

Rechtstheorie

mit Juristischer Methodenlehre

von

Dr. iur. Dres. h. c. Bernd Rütters

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

10., überarbeitete Auflage 2018



Inhaltsübersicht

Inhaltsverzeichnis	XIII
Literaturverzeichnis	XXV
Vorrede	1
1. Kapitel. Grundfragen	
§ 1. Was ist und was soll Rechtstheorie?	5
2. Kapitel. Das Recht und seine Funktionen	
§ 2. Was ist Recht?	28
§ 3. Was leistet Recht? Die Funktionen des Rechts	47
§ 4. Die Rechtsnorm	59
§ 5. Recht und Sprache	101
§ 6. Die Lehre von den Rechtsquellen	141
§ 7. Jurisprudenz als Wissenschaft	177
3. Kapitel. Geltung des Rechts	
§ 8. Geltungsbegriff	207
§ 9. Recht und Gerechtigkeit	214
§ 10. Moral, Ethik und Recht	258
§ 11. Religion und Recht: Das theologische Naturrecht	263
§ 12. Vernunft und Recht	288
§ 13. Staatsmacht und Recht: Der juristische Positivismus	299
§ 14. Klasse und Recht	320
§ 15. Zweck, Interesse und Recht: Interessenjurisprudenz	339
§ 16. Rasse und Recht: Rechtslehren im Nationalsozialismus	352
§ 17. Wissenschaftstheorie und Recht: Das neue Vernunftrecht	367
§ 18. Freirecht und Topik	384
§ 19. Die notwendige Standortwahl des Juristen	388
4. Kapitel. Rechtsanwendung	
§ 20. Rechtsgewinnung als methodisches Problem	397
§ 21. Juristischer Syllogismus (Obersatz, Untersatz, Schlußsatz)	417
§ 22. Auslegung der Rechtsnorm	425
§ 23. Rechtsanwendung im Lückenbereich	507

§ 24. Richterliche Gesetzesabweichungen	567
§ 25. Das Verhältnis zwischen Rechtstheorie und juristischer Methodenlehre	590
Namensverzeichnis	601
Stichwortverzeichnis	609
Schriften der Verfasser zur Rechtstheorie	621

Inhaltsverzeichnis

Literaturverzeichnis	XXV
Vorrede	1
1. Kapitel. Grundfragen	
§ 1. Was ist und was soll Rechtslehre?	5
A. Was heißt Rechtslehre?	5
I. Was ist eine Theorie?	6
II. Was bedeutet demnach Rechtslehre?	13
B. Wozu Rechtslehre heute?	16
I. Konjunkturen und Krisen der Rechtslehre	17
II. Juristen als Auslegungsakrobaten	19
III. Die Unruhe in der Juristenausbildung – Ausbildungs- krise als Grundlagenkrise	21
IV. Wandel und Komplexität der Gesellschaft	22
V. Komplexität der Rechtsordnung	23
VI. Veränderung der Werte	24
C. Zusammenfassung zu § 1	26
2. Kapitel. Das Recht und seine Funktionen	
§ 2. Was ist Recht?	28
A. Definitionsprobleme	29
B. Arbeitshypothese: Recht als Summe der geltenden Rechts- normen	34
I. Recht als staatliche Setzung	34
II. Recht und staatlicher Zwang bei der Durchsetzung ..	37
III. Grenzen und Lücken des „positivistischen“ Rechts- begriffs	38
C. Recht im objektiven und im subjektiven Sinn	38
I. Objektives Recht	39
II. Subjektives Recht	40
D. Zusammenfassung zu § 2	46
§ 3. Was leistet Recht? Die Funktionen des Rechts	47
A. Überblick	48
B. Politischer Bereich	51
I. Verhaltenssteuerung	51
II. Organisation und Legitimation sozialer Herrschaft ..	53

C.	Gesellschaftlicher Bereich	56
I.	Erwartungssicherung: Rechtssicherheit und Vertrauensschutz	56
II.	Streitentscheidungsfunktion	57
D.	Schutz des Einzelnen vor staatlicher Machtausübung: Rechtsgarantiefunktion	58
E.	Zusammenfassung zu § 3	58
§ 4.	Die Rechtsnorm	59
A.	Überblick	59
B.	Arten von Normen	60
I.	Sollens- und Seinsnormen	60
II.	Soziale Normen	62
III.	Normen der Moral oder Ethik	64
IV.	Andere Normarten	69
C.	Arten von Sätzen	69
I.	Theoretische Sätze	70
II.	Metaphysische Sätze (Glaubenssätze)	72
III.	Bewertende Sätze (Werturteile)	75
D.	Aufbau der Rechtsnorm	82
I.	Grundelemente der Rechtsnorm	82
II.	Vollständige und unvollständige Rechtssätze	84
III.	Gesetzlicher Bewertungsmaßstab: Der Normzweck	89
E.	Aufbau der Rechtsordnung – das Rechtssystem	90
I.	Systembegriff oder: Die Zusammenschau von Rechtsnormen	90
II.	Äußeres System	91
III.	Inneres System	92
IV.	Imperiventheorie	97
F.	Zusammenfassung zu § 4	99
§ 5.	Recht und Sprache	101
A.	Sprache als Arbeitsgerät der Juristen	101
I.	Sprache als offener Lernprozeß	102
II.	Sprache und Kommunikation als Sprach-Gemeinschaft und als Übersetzungsproblem	103
III.	Bedeutung eines sprachlichen Ausdrucks	104
B.	Von der Schwierigkeit, Texte „richtig“ zu verstehen	109
I.	Ein Blick auf die allgemeine Hermeneutik (Rezeptionstheorie)	109
II.	Die Bedeutung des Kontextes	112
C.	Ungenauigkeit der Sprache	113
I.	Mehrdeutigkeit von Wörtern	113
II.	Unbestimmtheit von Wortbedeutungen	114
III.	Veränderlichkeit von Wortbedeutungen	117
IV.	Deskriptive und normative Begriffe (Wertbegriffe)	121

V. Typusbegriffe	125
VI. Kalkulierte Unbestimmtheit und Offenheit von Gesetzesbegriffen	125
D. Präzision durch juristische Kunstsprache?	126
I. Vorbilder in exakten Wissenschaften	126
II. Symbolsprache als Mittel größerer Genauigkeit juristischer Aussagen?	129
E. Präzision durch Definition	132
I. Grundlagen der Definitionslehre	132
II. Besonderheiten bei der Definition von Gesetzesbegriffen	134
III. Rechtsbegriffe als Rechtsquellen?	136
F. Die juristische Fachsprache	137
I. Fachsprache	137
II. Undurchsichtigkeit der Gesetze	138
III. Kompliziertheit des Rechts als Spiegel des sozialen und politischen Systems	138
G. Zusammenfassung zu § 5	139
§ 6. Die Lehre von den Rechtsquellen	141
A. Begriff und Funktion der Rechtsquellen	141
I. Begriff der Rechtsquellen	141
II. Rechtsquellenlehre als Verfassungsfrage	142
III. Allgemeinheitsgrundsatz	143
B. Arten von Rechtsquellen	144
I. Supra- und internationale Regelungen	144
II. Verfassung	146
III. Parlamentsgesetz als Mittel demokratischer Herrschaft	147
IV. Rechtsverordnungen	147
V. Satzungen	148
VI. Kollektivrechtliche Normenverträge	149
VII. Gewohnheitsrecht	150
VIII. Richterrecht	152
IX. Juristenrecht	165
X. Naturrecht als Rechtsquelle?	166
C. Rechtsordnung als Einheit?	170
I. Vielzahl der Rechtsquellen als Problem	170
II. Stufenbau der Rechtsordnung	171
III. Komplexität der Rechtsanwendungsprobleme	173
IV. Einheit der Rechtsordnung als Auslegungsargument	174
D. Zusammenfassung zu § 6	176
§ 7. Jurisprudenz als Wissenschaft	177
A. Ist die Jurisprudenz eine Wissenschaft?	178
B. Schwieriger Wissenschaftsbegriff	179

I. Herkömmlicher Begriff	179
II. Wissen und Glauben	180
III. Prüfbarkeit	182
C. Rechtswissenschaft als Wissenschaft	183
I. Unterschiede von Wissenschaftlichkeit	183
II. Werturteilsstreit	184
III. Folgerungen für die Rechtswissenschaft	186
D. Beziehung der Rechtswissenschaft zu anderen Wissenschaften	191
I. Rechtswissenschaft als normative Wissenschaft	191
II. Rechtswissenschaft als empirische Sozialwissenschaft	192
III. Rechtswissenschaft als analytische Textwissenschaft	196
E. Rechtswissenschaft – Jurisprudenz – Rechtsdogmatik	196
I. Was ist Rechtsdogmatik?	196
II. Wie entsteht Rechtsdogmatik?	198
III. Gültigkeitsanspruch dogmatischer Sätze	200
IV. Funktionen der Rechtsdogmatik	202
V. Rechtsdogmatik und Rechtspolitik	205
F. Zusammenfassung zu § 7	205

3. Kapitel. Geltung des Rechts

§ 8. Geltungsbegriff	207
A. Problemübersicht	207
B. Arten der Geltung	209
I. Juristische, faktische und moralische Geltung	209
II. Divergenzen und Verknüpfungen der Geltungsarten	211
III. Die Bedeutung der Akzeptanz	212
C. Zusammenfassung zu § 8	213
§ 9. Recht und Gerechtigkeit	214
A. Gerechtigkeit – skeptische Zweifel	214
I. Verhältnis von Recht und Gerechtigkeit	214
II. Relativität der Gerechtigkeit?	216
B. Was heißt „Gerechtigkeit“?	220
I. Begriff	220
II. Austeilende Gerechtigkeit („iustitia distributiva“)	224
III. Ausgleichende Gerechtigkeit („iustitia commutativa“)	229
IV. Gerechtigkeit, Nutzen und Effizienz	232
C. Begründungen der Gerechtigkeit	237
I. Deskriptive Gerechtigkeitstheorien	237
II. Prozedurale Gerechtigkeitstheorien	238
III. Materiale Gerechtigkeitstheorien	239
D. Gerechtigkeit und Rechtsstaat	246
I. Gesetzgebung und Gerechtigkeit	247

II. Rechtsprechung und Gerechtigkeit	248
III. Jurisprudenz und Gerechtigkeit	249
IV. Annäherungen an die Gerechtigkeit	251
E. Zusammenfassung zu § 9	255
§ 10. Moral, Ethik und Recht	258
A. Begriff und Verbindlichkeitsgrundlagen von Moralsystemen	258
B. Zuordnungsverhältnis	260
I. Moral als Bedingung des Rechts	260
II. Moral als Ziel des Rechts	261
C. Zusammenfassung zu § 10	263
§ 11. Religion und Recht: Das theologische Naturrecht	263
A. Recht als Teil der Sinnfrage	264
B. Begriff und Funktion des Naturrechts	266
C. Geschichtliche Begründungsvarianten des Naturrechtsdenkens	267
D. Was bleibt vom theologischen Naturrecht? Oder: Die „ewige Wiederkehr“ des Naturrechts	274
I. Frage nach dem richtigen Recht	274
II. Wiederkehr nach 1945	274
III. Abklingen der Naturrechtsrenaissance	276
IV. Wandelbarkeit der verkündeten Naturrechtsinhalte ..	277
V. Offenheit des Naturrechtsbegriffs	280
VI. Verdienste des theologischen Naturrechts	281
VII. Theologisches Naturrecht und pluraler Staat	281
E. Recht und Toleranz	282
I. Pluralität und religiöse Toleranz im liberalen Verfassungsstaat	282
II. Toleranz in der demokratischen Rechtsordnung	283
III. Grenzen der Toleranz des Staates und im Staat	284
IV. Die neuen Herausforderungen	285
F. Zusammenfassung zu § 11	286
§ 12. Vernunft und Recht	288
A. Das Naturrecht der Aufklärung	288
I. Vom Glauben zum Wissen	288
II. Was ist Natur beim Vernunftrecht?	288
III. Naturrechtsgesetzbücher	289
B. Geschichte, Volksgeist und Recht: Historische Rechtsschule	290
I. Geschichte und Volksgeist als Wurzelgrund und Quelle des Rechts	290
II. Rechtspolitische Funktion der historischen Rechtsschule	291
III. Was bedeutet die historische Rechtsschule heute?	293
C. Logik und Recht: Die Begriffsjurisprudenz	294

I. Monopol der Rechtswissenschaft bei der Rechtserzeugung	294
II. Recht als Produkt des „Volksgeistes“ und eines „vernünftigen Systems“?	294
III. Sieg und Niedergang der Begriffsjurisprudenz	296
D. Zusammenfassung zu § 12	297
§ 13. Staatsmacht und Recht: Der juristische Positivismus	299
A. Philosophischer Positivismus: Naturwissenschaftliche Empirie als Dogma	299
B. Der Glaube an die notwendige Sittlichkeit des Staates: Der Gesetzespositivismus	301
I. Leitsätze	301
II. Die Reine Rechtslehre von Hans Kelsen	303
III. Positivismus als Rechtstheorie des Totalitarismus?	310
IV. Gesetzliches Unrecht und Gesetzespositivismus	311
C. Die Macht der letzten Instanzen: Der Richterpositivismus ..	314
D. Konstruktion des Rechts aus Regeln und Prinzipien (Ronald Dworkin)	315
E. Zusammenfassung zu § 13	317
1. Verdienste	318
2. Nachteile und Gefahren	319
§ 14. Klasse und Recht	320
A. Die industrielle Revolution als Ausgangspunkt neuer Rechtstheorien	320
B. Klasse und Recht – revolutionär: Marxistisch-leninistische Rechtstheorie	321
I. Kernthesen der marxistischen Rechtslehre	321
II. Entwicklung und Ausblicke der marxistischen Rechtstheorie	327
C. Klasse und Recht – evolutionär: Lorenz von Stein (1815–1890)	333
I. Klassenstruktur als Ausgangspunkt	333
II. Staatliche Reform statt proletarischer Revolution	335
III. Recht als Produkt der Gesellschaft	336
D. Zusammenfassung zu § 14	337
§ 15. Zweck, Interesse und Recht: Interessenjurisprudenz	339
A. Der Zweck im Recht (Rudolf von Jhering)	339
I. Umweg zur Realität	339
II. Rudolf v. Jhering als Theoretiker des Übergangs	340
B. Interessenjurisprudenz als rechtstheoretische und methodische Neubesinnung (Philipp Heck)	341
I. Rechtswissenschaft als praktische Wissenschaft	341
II. Der Richter als dienender Partner des Gesetzgebers ..	344

III. Weite und Unschärfe des Interessenbegriffes	344
IV. Der Streit um die Interessenjurisprudenz im Nationalsozialismus	345
C. Zusammenfassung zu § 15	351
§ 16. Rasse und Recht: Rechtslehren im Nationalsozialismus	352
A. Das totalitäre Unrechtssystem	352
B. NS-Rechtsanschauung	353
C. Versuche einer NS-Rechtstheorie	354
I. Konkurrenz der anpassungsbereiten Autoren	354
II. Von der Interessenjurisprudenz zum Neuhegelianismus	354
III. Vorrang der Umdeutung vor der Gesetzgebung	354
IV. Die nationalsozialistische Rechtsidee	355
V. Neue Rechtsquellenlehre	356
VI. Neue Begriffslehre	357
D. Zusammenfassung zu § 16	365
§ 17. Wissenschaftstheorie und Recht: Das neue Vernunftrecht	367
A. Abkehr von Positivismus und Naturrecht	367
B. Die Suche nach einem dritten Weg	368
I. Phänomenologie	368
II. Die Neuauflage des Werturteilsstreites	369
III. Diskurstheorie	372
C. Das Vernunftargument in der Normenbegründung	377
I. Das Problem	377
II. Zur Vernünftigkeit von Staatsformen	378
III. Zur Kritik des Vernunftarguments	380
IV. Gemeinsame Wertungsgrundlagen als Grenze vernünftiger Verständigung	381
D. Zusammenfassung zu § 17	382
§ 18. Freirecht und Topik	384
A. Freirechtsschule	384
B. Juristische Topik	385
I. Was bedeutet juristische Topik?	385
II. Chancen dialogischer Jurisprudenz	386
III. Grenzen der Topik	387
C. Zusammenfassung zu § 18	387
§ 19. Die notwendige Standortwahl des Juristen	388
A. Die Qual der Wahl	388
B. Unbegründete Geltungsanerkennung	389
C. Historische Abwandlung zentraler Argumente für die Rechtsgeltung am Beispiel des Naturrechts	389
D. Der richtige Kern der verschiedenen Rechtslehren	390

E. Das Recht als Spiegel der historischen Gesamtsituation	393
F. Das Menschenbild des Grundgesetzes	393
G. Verfassungsbedingte Offenheit der individuellen Standortwahl	395

4. Kapitel. Rechtsanwendung

§ 20. Rechtsgewinnung als methodisches Problem	397
A. Bedeutung der Methodenlehre	397
I. Methodenkrise der deutschen Juristen	397
II. Die Notwendigkeit einer europäischen Methodenlehre	401
III. Funktionen der juristischen Methodenlehre	403
B. Methodische Grundfragen	406
I. Ziel der Rechtsanwendung	406
II. Arbeitsschritte bei der Rechtsanwendung	407
III. Sachverhaltsfeststellung als verfahrensrechtliches Problem	410
IV. Methode oder Methoden der Rechtsanwendung?	413
V. Methodenlehre der Rechtswissenschaft oder Methoden der Gerichtspraxis?	415
C. Zusammenfassung zu § 20	415
§ 21. Juristischer Syllogismus (Obersatz, Untersatz, Schlußsatz)	417
A. Funktion und Technik der Subsumtion	417
I. Das Beispiel Körperverletzung	417
II. Probleme und Reichweite des Syllogismus	418
B. Logik und Teleologie bei der Rechtsanwendung	422
C. Zusammenfassung zu § 21	424
§ 22. Auslegung der Rechtsnorm	425
A. Rang der Methodenwahl	425
I. Der Beitrag Friedrich Carl von Savignys	427
II. Methodenwahl – ein Verfassungsproblem?	431
III. Unterschiede und Gemeinsamkeiten der Auslegung von Gesetzen und Rechtsgeschäften	437
B. Normzweck als Auslegungsziel	439
I. Am Anfang steht der Normzweck	439
II. Unterscheidung von Auslegungsziel und Auslegungsmitteln	442
III. Auslegung von Gesetzen und Begriffen	444
C. Stufenmodelle der Rechtsanwendung	445
I. Die Notwendigkeit einer Aufspaltung des Rechtsanwendungsvorgangs	445
II. Erste Stufe: Die Auslegung im eigentlichen Sinne	446

III. Zweite Stufe: Fortgeltung des Normzwecks im Anwendungszeitpunkt oder Rechtsfortbildung	446
D. Auslegung nach dem Wortlaut	447
I. Wortlaut als Ausgangspunkt	448
II. Zusammenfassung zu D	454
E. Systematische Auslegung	454
I. Grundlagen	454
II. Verschiedene Systembegriffe	457
III. Rechtsordnung als Wertordnung	458
IV. Rechtsanwendung als Wertverwirklichung	460
V. Grundprobleme der „systematischen Auslegung“	460
VI. Die Klärung von Gesetzeskonkurrenzen	475
VII. Was bedeutet „Einheit der Rechtsordnung“? Die methodische Reichweite des Einheitsarguments	478
VIII. Zusammenfassung zu E	480
F. Historische Auslegung	481
I. Textsinn von Normen zwischen Erlaß und Anwendung	481
II. Was heißt historische Auslegung?	481
III. Bedeutung der historischen Auslegung	482
IV. Zusammenfassung zu F	487
G. Die schwierige Unterscheidung zwischen Gesetzesauslegung und Rechtsfortbildung: Der Methodenstreit als Definitionsfrage	488
I. Subjektive und objektive Auslegungstheorie	488
II. Heute herrschende Meinung	489
III. Kritik an der objektiven Theorie	495
IV. Erfordernis richterlicher Rechtspolitik	502
V. Zusammenfassung zu G	503
H. Auslegung des Unionsrechts	504
I. Zusammenfassung zu § 22	507
§ 23. Rechtsanwendung im Lückenbereich	507
A. Das Phänomen der Lücke	508
I. Richterliche Normsetzung im Lückenbereich	510
II. Unterschied zwischen dem Lückenproblem und richterlichen Gesetzesberichtigungen	512
III. Verschwiegene Normsetzung der objektiven Auslegung	514
B. Begriff und Arten von Lücken im Gesetz	515
I. Unsicherer Lückenbegriff	515
II. Arten von Lücken	520
III. Zusammenfassung zu B.	528
C. Richterliche Lückenfeststellung – Suche und Erfindung von Lücken im Gesetz	528
I. Offenkundige Normlücken	528

II. Teleologische Lücken	529
III. Entstehungszeitpunkt und Anwendungszeitpunkt des Gesetzes als Maßstab der Lückenfeststellung	529
IV. Rechtspolitische Funktion der Lückenfeststellung	532
D. Lückenausfüllung	536
I. Richterliche Kompetenz zur Rechtsfortbildung	536
II. Instrumente der Lückenausfüllung	539
III. Die Ausfüllung von Rechtslücken (Gebietslücken) ...	548
E. Unionsrechtskonforme Rechtsfortbildung	551
F. Scheinbegründungen richterlicher Normsetzungen	554
I. Berufungen auf die „Rechtsidee“	555
II. Natur der Sache und das Wesen von Einrichtungen ..	556
III. Typus und Typenreihe – „Typologische Rechtsfin- dung“	562
G. Zusammenfassung zu § 23	565
§ 24. Richterliche Gesetzesabweichungen	567
A. Fallgruppen	567
I. Scheinbare Gesetzesabweichungen	567
II. Richterliche Korrekturen am Normzweck	568
III. Richterliche Gesetzesablehnungen als Verfassungs- konflikte	571
B. Zur Zulässigkeit richterlicher Gesetzeskorrekturen	574
I. Normzweck als Ausgangspunkt und Rechtfertigung von Wortlautkorrekturen	574
II. Gewandelte Normzwecke zwischen dem Erlaß und der Anwendung von Gesetzen	575
III. Das Bundesverfassungsgericht zwischen Verfassungs- fortbildung und Verfassungsänderung	580
IV. Richterlicher Aufstand gegen die Gesetzgebung	583
V. Richterliches Widerstandsrecht (Art. 20 Abs. 4 GG)?	585
C. Zusammenfassung zu § 24	589
§ 25. Das Verhältnis zwischen Rechtstheorie und juristischer Metho- denlehre	590
A. Methodentheoretische Erfahrungen aus Systemwechseln	590
I. Anpassung und Umdeutung als Daueraufgabe der Rechtsanwendung	590
II. Schleusen neuer Wirklichkeiten für alte Gesetze	592
B. Juristische Methodenlehre als Schranke gegen Rechtsperv- sionen?	594
I. Aufgaben und Grenzen der Methodenlehre	594
II. Methodenbewußtsein als Umdeutungsbremse	596
C. Unverzichtbarkeit der Grundwerte	598

Namensverzeichnis	601
Stichwortverzeichnis	609
Schriften der Verfasser zur Rechtstheorie	621