

Methodenlehre zwischen Wissenschaft und Handwerk

Herausgegeben von
SUSANNE HÄHNCHEN

Mohr Siebeck

Methodenlehre zwischen Wissenschaft und Handwerk



Methodenlehre zwischen Wissenschaft und Handwerk

Erstes Bielefelder Kolloquium

Herausgegeben von
Susanne Hähnchen

Mohr Siebeck

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

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

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

© 2019 Mohr Siebeck Tübingen. www.mohrsiebeck.com

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

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

Printed in Germany.

Inhaltsverzeichnis

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

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

Vorwort

Der vorliegende Band geht zurück auf ein Kolloquium, welches am 24. März 2017 in Bielefeld stattfand. Der Einladung folgten erfreulich viele Kolleginnen und Kollegen, Doktoranden und Studierende. Nicht nur die Vorträge, auch die Diskussionen waren sehr anregend.

Ausgangspunkt war die Überlegung, dass die Methodenlehre zwar nach einhelliger Ansicht wichtiges juristische Handwerkszeug bereitstellt. Sie ist das wissenschaftliche Grundlagenfach mit der größten Nähe zur Praxis, also zur Rechtsanwendung. Dennoch bemüht sich die Juristenausbildung zu stark um die Vermittlung von Einzelwissen und vernachlässigt die Grundlagenfächer generell¹, und so auch die Methodenlehre. Vielleicht liegt dies daran, dass sich die Methodenlehre (zumindest scheinbar) zu sehr auf die Auslegung von Gesetzen konzentriert und zu wenig unmittelbar für die Studierenden erkennbaren Nutzen hat. Hinzu kommt im Verhältnis zwischen Wissenschaft und Praxis eine gelegentlich unterschiedliche Sichtweise, insbesondere wenn es um die Bindung der Rechtsprechung an Recht und Gesetz geht (Art. 20 GG). Auch methodische Überlegungen, die im Zusammenhang mit der Europäisierung des Rechts angestellt werden, erreichen die Praxis – insbesondere den EuGH – und die Ausbildung nur teilweise. Sollte sich die Vorhersage *Savignys* bewahrheitet haben, dass wenn nicht „jeder Theoretiker den praktischen, jeder Praktiker den theoretischen Sinn in sich erhalte und entwickle“, die unvermeidliche Gefahr entstehe, „daß die Theorie zu einem leeren Spiel, die Praxis zu einem bloßen Handwerk herabsinke“²?

Im Zentrum des Kolloquiums stand die Frage, was Methodenlehre heute eigentlich ist. Mehr handwerkliches Hilfsmittel oder (noch) echte Wissenschaft? Und welchen Einfluss hat letztere ggf. auf die Praxis, insbesondere auf die Gerichte? Diese Selbstvergewisserung der Methodenlehre ist wichtig, um die anstehenden Themen, u. a. des europäischen Rechts, angehen zu können. Ziel der Veranstaltung war es, über Generationen, Fächergrenzen und Schulen hinaus dazu ins Gespräch zu kommen. Die wunderbaren Diskussionen, an denen sich – neben den Referenten – nicht nur die Kolleginnen und Kollegen aus Berlin,

¹ Vgl. dazu Wissenschaftsrat, Perspektiven der Rechtswissenschaft in Deutschland. Situation, Analysen, Empfehlungen (2012) Drs. 2258-12, insb. S. 7f., 32, 35 ff., 56 ff.

² *F. C. v. Savigny*, System I (1840), Vorrede S. XX.

Bielefeld, Bochum, Bonn, Greifswald, Jena und Saarbrücken, sondern ebenso Doktoranden, Postdocs und Studierende von vielen Fakultäten, sowie auch einige Praktiker, mutig und neugierig, beteiligten, dürften bestätigen, dass dies gelungen ist.

Hiermit werden also die Referate vorgelegt in der Reihenfolge, in der sie vorgetragen wurden, teils weitgehend in der aufgezeichneten Fassung, teils überarbeitet, sowie ergänzt um die jeweils folgende, ebenfalls mitgeschnittene und von mir zusammengefasste Diskussion. Der Vortrag von *Prof. Dr. Karl Riesenhuber*, Rechtsvergleichung als Methode der Rechtsfindung? ist als separate Publikation in der *AcP* 218 (2018) S. 693–723 in stark erweiterter Fassung erschienen.

Allen Referenten bin ich zu großem Dank verpflichtet, dass sie so sehr spontan zugesagt haben und nach Bielefeld gekommen sind!

Für die finanzielle Unterstützung danke ich der Fakultät für Rechtswissenschaft der Universität Bielefeld und der Juristischen Gesellschaft OWL e.V. Meinen Mitarbeitern – ganz besonders Christoph Lachner und Marco Birkholz – danke ich für ihr überobligatorisches Engagement. Auch allen Teilnehmerinnen und Teilnehmern gilt mein Dank, da sie alle durch ihr Interesse ebenfalls zum Gelingen der Veranstaltung beigetragen haben.

Wegen der erfreulichen Resonanz auf den ersten Versuch und wegen des geäußerten Wunsches danach, wird es am 22. März 2019 ein zweites Kolloquium zur Methodenlehre in Bielefeld geben.

Bielefeld, im Herbst 2018

Susanne Hähnchen

Begrüßung durch den Dekan der Fakultät für Rechtswissenschaft Bielefeld

Meine sehr geehrten Damen und Herren, liebe Kolleginnen und Kollegen, ganz herzlich willkommen zum Kolloquium „Methodenlehre zwischen Wissenschaft und Handwerk“, eine Veranstaltung, die Susanne Hähnchen mit ihrem Team dankenswerter Weise neben ihren üblichen Aufgaben – das sind bei uns im Moment an der Fakultät ziemlich viele – vorbereitet, geplant und organisiert hat.

Der Titel des Kolloquiums „zwischen Wissenschaft und Handwerk“ zeigt eigentlich schon, dass Methodenlehre auch Handwerk ist. Meine Befürchtung dabei ist, dass wir Professorinnen und Professoren dieses handwerkliche Können vielleicht gar nicht mehr so gut vermitteln, sondern uns selbst und unsere Studierenden in allzu vielen Details verlieren, so dass hinterher Viele den Wald vor lauter Bäumen nicht mehr sehen, eine Entwicklung, der durch die geplante länderübergreifende Reformvereinheitlichung der Juristenausbildung jedenfalls nicht entschieden entgegengewirkt wird. Dabei ist das Handwerk – das darf ich als Strafrechtler vielleicht sagen, weil das Strafrecht sich in besonderer Weise dem Wortlaut einer Norm verpflichtet fühlt – doch oft gar nicht so schwer. Und trotzdem klappt es nicht.

Ich habe ein Beispiel zur Verdeutlichung: eine Klausur, die ich für das erste Staatsexamen gestellt hatte, eine Aufgabe in der die Brandstiftungsdelikte eine Rolle spielten. Brandstiftungsdelikte stehen in der juristischen Ausbildung mit Sicherheit nicht im Mittelpunkt, irgendwelches Detailwissen oder die dazugehörigen BGH-Entscheidungen wurden natürlich nicht erwartet, sondern nur die Anwendung allgemeiner Grundsätze.

Im Sachverhalt wurde ziemlich genau geschildert, welche Gegenstände in einem Arbeitszimmer eines sonst Wohnzwecken dienenden Gebäudes (das war das eigentliche Problem) brannten. Der Schreibtisch brannte, der Papierkorb brannte, Bücher und eine Jacke, die auf dem Schreibtisch lagen, brannten und es wurde geschildert, dass das Feuer alsbald von selbst erstickte, der Raum aber trotzdem wegen der Rauchentwicklung völlig verrußt und unbenutzbar war. Wenn man in das Gesetz schaut, ist eines klar, ohne dass man irgendein Jura-studium absolviert haben müsste. Wenn nur mit einem Gebäude nicht fest verbundene Gegenstände in Flammen stehen, brennt eines sicher nicht: das Gebäu-

de selbst. Trotzdem bejahten mehr als die Hälfte der Bearbeiter ohne irgendein Problembewusstsein das „Inbrandsetzen eines Gebäudes“. Dass die zweite Alternative des Tatbestands, ein Teil eines Gebäudes wird durch eine Brandlegung zerstört, einschlägig war, wurde nicht gesehen. Warum? Ich muss zugeben: Es ist mir völlig schleierhaft.

Ein anderes Beispiel, das diesmal aber nicht Studierende betrifft: Ich war Anfang des Jahres mehr oder weniger durch Zufall mit der Bußgeldandrohung für den Gebrauch eines Smartphones am Steuer eines Fahrzeugs, mit der geplanten Neufassung der Vorschrift, beschäftigt. Straßenverkehrsrecht ist weder mein Spezialgebiet, noch interessiert es mich sonderlich. Was tut man also, um einen Überblick über die Rechtsprechung und Literatur zu erhalten? Man gibt den entsprechenden Suchbegriff bei beck-online ein und wird dann ganz schnell fündig.

Das OLG Stuttgart ist in einer ziemlich neuen Entscheidung der Meinung, dass derjenige, der ein Smartphone während der Fahrt zwar in der Hand hält und benutzt, den entsprechenden Tatbestand dann nicht erfüllt, wenn er das Telefon zur Benutzung gar nicht in die Hand hätte nehmen müssen, weil er nämlich eine Freischalteinrichtung hatte. Im entsprechenden Verbotstatbestand heißt es, dass ein Mobiltelefon nicht benutzt werden darf, wenn es dazu aufgenommen oder gehalten werden muss. In der Verordnung steht nicht: wenn es dazu aufgenommen wird. Das ist zwar ein recht unsinniges Ergebnis. Wegen der Wortlautbindung des Straf- und Ordnungswidrigkeitenrechts aber durchaus das einleuchtende Ergebnis, welches das OLG erzielt hat. In der geplanten Neufassung dieser Regelung wurde wenig später die genannte Formulierung vom Verkehrsministerium ohne jegliches Problembewusstsein trotzdem wieder übernommen. Auch hier ist das Problem des Wortlauts doch offensichtlich und diejenigen, die einen Gesetzentwurf fertigen, müssten doch zuvor die einschlägige Rechtsprechung studiert haben.

Es sind also nicht nur die Studierenden, sondern auch andere, ja durchaus hochkarätige Juristinnen und Juristen, die etwas eigentlich Offensichtliches nicht erkennen.

Ich komme zum Schluss, denn Letzteres macht mir wieder etwas Mut. Vielleicht ist es ja gar nicht das fehlende handwerkliche Grundwissen, sondern wir alle sehen manchmal den Wald vor lauter Bäumen nicht oder haben ein Brett vor dem Kopf. Das ist natürlich genau das, was ich Ihnen für die heutige Tagung nicht wünsche, sondern genau das Gegenteil: spannende Vorträge, spannende Diskussionen und viel Erfolg. Ich danke Ihnen.

Andreas Ransiek

Grotius über Mathematik und Moral

Zur Abhängigkeit der (Rechts-)Wissenschaft von der Aristotelischen Logik

Gerhard Otte

Mir wurden 25 Minuten Zeit gegeben für ein Thema, das ich eigentlich nur in 10 Minuten oder in mehr als 10 Stunden behandeln kann. 10 Minuten, weil ich es für ganz einfach halte. Mehr als 10 Stunden, weil die theoretischen und praktischen Zusammenhänge, die historischen und die sprachlichen Aspekte so vielfältig sind, dass ich eher die Zuhörer erschöpfen als den Stoff ausschöpfen könnte.

I.

Ich knüpfe an einen Text von *Hugo Grotius* an, in dem es um die unterschiedliche Sicherheit mathematischer und moralischer Erkenntnis geht¹. *Grotius* behandelt in seiner Lehre vom „gerechten Krieg“ (*bellum iustum*) die Frage, wie man sich verhalten soll, wenn Zweifel an der Rechtfertigung der Kriegsführung bestehen. Die Überschrift des Kapitels lautet „*De causis dubiis*“ („Über Zweifelsfälle“):

¹ *Hugo Grotius*, *De iure belli ac pacis libri tres* (1625); ich benutze die Ausgabe Leiden 1939; die deutsche Übersetzung der Stelle ist meine eigene, weil die bisherigen Übersetzungen weder inhaltlich noch sprachlich zufrieden stellen.

I. Dubitandi causae in moralibus unde.

Verissimum est quod scripsit Aristoteles^a, in moralibus non aequae, ut in mathematicis disciplinis certitudinem inveniri: quod eo evenit, quia mathematicae disciplinae a materia omni formas separant, et quia formae ipsae tales plerumque sunt, ut nihil habeant interiectum^b, sicut in rectum et curvum nihil est medii. At in moralibus circumstantiae etiam minimae variant materiam, et formae de quibus agitur solent habere interiectum aliquid, ea latitudine, ut modo ad hoc, modo ad illum extremum propius accedat. Ita enim inter id quod fieri oportet, et inter id quod fieri nefas est, medium est quod licet, sed modo huic, modo illi parti propinquius: unde ambiguitas saepe incidit, ut in crepusculo, aut in aqua frigida calescente. Et hoc est quod ait Aristoteles^c, ἔστι χαλεπὸν ἐνίστε τὸ κρίνειν ποῖον ἀντὶ ποῖου αἰρετέον, *quid cui anteponendum sit difficilis saepe est indicatio.*

^a I. Eth. Nic. 1.

^b in his mutatio fit εἰς τὸ ἀντικείμενον, in aliis εἰς τὸ μεταξὺ.

^c III Nicom.

I. Woher die Ursachen für Zweifel in moralischen Fragen kommen.

Sehr wahr ist, was Aristoteles^a geschrieben hat, dass in moralischen Fragen nicht gleichermaßen wie in den Fächern der Mathematik Sicherheit zu finden ist. Das liegt daran, dass die mathematischen Fächer die Begriffe von den Gegenständen abstrahieren und dass ihre Begriffe meist von der Art sind, dass sie nichts Dazwischenliegendes^b zulassen, wie es ja zwischen dem Geraden und dem Gekrümmten kein Mittelding gibt. Aber in moralischen Fragen verändern auch kleinste Umstände den Gegenstand, und die Begriffe, um die es geht, lassen gewöhnlich Dazwischenliegendes zu, das eine gewisse Ausdehnung hat, so dass man bald diesem, bald jenem Endpunkt näher kommt. So gibt es ja zwischen dem, was man tun muss, und dem, was zu tun Unrecht ist, ein Mittleres, das Erlaubte, das aber bald dieser, und bald jener Seite näher steht. Daher stellt sich oft ein Zweifel ein, wie bei der Dämmerung oder beim kalten Wasser, das man erhitzt. Und genau das sagt Aristoteles^c: „Es ist oft schwer zu entscheiden, was wem vorzuziehen ist.“

^a Nikomachische Ethik I 1.

^b Bei diesen führt eine Veränderung zum Entgegengesetzten, bei den anderen zum Dazwischenliegenden.

^c Nikomachische Ethik III 1.

Diese Sätze haben in der juristischen Methodenlehre bisher keine Beachtung gefunden. *Grotius* gilt nicht als bedeutender Logiker. Zur Weiterentwicklung der juristischen Methodenlehre hat er nicht beigetragen. Warum dann die Befassung mit diesem Text? Weil sich an ihm gut zeigen lässt, wo die Defizite einer Methodenlehre liegen, die von der Logik des *Aristoteles* ausgeht – was sollte sie auch anders tun, da es doch keine Alternative gibt –, aber sich deren Begrenztheit nicht bewusst macht.

Der Text enthält zwei Gedanken. Der erste besagt, dass Werturteile nicht stets mit mathematischer Sicherheit getroffen werden können. Der zweite versucht dafür eine Erklärung zu geben: Das „Dazwischenliegende“ soll der Grund der Unsicherheit sein, weil der Gegenstand moralischer Urteile mal dem einen und mal dem anderen Endpunkt einer Skala näher steht.

Was ist mit dem „Dazwischenliegenden“ gemeint? Die von *Grotius* angeführten Stellen der Nikomachischen Ethik² erklären es nicht, denn sie setzen die Lehre von den Gegensätzen, die *Aristoteles* im 10. Kapitel der Kategorien³ entwickelt hat, als bekannt voraus. Was *konträr* entgegengesetzt ist – Beispiel: Tag und Nacht –, hat ein Dazwischenliegendes, nämlich die Dämmerung. Was *kontradiktorisch* entgegengesetzt ist – Beispiel: gerade und gekrümmte Linien – hat kein Dazwischenliegendes. Was zwischen konträr Entgegengesetztem liegt, nimmt meist eine gewisse Bandbreite ein. Wo genau in dieser Bandbreite die zu beurteilende Situation liegt – näher bei dem einen oder bei dem anderen Endpunkt der Skala –, mag nicht immer leicht zu erkennen sein, ist für die zu treffende Entscheidung oder Feststellung aber alles andere als unerheblich. So jedenfalls *Grotius* und so schon *Aristoteles*.

Die Lehre von den Gegensätzen ist Bestandteil der Begriffslehre. Aus *Begriffen* allein folgt aber nichts. Jede Begründung, die sich auf Begriffe bezieht, besteht aus *Sätzen*, die die Relevanz des Begriffs für die Beurteilung des Gegenstandes behaupten. Man darf daher nicht bei der Begriffslehre stehen bleiben, sondern muss über die Lehre vom Urteil (nicht im juristischen Sinne, sondern im logischen) zur Lehre von den Begründungen kommen, die – das sei an dieser Stelle schon gesagt – sich keineswegs auf die Lehre von den *zwingenden* Folgerungen im Sinne der Syllogistik beschränken muss.

Die Aristotelische Urteilslehre behandelt Aussagesätze, die einem Subjekt ein Prädikat zu- oder absprechen.⁴ Es sind sehr einfache Sätze, die nur aus Subjekt und Prädikat bestehen. Standardbeispiel: „Alle Menschen sind sterblich“. Die auf dieser Urteilslehre aufbauende Syllogistik des *Aristoteles*⁵ verwendet ausschließlich solche Sätze. So erfahren wir dann: „Alle Griechen sind Menschen“ und folglich: „Alle Griechen sind sterblich“, oder auch: „Sokrates ist ein Mensch“ und folglich: „Sokrates ist sterblich“.

Ich wäre der Letzte, der den Wert dieser Syllogistik in Frage stellen würde, beruht doch auf ihr jegliche Subsumtion, und wer nicht subsumieren kann, kann kein Jurist sein, sollte es jedenfalls nicht werden können. Aber andererseits ist klar, dass wir mit derart einfachen Sätzen nicht auskommen, weder im Leben, noch in der Wissenschaft.

Hat die Beschränkung der Aristotelischen Logik auf solch einfache Aussagesätze Folgen? In mehrfacher Hinsicht wird diese Logik als unzulänglich angesehen, nicht weil sie falsch wäre, sondern wegen ihres beschränkten Anwendungsbereichs. Neben einer Logik der Aussagesätze wird eine deontische oder *Normlogik* für notwendig gehalten. Neben einer *zweiwertigen* Logik, die da-

² *Aristoteles*, Nikomachische Ethik I 1 (1004b) und III 1 (1110a); ich zitiere *Aristoteles'* Werke nach der Scriptorum Classicorum Bibliotheca Oxoniensis.

³ *Aristoteles*, Kategorien X (11b ff.).

⁴ *Aristoteles*, Hermeneutik V (17a); ebenso Erste Analytik I 1 (24a 16 ff.).

⁵ *Aristoteles*, Erste Analytik I 1 (24b 18 ff.).

von ausgeht, dass jede Aussage nur entweder wahr oder falsch sein kann, wird eine *mehrwertige* Logik für möglich und nützlich gehalten. Ich gehe auf solche Ideen hier nicht ein, weil ich nicht sehe, welchen Gewinn sie für die wirkliche juristische Arbeit gebracht hätten oder künftig noch bringen könnten.

Anders verhält es sich mit der Beschränkung der Logik auf sogenannte *klassifizierende* Sätze. Das sind Sätze, die dem Subjekt das Prädikat entweder schlechthin zu- oder schlechthin absprechen. Sie ordnen das Subjekt in die Klasse der Gegenstände ein, auf die das Prädikat zutrifft bzw. nicht zutrifft.

Sie bringen aber nicht zum Ausdruck, dass Merkmale des Subjekts oder des Prädikats unterschiedlich stark ausgeprägt sein können und dass dies für das Zutreffen oder den Inhalt des Prädikats relevant sein kann. Ein Mehr oder Weniger ist für eine sich auf klassifizierende Sätze beschränkende Logik irrelevant.

II.

Sätze, die ausdrücken, dass ein Mehr oder Weniger für die Begründung einer Behauptung oder einer Entscheidung Bedeutung hat, sind *komparative* Sätze. Eine kurze schematische Darstellung der Möglichkeiten komparativer Sätze⁶ könnte wie folgt aussehen:

- (1) „je mehr a, desto mehr b“
- (2) „je mehr a, desto eher b“
- (3) „wenn a, dann mehr b, als wenn nicht-a“
- (4) „wenn a, dann eher b, als wenn nicht-a“

Erläuterung: (1) und (2) setzen ein abstufbares Merkmal des Subjekts, (1) und (3) ein abstufbares Merkmal des Prädikats voraus; „eher“ in (2) und (4) bedeutet nicht „früher“, sondern „wahrscheinlicher“ bzw., wenn es nicht um die Feststellung einer Tatsache, sondern um die Vorzugswürdigkeit einer Handlungsalternative geht, „näher liegend“.

Anwendungsbeispiele kann jeder mit Leichtigkeit bilden.⁷ Unschwer wird er dabei erkennen, dass es vielfältige sprachliche Möglichkeiten gibt, die Relevanz des Mehr oder Weniger auszudrücken, ohne dabei die in meiner schematischen Darstellung gebrauchten Worte „je“, „desto“, „mehr“, „eher“, „wenn“ oder „dann“ zu benutzen.

⁶ Ausführlicher *Otte*, *Komparative Sätze im Recht. Zur Logik eines beweglichen Systems*, in: *Jahrbuch für Rechtssoziologie und Rechtstheorie* 2 (1972), 301–320.

⁷ Reichliches Anschauungsmaterial enthält das Beispiel einer Entscheidungssituation im Text auf S. 68.

Dass *Aristoteles* in seiner Logik komparative Sätze nicht berücksichtigte, obwohl er über konträre Gegensätze schrieb und daher Anlass genug gehabt hätte, in der Urteilslehre auf solche Sätze hinzuweisen, liegt an der Zielsetzung seiner Logik. Sie sollte keine umfassende Begründungslehre sein, sondern die Regeln des in den athenischen Philosophenschulen praktizierten Streitgesprächs systematisieren und analysieren.⁸ Diesem Zweck dienten sowohl sein in der Topik unternommener Versuch, eine Ordnung aller in solchen Streitgesprächen möglichen Argumente zu schaffen, als auch die in der Ersten Analytik entwickelte Lehre von den kategorischen Syllogismen, die die Möglichkeiten, aus klassifizierenden Sätzen zwingende Folgerungen zu ziehen, ein für alle Mal abschließend geklärt hat. Komparative Sätze reichten in diesen Diskussionen nicht zur Verteidigung oder Widerlegung einer These aus.

Erst 2300 Jahre nach *Aristoteles* hat die Wissenschaftstheorie begonnen, sich explizit mit komparativen Sätzen zu befassen. Den Anstoß gab das 1936 erschienene Buch „Der Typusbegriff im Lichte der neuen Logik“⁹, das seine aus Deutschland emigrierten Verfasser, der Psychologe *Carl Gustav Hempel* und der Mathematiker *Paul Oppenheim*, nur im Ausland erscheinen lassen konnten und das daher in Deutschland erst verspätet und in der Rechtswissenschaft auch dann noch kaum angemessen zur Kenntnis genommen worden ist.¹⁰ Das heißt natürlich nicht, dass bis dahin Behauptungen oder Entscheidungen nicht mittels komparativer Sätze begründet worden wären, sondern nur, dass keine Theorie solche Begründungen zum Thema gemacht hat. Daher findet man in Wörterbüchern des Lateinischen, das ja bis ins 18. Jahrhundert hinein die Sprache der Wissenschaft war, keinen Terminus, der die Bedeutung von „Wertung“ oder „Abwägung“ hätte, also das bezeichnen würde, was bei Begründungen,

⁸ Vorzüglich hierzu *Ernst Kapp*, *Greek Foundations of Traditional Logic* (New York 1942); deutsch: *Der Ursprung der Logik bei den Griechen* (Göttingen 1965). – Dass *Theodor Viehweg* in „Topik und Jurisprudenz“ (1953, [5. Aufl. 1974]) die Ergebnisse *Kapps* und der von *Kapp* ausgewerteten älteren philosophiegeschichtlichen Forschung nicht berücksichtigt und daher ein unzutreffendes Bild von der Aristotelischen Topik gezeichnet hat, habe ich 2006 in meinem Vortrag auf dem Rechtshistorikertag in Halle 2006 gezeigt (*Otte*, *Die historische Topik und ihre Rezeption durch Theodor Viehweg*, in: *Akten des 36. Deutschen Rechtshistorikertages*, Baden-Baden 2008, S. 427 ff.).

⁹ *C. G. Hempel* und *P. Oppenheim*, *Der Typusbegriff im Lichte der neuen Logik* (Leiden 1936).

¹⁰ Die juristische Literatur, die zutreffend die Abstufbarkeit von Begriffsmerkmalen als Unterscheidungskriterium zwischen komparativen *Begriffen* (Typus- oder Ordnungsbegriffen) und klassifizierenden Begriffen bezeichnet und sich dafür auf Hempel/Oppenheim beruft, bleibt meistens auf halbem Weg stehen, weil sie nicht sagt, dass dies rechtlich nur relevant sein kann, soweit komparative *Rechtsnormen* das Ausmaß oder den Eintritt einer Rechtsfolge vom Grad der Ausprägung bzw. der Wahrscheinlichkeit der Erfüllung eines Tatbestandsmerkmals durch den zu beurteilenden Sachverhalt abhängen lassen. Stellvertretend für viele sei hier *Larenz'* Lehre vom Typus [Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 1. Aufl. 1960, Kap. 5.2, S. 333 ff., dazu die berechtigte Kritik von *Kublen*, *Typuskonzeptionen in der Rechtstheorie* (1977) S. 87 ff.] genannt.

die sich auf komparative Sätze stützen, notwendigerweise geschieht. *Jan Schröder*, der wohl beste Kenner der Geschichte der juristischen Methode in der Neuzeit, hat festgestellt, dass in der juristischen Methodenlehre von „Werturteilen“ oder „Wertungen“ erst seit dem Ende des 19. und von „Abwägung“ erst seit Anfang des 20. Jahrhunderts die Rede ist.¹¹ Zuvor ließ die Theorie die Praxis im Zustand einer gewissen Sprachlosigkeit. Sehr deutlich wird das an *Savignys* Darlegung der Grundsätze seiner Auslegungslehre im „System“, die sich keiner fachsprachlichen Terminologie (heute hätte *Savigny* wohl von einem „beweglichen System“ und von „Abwägung“ gesprochen), sondern der Umgangssprache bedient¹²:

„Mit diesen vier Elementen [*gemeint ist die Berücksichtigung der Grammatik, der Entstehungsgeschichte, des Systems und des Grundes des Gesetzes*] ist die Einsicht in den Inhalt des Gesetzes vollendet. Es sind also nicht vier Arten der Auslegung, unter denen man nach Geschmack und Belieben wählen könnte, sondern es sind verschiedene Thätigkeiten, die vereinigt wirken müssen, wenn die Auslegung gelingen soll. Nur wird freylich bald die eine, bald die andere wichtiger seyn und sichtbar hervortreten, so daß nur die stete Richtung der Aufmerksamkeit nach allen diesen Seiten unerläßlich ist. ...

Diese [*gemeint sind die grammatische und die logische Auslegung*] werden [*Savigny meint, von Thibaut und anderen Vertretern der seinerzeit herrschenden Ansicht*] nicht gedacht als Elemente jeder Auslegung, die überall zusammen wirken müssen, nur so, daß nach Umständen bald das eine, bald das andere Elemente ergiebiger werden kann, sondern vielmehr als entgegengesetzt und einander ausschließend.“

Versteht man unter Logik nur eine Lehre von den zwingenden Begründungen, gehören komparative Sätze nicht in ihr Blickfeld. Eine Erweiterung des Logikbegriffs würde das ändern, indem man Logik als umfassende Lehre von der mittelbaren Erkenntnis versteht, deren wichtigster Teil zwar die Lehre von der Möglichkeit zwingender Begründungen ist, die aber auch die Voraussetzungen dieser Möglichkeit thematisieren muss und dann konsequent auch die Leistungsfähigkeit nicht-zwingender Begründungen. Zweifellos gibt es Begründungen, die ein Ergebnis nicht erzwingen, aber nahelegen, die also *für* dieses Ergebnis sprechen und es, wie wir als Juristen sagen würden, jedenfalls *vertretbar* erscheinen lassen.

Wer davon noch nicht überzeugt ist, könnte es sich anhand des folgenden Beispiels einer einigermaßen komplexen Entscheidungssituation klar machen:

Studentin M überlegt, ob sie heute (Freitag) ins Kino gehen soll. Es läuft zum ersten Mal der Film „ok“ des berühmten Regisseurs K. O. Über den Film wird viel geredet, und M möchte mitreden können. Die früheren Filme von K. O. haben M immer gefallen. Au-

¹¹ *J. Schröder*, *Recht als Wissenschaft* (2. Aufl. 2012) S. 283 ff. („Werturteile“) und S. 366 f. („Abwägung“).

¹² *Savigny*, *System des heutigen römischen Rechts*, Bd. I (1840) § 33, S. 215, und § 50, S. 320; dazu *Otte*, *Zu A.F.J. Thibaut's „Theorie der logischen Auslegung des römischen Rechts“* in: *Theorie der Interpretation vom Humanismus bis zur Romantik – Rechtswissenschaft, Philosophie, Theologie* (hrsg. von *J. Schröder*, Stuttgart 2001), S. 191–201.

ßerdem würde ihr Freund mitgehen. Andererseits: Montag wird eine wichtige Klausur geschrieben, und M fühlt sich noch nicht gut vorbereitet. Außerdem hat sie in diesem Monat schon viel Geld für Winterkleidung ausgegeben und meint, dass sie jetzt sparen soll. M muss sich entscheiden. Wie wird die Entscheidung ausfallen? Wenn sie uns ihre Gründe mitteilt, was halten wir dann von ihrer Entscheidung?

Die Obersätze, auf die sich die Entscheidung stützt, werden keine klassifizierenden Sätze (etwa „Ich gehe mit meinem Freund in *jeden* Film“ oder „In der Woche vor einer Klausur gehe ich *nie* ins Kino“), sondern samt und sonders komparative Sätze sein. Sie erzwingen aber nicht ein bestimmtes Ergebnis. M muss das Gewicht der Gründe, die für bzw. gegen den Kinobesuch sprechen, bewerten und gegeneinander abwägen. Dann würden wir – wie auch immer ihre Entscheidung ausfallen mag und unabhängig davon, wie ein jeder von uns in einer solchen Situation entscheiden würde, – wohl zugeben, dass wir sie verstehen (und nicht sagen: „Wie kann man nur so unvernünftig sein ...“). Mit anderen Worten: Wir würden die Entscheidung für *vertretbar* halten.

III.

Die Parallele zu rechtlichen Entscheidungssituationen liegt auf der Hand: Keine Rechtsordnung programmiert die Rechtsanwendung stets vollständig. Das ist unbestreitbar, wenn es auch nicht immer unbestritten war. Daraus folgt, dass die in der Rechtstheorie übliche Beschreibung der Rechtsnorm als klassifizierender Satz, der den Sachverhalten, die den Tatbestand der Norm erfüllen, die in der Norm angeordnete Rechtsfolge zuspricht, zu eng ist. Normen wie beispielsweise der § 254 BGB oder der die Strafzumessung regelnde § 46 StGB klassifizieren nicht. Infolgedessen ergibt sich aus ihnen die Rechtsfolge auch nicht durch Subsumtion.

Wer eine der Norm entsprechende Entscheidung treffen will, muss etwas hinzufügen, was in der Norm noch nicht enthalten ist, nämlich die Festsetzung der Rechtsfolge für Fälle, die dem konkret zu beurteilenden Fall entsprechen. Die Norm gibt dafür nur die Richtung an: Je größer der Anteil des Geschädigten an der Schadensverursachung, desto größer der von ihm selbst zu tragende, also nicht vom Schädiger zu ersetzende Anteil am Schaden.

Dieses Beispiel darf aber nicht zur Annahme verleiten, komparative Sätze spielten nur für Entscheidungen über das Ausmaß von Rechtsfolgen (Strafmaß, Höhe einer Geldforderung, Länge einer Frist usw.) eine Rolle. Erwägungen, deren logischer Gehalt nur durch komparative Sätze zum Ausdruck gebracht werden kann, haben Bedeutung für Entscheidungen nicht nur über das Ausmaß, sondern auch über den Eintritt der Rechtsfolge. Sie können in jeder Phase der Rechtsanwendung anzustellen sein.

Das fängt bei der Ermittlung der relevanten Tatsachen an, wenn die Aussagekraft von Indizien zu beurteilen ist oder widersprechende Zeugenaussagen zu würdigen sind, gilt aber ebenso für die Präzisierung der in Rechtsnormen vorkommenden unbestimmten Begriffe. § 17 StVO, der bei Dunkelheit die Einschaltung der Beleuchtung vorschreibt, sagt ja nicht, wie dunkel es sein muss, damit die Pflicht, nur mit eingeschalteter Beleuchtung zu fahren, einsetzt. Dem Gesetz selbst ist nur die Selbstverständlichkeit zu entnehmen, dass die Einschaltung der Beleuchtung umso dringlicher ist, je dunkler es ist. Der Schritt von einem unbestimmten Begriff zur Feststellung, dass der Begriff im konkreten Fall erfüllt ist, verlangt eine Wertung. Ebenso der Schritt von der Norm, die eine abstufbare Rechtsfolge vorsieht, zur Festlegung des bestimmten Ausmaßes dieser Folge.

Der Rechtsanwender muss bestimmen, welches Gewicht das, was ihm die Rechtsnorm zu berücksichtigen aufgibt, im zu beurteilenden Fall hat. Er muss dieses Gewicht auch dann bestimmen, wenn es ein Maß für die Messung des Gewichtes nicht gibt oder ihm jedenfalls im Moment der Entscheidung nicht zur Verfügung steht.¹³ Ist Mehreres, das nicht in dieselbe Richtung weist, zu berücksichtigen, muss eine Abwägung stattfinden.

Wertung und Abwägung mögen als etwas Subjektives, etwas nur Gefühlsmäßiges oder Voluntatives bezeichnet werden. Wenn das nicht abwertend gemeint ist, wird man dagegen nichts einwenden müssen. Bedenklich ist aber schon die Bezeichnung als „irrational“. Wer keinen Raum für Wertungen des Rechtsanwenders zulassen will, müsste alles, was nicht schon der Gesetzgeber abschließend gewertet und gegebenenfalls abgewogen hat, für *a priori* irrelevant erklären. Darin kann ich keinen Rationalitätsgewinn sehen, sondern nur das Gegenteil.

Abwägung ist auch bei der Auslegung von Rechtsnormen geboten. Die oben zitierten Sätze *Savignys* sagen, wenn auch in anderer Terminologie, genau das. Weil das Gesetz sich nicht selbst auslegt, muss der Normanwender es tun. Sprechen nicht alle für die Auslegung der Norm in Betracht kommenden Kriterien für das gleiche Ergebnis, muss er danach entscheiden, was ihm gewichtiger erscheint. Vielleicht steht er dann mit seiner Entscheidung allein da, weil die anderen anders gewichten würden. Das ist, weil unvermeidlich, hinzunehmen. Eine Entscheidung, die nicht auf Wertung beruht, wäre eine blinde Entscheidung und nicht besser als die „Findung“ des Ergebnisses durch Würfeln.

¹³ *Hassemer*, Tatbestand und Typus (1968) S. 121 ff., übersieht die Notwendigkeit der Unterscheidung von komparativen und metrischen Begriffen, wenn er meint, *Hempel* und *Oppenheim* hätten versucht, Typusbegriffe „einer Metrik zu unterwerfen“. Die beiden Autoren haben keinen Zweifel daran gelassen, dass Typusbegriffe gerade da hilfreich und notwendig sind, wo eine angemessene Metrisierung (heute würde man sagen „Digitalisierung“) des Abstufbaren nicht zur Verfügung steht; zu *Hassemer* kritisch *Kublen* (Fn. 10) S. 55 f.

Wertungen sind keine Sache der Beliebigkeit. Zu entscheiden, *was* zu bewerten ist und *in welcher Richtung* sich größeres oder geringeres Gewicht des zu Bewertenden auswirkt, steht dem Rechtsanwender keineswegs frei, sondern folgt aus Vorgaben der anzuwendenden Norm oder der Gesamtrechtsordnung. Wertungen, die das nicht berücksichtigen, sind *Fehlwertungen*. Davon, dass sie als solche zu erkennen sind, geht die obergerichtliche Rechtsprechung sowohl bei der Strafzumessung wie auch bei der verwaltungsgerichtlichen Ermessenskontrolle aus. Daher ist eine Lehre von den Auslegungsfehlern, die sich ähnlicher Kategorien bedient wie die verwaltungsrechtliche Lehre von den Ermessensfehlern, ohne weiteres möglich.

Abwägung ist auch geboten, wenn die Vereinbarkeit einer Rechtsnorm oder ihrer Auslegung mit höherrangigem Recht zu prüfen ist. Die Frage nach dem Vorliegen eines Verfassungsverstoßes kann oft nur aufgrund der Abwägung unterschiedlicher Argumente beantwortet werden. Seit einiger Zeit gibt es eine breite Diskussion über die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, die, wenn zu beurteilen ist, ob ein Grundrecht durch Eingriff in ein anderes Grundrecht geschützt werden darf oder muss, kaum eine Möglichkeit auslässt, Abwägung als entscheidenden methodischen Schritt zu verlangen oder selbst zu praktizieren.¹⁴ Mir als Erbrechtler liegt natürlich der Hinweis auf die Entscheidungen des BVerfG nahe, die in Aufsehen erregenden Erbfällen¹⁵ einen Konflikt zwischen der Testierfreiheit des Erblassers und der Eheschließungsfreiheit des möglichen Erben angenommen haben, der nach Ansicht des BVerfG in dem einen Fall auf Grund einer nachvollziehbaren Abwägung durch das letztinstanzliche Gericht gelöst worden ist, in dem anderen Fall aber erst noch durch eine solche Abwägung zu lösen sei. Dass diese Art der Rechtsprechung Anlass zur Kritik bieten kann, ist selbstverständlich. Wer sie aber grundsätzlich ablehnt, muss sich sagen lassen, dass er keine Lösung für Fälle anbietet, in denen die Wahrnehmung *eines* Grundrechts nur durch Beschränkung der Ausübung eines *anderen* Grundrechts zu schützen ist. Die einzelnen Grundrechtsartikel sind keine klassifizierenden Sätze, die schlechthin alles verbieten, was die Ausübung des jeweiligen Rechts beeinträchtigt. Das würde ja nur zu Lasten des jeweils anderen Rechts gehen, das gänzlich ungeschützt bliebe. In Konfliktfällen muss daher ein Kompromiss gefunden werden. Damit nähere ich mich dem Anliegen der auf *Ronald Dworkin* zurückgehenden, von *Robert Alexy* und seinen Schülern vertretenen Prinzipienlehre. Die voranschreitende Zeit zwingt mich aber, von Äußerungen dazu jetzt abzusehen.

¹⁴ Aus der umfangreichen Literatur zu dieser Kontroverse erwähne ich nur den Aufsatz von *Joachim Rückert*, JZ 2011, 913 ff., mit dem bezeichnenden Titel „Abwägung – die juristische Karriere eines unjuristischen Begriffs – Normenstrenge und Abwägung im Funktionswandel“.

¹⁵ BVerfG FamRZ 2000, 945 („Leiningen“); NJW 2004, 2008 ff. („Hohenzollern“).

Selbstverständlich ist Kritik an der verbreiteten Abwägungspraxis möglich. Zulassung von Abwägung vermindert die Vorhersehbarkeit und Gleichmäßigkeit der Rechtsanwendung. Dieser Nachteil wird nicht stets zwangsläufig durch einen Gewinn an Sachnähe der Entscheidung, also Gewinn an Einzelfallgerechtigkeit, aufgehoben. Es gibt Regelungsbereiche, die abwägungsfrei sind und bleiben sollten. Als Zivilrechtler würde ich hier sogleich an Formvorschriften, Genehmigungserfordernisse oder gesetzliche Fristen denken. Es sind unter den Anwesenden ja noch Zeitzeugen, die sich an die unselige Rechtsprechung des BGH zur Gültigkeit formloser Hofübergabeverträge¹⁶ erinnern können.

Abwägungsverbote *a priori* durch ein Absolut-Setzen von Werten sind aber nicht minder problematisch als die unbesonnene Zulassung von Abwägung. Es wird immer wieder angedacht, Abwägung durch Aufstellung einer Rangordnung von Werten entbehrlich zu machen. Solche Rangordnungen können aber nicht leisten, was man sich von ihnen verspricht. Die Entscheidung des Konflikts zwischen zwei Werten kann nicht allein von deren Ranghöhe abhängen, sondern muss auch das *Ausmaß* und die *Wahrscheinlichkeit* sowohl des von der Regelung zu erwartenden Nutzens für das eine Rechtsgut als auch der zu befürchtenden Beeinträchtigung des anderen Rechtsguts berücksichtigen. Wenn beispielsweise die *sichere* Vernichtung eines großen Sachwerts nur unter *Gefahr* für Leib und Leben der Rettungskräfte zu verhindern ist, kann der Hinweis darauf, dass menschliches Leben und auch menschliche Gesundheit höheren Rang haben als Vermögenswerte, nicht ausreichen, um die Entscheidung der zur Gefahrenabwehr berufenen Behörde über ihr Tätigwerden zu begründen.

Nicht anders ist die Forderung nach Anerkennung einer Rangordnung unter den für die Gesetzesauslegung maßgeblichen Kriterien¹⁷ zu beurteilen. Es ist schon unklar, was mit dieser Forderung genau gemeint ist: Soll eine Stufenordnung unter den Kriterien angenommen werden, so dass nachrangige Kriterien nur zur Geltung kommen können, wenn die Prüfung höherrangiger Kriterien ohne jedes Ergebnis bleibt¹⁸, oder soll nur das höherrangige Kriterium von vornherein das größere Gewicht haben? In beiden Fällen könnte die Rangordnung den Verzicht auf Abwägung nicht plausibel machen: Nähme man etwa an, *Verfassungskonformität* des Auslegungsergebnisses (nach meiner Ansicht ein besonderer und besonders wichtiger Teil der systematischen Auslegung) habe den höchsten Rang, müsste eine Norm auch dann noch als verfassungskonforme und daher gültige Norm anerkannt werden, wenn Wortlaut und Entste-

¹⁶ BGHZ 12, 286 ff. und 23, 249 ff.; dazu zuletzt Otte, Die Rechtsprechung des BGH zur formlosen Hoferbenbestimmung als Fortsetzung erbhofrechtlichen Denkens, in: Wirkungen europäischer Rechtskultur (FS Karl Kroeschell, 1997), S. 615 ff.

¹⁷ Gefordert u. a. von *Canaris* in seinem Aufsatz „Das Rangverhältnis der ‚klassischen‘ Auslegungskriterien“, in: FS für Dieter Medicus (1999), S. 25 ff.

¹⁸ Das nahm *Thibaut* an und wurde von *Savigny* kritisiert, vgl. Fn. 13.