

# 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



# Inhaltsverzeichnis

Literaturverzeichnis .....	XXV
----------------------------	-----

Vorrede .....	1
---------------	---

## 1. Kapitel. Grundfragen

§ 1. Was ist und was soll Rechtstheorie? .....	7
A. Was heißt Rechtstheorie? .....	7
I. Was ist 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 als staatliche 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 Vertrauensschutz .....	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 Rechtsnormen .....	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-Gemeinschaft 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 (Rezeptionstheorie) .....	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
F. 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. Allgemeinheitsgrundsatz .....	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 Reine Rechtslehre 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
F. 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 meth- odische 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