

KAMIL KORN  
Heidelberg

## ***Recht und Auslegung bei Bernhard Windscheid***

### ***I. Einleitung***

Bernhard Windscheid (1817—1892) ist für die Jurisprudenz ein Symbol. Sein Namen steht für die Pandektenwissenschaft, den Positivismus und die Begriffsjurisprudenz. Er gehört nicht zu den Gründern dieser Strömungen, aber in seinen Werken sollten sie zu ihren reinsten, zugespitzten Formen gebracht worden sein.<sup>1</sup> Dieses eindeutige Bild von Windscheid herrschte lange Zeit vor und ist noch heute weit verbreitet.<sup>2</sup> In neuerer Zeit wird es — unter Verweis

---

<sup>1</sup> P. Oertmann: *Bernhard Windscheid: Gesammelte Reden und Abhandlungen*. Leipzig 1904, S. XXVI: [über das Pandektenlehrbuch von Windscheid] „Aber sonst — die abstrakte Haltung zugegeben, ist das Buch auch in der Form ein Meisterwerk: kristallklar in Sprache und Gedanken, durchsichtig, messerscharf in der Begründung und Konstruktion; an einen Papinian erinnernd in der Meisterschaft, mit den denkbar knappsten Worten den reichsten Inhalt wiederzugeben.“

<sup>2</sup> Beispielsweise: F. Ebel, G. Thielemann: *Rechtsgeschichte. Von der römischen Antike bis zur Neuzeit*. Heidelberg 2003, S. 355: „Als klassischer Vertreter der sog. Pandektenwissenschaft in ihrer Endphase, eben Rechtspositivismus, der dann vom Gesetzespositivismus im Gefolge des BGB abgelöst wurde, und methodisch als Paradebeispiel für die sog. Begriffsjurisprudenz, die die herrschende Auslegungslehre zur Zeit der Abfassung von BGB war, gilt Bernhard Windscheid.“; E. Wolf: *Große Rechtsdenker der deutschen Rechtsgeschichte*. Tübingen 1963, S. 595: „Er [Bernhard Windscheid] typisiert den deutschen Rechtspositivismus wie kein anderer, obwohl er kein Gründer, sondern ein bewahrender Geist, auch kein Schulhaupt, sondern ein „primus inter pares“ war.“; P. Oertmann: *Bernhard Windscheid: Gesammelte Reden...*, S. XXXII: „Er [Bernhard Windscheid] war weniger Bahnbrecher einer neuer Entwicklungsstufe einer Wissenschaft als Ausführer und Vollender einer bereits vorhandenen [...]“; siehe auch

auf eine vermittelnde und sich einer einfachen Einordnung entziehende Ausrichtung seiner Position — zum Teil revidiert.<sup>3</sup> In dieser Skizze werden seine Ansichten über Recht und Rechtsauslegung dargestellt und untersucht. Den Schwerpunkt der Untersuchung bildet die Frage, ob seine Ansichten zum genannten Themenkomplex für das traditionelle oder das neuere, nuancierte Bild von Windscheid als Wissenschaftler sprechen.

## **II. Allgemeine Ansichten über Recht und Rechtswissenschaft**

### **1. Recht**

Das Recht ist für Windscheid, dem rechtspositivistischen Standpunkt entsprechend, „kein absolutes Recht“.<sup>4</sup> Allerdings sei auch irdisches Recht „mehr als Spreu, mehr als ein Hauch, den der Wind verweht“.<sup>5</sup> — „Das erscheinende Recht ist überall Ausdruck des geistigen und sittlichen Seins der Nation, welche es geschaffen hat. Und wie im geistigen und sittlichen Sein der Nationen gibt es Wandel und Fortschritt, so gibt es Wandel und Fortschritt im Rechte“.<sup>6</sup> Der hier zum Ausdruck kommende optimistische Fortschrittsglaube erinnert an den philosophischen Positivismus, der sich in der zweiten Hälfte des 19. Jahrhunderts auf alle Wissenschaften auswirkte. Aus der zitierten Aussage Windscheids wird außerdem deutlich, dass ihm das dem Rechtspositivismus nicht selten zugeschriebene Bild des Rechts als einer Menge nach Belieben des Gesetzgebers aufgestellten Rechtssätze, die jederzeit durch andere genauso beliebig gesetzte Rechtssätze ersetzt werden können, fremd war. Die Auffassung des Rechts als „Ausdruck des geistigen und sittlichen Seins der Nation“ scheint sogar eine gewisse Verwandtschaft mit der Theorie vom organisch aus dem

---

J. Rückert: *Methode und Zivilrecht bei Bernhard Windscheid (1817—1892)*. In: *Methodik des Zivilrechts von Savigny bis Teubner*. Hrsg. J. Rückert, R. Seinecke. Baden-Baden 2017, S. 121 ff. m.w.N.

<sup>3</sup> S. Meder: *Rechtsgeschichte. Eine Einführung*. Köln—Weimar—Wien 2011, S. 328: „Insgesamt ist festzuhalten: Windscheid war weder Begriffsjurist noch Formalist oder Positivist; er war aber auch kein Zweckjurist, Interessenjurist oder Freirechtler.“; J. Rückert: *Methode und Zivilrecht...*, S. 122—124 und 146—148.

<sup>4</sup> B. Windscheid: *Recht und Rechtswissenschaft*. Abgedruckt in: B. Windscheid: *Gesammelte Reden und Abhandlungen*. Hrsg. P. Oertmann. Leipzig 1904, S. 9.

<sup>5</sup> *Ibidem*, S. 10

<sup>6</sup> B. Windscheid: *Rede an die Studierenden (München 1867)*. Abgedruckt in: B. Windscheid: *Gesammelte Reden...*, S. 57—58.

Volksgeiste herauswachsenden Recht, die von der historischen Rechtsschule vertreten wurde, aufzuzeigen.

Das Ideal des Rechts ist für Windscheid das billige Recht.<sup>7</sup> Die Unmöglichkeit seiner Verwirklichung gehe jedoch schon aus dem Wesen des Rechts hervor, das als Regel auftreten müsse, und deshalb nicht jedem einzelnen Fall gerecht werden könne. Als billig wird das Recht aufgefasst, das die von ihm ordernden Verhältnisse vollständig deckt — d.h. durch welches Anerkennung findet, was Anspruch auf Geltung hat. Was das konkret ist, gehe aus dem wandelbaren Rechtsbewusstsein des Volkes hervor.<sup>8</sup>

Römisches Recht preiste Windscheid als lebensnah, klar und frei von jeder falscher Abstraktion.<sup>9</sup> Die Zukunft sah er in der Schaffung des nationalen Rechts unter Zuhilfenahme des römischen Rechts.<sup>10</sup> Aus diesem Grunde war er Anhänger der sog. Reinigung des römischen Rechts, zu der er auch viel beigetragen hat.<sup>11</sup>

## 2. Rechtswissenschaft

In der Rechtswissenschaft sah Windscheid eine praktische Wissenschaft<sup>12</sup>, die keinen Bruch zwischen Theorie und Praxis zulassen soll.<sup>13</sup> Aus diesem Grund sei ihr eine philosophische Ergründung der Rechtsbegriffe nur so weit gestattet, wie diese als Mittel zum Zweck der Rechtsanwendung angesehen werden kann. Es komme häufig vor, dass ohne Rückgriff auf allgemeine Begriffe kein sicheres Resultat der Untersuchung von speziellen Punkten erzielt werden könne.<sup>14</sup> Dementsprechend habe auch die Rechtsgeschichte für die Jurisprudenz nur Bedeutung, wenn sie zur Erkenntnis des anzuwendenden Rechts beiträgt.

In der Erkenntnis des anzuwendenden Rechts erschöpfe sich die Rechtswissenschaft jedoch nicht, ihr komme auch bei der Gesetzgebung eine wichtige Aufgabe zu. In diesem Zusammenhang äußerte Windscheid einen Satz, der ihn scharfer Kritik aussetzte<sup>15</sup>: „Die Gesetzgebung steht auf hoher Warte; sie beruht in zahlreichen Fällen auf ethischen, politischen, volkswirtschaftlichen

<sup>7</sup> B. Windscheid: *Recht und...*, S.10: „Nur das billige Recht ist das wahre Recht.“

<sup>8</sup> *Ibidem*, S. 10—11.

<sup>9</sup> *Ibidem*, S. 21.

<sup>10</sup> *Ibidem*, S. 18.

<sup>11</sup> J. Ober: *Bernhard Windscheid und die Reinigung des römischen Rechts*. Köln 1989, S. 3.

<sup>12</sup> B. Windscheid: *Die Aufgaben der Rechtswissenschaft (Leipziger Rektoratsrede 1884)*. Abgedruckt in: B. Windscheid: *Gesammelte Reden...*, S. 106.

<sup>13</sup> *Idem*: *Das römische Recht in Deutschland (Vortrag Braunschweig 1858)*. Abgedruckt in: B. Windscheid: *Gesammelte Reden...*, S. 26.

<sup>14</sup> *Idem*: *Die Aufgaben...*, S. 104.

<sup>15</sup> S. Meder: *Rechtsgeschichte...*, S. 322.

Erwägungen, welche nicht Sache des Juristen als solchen sind.“<sup>16</sup> Scharfe Vorwürfe „die tieferen komplexeren Grundlagen des Rechts“<sup>17</sup> zu missachten, was für seine Richtung charakteristisch wäre, sind aber unbegründet. Es ist offensichtlich, dass die Rolle der Juristen bei der Gesetzgebung nicht alles umfassen kann. Da das Recht in modernen Staaten fast alle Bereiche des gesellschaftlichen Zusammenlebens regelt, kann man von Juristen nicht erwarten, dass sie alle wissenschaftlichen Disziplinen, die diese verschiedenen Bereiche zum Gegenstand haben, hinreichend kennen, um alle erforderlichen Regeln für das ganze gesellschaftliche Zusammenleben selbständig erarbeiten zu können. Juristen, wenn sie ihre Aufgabe ernst nehmen, sind hier auf die Zusammenarbeit mit Vertretern anderer Wissenschaften angewiesen. Vor diesem Hintergrund wird deutlich, dass sich Windscheid „der tieferen und komplexeren Grundlagen des Rechts“ wie wenige in seinem Zeitalter bewusst war. Ohne dem Juristen die Allmächtigkeit zuzumessen, billigt er ihm trotzdem eine sehr wichtige gesellschaftliche Rolle zu. Das wird insbesondere aus seiner pathetischen Aussage, dass der Jurist „für die höchsten Güter der Menschheit arbeitet, dass er ein Priester ist, ein Verwalter göttlicher Dinge“, deutlich.<sup>18</sup>

Die Sache des Richters ist es laut Windscheid, das Recht anzuwenden und „die Billigkeit ist eben nicht Recht“.<sup>19</sup> Wenn es möglich wäre, Urteile allein nach Billigkeit zu fällen, würde das bedeuten, dass der Richter Entscheidungen nach seinem subjektiven Ermessen treffen könnte. Das dürfe er aber nicht tun. Trotzdem glaubt Windscheid, dass das Billigkeitsgefühl des Richters in den meisten Fällen dank „genauer Erforschung des wahren Gehalts des positiven Rechts“ mit Hilfe von Auslegungsmitteln befriedigt werden kann.<sup>20</sup> Nach Windscheid müssen Urteile auf dem positiven Recht basieren, damit sich ihre Richtigkeit wissenschaftlich und somit objektiv überprüfen lässt. An diesem Grundsatz sei immer festzuhalten, auch wenn es in Einzelfällen zu Verletzungen des Billigkeitsgefühls kommen kann<sup>21</sup>: „Und es kann sogar eine Art von stolzer Freude erregen, wenn in dieser Weise die Majestät des Rechts sich selbst im Unrechte bewährt.“<sup>22</sup>

Die allgemeine Auffassung Windscheids über das Recht und die Jurisprudenz lässt sich unter den rechtswissenschaftlichen Positivismus subsumieren. Dem windscheidschen Rechtspositivismus lag die Ansicht zugrunde, dass man „die Rechtssätze und ihre Anwendung ausschließlich aus System, Begriffen und Lehrsätzen der Rechtswissenschaft ableitet, ohne außerjuristischen, etwa religiösen, sozialen oder wissenschaftlichen Wertungen und Zwecken rechts-

<sup>16</sup> B. Windscheid: *Die Aufgaben...*, S. 115.

<sup>17</sup> Esser zitiert nach S. Meder: *Rechtsgeschichte...*, S. 322.

<sup>18</sup> B. Windscheid: *Recht und...*, S. 6.

<sup>19</sup> Idem: *Lehrbuch des Pandektenrechts*. Bd. I. Frankfurt am Main, 8. Aufl. 1901, S. 102.

<sup>20</sup> Ibidem, S. 103.

<sup>21</sup> B. Windscheid: *Recht und...*, S. 11.

<sup>22</sup> Ibidem, S. 12.

erzeugende oder rechtsändernde Kraft zuzugestehen<sup>23</sup>. Diese Auffassung zielt darauf ab, es zu unterbinden, dass die Jurisprudenz und die Justiz zum bloßen Werkzeug zur Durchsetzung von Interessen und Anschauungen der in einem gegebenen historischen Moment vorherrschenden Gesellschaftsgruppen oder politischen Parteien gemacht wird. Nur eine autonome, unabhängige Rechtswissenschaft kann ihrer Aufgabe, unbefangene und objektiv begründete Urteile zu erlassen — die dank dieser Eigenschaften den Anspruch haben, von allen gefolgt zu werden — gerecht werden. Dies bedeutet aber nicht, dass das Recht und die Jurisprudenz in Bezug auf Sittlichkeit und Moral keine Aufgabe zu erfüllen hätten. Und es war wenigen so bewusst wie Bernhard Windscheid, der „im letzten Abendrot der geistigen Welt Kants und der Kultur der Goethezeit lebte“.<sup>24</sup> Das wird etwa aus folgendem Satz aus einer Rede Windscheids deutlich: „So ist es das Recht, welches der sittlichen Weltordnung den Boden bereitet, ihre Verwirklichung erst möglich macht“.<sup>25</sup> Die Sache des Rechts sei es also, den Menschen Freiheitsspielräume zu gewähren, damit sie ihrem Willen gemäß leben können, was wiederum die Voraussetzung für das Streben nach Sittlichkeit und Fortschritt bilde: „Die höchsten Ziele der Menschheit werden nur durch freien Aufschwung der Kräfte erreicht; aber dieser Aufschwung wäre nicht möglich ohne das Recht. Das Recht ist es, welches den Boden bereitet für alle menschliche Kultur“.<sup>26</sup> Dieser Auffassung folgend versteht sich das Moralische im Recht von selbst.

### 3. Rechtsquellenlehre

Im Pandektenlehrbuch werden zwei Rechtsquellen genannt — das Gesetz und das Gewohnheitsrecht. Das Gesetz wird als „der Anspruch des Staates, daß etwas Recht sein soll“<sup>27</sup> verstanden. Zwei Voraussetzungen müssen laut Windscheid für die Wirksamkeit von Gesetzen vorliegen: Eine befugte Person oder ein befugtes Organ müssen es erlassen und bekanntgemacht haben. Bestreitet eine Partei vor Gericht die Geltung eines Gesetzes, solle der Richter von Amts wegen seine Gültigkeit überprüfen, so dass allgemeine Regeln der Beweisführung keine Anwendung fänden.

Das Gewohnheitsrecht definiert Windscheid als „dasjenige Recht, welches ohne vom Staate gesetzt worden zu sein, tatsächlich geübt wird“<sup>28</sup>. Der Grund der Übung sei die „Überzeugung von Übenden, daß das, was sie üben, Recht

<sup>23</sup> F. Wieacker: *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit*. Göttingen 1967, S. 431.

<sup>24</sup> E. Wolf: *Große Rechtsdenker...*, S. 591.

<sup>25</sup> B. Windscheid: *Recht und...*, S. 6.

<sup>26</sup> Idem: *Die Aufgaben...*, S. 102.

<sup>27</sup> Idem: *Lehrbuch...*, S. 59.

<sup>28</sup> Ibidem, S. 63—64.

sei“<sup>29</sup>. Diese Überzeugung bilde die Grundlage der bindenden Kraft des Gewohnheitsrechts.<sup>30</sup> Die Übung müsse dauerhaft, gleichförmig und auf wahrer und nicht durch Irrtum verursachter Überzeugung der rechtlichen Notwendigkeit beruhen. Außerdem solle die Übung der partikularen Gesellschaftsgruppen nicht „mit Grundlagen der staatlichen und sittlichen Ordnung“ widerstreiten.<sup>31</sup> Neben der Übung des Volkes erkennt Windscheid auch die Übung der Juristen, welche sich im Gerichtsgebrauch — Urteilen und Rechtsgutachten offenbart, an. Hier würden Mitglieder des Juristenstandes als „natürliche Vertreter der Gesamtheit“ wirken.<sup>32</sup> Auf diese Weise entstehe ein „neu erzeugtes Recht“<sup>33</sup>, das von Rechtssätzen, die durch wissenschaftliche Behandlung des vorhandenen Rechts gefunden werden, zu unterscheiden sei. Diese Rechtssätze seien kein neues, sondern lediglich ein aufgedecktes Recht, dessen Richtigkeit von der Richtigkeit der wissenschaftlichen Operationen, deren Resultat es sei, abhängige.<sup>34</sup>

Darüber hinaus vermerkt Windscheid zum Gewohnheitsrecht noch folgendes: Als Gewohnheitsrecht kraft Übung der Juristen gelangte in Deutschland das römische Recht und zwar in der Gestalt der Kodifikation Justinians sowie der Lehren der Schule von Bologna zur Geltung.<sup>35</sup> Erkenntnisquellen des Gewohnheitsrechts können entweder Akte seiner Übung selbst oder glaubwürdige Zeugnisse über sein Bestehen sein.<sup>36</sup> Gewohnheitsrecht hat neben dem Gesetzesrecht gleiche Kraft, so dass auch die Aufhebung von Gesetzen durch das Gewohnheitsrecht möglich ist.<sup>37</sup>

Aus der windscheidschen Rechtsquellenlehre wird deutlich, dass er den gesetzpositivistischen Standpunkt, nach dem „alles Recht vom staatlichen Gesetzgeber erzeugt werde und sich in seinem Befehlen erschöpfe“<sup>38</sup> nicht teilte. Aus diesem Grund scheint die Einstufung seiner Lehre als rationalistischer Gesetzespositivismus<sup>39</sup> nicht ganz zutreffend zu sein.

<sup>29</sup> Ibidem, S. 64.

<sup>30</sup> Ibidem, S. 63—64.

<sup>31</sup> Ibidem, S. 72.

<sup>32</sup> Ibidem, S. 73.

<sup>33</sup> Ibidem, S. 74.

<sup>34</sup> Den Mechanismus der Entstehung vom juristischen Gewohnheitsrecht schildert Windscheid in seiner Abhandlung *Wille und Willenserklärung*. Abgedruckt in: B. Windscheid: *Gesammelte Reden...*, S. 372—373: „Der Richter entscheidet wie er entscheidet, nicht deswegen, weil er für seine Entscheidung anzuwendenden Rechts einen Anhalt findet, sondern weil er nicht anders kann. Er bringt in seiner Entscheidung das Recht, welches in ihm lebt zum Ausdruck und ist überzeugt davon, daß er damit das Rechte tut. Bleibt sein Vorgehen nicht vereinzelt und folgen andere Richter dem gleichen Drange, so ist das Gewohnheitsrecht fertig.“

<sup>35</sup> B. Windscheid: *Lehrbuch...*, S. 2—4.

<sup>36</sup> Ibidem, S. 75.

<sup>37</sup> Ibidem, S. 76.

<sup>38</sup> F. Wiaecker: *Privatrechtsgeschichte...*, S. 432.

<sup>39</sup> So K. Larenz: *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*. Berlin u.a. 1991, S. 28 f.

### **III. Auslegung des Rechts**

#### **1. Auslegung im Allgemeinen**

Windscheid definiert die Auslegung allgemein als „Darlegung des Inhalts des Rechts“<sup>40</sup>. Sie erfolge auf dem Wege freier Untersuchung und sei eine Kunst. Der Auslegung unterliegen sowohl Gesetze als auch Sätze des Gewohnheitsrechts. Bei der Untersuchung von Gesetzen habe sie zwei Fragen zu klären: — „den von dem Gesetzgeber gebrauchten Worten gegenüber, den Sinn zur Geltung zu bringen, welchen er mit diesen Worten hat verbinden wollen“;<sup>41</sup> — „hinter dem Sinne, welchen der Gesetzgeber hat ausdrücken wollen, dessen eigentlichen Gedanken hervorzuziehen“.<sup>42</sup>

Bei der Auslegung des Gewohnheitsrechts stelle sich nur die zweite Frage, es ent falle also die Suche nach dem Sinn der Worte. Dies sei eine Konsequenz der Erscheinungsform des Gewohnheitsrechts, welches nicht „die menschliche Rede ist“.<sup>43</sup> Hier ist anzumerken, dass das von Juristen z.B. in Gerichtsurteilen geschaffene Gewohnheitsrecht nicht anders als Gesetze sprachlich gefasst wird, was Windscheid übersehen zu haben scheint.

#### **2. Erkenntnis des Sinns von Gesetzestexten**

Als Mittel zur Erfüllung der ersten Aufgabe stehen laut Windscheid grammatische und logische Auslegung zur Verfügung. Die grammatische Auslegung sei auf den Sprachgesetzen gegründet, aus welchen sich sowohl die Bedeutung der einzelnen Worte für sich als auch der Sinn, in welchem die Worte zueinander in Verbindung stehen, ergäben.<sup>44</sup> Dieser Auslegungskanon wird in der heutigen Methodenlehre ähnlich dargestellt und auch als grammatische Auslegung bezeichnet.

Wenn der auf dem Wege der grammatischen Auslegung gewonnene Sinn unverständlich oder unsicher ist, komme die logische Auslegung zur Anwendung. Zur logischen Auslegung zählen nach Windscheid alle Resultate, die

<sup>40</sup> B. Windscheid: *Lehrbuch...*, S. 81.

<sup>41</sup> *Ibidem*, S. 86.

<sup>42</sup> *Ibidem*, S. 86.

<sup>43</sup> *Ibidem*, S. 81.

<sup>44</sup> *Ibidem*, S. 82.



nicht nur mit Hilfe von bloßen Sprachgesetzen erlangt werden.<sup>45</sup> Der Interpret solle zunächst den übrigen Inhalt des auszulegenden Gesetzes zur Hilfe ziehen. Ferner seien auch andere Gesetze desselben oder anderer Gesetzgeber, insoweit „eine geistige Einheit zwischen diesen anderen und dem auszulegenden Gesetz angenommen werden kann“<sup>46</sup> zu berücksichtigen. Diese Auslegungsmethode ist aus heutiger Sicht der systematischen Auslegung zuzuordnen.

Wenn jedoch auch der geschilderte systematische Ansatz zu keinem befriedigenden Resultat führt, solle der Ausleger „sich unter Beachtung aller erreichbaren Momente möglich vollständig in die Seele des Gesetzgebers hineindenken; je vollständiger dies gelingt, mit desto größerer Sicherheit wird er, den Sinn der von dem Gesetzgeber gebrauchten Worte zu bestimmen im Stande sein“.<sup>47</sup>

Bei dem „Hineindenken“ sei vor allem auf den zur Zeit des Erlassens des neuen Gesetzes vorhandenen Rechtszustand Rücksicht zu nehmen. Diese Vorgehensweise ist aus heutiger Sicht der historischen Auslegung zuzuordnen. Auf welche konkrete Weise sich der Rechtszustand im Zeitpunkt des Gesetzeserlasses auf die Auslegung des neuen Gesetzes auswirkt, führt Windscheid an dieser Stelle leider nicht näher aus.

Ferner solle man auch den Zweck, welchen der Gesetzgeber mit dem Gesetz hat erreichen wollen, beachten. Dieser, als *ratio legis* bezeichnet, solle mit *occasio legis* (äußere Veranlassung des Gesetzes) und *ratio juris* (der eigentliche Gedanke oder Prinzip des Gesetzes) nicht verwechselt werden.<sup>48</sup> Nähere Anweisungen zum Gebrauch dieses Auslegungsmittels werden leider nicht dargestellt. Die Ähnlichkeit dieser Methode zur heutigen teleologischen Auslegung liegt aber auf der Hand.

Das nächste wichtige Moment sei der Wert des Resultats. Hier sei anzunehmen, dass „der Gesetzgeber eher etwas Bedeutendes und Angemessenes, als Leeres und Unpassendes habe sagen wollen“.<sup>49</sup> Hier scheint Windscheid stillschweigend angenommen zu haben, dass sich aus dem Gesetz eine objektive Wertordnung ergibt, sonst hätte man keinen rechtlichen Maßstab, an welchem man überprüfen könnte, ob der Wert des Resultats angemessen ist und zum Gesetz passt. Andere denkbare Maßstäbe könnten etwa die subjektive Wertehierarchie des Interpreten oder die von ihm erkannte Wertehierarchie der Gesellschaftsmehrheit sein, diese hatte Windscheid jedoch sicherlich nicht im Sinne. Auffällig ist hier die Allgemeinheit und Unbestimmtheit der Kategorie des Werts des Resultats. Bemerkenswerterweise weckt sie Assoziationen mit der Wertungsjurisprudenz, welche — zumindest verbal — gegen die Begriffsjurisprudenz gerichtet war.

---

<sup>45</sup> Ibidem, S. 86.

<sup>46</sup> Ibidem, S. 83.

<sup>47</sup> Ibidem, S. 83.

<sup>48</sup> Ibidem, S. 84.

<sup>49</sup> Ibidem, S. 84.



Als den letzten Hinweis für den Interpreten führt Windscheid die Regel an, dass „im Zweifel für die geringere Abweichung vom bestehenden Rechte und für die mildere Meinung“<sup>50</sup> zu entscheiden ist.

Die Anwendung von den oben geschilderten Regeln führe jedoch oft zu keinem sicheren Resultat. In diesem Fall müsse man sich mit bloßer Wahrscheinlichkeit begnügen.<sup>51</sup> Es ist anzunehmen, dass Windscheid diese Wahrscheinlichkeit auf die Richtigkeit der Antwort auf die Frage bezieht, ob das Resultat der Auslegung wirklich dem Sinn, „welchen der Gesetzgeber mit den von ihm gebrauchten Worten verbunden hat“ entspricht.<sup>52</sup> Demnach sind nur solche Auslegungsergebnisse wahr, die sich mit diesem Sinn decken, und unwahr solche, die ihm nicht entsprechen. Was man an dieser Stelle unterzustellen braucht, ist die reale Existenz des gesetzgeberischen Willens, sonst wäre diese Frage gegenstandslos. Wann ist aber unser Auslegungsergebnis im Sinne Windscheids als sicher und wann nur als wahrscheinlich zu qualifizieren? Wenn man nicht annehmen will, dass außer Auslegung noch weitere Erkenntnisquellen des Willens des Gesetzgebers zur Verfügung stehen — und Windscheid gibt keinen Anlass für diese Annahme — dann ist das Auslegungsergebnis als sicher zu bezeichnen, wenn es eindeutig ist und somit als einziges Anspruch Geltung hat. Sind demgegenüber mehrere Resultate vorhanden, die diesen Anspruch geltend machen können, und keinem ohne Zweifel der Vorzug gegeben werden kann, dann ist das gewählte Auslegungsergebnis nur als das „wahrscheinlich richtige“ zu bezeichnen. Ob Windscheid es genau in diesem Sinne gemeint hat, lässt sich allerdings — mangels näherer Ausführungen hierzu — nicht eindeutig feststellen. Fest steht nur, was er nicht gemeint hat und zwar, dass dem (aufzudeckendem) Inhalt des Gesetzes selbst die Eigenschaft der Wahrhaftigkeit zugeschrieben werden kann. Dies würde in die Richtung des Naturrechts gehen, dessen objektive Existenz er ausdrücklich ablehnt.<sup>53</sup>

Die Auffassung der Auslegung als ein „Hineindenken in die Seele des Gesetzgebers“ mag von einem gewissen Psychologismus zeugen, der die Existenz eines tatsächlichen Willens des Gesetzgebers unterstellt. Diese Annahme ist insbesondere bei kollegialen Gesetzgebungsorganen sehr zweifelhaft. Von diesem Standpunkt aus kann man wie Larenz den Auslegungsprozess bei Windscheid als eine empirische Willensforschung auffassen — die Suche nach dem wirklichen Inhalt des realen Willens des Gesetzgebers als einem historischen Faktum.<sup>54</sup> Das erscheint natürlich eher als ein lebensfernes Konzept. Selbst, wenn man vom Modell eines eigenmächtigen Einzelherrschers als Gesetzgeber ausgeht, ist es unmöglich, dass er den Inhalt aller geltenden Gesetze im Einzel-

<sup>50</sup> Ibidem, S. 85.

<sup>51</sup> Ibidem, S. 85.

<sup>52</sup> Ibidem, S. 81.

<sup>53</sup> B. Windscheid: *Lehrbuch...*, S. 90; Idem: *Recht und...*, S. 9.

<sup>54</sup> K. Larenz: *Methodenlehre...*, S. 29.

nen kennt. Und was er nicht kennt, kann er auch nicht tatsächlich (im psychologischen Sinne) wollen. Die Auffassung der Auslegung als ein „Hineindenken in die Seele des Gesetzgebers“ kann man aber auch als eine Metapher verstehen. Sie bildet dann nur eine hilfreiche Fiktion, welche besagt, dass hinter dem Rechtsganzen ein rationaler Gesetzgeber, der Autor aller Gesetze ist, steht. Dadurch gewinnt man die Möglichkeit, das Rechtsganze als eine geistige Einheit und damit ein System zu behandeln. Diese Auffassung dient als theoretische Grundlage für die Anwendung von Auslegungsmethoden, die ohne Wertungen nicht auskommen können (z.B. Analogieschluss) und die keine Legitimation hätten, wenn man das Rechtsganze lediglich als eine bloße Ansammlung verschiedener Vorschriften verstehen würde.

### ***3. Berichtigung und Ergänzung des Rechtssatzes und ihre Grenzen***

#### ***a) Berichtigung und Ergänzung***

Die logische Auslegung kann Windscheid zufolge nicht nur zur Bestimmung des wahren Sinnes des unklaren Ausdrucks des Gesetzes dienen, sie kann auch „den unvollständigen Ausdruck ergänzen und den unrichtigen berichtigen“.<sup>55</sup> Der Ausdruck des Gesetzgebers könne auf drei verschiedene Weisen verfälscht sein: „er kann auf Mehr gehen, als der Gesetzgeber hat sagen wollen, oder auf Weniger, oder auf etwas qualitativ Anderes“.<sup>56</sup> Als Mittel zur Berichtigung des unvollkommenen Ausdrucks des Gesetzgebers nennt Windscheid drei Arten der Auslegung: die einschränkende, die ausdehnende und die abändernde Auslegung. Hier ist die Frage zu stellen, was den Gegenstand der Einschränkung, der Ausdehnung oder der Abänderung bilden soll? Dieser Gegenstand scheint für Windscheid das Resultat der grammatischen Auslegung zu sein. Trifft diese Interpretation der von Windscheid aufgestellten Grundsätze zu, ergibt sich daraus folgendes Bild: Bei der ausdehnenden Auslegung werden Rechtssätze auf Sachverhalte, die nicht unter die grammatisch ausgelegten Tatbestandsmerkmale fallen, angewendet. Im Fall der einschränkenden Auslegung werden Rechtssätze auf Sachverhalte, die unter die grammatisch ausgelegten Tatbestandsmerkmale fallen, nicht angewendet. Die abändernde Auslegung führt beide Folgen herbei, hier kommt es also zur Anwendung des Rechtssatzes auf Sachverhalte, die nicht unter die grammatisch ausgelegten Tatbestandsmerkmale fallen, und zugleich zur Nichtanwendung desselben Rechtssatzes auf manche Sachverhalte,

---

<sup>55</sup> B. Windscheid: *Lehrbuch...*, S. 85.

<sup>56</sup> *Ibidem*, S. 85.

die unter die grammatisch ausgelegte Tatbestandsmerkmale dieses Satzes fallen. Windscheid trifft bei der Auslegung keine Unterscheidung zwischen der Tatbestands- und der Rechtsfolgendeite der Norm, es ist also anzunehmen, dass die Berichtigung beide Seiten betreffen kann. Damit sind die geschilderten Verhältnisse für die Rechtsfolgendeite eines Rechtssatzes analogisch — d.h. das Ausmaß der auf dem Wege der logischen Auslegung bestimmten Folgen könnte weiter, enger oder zum Teil enger und zum Teil weiter als das Ausmaß der aufgrund der grammatischen Auslegung bestimmten Folgen sein. Es ist dabei nicht auszuschließen, dass eine Norm auf der Tatbestandsseite ausgedehnt, eingeschränkt oder abgeändert und gleichzeitig eine von diesen Modifikationen (aber nicht unbedingt dieselbe) für die Rechtsfolgendeite vorgenommen wird.

Keine Klarheit besteht über den Unterschied zwischen Ergänzung und Berichtigung. Möglicherweise bezieht sich die Berichtigung auf die in einem Rechtssatz bereits enthaltenen Merkmale oder Folgen, die lediglich modifiziert werden, wohingegen durch Ergänzung ganz neue Merkmale oder Folgen hinzugefügt („hineingelesen“) werden. Es müsste dazu natürlich ein hinreichender Grund vorliegen — d.h. es müsste aus dem Textzusammenhang ersichtlich sein, dass der Gesetzgeber sich eines unvollkommenen Ausdrucks bedient hat. Windscheid klärt diese Fragen leider nicht genauer auf.

### ***b) Grenzen der Berichtigung und Ergänzung***

Die Grenzen der Berichtigung und Ergänzung fasst Windscheid in folgendem Satz: „[...] entsprechen die vom Gesetzgeber gebrauchten Worte dem Sinne, welchen er hat ausdrücken wollen, überhaupt nicht, so gilt zwar nicht was er gesagt hat, weil er hat es nicht sagen wollen, aber auch nicht, was er hat sagen wollen, weil er es nicht gesagt hat.“<sup>57</sup> Hier setzt Windscheid stillschweigend voraus, dass der Interpret den Sinn des Rechtssatzes, den der Gesetzgeber hat ausdrücken wollen, trotz der misslungenen Formulierung der Vorschrift kennenlernen kann. Dieser eigentlich intendierte Sinn ist jedoch nur durch Auslegung der misslungenen Vorschrift zu gewinnen. Die grammatische Auslegung kann es nicht sein, weil gerade ihr Ergebnis mit dem Sinn, den der Gesetzgeber hat ausdrücken wollen, nicht übereinstimmt. Es ist also anzunehmen, dass es sich hier um logische Auslegung, als die, die über bloße Sprachgesetze hinausgeht, handelt<sup>58</sup>. Daraus folgt, dass das Ergebnis der logischen Auslegung nur dann beachtet werden kann, wenn es dem Ergebnis der grammatischen Auslegung nicht widerspricht; mit anderen Worten — wenn es mit diesem noch vereinbar ist. Auf diese Weise wird für die Anwendung der

---

<sup>57</sup> Ibidem, S. 86.

<sup>58</sup> Siehe oben.

Resultate der logischen Auslegung eine Grenze bestimmt, und zwar in Gestalt der Vereinbarkeit mit dem Wortlaut des Gesetzestextes.

Wann ist das Ergebnis der logischen Auslegung mit dem Wortlaut des Gesetzestextes noch vereinbar? Der Ausdruck des Gesetzgebers kann laut Windscheid anhand der logischen Auslegung nur „in dieser oder jener Beziehung“<sup>59</sup> verbessert werden. Diese Regel kann man folgendermaßen interpretieren: Sie verbietet es, bei abändernder Auslegung alle Merkmale einer Norm so auszu legen, dass es zu gar keiner Anwendung dieser Norm auf Sachverhalte, welche unter diese Norm fallen, wenn sie grammatisch ausgelegt wird, kommt. Analog gilt das auch für die Folgen eines Rechtssatzes. Es kann also zu keiner gänzlichen Verlagerung des Anwendungsbereichs oder Änderung aller Folgen einer Norm kommen. Inwieweit im Übrigen eine Abweichung vom Ergebnis der grammatischen Auslegung und insbesondere wie stark eine Norm ausgedehnt oder eingeschränkt werden kann, lässt sich *in abstracto* nicht genau bestimmen, weswegen Windscheid es vernünftigerweise nicht versucht hat. Die Grenze soll man sich deshalb als ein Streifen eher denn als eine Linie vorstellen. Der heutigen Wortlautgrenze, welche die Auslegung von der Analogie abgrenzt, ist die Grenze Windscheids in ihrem Grundkonzept in gewisser Weise ähnlich. Beide Grenzen bauen nämlich auf dem Maßstab der Vereinbarkeit der Auslegungsergebnisse mit dem Wortlaut des Gesetzestextes auf.

Das Resultat der logischen Auslegung ist, auch wenn es wegen der Wortlautgrenze selbst nicht anzuwenden ist, trotzdem von Bedeutung — es führt nämlich zur Unanwendbarkeit des Ergebnisses der grammatischen Auslegung: „[...] so gilt zwar nicht was er gesagt hat, weil er hat nicht sagen wollen [...]“<sup>60</sup>. Dass der Gesetzgeber etwas hat nicht sagen wollen, kann der Interpret gleichwohl nur aufgrund logischer Auslegung feststellen. Hier wird also eine andere Grenze gesetzt — in diesem Fall wird das Ergebnis der grammatischen Auslegung durch das Ergebnis der logischen Auslegung gesperrt.

Windscheid schreibt ausdrücklich keine Lösung für die Situation vor, dass die grammatische und die logische Auslegung ihre Anwendbarkeit gegenseitig ausschließen. Streng genommen müsste der Interpret den ausgelegten Rechtssatz für unanwendbar erklären. Es wäre jedoch wohl im Sinne Windscheids, dass zuerst versucht wird, einen Ausgleich zwischen den beiden Auslegungsergebnissen zu finden, indem der anhand der logischen Auslegung erkannte Wille des Gesetzgebers in dem Maß, in welchem es die Wortlautgrenze zulässt, realisiert wird.

---

<sup>59</sup> B. Windscheid: *Lehrbuch...*, S. 85—86.

<sup>60</sup> *Ibidem*, S. 86.

#### 4. Erkenntnis des eigentlichen Gedankens des Gesetzgebers

Die Ermittlung des eigentlichen Gedankens des Gesetzgebers ist Windscheid zufolge erforderlich, wenn zu erkennen ist, „daß der Gesetzgeber sich diesen Gedanken nicht vollständig klar gemacht hat, daß er bei einer Erscheinungsform des Gedankens stehen geblieben ist, welche dessen wahren Gehalt nicht vollständig entspricht“.<sup>61</sup> In diesem Fall stehe vor der Auslegung ihre „edelste Aufgabe“, den „ausgedrückte[n] Willen [des Gesetzgebers] gegenüber seinen eigentlichen zur Geltung zu bringen“.<sup>62</sup>

Bei der Enthüllung von eigentlichen Gedanken des Gesetzgebers seien jedoch dem Interpreten die gleichen Grenzen der Auslegung wie bei Erkenntnis des Sinns des Gesetzestextes gesetzt: „wie sicher sie [die Auslegung] auch den eigentlichen Gedanken des Gesetzgebers erkennen mag, sie darf denselben doch das Recht begründend nur unter der Voraussetzung anerkennen, dass in der von dem Gesetzgeber abgegebenen Erklärung, wenn auch kein vollständiger Ausdruck seines eigentlichen Gedankens, doch jedenfalls ein Ausdruck überhaupt gefunden werden kann“<sup>63</sup>. Folglich gilt auch hier die Wortlautgrenze (in dem oben behandelten Sinne) und die Resultate der Auslegung können auch nur in einer „quantitative[n] Einschränkung oder Ausdehnung des Gesetzes“<sup>64</sup> bestehen.

Da auch die Mittel, die der Erkenntnis der eigentlichen Gedanken des Gesetzgebers dienen, identisch seien mit diejenigen, die zur Erkenntnis des Sinns des Gesetzestextes verhelfen, sei die Zuordnung der Tätigkeit des Interpreten zu einem von diesen zwei Auslegungsarten oft sehr schwierig.<sup>65</sup>

Führe die der Beantwortung der Frage nach dem eigentlichen Gedanken des Gesetzgebers dienliche Tätigkeit zur ausdehnenden Auslegung, so nenne man dieses Auslegungsergebnis Analogie (genauer — Gesetzesanalogie). Sie sei eine „Ausdehnung des Gesetzes wegen Gleichheit des Grundes“<sup>66</sup>, wobei der Grund nichts anderes, als der eigentliche Wille des Gesetzgebers sei. Daraus wird ersichtlich, dass Windscheid noch keine Trennung von Auslegung und Analogie, die in heutiger Methodenlehre häufig vertreten wird, vornimmt. Er bezeichnet die ausdehnende Auslegung als Analogie, wenn der eigentliche Gedanke des Gesetzgebers und nicht nur der eigentliche Sinn seiner Worte gefunden wird.

An dieser Stelle ist noch darauf hinzuweisen, dass Windscheid ausdrücklich davor warnt, dass man seinen eigenen Gedanken unter dem Anschein der

<sup>61</sup> Ibidem, S. 86.

<sup>62</sup> Ibidem, S. 86.

<sup>63</sup> B. Windscheid: *Lehrbuch...*, S. 86.

<sup>64</sup> Ibidem, S. 87.

<sup>65</sup> Ibidem, S. 87.

<sup>66</sup> Ibidem, S. 88.

Auslegung als den gesetzgeberischen präsentiert. Aus diesem Grund äußert er sich negativ über Verbreitung von Topoi wie „die Natur der Dinge“, „das Bedürfnis des Verkehrs“ und „das entschieden Vernünftige“, die seines Erachtens in ihrem Inhalt so schwankend und unbestimmt seien, dass sie für redliche Auslegung keine Hilfe leisten könnten.<sup>67</sup> Es ist Theodor Kipp schwer zu widersprechen, wenn er darin eine Inkonsequenz sieht.<sup>68</sup> Einerseits betrachtet Windscheid das durch Juristen erzeugte Gewohnheitsrecht als Rechtsquelle und schreibt ihm sogar die Kraft der Aufhebung von gesetzlichen Rechtssätzen zu,<sup>69</sup> andererseits verwehrt er aber den Juristen die Benutzung von jeglichen Mitteln, die zu einer Rechtsschöpfung führen könnten.

In dem Konzept der Erkenntnis des eigentlichen Gedankens des Gesetzgebers als Aufgabe der Auslegung sieht Larenz einen von Windscheid unbemerkten Übergang „aus dem Bereich der empirisch-psychologischen Willensforschung in den eines objektiven Sinnverstehens“.<sup>70</sup> Das führe dazu, dass der psychologische Willensbegriff durch einen normativen Willensbegriff ersetzt wird. In der Tat ist hier der eigentliche Wille des Gesetzgebers kein realer Wille im Sinne eines positiven psychologischen Faktums, das irgendwann in der Zeit stattgefunden hat oder noch stattfindet. Es handelt sich um einen hypothetischen Willen, zu welchem man gelangt, indem man die Frage stellt, „was derselbe [der Gesetzgeber] selbst ausgesprochen haben würde, wenn er auf die Punkte, welche er sich zum Bewusstsein nicht gebracht hat, aufmerksam geworden wäre“.<sup>71</sup> Dieses Verfahren bezeichnet Larenz als eine psychologische Scheinargumentation, da nach einem vernünftigen — also normativ begriffenen — Willen gesucht wird.<sup>72</sup> Die Inkonsequenz, die darin besteht, dass man mal auf den realen und mal auf den vernünftigen Willen des Gesetzgebers abstellt, liegt aber nur dann vor, wenn man den Satz von dem „Hineindenken in die Seele des Gesetzgebers“<sup>73</sup> wie Larenz wörtlich und nicht als eine Metapher versteht.

## 5. Lücken und Widersprüche

Das Problem von Lücken und Widersprüchen im Rechtsganzen sei mit Hilfe der in diesem Ganzen zu erkennenden eigentlichen Gedanken des Gesetzgebers zu lösen.<sup>74</sup>

---

<sup>67</sup> Ibidem, S. 89, Fußnote 8.

<sup>68</sup> Ibidem, S. 89—90, Fußnote 8 — Text von Theodor Kipp.

<sup>69</sup> Siehe oben.

<sup>70</sup> K. Larenz: *Methodenlehre...*, S. 29.

<sup>71</sup> B. Windscheid: *Lehrbuch...*, S. 86.

<sup>72</sup> K. Larenz: *Methodenlehre...*, S. 29.

<sup>73</sup> Siehe oben.

<sup>74</sup> B. Windscheid: *Lehrbuch...*, S. 90.

Die Ausfüllung von Lücken sei die Aufgabe der Rechtsanalogie. Sie bestehe in der Übertragung der sich in spezifischer Art und Weise im Rechtsganzen darstellenden Rechtsauffassung auf das „einer rechtlichen Normierung bedürftige Verhältnis“.<sup>75</sup> Hier wird ersichtlich, dass Windscheid schon vor der Kodifikation des Privatrechts in Deutschland das Ganze aller Rechtssätze als ein System, das mindestens konzeptionell vollständig und lückenlos sein soll, betrachtete. Normen dieses Systems würden „ein[en] objektive[en] Sinneszusammenhang“ bilden, „aus dem das fehlende Zwischenglied durch Schlussfolgerungen — insbesondere durch Analogieschlüsse — abgeleitet werden kann“<sup>76</sup>. Es fällt auf, dass Windscheid für die Anwendung der Rechtsanalogie keine Wortlautgrenze aufstellt. Das eröffnet dem Ausleger besondere „Bewegungsfreiheit“, die allerdings die Feststellung einer Lücke im Rechtsganzen voraussetzt. Die Lücke wird nicht ausdrücklich definiert, sondern lediglich als ein „der rechtlichen Normierung bedürftige Verhältnis“ indiziert. Es scheint im Sinne Windscheids zu sein, dass man die „Normierungsbedürftigkeit“ ermittelt, indem man fragt, ob der Gesetzgeber das Verhältnis, welches „er sich zum Bewußtsein nicht gebracht hat“, normiert haben würde, wenn er auf dieses Verhältnis „aufmerksam geworden wäre“<sup>77</sup> und diese Frage anhand des sich aus dem Rechtsganzen ergebenden eigentlichen Gedanken des Gesetzgebers beantwortet. Heute würde man diesen Vorgang als Feststellung einer planwidrigen Lücke bezeichnen.

Eine Ergänzung von Lücken aus dem Naturrecht lehnt Windscheid eindeutig ab, weil seine Sätze nicht objektiv feststellbar und nichts mehr als subjektive Wahrheiten des Einzelnen seien.<sup>78</sup>

Hat der Interpret mit einem Widerspruch zu tun, empfiehlt ihm Windscheid zuerst zu untersuchen, ob „der eine Rechtssatz mehr als der andere den eigentlichen Gedanken des Rechtsganzen enthält“<sup>79</sup>. Ist das nicht der Fall, dann würden sie sich gegenseitig aufheben und es sei zu entscheiden, als ob keiner von beiden vorhanden wäre.

## 6. Entwicklung von Begriffen

Nach Windscheid erschöpft sich die Jurisprudenz nicht in der Auslegung. Ihre weitere Aufgabe sei die Entwicklung der in Gesetzen enthaltenen und durch Auslegung gewonnenen Begriffe. Ihre volle Erfassung ergebe „das wah-

<sup>75</sup> Ibidem, S. 91.

<sup>76</sup> K. Larenz: *Methodenlehre...*, S. 30.

<sup>77</sup> B. Windscheid: *Lehrbuch...*, S. 86.

<sup>78</sup> Ibidem, S. 90—91.

<sup>79</sup> Ibidem, S. 93.



re System der Rechte“.<sup>80</sup> Windscheid spricht hier vom Konstruieren der für die Pandektenwissenschaft charakteristischen Begriffspyramiden,<sup>81</sup> die durch Offenlegung der inneren Zusammengehörigkeit der Begriffe zur Erkenntnis des eigentlichen Gedankens des Gesetzgebers verhelfen sollen.<sup>82</sup> Dies fördere die Sicherheit der Rechtsanwendung, denn „[...] die Entscheidung ist das Resultat einer Rechnung, bei welcher die Rechtsbegriffe die Factoren sind; die Rechnung muß natürlich ein um so sicheres Facit ergeben, je fester der Werth der Factoren steht“.<sup>83</sup> In diesem Satz drückt sich das Bekenntnis Windscheids zur Begriffsjurisprudenz und der von ihr getragenen Rechtssicherheit so deutlich wie wohl in keinem anderen aus. Er verliert dabei aber keineswegs den Glauben, dass die Rechtswissenschaft die Ansprüche der als das Ideal „nach dessen Verwirklichung das Recht eines jeden Volkes zu streben hat“ verstandenen und sich im kollektiven Rechtsbewusstsein und Rechtsgefühl des Volkes offenbarenden Billigkeit befriedigen kann.<sup>84</sup>

#### ***IV. Schluss***

Zusammenfassend lässt sich feststellen, dass die von Windscheid vertretene Auslegungslehre dem Auslegenden — sogar aus heutiger Sicht — einen weiten Spielraum gewährt. Auf keinen Fall reduziert sie die Rechtsfindung auf „den logischen Akt der richtigen Subsumtion“.<sup>85</sup> Der Interpret kann nach Windscheid zwar nur im Sinne des Gesetzgebers handeln<sup>86</sup>, verfügt aber zugleich über ein sehr reiches Instrumentarium, mit welchem er in bestimmten Fällen weit über die Wortlautgrenze hinausgehen kann (Rechtsanalogie). Somit hält sich Windscheid von Überspitzungen des radikalen Rechtspositivismus fern.

Das Bild von Windscheid, das sich aus vorliegender Arbeit ergibt, entspricht der Vorstellung vom Hauptrepräsentanten der „blutleeren Begriffsjurisprudenz“ sicherlich nicht. An vielen Stellen konnten wir sehen, dass er die Jurisprudenz durchaus als Dienerin des Lebens sah. In seiner wissenschaftlichen Arbeit lag er viel Wert darauf, der Rechtsdogmatik angemessene Mittel zur Befriedigung von Billigkeit und Gerechtigkeit bereitzustellen. Aus diesem Grund kann man das traditionelle Bild Windscheids, das ihn als Verkörperung vom lebensfernen

---

<sup>80</sup> Ibidem, S. 94.

<sup>81</sup> K. Larenz: *Methodenlehre...*, S. 30.

<sup>82</sup> B. Windscheid: *Lehrbuch...*, S. 93.

<sup>83</sup> Ibidem, S. 94.

<sup>84</sup> B. Windscheid: *Die Aufgaben...*, S. 102.

<sup>85</sup> F. Wiaecker: *Privatrechtsgeschichte...*, S. 436.

<sup>86</sup> B. Windscheid: *Lehrbuch...*, S. 86.

Formalismus darstellen will, mit denselben Worten kommentieren, mit denen Windscheid einst das Urteil des Reichsgerichts, das seine berühmte Voraussetzungslehre verworfen hat, kommentiert hat: „Es kämpft gegen ein Phantom, es schlägt einen Feind nieder, den es selbst erfunden hat.“<sup>87</sup>

<sup>87</sup> B. Windscheid: *Die Voraussetzung*. Abgedruckt in: B. Windscheid: *Gesammelte Reden...* (= AcP 78 (1892) S. 161 ff.), S. 405.

Kamil Korn

### Prawo i jego interpretacja w rozumieniu Bernharda Windscheida

**Słowa kluczowe:** metody interpretacji, jurysprudencja pojęciowa, Bernhard Windscheid, pandektystyka, wykładnia prawna, pozytywizm prawniczy

**Streszczenie:** Tematem niniejszego artykułu są poglądy niemieckiego prawnika Bernharda Windscheida (1817—1892) na prawo oraz jego wykładnię. Bernhard Windscheid tradycyjnie uważany jest za jednego z czołowych przedstawicieli pandektystyki, jurysprudencji pojęciowej oraz pozytywizmu prawniczego. W historiografii prawniczej długi czas panowała i częściowo nadal panuje opinia o nadmiernym formalizmie i nieżyciowości jego nauk. W nowszych pracach poglądy te poddawane są rewizji i przedstawiany jest bardziej zniuansowany obraz Windscheida jako naukowca, którego trudno jednoznacznie opisać za pomocą prostych formuł. Analiza jego poglądów na prawo i wykładnię dokonana w niniejszym artykule prowadzi do wniosku, że tradycyjny obraz Windscheida jako przedstawiciela „bezkrwistej jurysprudencji pojęciowej” jest niewłaściwy. Zgodnie z jego poglądami celem wykładni jest odkrycie i odpowiednia realizacja woli ustawodawcy, jednak nie wyklucza to uwzględniania w pewnych sytuacjach potrzeb obrotu prawnego oraz wartości takich jak słuszność. Granice wykładni prawa są w koncepcji Windscheida zakreślone dość szeroko, choć jednocześnie stara się on ująć je tak, by zapobiegać dowolności interpretacyjnej oraz nie narażać pewności prawa na nadmierne niebezpieczeństwo.

Kamil Korn

### Law and Its Interpretation as Understood by Bernhard Windscheid

**Keywords:** methods of interpretation, conceptual jurisprudence, Bernhard Windscheid, pandectic doctrine, interpretation of law, legal positivism

**Summary:** The subject of the following article is the views of German jurist Bernhard Windscheid on law and its interpretation. Bernhard Windscheid is traditionally regarded as a prominent representative of pandectists, conceptual jurisprudence, and legal positivism. In legal historiography an opinion about an excessive formalism and detachment from reality in his studies was held for a long time and is still partially maintained. In most recent studies, however, that assessment has been revised, and a more diversified picture of Windscheid has emerged of a scholar who is hard to define by means of simple formulas. The analysis of his views on law and its interpreta-

tion conducted in this article leads to the conclusion that the traditional picture of Windscheid as a representative of „bloodless conceptual jurisprudence” is incorrect. According to Windscheid, the aim of the interpretation of law is to find out the legislator’s intention and realize it accordingly, which however, does not exclude taking into consideration under some circumstances the requirements of legal relations and transactions with values such as righteousness. In Windscheid’s concept, limits of the interpretation of law are drawn quite broadly, although he simultaneously attempts to specify them clearly enough to prevent freedom of interpretation and not to jeopardize the certainty of law.