichem Sprachgebrauch überhaupt um eine Eisenbahn, obwohl es eine „Bahn aus Eisen“⁸⁷ ist. Der richtige Oberbegriff wäre ‚Schienenfahrzeug‘. Der Begriff ‚Seilbahn‘ liegt eindeutig außerhalb des möglichen Wortsinns. Im Wege der Analogie könnte man aber die Gefährdungshaftung des Eisenbahngesetzes auf Seilbahnen erstrecken, denn sie sind noch gefährlicher. Doch nimmt die h. L. hier irrig an, dass Tatbestände der Gefährdungshaftung wegen des angeblich elementaren Verschuldensprinzips – ähnlich dem strafrechtlichen Analogieverbot (dazu sogleich) – einer Analogie nicht zugänglich seien.⁸⁸

Im Zivilrecht ist die Analogie generell zulässig, sofern ihre Voraussetzungen vorliegen. Im Strafrecht dagegen gilt der Satz *nulla poena sine lege clara, certa et praevia* – keine Strafe ohne klares, bestimmtes und vorausgehendes Gesetz, Art. 103 Abs. 2 GG, Art. 7 Abs. 2 EMRK, Art 49 Abs. 1 EU Grundrechtecharta. Daraus wird abgeleitet, dass die Analogie zum Nachteil des Täters (in *malam partem*) im Besonderen Strafrecht verboten ist. Jetzt wird die Abgrenzung wichtig. Ein altes Beispiel aus dem Strafrecht ist der Stromdiebstahl; weil Strom keine Sache ist, hielt man den Tatbestand der Entziehung elektrischer Energie für nötig.⁸⁹

Zur Vermeidung von Strafbarkeitslücken nimmt man Zuflucht zu einer weiten Auslegung, die in Wahrheit schon Analogie ist. So sah man etwa in Salzsäure eine Waffe⁹⁰ oder in einem Damenschuh mit Bleistiftabsatz ein gefährliches Werkzeug

dürfte dahin zu lösen sein, dass das positive, durch Satzung und Macht gesicherte Recht auch dann den Vorrang hat, wenn es inhaltlich ungerecht und unzweckmäßig ist, es sei denn, dass der Widerspruch des positiven Gesetzes zur Gerechtigkeit ein so unerträgliches Maß erreicht, dass das Gesetz als unrichtiges Recht‘ der Gerechtigkeit zu weichen hat.“

⁸⁶ Vgl. *Th. Probst*, in FS Kramer, 2004, 249 ff.; *Rüthers/Höpfner*, JZ 2005, 21 ff.; andere sprechen von Wortlautgrenze, z. B. *Klatt*, Theorie der Wortlautgrenze. Semantische Normativität in der juristischen Argumentation, 2004, 19 ff.; dazu *Morlok*, in Gabriel/Gröschner, Subsumtion, 2012, 179 (181, 186); *Depenheuer*, Der Wortlaut als Grenze, Thesen zu einem Topos der Verfassungsinterpretation, 1988; *Pöters/Christensen*, JZ 2011, 387 ff. Der Begriff „Wortlautgrenze“ ist missverständlich, weil es um den Sinn geht, nicht um den Wortlaut.

⁸⁷ Eher skurril ist der berühmte Definitionsversuch von RGZ 1, 247 (251 f.).

⁸⁸ Dagegen etwa *Honsell*, ZSR 1997, 297 ff.

⁸⁹ So in Deutschland, Österreich und der Schweiz (§ 248c StGB, § 132 öStBGB, Art. 142 chStGB).

⁹⁰ BGHSt 1, 3.

i. S. v. § 224 Abs. 1 Nr. 2 StGB (gefährliche Körperverletzung), obwohl diese Subsumtion dem gewöhnlichen Sprachgebrauch zuwiderläuft. Doch scheint dies vertretbar, weil der Unrechtsgehalt der gleiche und die Grenze zwischen Analogie und extensiver Auslegung fließend und nicht klar zu ziehen ist. Der Schweizer Tatbestand der gefährlichen Körperverletzung vermeidet dieses Problem, in dem er statt Werkzeug einfach den allgemeineren Begriff „Gegenstand“ verwendet (Art. 123 Nr. 2 StGB). Das Betäubungsmittelgesetz spricht von Pflanzen. Erfasst es damit auch halluzinogene Pilze? Der BGH hat das bejaht,⁹¹ obwohl Pilze nicht zu den Pflanzen zählen. Man ist an die Bemerkung Quintilians erinnert: *si finitio infirma est, in syllogismum delabitur* (oben II 2). Die Schwächen der Definition (des gesetzlichen Tatbestands) führen zur Analogie.

Rechtstaatlich hat das Analogieverbot einen hohen Stellenwert. Im Dritten Reich hatte man es abgeschafft und durch eine Bestrafung nach „gesundem Volksempfinden“ ersetzt.

Ein Extensionsverbot postuliert auch die Regel *singularia non sunt extendenda*⁹² (ähnlich die englische rule: *expressio unius est exclusio alterius* – die Nennung des einen ist der Ausschluss des anderen), wonach Ausnahmenvorschriften eng auszulegen sind. Sie kommt zwar in den Digesten vor, entstammt aber ebenfalls der Rhetorik und lässt sich nicht generell begründen. Sie findet sich – ungeachtet ihrer eingeschränkten Geltung – auch in Art. 14 Codice Civile, Art. 4 Abs. 2 Código civil esp. und Art. 11 Código civil port. Sie ist zu allgemein und absolut formuliert. Sinn und Zweck eines Gesetzes können dazu führen, auch eine Bestimmung, die sich als Ausnahme von einer allgemeinen Regel darstellt, erweiternd oder sogar analog anzuwenden.⁹³ Stets ist auch zu fragen, ob eine gesetzliche Aufzählung nur beispielhaft oder abschließend ist.

4. Auslegungsregeln

Wegen der rhetorischen Herkunft und Funktion des *Status scriptum* – *sententia* lässt sich auch heute die Frage, ob und wann die Rechtsanwendung mehr zum Wortlaut oder zum Sinn tendiert, nicht generell beantworten. Das prominenteste Gegensatzpaar ist die Eindeutigkeitsregel in *claris non fit interpretatio* (*sens clair*-Doktrin) und ihr Gegenpart, der sich für die Vertragsauslegung z. B. in § 133 BGB⁹⁴ findet, das Verbot der Buchstabenauslegung und der Vorrang des Willens. Ähnliche Vorschriften enthalten § 914 ABGB, Art. 18 OR, Art. 1156 Code Civil und 1362 Codice

⁹¹ In § 2 BtMG und der zugehörigen Anlage 1 war zunächst nur von Pflanzen und Pflanzenteilen die Rede. Da Pilze eine eigene botanische Spezies sind (die Wissenschaft unterscheidet *flora, fauna, fungi*), hat der Gesetzgeber die alte Aufzählung in Anlage 1 durch den Begriff „Organismen“ ersetzt. Freilich wich nun die Definition in der Anlage vom Wortlaut des § 2 BtMG ab. Nach BGH 25.10.2006 – 1 StR 384/06, NJW 2007, 524 ändert der biologisch richtige Einwand „Pilze sind keine Pflanzen“ nichts daran, dass Pilze im allgemeinen Sprachgebrauch sehr wohl zu den Pflanzen gerechnet werden. Man kaufe Pilze auch beim Obst- und Gemüsehändler (zweifelhaft).

⁹² Papinian Dig. 40, 5, 23, 3 und Dig. 41, 2, 44, 1.

⁹³ Larenz, Methodenlehre, 340; Würdinger, AcP 206 (2006) 946-979; Mayer-Maly, in Strack, Rangordnungen von Normen innerhalb des Gesetzes, 1995, 123 ff., stellt die rhetorische Frage, ob auch Unterausnahmen restriktiv zu interpretieren seien. Dies müssen natürlich auch die Anhänger der Regel verneinen, denn die Unterausnahme ist eine Rückkehr zur Regel.

⁹⁴ Die Vorschrift lautet: Bei der Auslegung einer Willenserklärung ist der wirkliche Wille zu erforschen und nicht an dem buchstäblichen Sinn des Ausdruckes zu haften.

civile it. Ebenso Art. 9 Código Civil port. für die Gesetzesauslegung.⁹⁵ Art. 1281 Código civil esp. normiert sogar beide Anweisungen nebeneinander.⁹⁶

Zwei weitere Regeln, die das Verhältnis von Wortlaut und Zweck betreffen, wurden in der frühen Neuzeit entwickelt: Die *Maxime lege non distinguente nec nostrum est distinguere* – Wo das Gesetz nicht unterscheidet, sollen auch wir nicht unterscheiden. So argumentierte man, ähnlich wie mit der *Maxime in claris*, wenn der zu weite (zweckaverse) Wortlaut des Gesetzes für den Parteistandpunkt günstig war. Das Argument der Gegenposition lautete: *cessante ratione cessat lex ipsa*⁹⁷ – Mit dem Zweck entfällt das Gesetz selbst. Das ist das schon bekannte Zweckargument, freilich mit der kühnen Behauptung völliger Unanwendbarkeit des Gesetzes bei Zweckfortfall. Aus der rhetorischen Struktur erklärt sich auch der Streit zwischen objektiver und subjektiver Auslegung⁹⁸ sowie die fehlende Rangfolge oder Ordnung der vier Auslegungselemente (Kanones usw.), die oft in Widerspruch zueinander stehen und den Eindruck beliebiger Anwendbarkeit erwecken.⁹⁹ Ein konträres Verhältnis besteht schließlich auch zwischen Analogie und *argumentum e contrario*. Welches Argument überzeugt, hängt davon ab, ob man eine Lücke annimmt oder eine bewusst enge Formulierung des Gesetzes. Wegen der rhetorischen Herkunft der Auslegungslehre bestand auch lange Streit, ob es beim Rechtsgeschäft auf den inneren Willen¹⁰⁰ oder die äußere Erklärung¹⁰¹ ankommt. Der Streit zwischen Willens- und Erklärungslehre wird nur dadurch entschärft, dass sich beide quasi in der Mitte bei der Vertrauenslehre treffen, denn einerlei, ob man (wie in der Schweiz und Österreich) fälschlich vom inneren Willen ausgeht, den niemand kennt, oder (wie in

⁹⁵ Das BGB verzichtet ähnlich wie der Code Civil und anders als die meisten europäischen Kodifikationen auf Regeln über Gesetzesauslegung. § 1 des 1. Entwurfs hatte noch eine Vorschrift über Analogie und allgemeine Rechtsgrundsätze enthalten, ähnlich wie § 7 ABGB, Art. 1 ZGB, Codice Civile (Art. 12 ff.), Art. 3 u. 4 Código civil esp. und Art. 9 und 10 Código Civil port. (zu diesen gesetzlichen Interpretationsregeln s. *Grabau*, Über Normen zur Gesetzesinterpretation, 1993). Die II. Kommission hatte sie gestrichen, weil die Analogie aufs Engste mit der Auslegung zusammenhinge, über letztere aber auch keine Bestimmungen vorgesehen seien. „Auch als Schutzwehr gegen die Gefahr der Herbeiziehung des Naturrechts sei die Vorschrift nicht geboten, weil die Gefahr ernstlich nicht bestehe ...“ (Protokolle [1897] I 2).

⁹⁶ (I) Si los términos de un contrato son claros y no dejan duda sobre la intención de los contratantes, se estará al sentido literal de sus cláusulas.

(II) Si las palabras parecieren contrarias a la intención evidente de los contratantes, prevalecerá ésta sobre aquéllas.

⁹⁷ Glosse *non cohaeret* zu D. 35, 1, 72, 6; *J. Schröder* (Fn. 30) 153 ff. m. w. N.

⁹⁸ Dazu *Honsell/Mayer-Maly* (Fn. 36) 95 ff.; eingehend *Kramer* (Fn. 1) 123 ff.

⁹⁹ Zur sog. Freiheit der Methodenwahl, die einer Methode gerade widerstreitet, s. *Morlok* (Fn. 86). Aus demselben Grund spricht das Schweizer Bundesgericht von Methodenpluralismus, dazu *H.P. Walter*, recht 1999, 157 ff.; zum Problem im österreichischen Recht *Schäffer*, in FS Rill, 1995, 595 (620 ff.); weitere Nachweise bei *Kramer* (Fn. 1) 121 ff.

¹⁰⁰ So die immer noch h. L. in der Schweiz. Ähnlich geht man auch in Österreich von der Willenslehre aus (s. etwa *Koziol*, Bürgerliches Recht, 12. Aufl. 2002, 128 f.). Ursächlich für diese Renaissance der unpraktischen Willenslehre in den beiden Ländern war wohl *Kramer*, Grundfragen der vertraglichen Einigung, 1972. Zum Streit im 19. Jahrhundert s. *Vogenaier* in HKK-BGB (Fn. 29) §§ 133, 157 Rn. 35 f.

¹⁰¹ So die h. L. in Deutschland – trotz des primär auf den Willen abstellenden § 133 BGB; s. *Vogenaier* in HKK-BGB (Fn. 29) §§ 133, 157 Rn. 34 ff.; *Ellenberger* in Palandt, BGB (Fn. 28) Einf. v. § 116 Rn. 2/3; *Honsell*, in FS Walter, 2005, 335 (336 ff.); zustimmend *Schmidlin*, ZSR 2015, 107 ff.

Deutschland) richtig von der äußeren Erklärung, immer ist der Inhalt maßgeblich, wie in der Empfänger nach Treu und Glauben verstehen durfte.¹⁰²

5. Rechtsvergleichende Seitenblicke

Das angelsächsische Recht haftet auch heute noch mehr am Wort als das kontinentaleuropäische und hat lange Zeit die *sens clair*-Doktrin in einer besonders strengen Variante befolgt. So wurde die sog. *literal rule* noch 1892 von Lord Esher¹⁰³ angewandt und der Wortlaut selbst bei absurden Ergebnissen verteidigt: *If the words of an Act are clear, you must follow them even they lead to a manifest absurdity.* Die *plain meaning rule* oder *Golden rule*¹⁰⁴ gestattet jedoch die Abweichung wenigstens zur Vermeidung absurder oder widersprüchlicher Ergebnisse: *In construing statutes, and all written instruments, the grammatical and ordinary sense of the words is to be adhered to, unless that would lead to some absurdity or inconsistency with the rest of the instrument, in which case the grammatical and ordinary sense of the words may be modified, so as to avoid that absurdity or inconsistency, but not farther.*

Das sind andere und engere Voraussetzungen als die des *ambiguum vel obscurum*. Die Frage nach Sinn und Zweck war weitgehend abgeschnitten, ebenso wie die nach der Absicht des Gesetzgebers. Auch der lange herrschende Grundsatz, dass Parlamentsprotokolle (der „*Hansard*“) nicht herangezogen werden dürfen (*exclusionary rule*),¹⁰⁵ gilt heute nicht mehr.

Für eine am Zweck orientierte Interpretation und eine Überwindung der alten Interpretationsregeln hat sich namentlich *Lord Denning* ausgesprochen. Dies geschah nicht zuletzt unter dem Einfluss des Europarechts. Er befürwortete eine *purposive interpretation*.¹⁰⁶ „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. Korintherbrief¹⁰⁷ des Apostels Paulus.

Diese Einsicht hat seither in England immer mehr Boden gewonnen. Es gibt keine Rangfolge der Argumente und der Vorrang des Wortlauts wird nicht mehr durchgängig bejaht.¹⁰⁸ Namentlich in den USA ist die enge Wortinterpretation aber auch heute noch weit verbreitet.¹⁰⁹ Im US-amerikanischen Recht hat *LLewellyn*¹¹⁰ beobachtet, dass die alten Auslegungsregeln der Judikatur jeweils paarweise mit gegensätzlichem

¹⁰² Deshalb hat sich der wohl von *Kramer* (in BK [Fn. 71] Art. 1 Rn. 126 ff.) geprägte Begriff des ‚normativen Konsenses‘ durchgesetzt, s. *Honsell* (Fn. 101) 335 (336 f.).

¹⁰³ In *R v. The Judge of the City of London Court*, 1 QB 273, 290.

¹⁰⁴ *Z. B. Grey v. Pearson*, 6 HL Cas 61, 106, 1857.

¹⁰⁵ *Vogenaue*, Die Auslegung von Gesetzen in England und auf dem Kontinent I/II, 2001, 671 f.; *Kramer*, in Assmann u. a., *Unterschiedliche Rechtskulturen – Konvergenz des Rechtsdenkens* 2001, 31 (35).

¹⁰⁶ *Court of Appeal Corocraft Ltd. v. Pan American Airways Inc.*, 1969, 1 Q.B. 616 ff.; dazu *Vogenaue* (Fn. 105) 963 ff., 969; s. ferner *Lord Griffith House of Lords, Pepper v. Hart*, 1992 A. C. 50; vgl. dazu *Zweigert/Kötz*, Einführung in die Rechtsvergleichung I, 1984, 306 ff., 310 ff.; *Kramer* (Fn. 105) 31 (35); *Melin*, Gesetzesauslegung in den USA und in Deutschland, 2005, 56 ff. – zum US-amerikanischen Recht.

¹⁰⁷ Kapitel 3, Vers 6.

¹⁰⁸ Dazu die umfangreiche Untersuchung von *Vogenaue* (Fn. 105) 795 ff., 855 ff. 1297 ff.

¹⁰⁹ Dazu etwa *Honsell*, in FS Zäch, 1999, 39 ff.

¹¹⁰ *The Common Law Tradition – Deciding Appeals*, 1960 521 ff., zit. nach *Zweigert/Kötz* (Fn. 106) 311.

Inhalt gelten. Das kann nur den verwundern, der ihre rhetorische Herkunft und Funktion nicht mehr kennt.¹¹¹

Zu beachten ist freilich, dass die Gesetze jedenfalls im Bereich des Privatrechts im englischen Case Law ähnlich wie in Rom¹¹² nur eine untergeordnete Rolle gespielt haben und von den Gerichten wegen ihrer den Bürger belastenden Wirkung misstrauisch betrachtet wurden. Der Fallvergleich im case law folgt indes einer ähnlichen Methode wie die Analogie im codified law.

In Frankreich und Italien wird die sens clair-Doktrin jedenfalls im Vertragsrecht immer wieder vertreten, trotz Art. 1156 CC¹¹³ und Art. 1362 Abs. 2 S. 1¹¹⁴ Codice civile, die für die Vertragsauslegung ähnlich, wie § 133 BGB, im Gegenteil einen Vorrang des Willens normieren. In Spanien sind, wie wir gesehen haben, in Art. 1281 Código civil esp. beide Regeln kodifiziert.

IV. Auslegung und Rhetorik zwischen Kognition und Dezision

Die rhetorischen Topoi sind gegenläufige Argumente. 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 eine gewisse Beliebigkeit in der Heranziehung der einzelnen Auslegungselemente erklärt sich aus ihrer rhetorischen Herkunft und ihrer Funktion, für Position und Gegenposition Argumente verfügbar zu machen. Das heißt freilich nicht, dass die Methodenlehre „jedem Inhalt dienstbar“¹¹⁵ ist. 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,¹¹⁶ die zu überzeugenden Ergebnissen führen soll, aber keine Methode der Erkenntnis richtigen Rechts sein will. Dies läuft auf eine Argumentationstheorie hinaus, wie sie ähnlich auch heute wieder vertreten wird.¹¹⁷ Die Hermeneutik als Lehre vom Verstehen zielt auf wahre Erkenntnis. Die Methodenlehre soll der Auslegung den Weg zur rich-

¹¹¹ Zu den Gegensatzpaaren s. auch oben II 2 und III; ferner z. B. *Sprau* in Palandt, BGB (Fn. 28) Einf. v. § 1 Rn. 47.

¹¹² Näher *Honsell*, in FS Coing (Fn. 16) 129 ff.

¹¹³ On doit dans les conventions rechercher quelle a été la commune intention des parties contractantes, plutôt que de s'arrêter au sens littéral des termes.

¹¹⁴ Nell'interpretare il contratto si deve indagare quale sia stata la comune intenzione delle parti e non limitarsi al senso letterale delle parole.

¹¹⁵ So aber *Ogorek*, in FS Hassemer, 2010, 170.

¹¹⁶ *Techné* oder *ars* bedeutet (auch) Kunstfertigkeit, Handwerk. Jurisprudenz und Rhetorik waren die *artes urbanæ* unter den *artes liberales*.

¹¹⁷ S. etwa *Alexy*, Theorie der juristischen Argumentation, 8. Aufl. 1983; *Christensen/Kudlich*, Theorie richterlichen Begründens, 2001; *U. Neumann*, Juristische Argumentationslehre, 1986, 1 ff. m. w. N.; *ders.*, in Brugger/Neumann/Kirste, Rechtsphilosophie im 21. Jahrhundert, 2008, 233 ff., mit dem Hinweis (239 ff. m. w. N.), dass es in der Rhetorik im hier verstandenen Sinne nicht um Überredung, sondern um Überzeugung geht.

tigen 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 Erkenntnisse ist freilich geringer als es zunächst den Anschein hat. Denn auch durch einen geordneten Diskurs von Argument und Gegenargument kommt man der Wahrheit nahe und absolute Wahrheiten sind in der Jurisprudenz ohnedies selten.

Die Frage ist, welchen Anteil kognitive und dezisive Elemente an der Auslegung haben, die beide in juristischen Entscheidungen zusammentreffen.¹¹⁸ Berücksichtigt man, dass sie in Bezug auf die Auslegung verschiedene Fragestellungen betreffen, so lassen sich dezisive Argumentation und kognitive Auslegung durchaus miteinander vereinbaren. 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 tendiert oder zur Einzelfallgerechtigkeit. Immerhin lässt sich sagen, dass der Zweck im Grundsatz über dem Wortlaut steht und dass sachlich einleuchtende Differenzierungen nicht gedankenlos unbedachten Verallgemeinerungen des Gesetzes geopfert werden dürfen, nach dem Motto *lege non distinguente nec nobis est distinguere* (oben III 4). Denn „der Buchstabe tötet, aber der Geist macht lebendig“ (oben III 5), „das Recht wohnt in der Wüste, aber die Gerechtigkeit weilt in den Gärten“.¹¹⁹ 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. Da jedenfalls der Anteil des dezisionistischen Elements gerade in den Urteilsbegründungen der Gerichte oft überwiegt, wäre es ehrlicher und überzeugender, wenn es im Eingang der Urteilsformeln der Gerichte nicht hieße „für Recht *erkannt*“,¹²⁰ was einen Erkenntnisvorgang vorspiegelt. Trotz des Anscheins, die Wahrheit gefunden zu haben, muss man sich mit einer Begründung begnügen, die das Gericht überzeugt hat und auch die Beteiligten überzeugen soll. Soweit es sich nicht mehr um Kognition, sondern um Dezision

¹¹⁸ A. Merkl, JBl 1918, 425 ff., 444 ff., 463 ff.; weniger schön ist die Wortprägung „Janusköpfigkeit“. Aus neuerer Zeit zu der Problematik etwa U. Neumann, in Lerch, Die Sprache des Rechts, Bd. 2 (Recht verhandeln), 2005, 370 (383 f.), mit dem Hinweis, dass es auch dort, wo der Bereich der Kognition überschritten ist, nicht um „pure Dezision“, sondern um begründetes Entscheiden geht. S. ferner Grimm, in Krawietz/Topitsch/Koller, Ideologiekritik und Demokratietheorie, 1982, 149 (151 f.).

¹¹⁹ Jesaja 32, 16.

¹²⁰ Die Formel ist weder in § 311 ZPO, noch in § 260 StPO gesetzlich vorgeschrieben. In dieselbe Richtung gehen die Bezeichnung des Urteils als Erkenntnis oder der Begriff des erkennenden Richters (so die Überschrift von § 309 ZPO). Auch das BVerfG verwendet diese Formel, obwohl es in seinen Urteilen nur selten um die Ermittlung des Textsinns des Grundgesetzes geht, dessen Formulierungen oft abstrakt und programmatisch sind und für die vom BVerfG propagierte „Konkretisierung einer Wertordnung“ wenig und für eine Auslegung gar nichts hergeben. Insbesondere die Entscheidungen des Gerichts im Normenkontrollverfahren sind nicht selten eher Akte politischer Dezision als richterlicher Kognition. Näher Honsell/Mayer-Maly (Fn. 36) 114 ff., 151 ff. m. w. N.

handelt, schwindet die angestrebte Legitimität, die aus dem Gesetzesauftrag hergeleitet wird. Auch der sog. Justizsyllogismus mit Subsumtion und Deduktion, der ein Überbleibsel des Gesetzespositivismus ist, hat in Wahrheit längst ausgedient.¹²¹

¹²¹ Vgl. etwa *Bung*, Subsumtion und Interpretation, 2004, 14, 37 ff. m. w. N.; *Honsell/Mayer-Maly* (Fn. 36) 83 ff.; *U. Neumann* (Fn. 117) 241.