

Juristische Hermeneutik im 20. Jahrhundert



unipress

Beiträge zu Grundfragen des Rechts

Band 27

Herausgegeben von
Stephan Meder

Stephan Meder / Vincenzo Omaggio /
Gaetano Carlizzi / Christoph Sorge (Hg.)

Juristische Hermeneutik im 20. Jahrhundert

Eine Anthologie von Grundlagentexten der
deutschen Rechtswissenschaft

V&R unipress

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

© 2018, V&R unipress GmbH, Robert-Bosch-Breite 6, D-37079 Göttingen
Alle Rechte vorbehalten. Das Werk und seine Teile sind urheberrechtlich geschützt.
Jede Verwertung in anderen als den gesetzlich zugelassenen Fällen bedarf der vorherigen
schriftlichen Einwilligung des Verlages.

Vandenhoeck & Ruprecht Verlage | www.vandenhoeck-ruprecht-verlage.com

ISSN 2198-5405

ISBN 978-3-8470-0871-2

Inhalt

Vorwort zur deutschen Ausgabe	9
Vorwort zur italienischen Ausgabe	11
Stephan Meder / Christoph Sorge Zur schöpferischen Kraft der Juristischen Hermeneutik	17
Quellenverzeichnis	55
Teil I: Die Dialektik zwischen normativem und faktischem Element. Eine Grundlegung	
Einleitung von Gaetano Carlizzi	61
1. Rechtsidee und Rechtsstoff. Eine Skizze (Gustav Radbruch)	71
2. Interpretation, Beweis und Subsumtion in der logischen Struktur des Rechtsurteils (Karl Engisch)	79
3. Sachverhalt und Rechtssatz im Prozess der Rechtsverwirklichung (Arthur Kaufmann)	95
4. Die gegenseitige Entfaltung von Sachverhalt und Tatbestand (Winfried Hassemer)	109
Teil II: Das Vorverständnis von Rechtssätzen und die Bildung von Sachverhalten	
Einleitung von Vincenzo Omaggio	119

5. Lebenssachverhalte, Normhypothesen und Rechtssätze im Bereich der Rechtsgewinnung (Martin Kriele)	127
6. Verständnis und Interpretation (Joachim Hruschka)	139
7. Applikation, topisches Vorverständnis und topische Hermeneutik (Friedrich Müller)	145
8. Bedingungen für die Rechtsanwendung (Josef Esser)	157
9. Die Jurisprudenz als verstehende Wissenschaft (Karl Larenz)	163
10. Die Konstitution des Rechtsfalles (Joachim Hruschka)	173
11. Die Bildung und rechtliche Beurteilung des Sachverhalts (Karl Larenz)	187
Teil III: Typus und Analogie im Recht	
Einleitung von Gaetano Carlizzi	203
12. Klassenbegriffe und Ordnungsbegriffe im Rechtsdenken (Gustav Radbruch)	213
13. Die Konkretisierung als Hinwendung zum »Typus« in Recht und Rechtswissenschaft (Karl Engisch)	223
14. Arten von Typen und verschiedene Typusverständnisse im Recht (Karl Larenz)	239
15. Juristische Analogie zwischen Ähnlichkeit, Angleichung und ontologischem Typus (Arthur Kaufmann)	255
16. Typus und Analogieverbot im Strafrecht (Winfried Hassemer)	269
Teil IV: Urteilsrichtigkeit und praktische Vernunft	
Einleitung von Vincenzo Omaggio	285
17. Die Rehabilitierung der praktischen Vernunft (Martin Kriele)	293
18. Die rationale Kontrolle der Auslegung (Josef Esser)	309

19. Vernunft und Form im Recht (Arthur Kaufmann)	317
20. Methodologie und Anwendungspraxis (Winfried Hassemer)	331

Vorwort zur deutschen Ausgabe

Die vorliegende Quellensammlung verfolgt das Ziel, grundlegende Texte zur Juristischen Hermeneutik aus dem 20. Jahrhundert einem größeren Publikum leichter zugänglich zu machen. Mit den präsentierten Texten wird keinerlei Anspruch auf Vollständigkeit erhoben. Angesichts des neuen Interesses an juristischer Grundlagenforschung soll der Band einen Einstieg in die Thematik ermöglichen und eine Übersicht über das große Spektrum von hermeneutischen Problemstellungen im Recht bieten.

Der Band ist zuerst in italienischer Sprache unter dem Titel »L'Ermeneutica Giuridica Tedesca Contemporanea« erschienen und von Gaetano Carlizzi und Vincenzo Omaggio herausgegeben worden (Pisa: Edizioni ETS 2016). Für die deutsche Ausgabe wurden das Vorwort und die Einleitungen zu den Teilen I bis IV von Gaetano Carlizzi und Vincenzo Omaggio aus dem Italienischen übersetzt. Den hier abgedruckten Quellen liegt die Veröffentlichung des jeweiligen Originals in deutscher Sprache zugrunde. Ergänzt wurde der Band um einen Einführungsbeitrag »Zur schöpferischen Kraft der Juristischen Hermeneutik«.

Die Quellentexte sind möglichst werkgetreu abgedruckt worden. Bis auf kleinere Änderungen bei einzelnen Gliederungsebenen, die für die Verständlichkeit unerlässlich erschienen, sind Struktur, Orthographie und Zitierweise gleichgeblieben. Literaturangaben wurden dort ergänzt, wo es aufgrund eines unzulänglichen Nachweises erforderlich war. Die Umbrüche aus den Originalbeiträgen wurden hervorgehoben und durch Angabe der ursprünglichen Seitenzahlen in eckigen Klammern kenntlich gemacht. Die einzelnen Titelüberschriften stammen dagegen nicht von den Autoren der Originalbeiträge. Sie wurden von den italienischen Herausgebern formuliert, um die Struktur des Gesamtwerks übersichtlicher zu gestalten.

Für die großzügigen Abdruckgenehmigungen der Quellen möchten wir uns bei den folgenden Verlagen in alphabetischer Reihe bedanken: C. F. Müller Verlag GmbH (Heidelberg), Duncker & Humblot GmbH (Berlin), Springer-Verlag GmbH (Heidelberg), Universitätsverlag Winter GmbH (Heidelberg), Vittorio Klostermann GmbH (Frankfurt a.M.), Wolters Kluwer Deutschland

GmbH (Köln). Der Universität »Suor Orsola Benincasa« (Neapel) und ihrem Rektor, Professor Lucio d'Alessandro, möchten wir unseren Dank für die finanzielle Unterstützung aussprechen. Für die bisweilen schwierige Umwandlung der Originalbeiträge in ein digitales Textformat gebührt unser Dank Frau Marie Kösterke und Frau Jessica Nur Windel. Was die Übersetzung des Vorworts und der Einleitungen aus der italienischen Erstveröffentlichung anbelangt, bedanken wir uns bei Frau Christine Stazio-Feindt. Für die Unterstützung bei den Korrekturen des Einführungsbeitrags gilt unser Dank Frau Ina Krückeberg.

Hannover, im August 2018

Die Herausgeber

Vorwort zur italienischen Ausgabe

Der vorliegenden Anthologie liegt ein zweifaches Anliegen zugrunde. An erster Stelle stand der Wunsch, dem interessierten Fachpublikum von Neuem eine Gruppe von Autoren und ihre theoretischen Ansätze vorzustellen, die um die Mitte des 20. Jahrhunderts in Deutschland entstanden sind und die wir hier kurz als »Juristische Hermeneutik« bezeichnen wollen.

Die Schriften dieser Autorengruppe werden im Allgemeinen nicht zu den wesentlichen juristischen Strömungen des 20. Jahrhunderts gezählt, fanden aber in vielen Ländern – und nicht zuletzt in Italien – durchaus Beachtung. In Italien hat die Juristische Hermeneutik seit den 70er Jahren das Denken wichtiger Vertreter der Rechtsphilosophie maßgeblich beeinflusst, und seit den 90er Jahren befassen sich auch führende Strafrechtler eingehend mit ihren Inhalten. Das verbreitete Interesse an der Juristischen Hermeneutik, gerade in unseren Tagen, bildete den Anstoß für eine Zusammenstellung maßgeblicher Texte in einem Sammelband. Dabei wird das Ziel verfolgt, sie einem interessierten Fachpublikum gebündelt wieder zugänglich zu machen.

Das große Verdienst der Autorengruppe ist der lebendige Austausch zwischen Rechtsphilosophie und Rechtspraxis. Hierin liegt auch schon der weitere Beweggrund für die Realisierung dieser Textanthologie: Die Grundprinzipien der Juristischen Hermeneutik spielen – bei angemessener Definition ihrer theoretischen Prämissen und nicht, wie das heute oft geschieht, mit einem allgemein gehaltenen Hinweis auf die zentrale Stellung der Auslegung in der Rechtsprechung – für die Rechtskultur auch heute noch auf verschiedenen Ebenen eine wichtige Rolle:

- Auf *rechtsphilosophischer* Ebene könnte die Juristische Hermeneutik einige Aspekte der Rechtswirklichkeit aufzeigen, die von anderen Denkrichtungen außer Acht gelassen werden (konkrete Sachverhalte und die Inhalte, deren Träger sie ursprünglich sind).
- Für die *Rechtstheorie* wiederum könnte sie einen Beitrag leisten, indem mittels Hermeneutik das »Wesen« der im Zusammenhang mit Rechtsanwendung

stehenden Vorgänge aufgezeigt wird (z.B. der problematische Zusammenhang zwischen Beweis und Subsumtion).

- Die Bedeutung der Juristischen Hermeneutik für die *Rechtswissenschaft* liegt in der Neukonfiguration der von Juristen angewandten Kategorien mit dem Ziel, sie der Wirklichkeit anzupassen, auf die sie einwirken will (z.B. Scheinkonkurrenz im Strafrecht, Unterscheidung von Revisionsinstanz und Tatsacheninstanz).
- Für die *Rechtspraxis* endlich könnte ihre Bedeutung darin liegen, für alle in Rechtsberufen Tätigen – insbesondere gilt das für das Amt des Richters – eine Erinnerung daran zu sein, dass ein selbstreflektierendes Vorgehen bei der Berufsausübung unabdingbar ist, um der Komplexität der von ihnen zu bewältigenden Aufgaben gerecht zu werden.

Unter dieser Prämisse sei hier aber auch betont, dass die Juristische Hermeneutik nicht im eigentlichen, strengen Sinne eine Schule ist: Weder kann der »Gründer« einer vermeintlichen Schule ausgemacht werden, noch lässt sich von »nacheifernden« Anhängern einer solchen sprechen.

Die Juristische Hermeneutik kann allerdings sehr wohl als eine Strömung innerhalb des Rechtsdenkens bezeichnet werden, da allen Autoren eine gemeinsame Grundhaltung eigen ist. Aus dieser Grundhaltung heraus hat jeder von ihnen eigenständige Thesen und Kategorien entwickelt, die wir versucht haben, durch die Auswahl der Texte und Textstellen hervorzuheben und die wir der Einteilung in vier Kapitel zugrunde gelegt haben. Ausgehend von der These, dass die Rechtswirklichkeit sich durch die Dialektik zwischen normativem und faktischem Element definiert, sind daraus folgende inhaltliche Felder entstanden:

- Die Dialektik zwischen der normativen und faktischen rechtlichen Ebene,
- das Vorverständnis von Rechtssätzen und die Sachverhaltsbildung als Antipoden dieser Dialektik,
- die typologische Beschaffenheit von Rechtstatbeständen und die analogische Funktionsweise ihrer Anwendung,
- die rechtliche Entscheidung als praktisches Handeln, das den Anspruch auf Richtigkeit und damit auch auf Richtlinien hat, die dieses gewährleisten.

Diese Themenschwerpunkte haben auf unterschiedliche Art und Weise und von unterschiedlichen Ausgangspositionen aus die wichtigsten Autoren dieser Denkrichtung beeinflusst.

Eine Untersuchung, die sich rückblickend auf die verschiedenen Profile und auf die (in der Tat höchst umfangreiche) Literatur dieser Autoren richtet, gestattet eine Rekonstruktion der Juristischen Hermeneutik um zwei Kernthesen herum.

An erster Stelle steht ein allein dem Rechtsdenken entspringender Gedanke: Wenn nämlich Radbruch das Verdienst gebührt, die Grundidee der Dialektik zwischen normativem und faktischem Element und einiger damit zusammenhängender Thesen formuliert zu haben, dann ist es anderen Denkern und Rechtstheoretikern zu verdanken, dass sie diese Grundidee aufgenommen und in ein präzises theoretisches Gedankengerüst umgeformt haben. In diesem Zusammenhang drängt sich als erster Name der von Engisch auf, der aus der Dynamik des »Hin- und Herwanderns des Blickes« (Teil I) und der theoretischen Produktivität der Kategorie des Typus (Teil III) zwei entscheidende Kategorien der juristisch-hermeneutischen Grammatik entwickelt hat. Und es ist kein Zufall, dass sich so mancher Vertreter der Juristischen Hermeneutik in seinen Schriften auf Radbruch bezieht (hauptsächlich Kaufmann und sein Schüler Hassemer, aber vor allen Engisch selbst) und dabei fast immer Engischs Bild des Hin-und-her-Wanderns (im Original »Hin- und Herwandern«) des Blickes anführt (Larenz, Hruschka, Kriele, Kaufmann, Hassemer). Außerdem sehen viele von ihnen im Typus die Rechtsfigur, die am besten dazu geeignet ist, den Unterschied zwischen der hermeneutischen und der traditionellen Auffassung des Rechtstatbestandes klar herauszustellen (vgl. Engisch, Larenz, Kaufmann, Hassemer).

Komplementär zu den Ideen Radbruchs findet seit den 60er-Jahren eine rechtswissenschaftliche Weiterentwicklung der Gadamer'schen philosophischen Hermeneutik statt, und zwar vor allem durch die Arbeiten von Esser, Kriele und Müller. Begriffe wie »Vorverständnis«, »Hermeneutischer Zirkel«, »Befragung der Texte« (Teil II) und »praktische Vernunft« (Teil IV), die vor allem Esser, Kriele und Müller aufgenommen und in ihre rechtstheoretischen Konzeptionen integriert haben, sind ganz ohne Zweifel von Gadamer'scher Prägung. Auch der späte Kaufmann anerkennt die Rolle Gadamers, seines »philosophischen Lehrers«, selbst wenn er seine Theorien unabhängig von diesem entwickelt hat. Das Grundprinzip der philosophischen Hermeneutik, dass nämlich Verständnis notwendig auch Anwendung ist, tritt auf dem Gebiet der rechtlichen Beurteilung besonders zu Tage. Hier korrespondiert das rechtliche Vorverständnis mit der Bestimmung des Sachverhaltes als Aussage, und beide treten in eine kreisförmige Wechselbeziehung.

In letzter Konsequenz kann weder der Ansatz von Radbruch und Engisch (noch der Gadamer'sche) für sich eine ausschließliche Urheberschaft der Juristischen Hermeneutik in Anspruch nehmen, obwohl sie beide Grundlegendes zur Identität der Juristischen Hermeneutik beigetragen haben. Andererseits sind es auch und letztlich gerade die Fortsetzer beider Linien gewesen, die diese Ansätze fruchtbar weiterentwickelt haben. So wurde zum Beispiel die »Sachverhaltsbildung« (Teil II), die Radbruch nur ansatzweise ausgearbeitet hat und die von Engisch »lediglich« intuitiv angenommen wurde, vollends erst von

Hruschka, Larenz und Hassemer zu Ende gedacht. Wenn in ähnlicher Weise Radbruch die semantische Unbestimmtheit von Rechtsbestimmungen noch auf herkömmliche Art als Mangel (Zweideutigkeit, Lückenhaftigkeit, Widersprüchlichkeit) ansieht, gelangt man erst in der Reifephase der Juristischen Hermeneutik (vor allem mit Hassemer) dazu, in diesem vermeintlichen Mangel eine Chance zu sehen, die es den Rechtstexten erlaubt, ihre ureigene Rolle, namentlich die Offenheit des Sinns von Normen auf die Wirklichkeit hin, zu übernehmen. Diese schrittweise Entfaltung der Ideen Radbruchs und Engischs gestattet es uns heute, ihre Bedeutung besser und mit einem gewissen Nachdruck zu erfassen. Es verhilft uns gleichzeitig zu einer tieferen und zeitgemäßen Einsicht in die Wirkungsgeschichte genannter Autoren der Juristischen Hermeneutik.

Gadamer's verdienstvolle Neuerungen in der Philosophie hingegen, die im Dialog mit Heidegger am deutlichsten zum Ausdruck kommen, waren nicht nur für sich genommen unzulänglich, um eine Rechtstheorie zu begründen, die den an sie gestellten Ansprüchen gerecht würde. Auch die Vielschichtigkeit der Begründung einer rechtlichen Entscheidung konnte mit ihr nicht abgebildet werden. Obwohl Gadamer die transzendente (und eben nicht subjektivistische) Natur des Vorverständnisses und die dem Hermeneutischen Zirkel zugrunde liegende Dynamik sehr einleuchtend dargestellt hat, scheinen doch die antimethodische Vorgehensweise und eine gewisse Praxisuntauglichkeit dem allmählichen »Theorievergessen« Vorschub geleistet zu haben. Wie die jüngsten rechtswissenschaftlichen Veröffentlichungen zeigen, konnte mit Gadamer jedenfalls ein unspezifisches Daseins der Hermeneutik als reine »Mutmaßungen über die Psychologie des Interpreten« nicht verhindert werden.

Dringlicher noch als eine, wenn auch sicherlich gebotene, genealogische Rekonstruktion erscheint, wie zu Beginn bereits angedeutet, eine Verteidigung der Juristischen Hermeneutik. Begegnet werden soll damit der Gefahr, dass sie in jener »familiären« – und aus diesem Grund sehr zwiespältigen – Harmonie eines rechtswissenschaftlichen Theoriepluralismus gänzlich untergeht. Kurz gesagt, wir brauchen unserer Meinung nach eine klare Abgrenzung von der Vorstellung, dass die Aktualität rechtshermeneutischen Denkens einzig und allein auf dem Gebiet der richterlichen Interpretation oder, allgemeiner gesagt, der Rechtsauslegung überhaupt liegt. Eine solche unangemessene Beschränkung der Juristischen Hermeneutik tritt häufig in Zeiten eines allzu optimistischen Nomozentrismus auf. Um dieser Tendenz Einhalt zu gebieten, scheint an erster Stelle der Rückbezug unmittelbar auf die »Gründungsschriften« der jüngeren Juristischen Hermeneutik angeraten zu sein.

Die heute verbreitete Überzeugung, dass unsere Epoche das Zeitalter der Rechtsprechung sei, in dem der Richter die Aufgabe hat, das Recht der Realität anzupassen, und dabei zuweilen sogar so weit geht, sich selbst quasi als kon-

kurrierende Rechtsquelle anzusehen, kommt nicht von ungefähr. Eine der Ursachen und gleichzeitig eine der Wirkungen dieser Überzeugung ist die Entstehung des Verfassungsstaates.

In einer auf Rechtsgrundsätzen aufgebauten Rechtsordnung ist das Postulat der uneingeschränkten Autonomie des positiven Rechts nicht mehr haltbar. Immer häufiger ist der Richter dazu gezwungen, seine Entscheidungen auf der Grundlage einer Abwägung verschiedener Werte zu treffen, was immer ein Hinzuziehen von außerrechtlichen Größen mit sich bringt. In einem auf Prinzipien beruhenden Rechtssystem, das keine beliebigen, sondern »richtige« Entscheidungen verlangt, können diese hinzugezogenen Größen auch moralischer Art sein. Das Gesetzlichkeitsprinzip, in herkömmlicher Weise als Unterwerfung des Richters unter das Gesetz verstanden, wird zur Unterwerfung des Richters auch unter das Recht, wie es in Art. 20 Abs. 3 des Grundgesetzes der Bundesrepublik Deutschland von 1949 heißt. Unter »Recht« versteht man also die Gesamtheit von Normen, Grundsätzen und Werten, die der Richter untereinander in Einklang bringen soll, um eine gerechte Lösung eines Falles zu gewährleisten.

Dabei herrscht vor allem die Vorstellung, dass intersubjektivistische, aus dem konkreten Zusammenhang erwachsende Bindungen eine Gefahr der Willkürlichkeit bannen können, die durch das unentrinnbare Ermessen des Auslegenden entsteht. Vor diesem Hintergrund erstreben sowohl der »Neokonstitutionalismus« als auch die Hermeneutik analoge Ziele. Beiden gemeinsam ist außerdem die große Bedeutung, die sie der »interpretativen Wende« beimessen, wonach der Lehre der Auslegung eine zentrale Stellung und der Rang der Unabdingbarkeit innerhalb der Rechtsphilosophie zukommt. Die juristische Argumentationsform als logische Beweisführung für die Richtigkeit einer zu treffenden Entscheidung, die nicht aus streng logischen Ableitungsformeln besteht, hat innerhalb aller rechtsphilosophischen Studien eine immer größere Bedeutung erlangt und nimmt nunmehr eine unangefochtene Vorrangstellung ein.

Könnte man sich ein fruchtbareres Zusammenspiel für die Juristische Hermeneutik vorstellen? Bei hellem Licht betrachtet wohl kaum. Daher ist es auch so wichtig, dieses günstige Klima zu nutzen, um der Juristischen Hermeneutik klare Konturen zu verleihen, die sie als einheitliche Bewegung mit einer inhaltlich klar umrissenen Identität erkennen lassen. Die Juristische Hermeneutik erhebt ja nicht den Anspruch, die für die Rechtsphilosophie einzig richtige Interpretationsmethode zu sein. Ein Korpus aus Fragestellungen und Lösungen, der, mag er auch komplex und heterogen sein, doch einen wertvollen Bezugspunkt und Orientierungsrahmen für jede »am hermeneutischen Denken« ausgerichtete theoretische Reflexion bietet, ist jedoch zweifelsohne entstanden.

Mit anderen Worten: Da auch die interpretative Wende in den Rechtswissenschaften viele Ansätze der Hermeneutik aufgegriffen hat, drängt sich eine

neuerliche Präsentation dieser Autoren förmlich auf. Eine Zusammenstellung bedeutender Schriften dieser Denker verspricht einen großen Nutzen, und mit dieser Anthologie soll der erste Schritt in die richtige Richtung getan werden. Wenn das große Verdienst der Juristischen Hermeneutik dadurch einen größeren Leser- und Interessenkreis erreicht, ist das wichtigste Anliegen, das ein Herausgeber haben kann, bereits erreicht.

Den Aufbau dieser Anthologie und ihre Ausgestaltung haben beide Herausgeber gemeinsam konzipiert. Die Redaktion der Teile I und III lag in den Händen von Gaetano Carlizzi, während Teil II und Teil IV von Vincenzo Omaggio redigiert wurde. Besonderer Dank gilt unseren lieben Freunden Aldo Schiavello und Vito Velluzzi. Ihnen gebührt das Verdienst, dass der Band in so kurzer Zeit in der renommierten Reihe »Filosofie e filosofia del diritto« erscheinen konnte.

Neapel, im August 2016

Vincenzo Omaggio und Gaetano Carlizzi

Zur schöpferischen Kraft der Juristischen Hermeneutik

I. Einleitung

Juristische Hermeneutik im Sinne von Auslegung und Interpretation rechtlicher ›Gegebenheiten‹ ließe sich, frei nach Odo Marquard, wie folgt auf den Punkt bringen: »Hermeneutik ist die Kunst, aus einem [Rechts-]Text herauszukriegen, was nicht drinsteht: wozu – wenn man doch den Text hat – brauchte man sie sonst?«¹ Während die klassische Methodenlehre der Rechtswissenschaft Auslegung überwiegend als reinen Erkenntnisprozess darstellt, deutet sich in der Aussage von Marquard ein produzierendes Element an: Wenn der Rechtsanwender etwas aus dem Text herausholt, was sprachlogisch nicht in ihm ›enthalten‹ ist, wird durch Gesetzesauslegung nicht nur Recht erkannt, sondern auch ein Sinnüberschuss erzeugt. Dieses schöpferische Moment ist keinesfalls die Ausnahme, sondern bildet den ubiquitären Regelfall, da der Jurist – vor allem in den Rollen des Dogmatikers oder Richters – Rechtsbegriffe, Tatbestände und Rechtsfolgen nicht als Selbstzweck begreift, sondern sie immer auf eine konkrete Situation applizieren und seine Anwendung gegenüber der Rechtsgemeinschaft rechtfertigen will. Eine Norm durch Auslegung zu verstehen, bedeutet daher, sie immer anders zu verstehen, nämlich im Hinblick auf den situativen Standpunkt, von dem aus »diese Regel in das Leben übergehen«² muss. Mit dieser Kurzformel hat Savigny als Begründer der modernen juristischen Hermeneutik im 19. Jahrhundert schon zum Ausdruck gebracht, dass Auslegung des Rechts sich mit seiner Fortbildung in vieler Hinsicht überschneidet; denn beide sind Formen der Rechtserzeugung und insoweit produktive Tätigkeiten.³ Die auf den

1 O. Marquard, Frage nach der Antwort, auf die die Hermeneutik die Antwort ist, in: *ders.*, Zukunft braucht Herkunft, 2003, S. 72–101, 72.

2 F. C. v. Savigny, System des heutigen römischen Rechts, Bd. 1, 1840, S. 206.

3 Daher konvergiert in der Interpretation für Savigny auch die heute häufig angenommene Trennung zwischen dem Geschäft des praktischen Richters von dem des gelehrten Rechtsdogmatikers: »Interpretation ist Forschung, und zwar Anfang und Grundlage der Forschung, System und Geschichte sind Verarbeitung jenes zuerst gefundenen Stoffs zu Resultaten [...]«.«

ersten Blick entgegengesetzten Arbeitsweisen – Auslegung einer in der Vergangenheit erlassenen Gesetzesnorm und Fortbildung des Rechts für die Zukunft – schließen sich im Prozess der Applikation zusammen, indem das eine lediglich heuristisch und graduell von dem anderen getrennt werden kann.

1. Rechtsanwendung als Rechtserzeugung

Von dem Rechtsanwender wird eine Konkretisierungsaufgabe verlangt, wobei er eine doppelte Distanz zu überbrücken hat, nämlich einmal den vertikalen Abstand zwischen abstrakt-allgemeiner Norm und individuellem Sachverhalt und zweitens den horizontalen Abstand gegenüber den übrigen Teilnehmern der Rechtsgemeinschaft, da das Ziel von Auslegung immer auch auf Verständigung und Akzeptanz des Auslegungsergebnisses gerichtet ist. Dieser horizonterweiternde Brückenschlag vollzieht sich nicht linear, sondern über ein wechselseitiges Näherungsverfahren zwischen Norm und Faktum, auf dessen Basis der Sachverhalt durch die Norm ›konstituiert‹ und die Norm mit dem Sachverhalt ›konkretisiert‹ wird. Ein solch spiralförmiger Anwendungsprozess⁴ erschöpft sich jedoch nicht in einer solipsistischen Durchführung der Auslegungsmethoden. Die handwerkliche Explikation von Gesetzesnormen ist vielmehr in einen institutionellen Rahmen vorgängiger Applikationen eingebettet, wobei hier das ›Systemverständnis‹ an erster Stelle zu nennen wäre.⁵ So mag im Vorverständnis des Rechtsanwenders, welches sich aus überlieferter Rechtsdogmatik und erfahrungsgesättigter Rechtsprechung speist, der erste Brückenschlag längst vollzogen sein, bevor die ›nachkommende‹ Interpretation die Distanz

F. C. v. Savigny, Einleitung zu den Pandekten 1841/1842, in: A. Mazzacane (Hg.), Vorlesungen über juristische Methodologie 1802–1842, 2. Aufl. 2004, S. 285. Eingehend dazu *Meder*, *Ius non scriptum – Traditionen privater Rechtsetzung*, 2. Aufl. 2009, S. 172 ff.; *ders.*, Mißverstehen und Verstehen. Savignys Grundlegung der juristischen Hermeneutik, 2004, S. 131 ff. vgl. ferner *M. Kriele*, Besonderheiten juristischer Hermeneutik, in: M. Fuhrmann/H. R. Jauß u. a. (Hg.), Text und Applikation (Reihe Poetik und Hermeneutik IX), 1981, S. 409–412, 409 f., der das schöpferische Moment der Rechtsanwendung ebenfalls betont.

4 *W. Hassemer*, Juristische Hermeneutik, in: ARSP 72 (1986), S. 195–212, 208, und in diesem Band: *ders.*, Die gegenseitige Entfaltung von Sachverhalt und Tatbestand (Teil I Nr. 4); *K. Larenz*, Die Jurisprudenz als verstehende Wissenschaft (Teil II Nr. 9); *F. Müller*, Applikation, topisches Vorverständnis und topische Hermeneutik (Teil II Nr. 7); siehe ferner *T. Gizbert-Studnicki*, Der Vorverständnisbegriff in der juristischen Hermeneutik, in: ARSP 73 (1987), S. 476–493, 480; *M. Immenhauser*, Wozu Hermeneutik im Rechtsdenken?, in: W. Wiegand/T. Koller u. a. (Hg.), FS E. Bucher, 2009, S. 297–332, 306–309. Vgl. dazu in diesem Band: *G. Carlizzi*, Die Dialektik zwischen normativem und faktischem Element. Eine Grundlegung (Einleitung zu Teil I), und *V. Omaggio*, Das Vorverständnis von Rechtssätzen und die Bildung von Sachverhalten (Einleitung zu Teil II).

5 Auch diese Dimension kommt in Savignys Hermeneutik voll zum Tragen, vgl. dazu *Meder*, Mißverstehen (Fn. 3), S. 138–143 mwN.

zwischen Norm und Fall etwa über die Auslegung nach Sinn und Zweck einer Anspruchsgrundlage zu überwinden sucht.

Die vornehmlich bei den sogenannten *hard cases* oder unbestimmten Rechtsbegriffen erforderliche Auslegung beschreibt dabei im Grunde genommen nur einen äußersten Grenzfall des juristischen Verstehens. Denn die methodengeleitete Dolmetscherleistung ist von der alltäglichen und routinierten Übersetzungsarbeit, die Richter oder Rechtswissenschaftler bei den *easy cases* erbringen, nicht kategorial, sondern nur graduell verschieden.⁶ Wenn solche Grenzfälle dennoch anmuten, als würde z.B. der Bundesgerichtshof mit einer neuen Grundsatzentscheidung über den Verbraucherwiderruf oder ein Rechtswissenschaftler mit einer Monografie über die Vertrauenshaftung seine Lösungen zum »Anfangspunkt der ganzen Wissenschaft« erheben, »welche von hier aus erfunden werden soll«,⁷ dann liegt darin – ungeachtet der intellektuellen oder stofflichen Durchdringungstiefe – jene schöpferische Anwendung von Recht begründet, die ein Amtsrichter bei einem Verkehrsunfall oder ein Universitätslehrer für einen Ausbildungsbeitrag ebenfalls leisten muss. In allen Fällen bringt die konkretisierende Vermittlung im Zuge der Rechtsanwendung etwas Neues hervor: Sie ist ein schöpferisches Verhalten und lässt sich nicht auf schlichte Rechtserkenntnis, also auf eine Reproduktion des schon Vorhandenen reduzieren.

2. Auslegungsmethode und Rechtsgewinnung: Zur gegenwärtigen Lage und Diskussion

Unter dem Gesichtspunkt des schöpferischen Elements, das allen Rechtsanwendungsprozessen innewohnt und sowohl in methodengeleiteten Bahnen verläuft als auch auf praktischer Klugheit beruht, lässt sich ein frischer Blick auf die gegenwärtig erneut aufgekommenen Diskussionen über die Grundlagenforschung in der Rechtswissenschaft werfen.⁸ Auffällig ist dabei zunächst, dass die Disziplinen der Juristischen Hermeneutik im Allgemeinen und die Auslegungslehre im Besonderen in ein bemerkenswertes Hintertreffen geraten sind.

6 Zu Savignys Kritik der Regel ›*In claris non fit interpretatio*‹ siehe S. Meder, Grundprobleme und Geschichte der juristischen Hermeneutik, in: M. Senn/B. Fritschi, Rechtswissenschaft und Hermeneutik (ARSP Beiheft 117), S. 19–37, 24–26; eingehend ders., Mißverstehen (Fn. 3), S. 17–24, 126, 234–240.

7 F. C. v. Savigny, Vom Beruf unsrer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft, 1814, S. 30.

8 Noch einmal intensiviert wurde die Debatte mit der Empfehlung des Wissenschaftsrates, Perspektiven der Rechtswissenschaft in Deutschland, 2012, S. 36 ff.; URL: <https://www.wissenschaftsrat.de/download/archiv/2558-12.pdf> (abgerufen am 16.7.2018). Vgl. dazu die Beiträge von S. Grundmann, T. Gutmann und M. Stolleis u.v.m. in: JZ 2013, S. 693 ff.

Vergleicht man den Diskussionsstand der 1970er- und 1980er-Jahre⁹ mit der gegenwärtigen Lage, so muss das Ergebnis ernüchtern. Der fundamentale Zusammenhang von Rechtserkenntnis und Rechtserzeugung und die Korrelate von Rechtsanwendung und Wissenschaft bilden nur noch selten ein eigenständiges Thema.¹⁰ Oftmals verschwinden sie als beiläufig erwähnte Probleme in anderen Debatten, die unter Stichworten wie »Dogmatik«¹¹ oder »Grundlagenforschung«¹² geführt werden.

Muss ein Schwund – eine Zurückbildung oder gar »Entdifferenzierung« der Juristischen Hermeneutik insgesamt verzeichnet werden, so gilt dies noch mehr für das Verhältnis von Rechtsanwendung und Interpretation sowie Rechtsquel-

-
- 9 Siehe dazu W. Fikentscher, *Methoden des Rechts in vergleichender Darstellung*, Bd. 3, 1976, S. 757–760; E. Hilgendorf, *Zur Lage der juristischen Grundlagenforschung in Deutschland heute*, in: W. Brugger/U. Neumann u. a. (Hg.), *Rechtsphilosophie im 21. Jahrhundert*, 2008, S. 111–133, 115 ff.; M. Immenhauser, *Hermeneutik* (Fn. 4), S. 302–305; A. Kaufmann/D. v. d. Pfordten, *Problemgeschichte der Rechtsphilosophie*, in: W. Hassemer/U. Neumann u. a. (Hg.), *Einführung in die Rechtsphilosophie und Rechtstheorie der Gegenwart*, 9. Aufl. 2016, S. 23–142, 94–96 mit Note 256; U. Neumann, *Rechtsphilosophie in Deutschland seit 1945*, in: D. Simon (Hg.), *Rechtswissenschaft in der Bonner Republik*, 1994, S. 145–187, 160 ff.; H. Rottleuthner, *Hermeneutik und Jurisprudenz*, in: H.-J. Koch (Hg.), *Juristische Methodenlehre und analytische Philosophie*, 1976, S. 7–30, insb. 7–14; ders., *Richterliches Handeln. Zur Kritik der juristischen Dogmatik*, 1973, S. 32–51; K. F. Röhl/H. C. Röhl, *Allgemeine Rechtslehre*, 3. Aufl. 2008, § 13, S. 116–122; D. Simon, *Die Unabhängigkeit des Richters*, 1975, S. 94–96 – alle angegebene Beiträge jeweils mwN.
- 10 Ausnahmen etwa A. Bruns, *Zivilrechtliche Rechtsschöpfung und Gewaltenteilung*, in: JZ 2014, S. 162–171; H. Wiedemann, *Richterliche Rechtsfortbildung*, in: NJW 2014, S. 2407–2412 – beide primär anwendungsorientiert; ferner J. Eisfeld, *Rechterkenntnis durch begründetes Werten*, ARSP 102 (2016), S. 551–598; A. Jansen, *Die Kunst des Unterscheidens zwischen Recht und Gerechtigkeit*, 2016, insb. S. 253 ff.; J. Kaspers, *Philosophie – Hermeneutik – Jurisprudenz*, 2014, S. 141–169; B. Lodzig, *Grundriss einer verantwortlichen Interpretationstheorie des Rechts*, 2015, insb. S. 109 ff.; A. Schiemann, *Normative Auslegung oder wie sich Erklärungen selbst erklären und der Inhalt verschwindet*, in: *Rechtstheorie* 44 (2013), S. 125–138; L. Schmid, *Die Auslegung gesetzlicher Auslegungsregeln*, in: *Rechtstheorie* 47 (2016), S. 199–216; M. Payandeh, *Judikative Rechtserzeugung*, 2017, insb. S. 53 f., 112–115, 132–134, der jedoch die Verbindungen zur Hermeneutik und Tradition einer pluralistischen Rechtsquellenlehre nur streift. Siehe ferner die Beiträge in: S. Meder/G. Carlizzi u. a. (Hg.), *Juristische Hermeneutik zwischen Vergangenheit und Zukunft*, 2013.
- 11 Vgl. nur C. Bumke, *Rechtsdogmatik. Eine Disziplin und ihre Arbeitsweise*, 2017, S. 48 ff.; T. Kuntz, *Recht als Gegenstand der Rechtswissenschaft und performative Rechtserzeugung*, AcP 216 (2016), S. 866–910; T. Lobinger, *Perspektiven der Privatrechtsdogmatik am Beispiel des allgemeinen Gleichbehandlungsrechts*, in: AcP 216 (2016), S. 28–106, 40 ff.; M. Goldmann, *Dogmatik als rationale Rekonstruktion*, in: *Der Staat* 53 (2014), S. 373–399; M. Jes-taedt, *Wissenschaft im Recht*, in: JZ 2014, S. 1–12, 5 ff.; R. Stürner, *Die Zivilrechtswissenschaft und ihre Methodik – zu rechtsanwendungsbezogen und zu wenig grundlagenorientiert?*, in: AcP 214 (2014), S. 7–54, 27 ff., und die Beiträge in: G. Kirchhof/S. Magen u. a. (Hg.), *Was weiß Dogmatik*, 2012.
- 12 Vgl. nur M. Klatt, *Integrative Rechtswissenschaft*, in: *Der Staat* 54 (2015), S. 469–499, und die Beiträge in: E. Hilgendorf/H. Schulze-Fielitz (Hg.), *Selbstreflexion der Rechtswissenschaft*, 2015; C. Engel/W. Schön (Hg.), *Das Proprium der Rechtswissenschaft*, 2007.

lentheorie und juristischer Methodenlehre. Soweit ersichtlich, ist die letzte große Kontroverse hierzu unter dem Topos ›Richterrecht versus Gesetzesbindung‹ vor gut zehn Jahren geführt worden, damals unter maßgeblicher Beteiligung von Hassemer, Hirsch und Rüthers,¹³ während heute eher Spezialuntersuchungen das Feld beherrschen, die solche Grundsatzfragen mehr anwendungsorientiert im Rahmen eng begrenzter Sachgebiete erörtern.¹⁴

3. Ursachen für die aktuelle Tendenz zur Entdifferenzierung der Juristischen Hermeneutik

Wer nach den Ursachen forscht, die zu einer verminderten Wahrnehmung der Juristischen Hermeneutik und Rechtsquellenlehre geführt haben, wird zunächst auf einen grundlegenden Wandel der Gesetzgebungstechnik, und zwar sowohl in nationalstaatlicher als auch in europäischer Hinsicht stoßen. Im Zuge europäischer Rechtsvereinheitlichung kommt ein legislativer Trend zum Ausdruck, der sich an einem Vollständigkeitsideal des äußeren Rechtssystems orientiert und – zugespitzt – als ›kasuistische Selbstsubsumtion‹ qualifiziert werden könnte. Dabei handelt es sich nicht lediglich um einen bestimmten Regelungsstil. Vielmehr dient die in Konditionalprogramme gegossene Kasuistik auch Erläuterungszwecken. Als Beispiel können vollharmonisierende Richtlinien mit ›offiziellen Auslegungshilfen‹ der europäischen Kommission angeführt werden.¹⁵

13 Vgl. einschließlich der Vorgeschichte und den Ausläufern: B. Rüthers, Demokratischer Rechtsstaat oder oligarchischer Richterstaat?, in: JZ 2002, S. 365–371; ders./C. Höpfner, Analogieverbot und subjektive Auslegungsmethode, in: JZ 2005, S. 21–25; G. Hirsch, Auf dem Weg zum Richterstaat?, in: JZ 2007, S. 853–858; W. Hassemer, Gesetzesbindung und Methodenlehre, in: ZRP 2007, S. 213–219; B. Rüthers, Gesetzesbindung oder freie Methodenwahl?, in: ZRP 2008, S. 48–51; M. Kriele, Richterrecht und Rechtspolitik, in: ZRP 2008, S. 51–53; W. Hassemer, Juristische Methodenlehre und richterliche Pragmatik, in: Rechtstheorie 39 (2008), S. 1–22; G. Hirsch, Weder Diener des Gesetzes, noch Komponist, in: ZRP 2009, S. 253 f.; B. Rüthers, Klartext zu den Grenzen des Richterrechts, in: NJW 2011, S. 1856–1858.

14 So etwa P. O. Mühlbert, Einheit der Methodenlehre? – Allgemeines Zivilrecht und Gesellschaftsrecht im Vergleich, in: AcP 214 (2014), S. 188–300; und die auch auf judikative Rechtsfortbildung eingehenden Reihenbeiträge von C. Herresthal, Die richtlinienkonforme und die verfassungskonforme Auslegung im Privatrecht, in: JuS 2014, S. 289–298; B. Hecker, Die richtlinienkonforme und die verfassungskonforme Auslegung im Strafrecht, in: JuS 2014, S. 385–393; J. Kühling, Die richtlinienkonforme und die verfassungskonforme Auslegung im Öffentlichen Recht, in: JuS 2014, S. 481–490.

15 Vgl. etwa Art. 9 der Fluggastrechte-VO (EG) 261/2004, wonach Fluggäste bei Annullierung oder sonstigen Störungen der Beförderung einen Anspruch auf Betreuungsleistungen geltend machen können. In drei Absätzen wird bis ins Detail die Art und Weise der konkreten Betreuung geregelt, z. B. »Mahlzeiten«, »Erfrischungen«, »zwei Telefongespräche« oder »zwei Telefaxe«. Da sich schon kurz nach Inkrafttreten große ›Lücken‹ offenbarten, erließ die

Solche legislativ-exekutiven Gesamtpakete verfolgen das politische Steuerungsziel, künftige Lebenssachverhalte entweder bereits in detaillierten Normprogrammen zu antizipieren, oder aber durch neue Formen ›authentischer Interpretation‹¹⁶ zu präjudizieren. Wie in Zeiten des absolutistischen Gesetzgebungsstaats wird Wissenschaft und Praxis suggeriert, dass die geschriebene Rechtsquelle (*acquis communautaire*) eine schöpferische Interpretation im konkreten Fall überflüssig mache. Während der Europäische Gerichtshof noch einen großen Freiraum in Anspruch nimmt, sich vor allem selbst zu dieser ›monistischen‹ Rechtsquelle zählt¹⁷ und daher auch nicht zögert, in einzelnen Fällen ›gesetzesübersteigende‹ Fortbildung durch Rückgriff auf die Auslegungsmaxime des *effet utile* zu betreiben,¹⁸ hat es die Wissenschaft schwerer, ihren Platz *innerhalb* des *acquis communautaire* zu behaupten.

Zum anderen aber, und dies erscheint die wichtigere Ursache zu sein, wird der erwähnte ›Schwund‹ in der Theoriegeschichte der Juristischen Hermeneutik selbst zu suchen sein. So ist ein Bruch in der eigenen Traditionslinie erkennbar, der sich seit der ›Renaissance‹ der Juristischen Hermeneutik in den 1970er-Jahren im Grunde genommen noch vertieft hat. Aktuell stehen rechtsphilosophische Entwürfe einer allgemeinen Hermeneutik unverbunden neben einer Art von Spezialhermeneutik, die als ›Vulgärhermeneutik‹ in Gestalt eines Gebrauchswissens auf die bekannten juristischen Auslegungsmethoden aufbaut.¹⁹

Kommission »Leitlinien für die Auslegung der VO (EG) 261/2004«, die nur die Rechtsprechung des EuGH systematisch kompilieren wollen, in Wirklichkeit aber auch konstruktive, schöpferische Ergänzungen der Richtlinie darstellen.

16 Auf die fragwürdige rechtsstaatliche Legitimation weist hin: K. Riesenhuber, Auslegung, in: ders. (Hg.), Europäische Methodenlehre, 3. Aufl. 2015, § 10 Rn. 28.

17 J. Neuner, Die Rechtsfortbildung, in: K. Riesenhuber (Hg.), Europäische Methodenlehre, 3. Aufl. 2015, § 12 Rn. 8.

18 Vgl. zu jüngeren Entwicklungen N. Grosche, Rechtsfortbildung im Unionsrecht, 2011, S. 18–22. Interessant erscheint die historische Legitimation für ein europäisches Richterrecht aus Effizienzgesichtspunkten. So wird häufig der im *common law* für die Vertragsauslegung verwendete Grundsatz *ut res magis valeat quam pereat* herangezogen (vgl. C. Heinze, Effektivitätsgrundsatz, in: J. Basedow/K. J. Hopt u. a. [Hg.], Handwörterbuch des Europäischen Privatrechts, Bd. 1, 2009, S. 337–341, 338). Dieses Prinzip geht auf die römisch-rechtliche Testamentsauslegung nach Billigkeitsgesichtspunkten zurück (insb. Julian, D. 34. 5. 12; dazu R. Knütel, Rechtseinheit in Europa und römisches Recht, in: ZEuP 1994, S. 244–276, 249f.). Führt eine Auslegung nach dem strikten Wortlaut zur Unwirksamkeit der letztwilligen Verfügung, so ist im Interesse des Erblassers von einer Interpretation auszugehen, die dem Rechtsgeschäft zu rechtlicher Geltung verhilft. Mit diesem Rekurs auf das schmale Fundament der römisch-rechtlichen Testamentsauslegung wird letztlich auch versucht, an die schöpferische Zeit des *common law* anzuknüpfen, bevor die *sens clair*-Doktrin die anglo-amerikanischen Richter zu einer reinen Buchstabenphilologie verpflichtet haben. Vgl. dazu Meder, Mißverstehen (Fn. 3), S. 17–21; R. Zimmermann, Europa und das römische Recht, in: AcP 202 (2002), S. 243–316, 307–311.

19 Für Beispiele aus den 1970er-Jahren siehe den Bericht von H. G. Hinderling, Rechtsnorm und Verstehen, 1971, S. 149–156. Kritik an einem trivialisierten Verständnis von Juristischer

Andererseits fehlt den Konzeptionen einer Juristischen Hermeneutik aus dem 20. Jahrhundert auch der theoriegeschichtliche Zusammenhang mit der Begründung der ›modernen‹ Interpretationslehre durch die frühe Historische Rechtsschule, insbesondere durch Friedrich Carl von Savigny. Die Folge ist, dass das Zusammenspiel von Auslegungs- und Rechtsquellenlehre nur noch selten reflektiert wird. Insgesamt bleibt sowohl das epistemologische als auch das historische Verhältnis zwischen allgemeiner und spezieller Hermeneutik der Jurisprudenz der Klärung bedürftig.

Wirft man zunächst einen Blick auf die Blütezeit der jüngeren Juristischen Hermeneutik, zeigen die im vorliegenden Quellenband versammelten Beiträge ein fragmentiertes und heterogenes Theoriegebäude. Zwar ließe sich das weite Feld hermeneutischer Studien von Karl Engisch und Martin Kriele zur ›Idee der juristischen Konkretisierung‹ über Josef Essers Erinnerung an das ›Vorverständnis‹ der Juristen und die von Karl Larenz, Arthur Kaufmann und Winfried Hassemer entwickelte ›Typuslehre‹ bis hin zu Joachim Hruschkas ›hermeneutischer Transpositivität des Rechts‹ abstecken und so auf einen gemeinsamen Nenner bringen. Alle Autoren vereint nämlich die Überwindung von substanzontologischen Rechtstheorien (Naturrecht, Positivismus) zugunsten eines Rechtsdenkens in sprachlich vermittelten Verhältnissen und historisch gewachsenen Strukturen. In Frontstellung gegen einen eindimensionalen Nomozentrismus kritisieren sie das cartesianische Beobachtermodell, das den Rechtsanwender als Subjekt einer ›objektiven‹ Rechtsordnung gegenüberstellt.

Bei genauerem Hinsehen, insbesondere unter Berücksichtigung der philosophischen Prämissen der ›Juristischen Hermeneutiken‹, können die Gemeinsamkeiten jedoch auch wieder in Frage gestellt werden. Denn die philosophischen Fundamente der Autoren gehen auf keine einheitliche Wurzel zurück und zeigen ein eher heterogenes, buntscheckiges Bild. Während etwa Helmut Coing in Erweiterung seiner wertorientierten Jurisprudenz an die Grundlegung der Hermeneutik von Emilio Betti anknüpft,²⁰ orientiert sich Karl Larenz an dem

Hermeneutik übt auch H.-G. Gadamer, Art. Hermeneutik, in: J. Ritter (Hg.), *Historisches Wörterbuch der Philosophie*, Bd. 3, 1974, Sp. 1061–1073, 168: »Innerhalb der modernen Rechtsdogmatik konnte sie [die Juristische Hermeneutik] nur eine kümmerliche Rolle spielen, gleichsam als der nie ganz vermeidbare Schandfleck an einer sich selbst vollendenen Dogmatik.« Aktuell wird die Juristische Hermeneutik wieder von all jenen Autoren auf ›gesetzestreue Rechtsanwendung‹ reduziert, die ihr die Kraft zur Rechtsschöpfung absprechen wollen (siehe unten III).

- 20 Vgl. H. Coing, *Die juristischen Auslegungsmethoden und die Lehren der allgemeinen Hermeneutik*, 1959, insb. S. 22–25; zusammenfassend *ders.*, *Grundzüge der Rechtsphilosophie*, 5. Aufl. 1993, S. 38f., 261–298; dazu M. Frommel, *Die Rezeption der Hermeneutik bei Karl Larenz und Josef Esser*, 1981, S. 41–43. Die schon vor ›Wahrheit und Methode‹ entwickelte und von Gadamer's Werk überschattete Hermeneutik von E. Betti, *Zur Grundlegung einer allgemeinen Auslegungslehre*, in: W. Kunkel/H. J. Wolff, *FS Rabel*, Bd. 2, 1954, S. 79–168, 142,

hermeneutischen Gegenentwurf von Gadamer's ›Wahrheit und Methode‹ und verknüpft dessen Einsichten mit phänomenologischen Erkenntnissen und der materialen Wertethik Nicolai Hartmanns.²¹ Auch Josef Esser rezipiert die Gadamer'sche Hermeneutik, soziologisiert allerdings den Begriff des Vorverständnisses in Hinblick auf die richterliche Praxis so stark, dass einige Dimensionen hermeneutischer Reflexionsphilosophie auf der Strecke bleiben.²² Im Gesamtüberblick eröffnet sich ein Horizont des Eklektizismus, der Auf- und Übernahme verschiedenster Versatzstücke aus der allgemeinen hermeneutischen Philosophie, die nicht systematisch, sondern meist pragmatisch in die eigenen methodologischen Entwürfe eingeflochten werden.

Dass der juristische Diskurs des 20. Jahrhunderts darüber hinaus nicht den Versuch unternommen hat, an die bis hinauf zu Savignys Hermeneutik reichende Traditionslinie wieder anzuknüpfen, dürfte – neben den Irrlehren über die ›Begriffsjurisprudenz‹ und den Spätfolgen einer ›Renaissance des Naturrechts‹ in den 1950er-Jahren – auch an dem einflussreichen Werk ›Wahrheit und Methode‹ (1960) von Hans-Georg Gadamer gelegen haben. In seiner Grundlegung kritisiert er bekanntlich nicht nur die Stellenhermeneutik der Aufklärung, sondern bringt ebenso die sich Anfang des 19. Jahrhunderts formierende ›moderne‹ Hermeneutik in Misskredit.²³ Savignys Hermeneutik, mit Schleiermacher assoziiert, beschränke sich auf eine rein kontemplative Betrachtung von Rechtsaltertümern, Savigny habe Historismus betrieben ohne praktischen Anwendungsbezug oder Reflexion auf das Spannungsverhältnis mit der Gegenwart.²⁴ Diese Kritik darf in doppelter Hinsicht als unzutreffend charakterisiert

betont die Sonderstellung der juristischen Interpretation. Im Unterschied zu anderen textverstehenden Disziplinen habe die rechtliche Auslegungskunst nicht nur eine »rekognitive« und »reproduktive« Aufgabe, sondern vor allem eine »normative Funktion«. Diesen bedeutenden Unterschied übergeht nach Bettis Ansicht wiederum Gadamer, wenn er in der Applikation des Historikers ebenfalls eine solche Wertentscheidung sehen will.

21 K. Larenz, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 6. Aufl. 1991, S. 243–249.

22 Vgl. nur J. Esser, Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung, 1972, S. 12f.; treffend herausgestellt und »begrüßt« von R. Dreier, Zur Problematik und Situation der Verfassungsinterpretation (1976), in: ders., Recht – Moral – Ideologie, 1981, S. 106–145, 118. Problematisch ist Essers Soziologisierung allerdings, weil sie missverständlichen Deutungen Vorschub leistet, wie etwa bei E. A. Kramer, Juristische Methodenlehre, 3. Aufl. 2010, S. 312–317, der im Vorverständnis mehr eine persönliche ›Vorverurteilung‹ des Richters erblickt.

23 H.-G. Gadamer, Wahrheit und Methode (Hermeneutik I), 5. Aufl. 1986, S. 188–201.

24 Siehe exemplarisch Gadamer, Wahrheit und Methode I (Fn. 23), S. 331f. Eine Fernwirkung von dieser einseitigen Zuschreibung des Historismus findet sich selbst noch heute in einigen methodischen Werken, die Savignys ›Spezialhermeneutik‹ behandeln und ihn mit dem Zitat, sich ›in Gedanken auf den Standpunkt des Gesetzgebers zu versetzen‹, als Vertreter einer rein subjektiven Auslegungslehre charakterisieren; so etwa B. Rühlers/C. Fischer/A. Birk, Rechtstheorie mit Juristischer Methodenlehre, 9. Aufl. 2016, § 22 Rn. 698–703; vgl. dagegen Meder, Mißverstehen (Fn. 3), S. 125–129 u. ders., Grundprobleme (Fn. 6), S. 35–37.

werden: Nach heutigem Forschungsstand hat Gadamer nicht nur Schleiermachers Hermeneutik zu Unrecht als überwiegend divinatorisch und psychologisierend herabgestuft;²⁵ auch seine auf die überholten Untersuchungen von Ernst Forsthoff gestützten Aussagen über Savigny gehen in den meisten Punkten fehl.²⁶

Bedingt durch die aufgezeigten Schwierigkeiten innerhalb des eigenen Theoriekonglomerats und durch Kritik von Seiten der Rechtsdogmatik²⁷ sowie der analytischen und positivistischen Rechtstheorie,²⁸ aber auch von Vertretern des kritischen Rationalismus²⁹ sind die Diskussionen über ›Juristische Hermeneutik‹ seit den späten 1990er-Jahren zunehmend abgeflaut. Nicht verschwiegen werden darf jedoch, dass viele hermeneutische Erkenntnisfrüchte aus der damaligen Auseinandersetzung inzwischen zum Gemeingut einer reflektierten und aufgeklärten Jurisprudenz geworden sind, sodass der theoriegeschichtliche Ursprung häufig nicht mehr erkennbar ist. In letzter Hinsicht scheint sich die

25 Siehe *Gadamer*, Wahrheit und Methode I (Fn. 23), S. 191f.; *ders.*, Zur Problematik des Selbstverständnisses, in: Wahrheit und Methode: Ergänzungen (Hermeneutik II), 1986, S. 121–132, 123; dagegen *K. Joisten*, Philosophische Hermeneutik, 2009, S. 104; *F. Rodi*, Erkenntnis des Erkannten, 1990, S. 96f.; *G. Scholtz*, Ethik und Hermeneutik, 1995, S. 122–125; *ders.*, Was ist und seit wann gibt es ›hermeneutische Philosophie‹?, in: Diltthey-Jahrbuch 8 (1992/93), S. 93–119, 97–99; vermittelnd *J. Grondin*, Einführung in die philosophische Hermeneutik, 2. Aufl. 2001, S. 108–112. Eine Revision der verkürzten Deutung von Gadamer hält auch schon *E. Betti*, Die Hermeneutik als allgemeine Methodik der Geisteswissenschaften, 2. Aufl. 1972, S. 38–41 für notwendig.

26 Eingehend dazu *Meder*, Mißverstehen (Fn. 3) S. 2–6, 219–221, und zum Verhältnis zu Schleiermacher: S. 28–34; ferner: *ders.*, Grundprobleme (Fn. 6), S. 27–29; daran anknüpfend: *Immenhauser*, Hermeneutik (Fn. 4), S. 302–305.

27 Vgl. nur in chronologischer Reihe: *A. Meier-Hayoz*, Der Richter als Gesetzgeber, 1951, S. 39; *K. Hesse*, Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 1. Aufl. 1968, S. 25; *W. Fikentscher*, Methoden des Rechts III (Fn. 9), S. 759f.; aus jüngerer Zeit etwa: *E. Schumann*, Eigenständigkeit und Vielfalt der juristischen Hermeneutik, in: A. Heldrich/J. Prölss u. a. (Hg.), FS C.-W. Canaris, Bd. 2, 2007, S. 1367–1401; *Kramer*, Methodenlehre (Fn. 22), S. 312–317; MünchKommBGB/F. J. Säcker, 7. Aufl. 2015, Einl. Rn. 96–114; *T. Frieling*, Gesetzesmaterialien und Wille des Gesetzgebers, 2017, S. 191–194.

28 So z. B. *O. Weinberger*, Die logischen Grundlagen der erkenntniskritischen Jurisprudenz, in: Rechtstheorie 9 (1978), S. 125–142, 137–142; ferner *H.-J. Koch*, Vorbemerkung, in: *ders.* (Hg.), Juristische Methodenlehre und analytische Philosophie, 1976, S. 1–6 in Note 5 mwN, sowie die weiteren, im angegebenen Band enthaltenen Beiträge; differenzierte Kritik bei *U. Neumann*, Zum Verhältnis von philosophischer und juristischer Hermeneutik, S. 49–56, 52f., sowie *U. Schroth*, Philosophische Hermeneutik und interpretatorische Fragestellungen, S. 77–89, 87f. – beide Beiträge in: W. Hassemer (Hg.), FS A. Kaufmann, 1984; ferner *Röhl/Röhl*, Allgemeine Rechtslehre (Fn. 9), § 13, S. 118f.

29 Vgl. nur *H. Albert*, Erkenntnis und Recht. Die Jurisprudenz im Lichte des Kritizismus, in: *ders./N. Luhmann u. a.* (Hg.), Rechtstheorie als Grundlagenwissenschaft der Rechtswissenschaft (Jahrb. f. Rechtssoziologie und Rechtstheorie, Bd. 2), 1972, S. 80–96, insb. S. 87–89, mit dem Gegenmotto: Der Jurist als Sozialingenieur solle besser ›kausal erklären‹ statt in einem Offenbarungsmodell ›interpretativ verstehen‹. Nochmals eingehend *ders.*, Kritik der reinen Hermeneutik, 1994, S. 185–197; ferner *C. v. Mettenheim*, Recht und Rationalität, 1984, S. 46–61.

bereits im Jahre 1981 geäußerte Befürchtung von Dieter Nörr bewahrheitet zu haben, nämlich, dass die »Grenzüberschreitungen der Hermeneutik« gegenüber juristischen Teildisziplinen mit einer Schwächung einhergingen, wodurch sie »gerechtfertigten oder ungerechtfertigten Angriffen keinen ausreichenden Widerstand« mehr entgegensetzen konnte.³⁰

Trotz des richtigen Gespürs von Gadamer, die »exemplarische Bedeutung der juristischen Hermeneutik«³¹ für sämtliche text- und handlungsbezogenen Geisteswissenschaften hervorzuheben, konnte sein großangelegter Wurf gerade in der Rechtswissenschaft nicht die erhofften Langzeitwirkungen entfalten. Vielleicht sind die vielen Hinweise von Gadamer auf die Rolle der Rechtsdogmatik, auf die Applikation von Recht oder auf die Bedeutung der Hermeneutik für die Rechtsgeschichte als Einmischungen oder Belehrungen der Rechtswissenschaft falsch verstanden worden. Andererseits könnte ein tieferer Grund für so manches Missverständnis auch darin zu sehen sein, dass Gadamer an Grundeinsichten des juristischen Denkens und Handelns appellierte, die in der Theoriegeschichte des Rechts im 20. Jahrhundert großteils verschüttet waren, also noch der eigenen Wiederentdeckung und erneuerten Anverwandlung harrrten. Zur Beschreibung des Phänomens, nicht von »außen« an die eigene Theorietraditionen erinnert werden zu wollen, liegt es nahe, an die Parallele der Beziehung zwischen Therapeut und Patient in der Psychoanalyse anzuknüpfen, eine Analogie, die in der Kontroverse zwischen Gadamer und Habermas eine große Rolle spielte.³² Ähnlich wie sich der Therapeut im Gespräch nicht über den Patienten, den er therapieren will, überheben, sondern mehr die Rolle des sokratischen Geburtshelfers übernehmen sollte, wäre die Bearbeitung der Juristischen Hermeneutik den Rechtswissenschaften selbst zu überlassen.

Im Folgenden soll ein kleiner Mosaikstein für die vorstehend angedeutete, in weiten Teilen noch ausstehende Aufgabe gelegt werden (II). Im Anschluss an die eher theoriegeschichtlichen Erörterungen wird sodann der Faden zu der Juristischen Hermeneutik im 20. Jahrhundert aufzunehmen sein, um anhand des Applikationsbegriffs beide Elemente – Geschichte und Theorie – wieder zusammenzuführen (III).

30 D. Nörr, *Triviales und Aporetisches zur Juristischen Hermeneutik*, in: M. Fuhrmann/H. R. Jauf u. a. (Hg.), *Text und Applikation* (Reihe Poetik und Hermeneutik), 1981, S. S. 235–246, 241.

31 Gadamer, *Wahrheit und Methode I* (Fn. 23), S. 330–346.

32 Siehe nur die Beiträge von Gadamer und Habermas in dem Band: J. Habermas/D. Henrich u. a. (Hg.), *Theorie-Diskussion. Hermeneutik und Ideologiekritik*, 1977, insb. S. 133–150 und S. 292–309.

II. Historische Streiflichter auf Konvergenzen von Juristischer Hermeneutik und Rechtsquellenlehre

Anhand von zwei Beispielen, der römischen und humanistischen Jurisprudenz, sollen im Folgenden Gebiete ausgelotet werden, in denen sich Interpretation und Rechtsquellenlehre berühren. Ziel dieses kurzen ideengeschichtlichen Abrisses ist eine Aktualisierung des gegenwärtig nur noch schwach ausgeprägten Bewusstseins, dass juristische Auslegung immer auch Anwendung und Applikation stets Schöpfung von Recht bedeutet. Der Umstand, dass den Epochen von klassisch-römischer und humanistischer Jurisprudenz ein etatistisches Gesetzgebungsmonopol fremd geblieben ist, begünstigt die Freilegung dieser produktiven Faktoren. Dabei wird sich zeigen, dass die schöpferische Rechtsanwendung keinesfalls nur ein rechtspolitisches Desiderat der Juristen gewesen ist. In erster Linie handelt es sich um ein schlichtes Faktum, weil der Rechtsanwender, soll eine »Regel ins Leben übergehen«, unablässig von seiner »Seite etwas dazu thun« muss.³³ Die Notwendigkeit eines solchen ›Dazu-Tuns‹ ist zu allen Zeiten dieselbe geblieben. Rechtssätze verfolgen immer praktische Zwecke im Hinblick auf eine sich im Fluss befindende Gesellschaft. Tatbestände und Rechtsfolgen können nicht so ›rein‹ gehalten werden, wie die Verfechter einer rigorosen Gesetzesbindung, einer sich in ›Gesetzgebungskunde‹ erschöpfenden Rechtswissenschaft zu glauben scheinen. Die folgenden Erörterungen müssen auf einige ›Streiflichter‹ beschränkt bleiben, auf eine Darstellung also, die nur einen kleinen Ausschnitt aus dem breiten Spektrum der Konvergenzen von Interpretationslehre und Rechtsquellentheorie behandeln kann.

1. Römische Jurisprudenz

In der Geschichte der Jurisprudenz bildet die Hermeneutik – die Kunstlehre der Interpretation – seit ihren Anfängen im römischen Recht eine tragende Säule. Mit dem Einsetzen der Verschriftlichung rechtlicher Diskurse und einer professionellen Literaturproduktion ab dem 3. Jahrhundert v. Chr. nimmt das Auslegen und Erklären eine bedeutende Rolle in der römischen Jurisprudenz ein. Erhielt sich anfangs noch ein Rest an pontifikalem Selbstverständnis, rechtliches Wissen geheim zu halten und Urteile apodiktisch zu sprechen,³⁴ wandelt sich diese »innere Schriftlichkeit« spätestens mit dem großangelegten Kommentar

³³ Savigny, System I (Fn. 2), S. 206.

³⁴ M. Bretone, Geschichte des römischen Rechts, 2. Aufl. 1998, S. 81 ff.; F. Wieacker, Römische Rechtsgeschichte, Bd. I/1, 1988, § 36, S. 579–583.

des Zwölftafelgesetzes von Sextus Aelius zu einer »äußeren Schriftlichkeit«.³⁵ Um das schmale Gesetzesfundament rankt sich allmählich eine gewaltige Masse an Interpretationsliteratur, die das *ius scriptum* nicht bloß divinatorisch deutet, sondern produktiv den Bedürfnissen eines zu imperialer Größe angewachsenen Stadtstaates anpasst. Vor allem dient die Interpretation der Aufgabe, ökonomisch veränderte Verhältnisse normativ in den Griff zu bekommen. Das römische »Grundgesetz«, dessen Tatbestände auf eine überwiegend agrarische Siedlungsgemeinschaft zugeschnitten waren,³⁶ wird angepasst an Fernhandel und Geldwirtschaft, an neue Erscheinungsformen von Familie, Arbeit und Produktion.³⁷

Dadurch entsteht ein *ius non scriptum*, das den altertümlichen Buchstaben verpflichtet bleibt, aber den strengen Konditionalprogrammen des Zwölftafelgesetzes durch *interpretatio legum* frischen Wind einhaucht.³⁸ So findet offiziell zwar eine »ideologische Abwertung aller außergesetzlichen Ius-Bildung«³⁹ statt, was den Eindruck einer Gesetzesfixierung der vorklassischen Juristen erweckt. Unter der Oberfläche zeigt sich indes, dass die von den Juristen zum Ausgangspunkt genommenen *leges* – im Unterschied zum modernen Ideal der Gewaltenteilung – weder in einer erkenntnistheoretischen noch in einer politischen Distanz zu den Rechtsanwendern stehen.⁴⁰ Der Buchstabe des Gesetzes ist kein »Anderes«, das den Juristen autoritativ gegenübertritt, sondern ein noch schweigender Dialogpartner, der durch *sola prudentium interpretatio* zum Sprechen gebracht werden muss. Daher ist die Gesetzesform weniger ein Erkenntnismittel als ein interpretatives Medium, das eine prinzipielle, vorgängige Werteordnung (der *societas humana*) sichtbar macht.⁴¹ Vor diesem Hintergrund

35 O. Behrends, Gesetz und Sprache. Das römische Gesetz unter dem Einfluß der hellenistischen Philosophie, in: M. Avenarius/R. Meyer-Pritzl u. a. (Hg.), Institut und Prinzip, Bd. 1, S. 91–224, 172 [zuerst ersch. in: O. Behrends/W. Sellert (Hg.), Nomos und Gesetz. Ursprünge und Wirkungen des griechischen Gesetzesdenkens, 1995, S. 135–249].

36 Bretone, Geschichte (Fn. 34), S. 74 ff. Eine Subsistenzwirtschaftliche Grundlage schließt freilich nicht typisch »urbane« Rechtssätze aus, die bereits den Keim marktwirtschaftlicher Entwicklung in sich tragen; vgl. O. Behrends, Der Zwölftafelprozeß. Zur Geschichte des römischen Obligationenrechts, 1974, S. 1–10.

37 Zum Strukturwandel im 2. Jahrhundert v. Chr. vgl. G. Alföldy, Römische Sozialgeschichte, 4. Aufl. 2011, S. 60–84.

38 Vgl. Meder, Ius non scriptum (Fn. 3), S. 158–160, dort auch zu dem Streit u. a. zwischen Mayer-Maly und Waldstein auf der einen und Flume auf der anderen Seite um die Frage, ob ein römisches »Juristenrecht« existierte, das auch im *ius*-Begriff enthalten war.

39 F. Wieacker, Ius civile und lex publica in der römischen Frühzeit, in: G. Baumgärtel/H.-J. Becker (Hg.), FS H. Hübner, 1984, S. 357–376, 375.

40 Ähnlich C. Baldus, Gesetzesbindung, Auslegung und Analogie, in: K. Riesenhuber (Hg.), Europäische Methodenlehre, 3. Aufl. 2015, § 3 Rn. 24.

41 O. Behrends, Die *fraus legis*. Zum Gegensatz von Wortlaut- und Sinngeltung in der römischen Gesetzesinterpretation, 1982, S. 86–97; vgl. auch W. Flume, Gewohnheitsrecht und römisches Recht, S. 13 ff.

kann Jahrhunderte später Pomponius in seiner Rechtsquellentheorie das *proprium ius civile* vollständig auf Interpretation zurückführen, wenn er meint, dass

»in unserem Gemeinwesen [...] entweder nach dem [geschriebenen] Recht entschieden [wird], das heißt nach dem [Zwölftafel-]Gesetz, oder es gilt das eigentliche Zivilrecht, das als ungeschriebenes Recht allein auf der Auslegung der Rechtsgelehrten beruht [...]«.⁴²

Werden die bekannten Prinzipien *bona fides* oder *aequitas* berücksichtigt, so stellt sich heraus, dass diese handlungsleitenden Werte in der römischen Republik Ausdruck einer eigenständigen, mit griechischer Philosophie angereicherten Rechtstheorie sind.⁴³ Die so für die Rechtspraxis über den Gesetzeswortlaut zugerichteten Wertungen sind nicht dem *ius scriptum* entnommen. Sie sind vielmehr den Sätzen des positiven Rechts argumentativ assoziiert und bringen – über ein sinnlich-körperliches Deutungsschema⁴⁴ – auch empirischen Kontext in das *ius* hinein. Welche gestalterische Kraft die daraus hervorgehenden Rechtsschöpfungen zu jener Zeit besaßen, lässt sich gut an einem Vergleich mit der nur spärlichen ›Volksgesetzgebung‹ verdeutlichen, die sich überwiegend in Maßnahmegesetzen erschöpft oder politische Auseinandersetzungen beruhigt, in den seltensten Fällen aber an einer langfristigen Fortbildung des Zwölftafelgesetzes beteiligt war.⁴⁵ Um noch einmal auf den Hochklassiker Pomponius zurückzukommen, lassen sich daher weniger die Gesetze als der schöpferische Kommentar von Aelius, die sogenannte Tripertita, als ›Wiege des Rechts‹ bezeichnen.⁴⁶

Im Laufe der Zeit bildet sich mit dem Ediktcommentar ein neuer Kommentartypus heraus. Das Amtsrecht des Prätors, ein in jährlichen ›Bekanntmachungen‹ kondensiertes *ius honorarium*, löst nun den zuvor von Fachjuristen zwischen Abstraktum und Faktum, zwischen Buchstabe und gesellschaftlicher Wirklichkeit geschaffenen Ausgleich ab.⁴⁷ Der Prätor, der das *ius civile* vorder-

42 Pomponius D. 1. 2. 2. 12. Übersetzung nach O. Behrends/R. Knütel u. a. (Hg.), *Corpus Iuris Civilis*, Bd. 2, 1995, S. 99.

43 Näher S. Meder, *Der unbekannte Leibniz*, 3. Kap. (im Erscheinen); O. Behrends, *Die Wissenschaftslehre im Zivilrecht des Q. Mucius Scaevola pontifex*, 1976, S. 291–300, für das Beispiel ›Treu und Glauben‹.

44 In Anverwandlung der stoischen Sprachphilosophie, vgl. dazu Behrends, *Wissenschaftslehre* (Fn. 43), S. 287 f.; ders., *Die geistige Mitte des römischen Rechts*, SZ (RA) 125 (2008), S. 25–107, 44 f.

45 Dies gilt jedenfalls für die archaische Zeit und ab Mitte des 2. Jahrhunderts v. Chr. bis Augustus, während zwischenzeitlich etwa mit der *lex Aequilia* das Haftungsrecht (ca. 286 v. Chr.) oder mit der *lex Cincia* das Vermögensrecht (204 v. Chr.) teilweise reformiert wurde. Siehe H. Honsell/T. Mayer-Maly/W. Selb, *Römisches Recht*, 4. Aufl. 1987, § 5, S. 7–10.

46 Pomponius D. 1. 2. 2. 38: »cunabula iuris«.

47 Wieacker, *Römische Rechtsgeschichte I/1* (Fn. 34), § 37, S. 616 f.