

Rechtstheorie

und Juristische Methodenlehre

von

Dr. iur. Dres. h. c. Bernd Rüthers

em. o. Professor an der Universität Konstanz
vormals Richter am Oberlandesgericht

Dr. iur. Christian Fischer

o. Professor an der Friedrich-Schiller-Universität Jena

Dr. iur. Axel Birk

Professor an der Hochschule Heilbronn

11., überarbeitete Auflage 2020

C.H.BECK

Inhaltsverzeichnis

Literaturverzeichnis	XXV
----------------------------	-----

Vorrede	1
---------------	---

1. Kapitel. Grundfragen

§1. Was ist und was soll Rechtstheorie?	7
A. Was heißt Rechtstheorie?	7
I. Wasist eine Theorie?	8
II. Was bedeutet demnach Rechtstheorie?	15
B. Wozu Rechtstheorie heute?	18
I. Konjunkturen und Krisen der Rechtstheorie	19
II. Juristen als Auslegungsakrobaten	21
III. Die Unruhe in der Juristenausbildung - Ausbildungs- krise als Grundlagenkrise	23
IV. Wandel und Komplexität der Gesellschaft	24
V. Komplexität der Rechtsordnung	25
VI. Veränderung der Werte	26
C. Zusammenfassung zu § 1	28

2. Kapitel. Das Recht und seine Funktionen

§ 2. Was ist Recht?	30
A. Definitionsprobleme	31
B. Arbeitshypothese: Recht als Summe der geltenden Rechts- normen	36
I. Recht alsstaatliche Setzung	36
II. Recht und staatlicher Zwang bei der Durchsetzung ..	39
III. Grenzen und Lücken des „positivistischen“ Rechts- begriffs	40
C. Recht im objektiven und im subjektiven Sinn	40
I. Objektives Recht	41
II. Subjektives Recht	42
D. Zusammenfassung zu § 2	48

§ 3. Was leistet Recht? Die Funktionen des Rechts	49
A. Überblick	50
B. Politischer Bereich	53
I. Verhaltenssteuerung	53
II. Organisation und Legitimation sozialer Herrschaft ..	55

C. Gesellschaftlicher Bereich	58
I. Erwartungssicherung: Rechtssicherheit und Ver- trauensschutz	58
II. Streitentscheidungsfunktion	59
D. Schutz des Einzelnen vor staatlicher Machtausübung: Rechtsgarantiefunktion	60
E. Zusammenfassung zu § 3	60
§ 4. Die Rechtsnorm	61
A. Überblick	61
B. Arten von Normen	62
I. Sollens- und Seinsnormen	62
II. Soziale Normen	64
III. Normen der Moral oder Ethik	66
IV. Andere Normarten	71
C. Arten von Sätzen	71
I. Theoretische Sätze	72
II. Metaphysische Sätze (Glaubenssätze)	74
III. Bewertende Sätze (Werturteile)	77
D. Aufbau der Rechtsnorm	84
I. Grundelemente der Rechtsnorm	84
II. Vollständige und unvollständige Rechtssätze	86
III. Gesetzlicher Bewertungsmaßstab: Der Normzweck .	91
E. Aufbau der Rechtsordnung - das Rechtssystem	92
I. Systembegriff oder: Die Zusammenschau von Rechts- normen	92
II. Äußeres System	93
III. Inneres System	94
IV. Imperativentheorie	99
F. Zusammenfassung zu § 4	101
§5. Recht und Sprache	103
A. Sprache als Arbeitsgerät der Juristen	103
I. Sprache als offener Lernprozeß	104
II. Sprache und Kommunikation als Sprach-Gemein- schaft und als Übersetzungsproblem	105
III. Bedeutung eines sprachlichen Ausdrucks	106
B. Von der Schwierigkeit, Texte „richtig“ zu verstehen	111
I. Ein Blick auf die allgemeine Hermeneutik (Rezept- ionstheorie)	111
II. Die Bedeutung des Kontextes	114
C. Ungenauigkeit der Sprache	115
I. Mehrdeutigkeit von Wörtern	115
II. Unbestimmtheit von Wortbedeutungen	116
III. Veränderlichkeit von Wortbedeutungen	119
IV. Deskriptive und normative Begriffe (Wertbegriffe) ...	123

V.	Typusbegriffe	127
VI.	Kalkulierte Unbestimmtheit und Offenheit von Gesetzesbegriffen	127
D.	Präzision durch juristische Kunstsprache?	128
I.	Vorbilder in exakten Wissenschaften	128
II.	Symbolsprache als Mittel größerer Genauigkeit juristischer Aussagen?	131
E.	Präzision durch Definition	134
I.	Grundlagen der Definitionslehre	134
II.	Besonderheiten bei der Definition von Gesetzesbegriffen	136
III.	Rechtsbegriffe als Rechtsquellen?	138
E	Die juristische Fachsprache	139
I.	Fachsprache	139
II.	Undurchsichtigkeit der Gesetze	140
III.	Kompliziertheit des Rechts als Spiegel des sozialen und politischen Systems	140
G.	Zusammenfassung zu §5	141
§ 6.	Die Lehre von den Rechtsquellen	143
A.	Begriff und Funktion der Rechtsquellen	143
I.	Begriff der Rechtsquellen	143
II.	Rechtsquellenlehre als Verfassungsfrage	144
III.	Allgemeinheitensgrundsatz	145
B.	Arten von Rechtsquellen	146
I.	Supra- und internationale Regelungen	146
II.	Verfassung	148
III.	Parlamentsgesetz als Mittel demokratischer Herrschaft	149
IV.	Rechtsverordnungen	149
V.	Satzungen	150
VI.	Kollektivrechtliche Normenverträge	151
VII.	Gewohnheitsrecht	152
VIII.	Richterrecht	154
IX.	Juristenrecht	167
X.	Naturrecht als Rechtsquelle?	168
C.	Rechtsordnung als Einheit?	172
I.	Vielzahl der Rechtsquellen als Problem	172
II.	Stufenbau der Rechtsordnung	173
III.	Komplexität der Rechtsanwendungsprobleme	175
IV.	Einheit der Rechtsordnung als Auslegungsargument	176
D.	Zusammenfassung zu § 6	178
§7.	Jurisprudenz als Wissenschaft	179
A.	Ist die Jurisprudenz eine Wissenschaft?	180
B.	Schwieriger Wissenschaftsbegriff	181

I.	Herkömmlicher Begriff	181
II.	Wissen und Glauben	182
III.	Prüfbarkeit	184
C.	Rechtswissenschaft als Wissenschaft	185
I.	Unterschiede von Wissenschaftlichkeit	185
II.	Werturteilsstreit	186
III.	Folgerungen für die Rechtswissenschaft	188
D.	Beziehung der Rechtswissenschaft zu anderen Wissenschaften	193
I.	Rechtswissenschaft als normative Wissenschaft	193
II.	Rechtswissenschaft als empirische Sozialwissenschaft	194
III.	Rechtswissenschaft als analytische Textwissenschaft	198
E.	Rechtswissenschaft - Jurisprudenz - Rechtsdogmatik	198
I.	Was ist Rechtsdogmatik?	198
II.	Wie entsteht Rechtsdogmatik?	200
III.	Gültigkeitsanspruch dogmatischer Sätze	202
IV.	Funktionen der Rechtsdogmatik	204
V.	Rechtsdogmatik und Rechtspolitik	207
F.	Zusammenfassung zu § 7	207

3. Kapitel. Geltung des Rechts

§ 8.	Geltungsbegriff	209
A.	Problemübersicht	209
B.	Arten der Geltung	211
I.	Juristische, faktische und moralische Geltung	211
II.	Divergenzen und Verknüpfungen der Geltungsarten	213
III.	Die Bedeutung der Akzeptanz	214
C.	Zusammenfassung zu § 8	215
§ 9.	Recht und Gerechtigkeit	216
A.	Gerechtigkeit - skeptische Zweifel	216
I.	Verhältnis von Recht und Gerechtigkeit	216
II.	Relativität der Gerechtigkeit?	218
B.	Was heißt „Gerechtigkeit“?	222
I.	Begriff	222
II.	Austeilende Gerechtigkeit („iustitia distributiva“)	226
III.	Ausgleichende Gerechtigkeit („iustitia commutativa“)	231
IV.	Gerechtigkeit, Nutzen und Effizienz	234
C.	Begründungen der Gerechtigkeit	239
I.	Deskriptive Gerechtigkeitstheorien	239
II.	Prozedurale Gerechtigkeitstheorien	240
III.	Materiale Gerechtigkeitstheorien	241
D.	Gerechtigkeit und Rechtsstaat	248
I.	Gesetzgebung und Gerechtigkeit	249

II.	Rechtsprechung und Gerechtigkeit	250
III.	Jurisprudenz und Gerechtigkeit	251
IV.	Annäherungen an die Gerechtigkeit	253
E.	Zusammenfassung zu § 9	257
§ 10.	Moral, Ethik und Recht	260
A.	Begriff und Verbindlichkeitsgrundlagen von Moralsystemen	260
B.	Zuordnungsverhältnis	262
I.	Moral als Bedingung des Rechts	262
II.	Moral als Ziel des Rechts	263
C.	Zusammenfassung zu § 10	265
§ 11.	Religion und Recht: Das theologische Naturrecht	265
A.	Recht als Teil der Sinnfrage	266
B.	Begriff und Funktion des Naturrechts	268
C.	Geschichtliche Begründungsvarianten des Naturrechtsdenkens	269
D.	Was bleibt vom theologischen Naturrecht? Oder: Die „ewige Wiederkehr“ des Naturrechts	276
I.	Frage nach dem richtigen Recht	276
II.	Wiederkehr nach 1945	276
III.	Abklingen der Naturrechtsrenaissance	278
IV.	Wandelbarkeit der verkündeten Naturrechtsinhalte ..	279
V.	Offenheit des Naturrechtsbegriffs	282
VI.	Verdienste des theologischen Naturrechts	283
VII.	Theologisches Naturrecht und pluraler Staat	283
E.	Recht und Toleranz	284
I.	Pluralität und religiöse Toleranz im liberalen Verfassungsstaat	284
II.	Toleranz in der demokratischen Rechtsordnung	285
III.	Grenzen der Toleranz des Staates und im Staat	286
IV.	Die neuen Herausforderungen	287
F.	Zusammenfassung zu § 11	288
§ 12.	Vernunft und Recht	290
A.	Das Naturrecht der Aufklärung	290
I.	Vom Glauben zum Wissen	290
II.	Was ist Natur beim Vernunftrecht?	290
III.	Naturrechtsgesetzbücher	291
B.	Geschichte, Volksgeist und Recht: Historische Rechtsschule	292
I.	Geschichte und Volksgeist als Wurzelgrund und Quelle des Rechts	292
II.	Rechtspolitische Funktion der historischen Rechtsschule	293
III.	Was bedeutet die historische Rechtsschule heute?	295
C.	Logik und Recht: Die Begriffsjurisprudenz	296

I.	Monopol der Rechtswissenschaft bei der Rechtserzeugung	296
II.	Recht als Produkt des „Volksgeistes“ und eines „vernünftigen Systems“?	296
III.	Sieg und Niedergang der Begriffsjurisprudenz	298
D.	Zusammenfassung zu § 12	300
§ 13.	Staatsmacht und Recht: Der juristische Positivismus	301
A.	Philosophischer Positivismus: Naturwissenschaftliche Empirie als Dogma	301
B.	Der Glaube an die notwendige Sittlichkeit des Staates: Der Gesetzespositivismus	303
I.	Leitsätze	303
II.	Die Reinechtslehre von Hans Kelsen	305
III.	Positivismus als Rechtstheorie des Totalitarismus?	312
IV.	Gesetzliches Unrecht und Gesetzespositivismus	313
C.	Die Macht der letzten Instanzen: Der Richterpositivismus ..	316
D.	Konstruktion des Rechts aus Regeln und Prinzipien (Ronald Dworkin)	317
E.	Zusammenfassung zu §13	319
1.	Verdienste	320
2.	Nachteile und Gefahren	321
§ 14.	Klasse und Recht	322
A.	Die industrielle Revolution als Ausgangspunkt neuer Rechtstheorien	322
B.	Klasse und Recht - revolutionär: Marxistisch-leninistische Rechtstheorie	323
I.	Kernthesen der marxistischen Rechtslehre	323
II.	Entwicklung und Ausblicke der marxistischen Rechtstheorie	329
C.	Klasse und Recht - evolutionär: Lorenz von Stein (1815—1890)	335
I.	Klassenstruktur als Ausgangspunkt	335
II.	Staatliche Reform statt proletarischer Revolution	337
III.	Recht als Produkt der Gesellschaft	338
D.	Zusammenfassung zu § 14	339
§15.	Zweck, Interesse und Recht: Interessenjurisprudenz	341
A.	Der Zweck im Recht (Rudolf von Jhering)	341
I.	Umweg zur Realität	341
II.	Rudolf v. Jhering als Theoretiker des Übergangs	342
B.	Interessenjurisprudenz als rechtstheoretische und methodische Neubesinnung (Philipp Heck)	343
I.	Rechtswissenschaft als praktische Wissenschaft	343
II.	Der Richter als dienender Partner des Gesetzgebers ..	346

III. Weite und Unschärfe des Interessenbegriffes	346
IV. Der Streit um die Interessenjurisprudenz im Nationalsozialismus	347
C. Zusammenfassung zu § 15	353
§ 16. Rasse und Recht: Rechtslehren im Nationalsozialismus	354
A. Das totalitäre Unrechtssystem	354
B. NS-Rechtsanschauung	355
C. Versuche einer NS-Rechtstheorie	356
I. Konkurrenz der anpassungsbereiten Autoren	356
II. Von der Interessenjurisprudenz zum Neuhegelianismus	356
III. Vorrang der Umdeutung vor der Gesetzgebung	356
IV. Die nationalsozialistische Rechtsidee	357
V. Neue Rechtsquellenlehre	358
VI. Neue Begriffslehre	359
D. Zusammenfassung zu § 16	367
§ 17. Wissenschaftstheorie und Recht: Das neue Vernunftrecht	369
A. Abkehr von Positivismus und Naturrecht	369
B. Die Suche nach einem dritten Weg	370
I. Phänomenologie	370
II. Die Neuauflage des Werturteilsstreites	371
III. Diskurstheorie	374
C. Das Vernunftargument in der Normenbegründung	379
I. Das Problem	379
II. Zur Vernünftigkeit von Staatsformen	380
III. Zur Kritik des Vernunftarguments	382
IV. Gemeinsame Wertungsgrundlagen als Grenze vernünftiger Verständigung	383
D. Zusammenfassung zu § 17	384
§ 18. Freirecht und Topik	386
A. Freirechtsschule	386
B. Juristische Topik	387
I. Was bedeutet juristische Topik?	387
II. Chancen dialogischer Jurisprudenz	388
III. Grenzen der Topik	389
C. Zusammenfassung zu § 18	389
§ 19. Die notwendige Standortwahl des Juristen	390
A. Die Qual der Wahl	390
B. Unbegründete Geltungsanerkennung	391
C. Historische Abwandlung zentraler Argumente für die Rechtsgeltung am Beispiel des Naturrechts	391
D. Der richtige Kern der verschiedenen Rechtslehren	392

E.	Das Recht als Spiegel der historischen Gesamtsituation	395
E	Das Menschenbild des Grundgesetzes	395
G.	Verfassungsbedingte Offenheit der individuellen Standortwahl	397

4. Kapitel. Rechtsanwendung

§ 20.	Rechtsgewinnung als methodisches Problem	399
A.	Bedeutung der Methodenlehre	399
I.	Methodenkrise der deutschen Juristen	399
II.	Die Notwendigkeit einer europäischen Methodenlehre	406
III.	Funktionen der juristischen Methodenlehre	408
B.	Methodische Grundfragen	412
I.	Ziel der Rechtsanwendung	412
II.	Arbeitsschritte bei der Rechtsanwendung	412
III.	Sachverhaltsfeststellung als verfahrensrechtliches Problem	416
IV.	Methode oder Methoden der Rechtsanwendung?	418
V.	Methodenlehre der Rechtswissenschaft oder Methoden der Gerichtspraxis?	420
VI.	Definitionskompetenz der letzten Gerichtsinstanzen über den Methodenkanon?	421
C.	Zusammenfassung zu § 20	421
§ 21.	Juristischer Syllogismus (Obersatz, Untersatz, Schlußsatz)	422
A.	Funktion und Technik der Subsumtion	422
I.	Das Beispiel Körperverletzung	423
II.	Probleme und Reichweite des Syllogismus	424
B.	Logik und Teleologie bei der Rechtsanwendung	428
C.	Zusammenfassung zu § 21	429
§ 22.	Auslegung der Rechtsnorm	430
A.	Rang der Methodenwahl	430
I.	Der Beitrag Friedrich Carl von Savignys	432
II.	Methodenwahl - ein Verfassungsproblem?	436
III.	Unterschiede und Gemeinsamkeiten der Auslegung von Gesetzen und Rechtsgeschäften	442
B.	Normzweck als Auslegungsziel	444
I.	Am Anfang steht der Normzweck	444
II.	Unterscheidung von Auslegungsziel und Auslegungsmitteln	447
III.	Auslegung von Gesetzen und Begriffen	449
C.	Stufenmodelle der Rechtsanwendung	450
I.	Die Notwendigkeit einer Aufspaltung des Rechtsanwendungsvorgangs	450

II.	Erste Stufe: Die Auslegung im eigentlichen Sinne	451
III.	Zweite Stufe: Fortgeltung des Normzwecks im An- wendungszeitpunkt oder Rechtsfortbildung	451
D.	Auslegung nach dem Wortlaut	452
I.	Wortlaut als Ausgangspunkt	453
II.	Zusammenfassung zu D	459
E.	Systematische Auslegung	459
I.	Grundlagen	459
II.	Verschiedene Systembegriffe	462
III.	Rechtsordnung als Wertordnung	463
IV.	Rechtsanwendung als Wertverwirklichung	465
V.	Grundprobleme der „systematischen Auslegung“	465
VI.	Die Klärung von Gesetzeskonkurrenzen	480
VII.	Was bedeutet „Einheit der Rechtsordnung“ ? Die me- thodische Reichweite des Einheitsarguments	483
VIII.	Zusammenfassung zu E	485
F.	Historische Auslegung	486
I.	Textsinn von Normen zwischen Erlaß und Anwen- dung	486
II.	Was heißt historische Auslegung?	486
III.	Bedeutung der historischen Auslegung	487
IV.	Zusammenfassung zu F	492
G.	Die schwierige Unterscheidung zwischen Gesetzesauslegung und Rechtsfortbildung: Der Methodenstreit als Definitions- frage	493
I.	Subjektive und objektive Auslegungstheorie	493
II.	Heute herrschende Meinung	494
III.	Kritik an der objektiven Theorie	501
IV.	Erfordernis richterlicher Rechtspolitik	508
V.	Zusammenfassung zu G	509
H.	Auslegung des Unionsrechts	510
I.	Zusammenfassung zu § 22	513
§ 23.	Rechtsanwendung im Lückenbereich	513
A.	Das Phänomen der Lücke	514
I.	Richterliche Normsetzung im Lückenbereich	516
II.	Unterschied zwischen dem Lückenproblem und rich- terlichen Gesetzesberichtigungen	518
III.	Verschwiegene Normsetzung der objektiven Ausle- gung	520
B.	Begriff und Arten von Lücken im Gesetz	521
I.	Unsicherer Lückenbegriff	521
II.	Arten von Lücken	526
III.	Zusammenfassung zu B	534
C.	Richterliche Lückenfeststellung - Suche und Erfindung von Lücken im Gesetz	534

I.	Offenkundige Normlücken	534
II.	Teleologische Lücken	535
III.	Entstehungszeitpunkt und Anwendungszeitpunkt des Gesetzes als Maßstab der Lückenfeststellung	535
IV.	Rechtspolitische Funktion der Lückenfeststellung	538
D.	Lückenausfüllung	542
I.	Richterliche Kompetenz zur Rechtsfortbildung	542
II.	Instrumente der Lückenausfüllung	545
III.	Die Ausfüllung von Rechtslücken (Gebietslücken) ...	554
E.	Unionsrechtskonforme Rechtsfortbildung	557
F.	Scheinbegründungen richterlicher Normsetzungen	560
I.	Berufungen auf die „Rechtsidee“	561
II.	Natur der Sache und das Wesen von Einrichtungen ..	562
III.	Typus und Typenreihe - „Typologische Rechtsfin- dung“	568
G.	Zusammenfassung zu § 23	571
§ 24.	Richterliche Gesetzesabweichungen	573
A.	Fallgruppen	573
I.	Scheinbare Gesetzesabweichungen	573
II.	Richterliche Korrekturen am Normzweck	574
III.	Richterliche Gesetzesablehnungen als Verfassungs- konflikte	577
B.	Zur Zulässigkeit richterlicher Gesetzeskorrekturen	580
I.	Normzweck als Ausgangspunkt und Rechtfertigung von Wortlautkorrekturen	580
II.	Gewandelte Normzwecke zwischen dem Erlaß und der Anwendung von Gesetzen	581
III.	Das Bundesverfassungsgericht zwischen Verfassungs- fortbildung und Verfassungsänderung	586
IV.	Richterlicher Aufstand gegen die Gesetzgebung	589
V.	Richterliches Widerstandsrecht (Art. 20 Abs. 4 GG)?	591
C.	Zusammenfassung zu § 24	595
§ 25.	Das Verhältnis zwischen Rechtstheorie und juristischer Metho- denlehre	596
A.	Methodentheoretische Erfahrungen aus Systemwechseln	596
I.	Anpassung und Umdeutung als Daueraufgabe der Rechtsanwendung	596
II.	Schleusen neuer Wirklichkeiten für alte Gesetze	598
B.	Juristische Methodenlehre als Schranke gegen Rechtsperver- sionen?	600
I.	Aufgaben und Grenzen der Methodenlehre	600
II.	Methodenbewußtsein als Umdeutungsbremse	602
C.	Unverzichtbarkeit der Grundwerte	604

Namensverzeichnis	607
Stichwortverzeichnis	615
Schriften der Verfasser zur Rechtstheorie	629