

NOMOSSTUDIUM

Rückert | Seinecke [Hrsg.]

# Methodik des Zivilrechts – von Savigny bis Teubner

3., erweiterte Auflage



Nomos

NOMOSSTUDIUM

Joachim Rückert | Ralf Seinecke [Hrsg.]

# Methodik des Zivilrechts – von Savigny bis Teubner

3., erweiterte Auflage

**Dr. Lena Foljanty**, Max-Planck-Institut für europäische Rechtsgeschichte, Frankfurt am Main | **PD Dr. Ralf Frassek**, Martin-Luther-Universität, Halle-Wittenberg | **Dr. Thorsten Hollstein**, Steuerverwaltung, Bad Homburg | **Prof. Dr. Hans-Peter Haferkamp**, Universität zu Köln | **Prof. Dr. Dr. Dr. h.c. Christian Kirchner**†, LL.M. (Harvard), Humboldt-Universität zu Berlin | **Dr. Frank Laudenklos**, Rechtsanwalt und Partner bei Freshfields Bruckhaus Deringer LLP, Frankfurt am Main | **Jutta C. Manegold geb. Oldag**, Rechtsanwältin, Düsseldorf | **Prof. Dr. Felix Maultzsch**, LL.M. (NYU), Goethe-Universität, Frankfurt am Main | **Dr. Thomas Pierson, M.A.**, Goethe-Universität, Frankfurt am Main und Justus-Liebig-Universität Gießen | **Dr. Michael Rohls**, LL.M. (Berkeley), Rechtsanwalt und Partner bei Freshfields Bruckhaus Deringer LLP, München | **Prof. Dr. Dr. h.c. Joachim Rückert**, Goethe-Universität, Frankfurt am Main | **Philipp Sahm**, LL.M. (Florenz), Rechtsanwalt, Frankfurt am Main | **Birgit Schäfer**, Goethe-Universität, Frankfurt am Main | **Dr. Ralf Seinecke, M.A.**, Ak. Rat, Goethe-Universität, Frankfurt am Main | **Dr. Marion Träger**, Rechtsanwältin, Ulm | **Dr. Wilhelm Wolf**, Präsident des Landgerichts Frankfurt am Main



Nomos

**Die Deutsche Nationalbibliothek** verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

ISBN 978-3-8487-2931-9 (Print)

ISBN 978-3-8452-7292-4 (ePDF)

3., durchgesehene und erweiterte Auflage 2017

© Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden 2017. Gedruckt in Deutschland. Alle Rechte, auch die des Nachdrucks von Auszügen, der fotomechanischen Wiedergabe und der Übersetzung, vorbehalten. Gedruckt auf alterungsbeständigem Papier.

## Vorwort

Das Buch fand zu unserer Freude viel Anklang und war seit längerem vergriffen. Da uns nichts davon als überholt oder defizitär erscheint, war es vor allem gründlich durchzusehen und zu aktualisieren. Das betraf vor allem die Literaturhinweise zum selbstständigen Weiterstudium. Gewiss bleiben Wünsche offen, wie sie unten in Rn. 3 angesprochen sind. Eugen Ehrlich und Philipp Lotmar wären gute Kandidaten für die vielbeschworene Lebensnähe der Jurisprudenz als methodisches Problem. Aber sie gehören nicht zum unverzichtbaren Kanon und so musste hier ‚gespart‘ werden. An Hinweisen auch dazu fehlt es jedenfalls nicht, s. Personenregister. Ausgebaut oder hinzugefügt wurden Abschnitte zur soziologischen Jurisprudenz, zur europarechtlichen Methode, zur strukturellen Kontinuität der Denktypen und zum Fallvergleich. Im Übrigen wurde der ganze Band intensiv durchgearbeitet und vieles Kleinere und Sprachliche modifiziert, korrigiert und ergänzt, insbesondere alle Neuauflagen nachgetragen und die Bibliographie erneuert.

Eine Analyse von Entscheidungspraktiken liefern wir nicht mit, nur einige Hinweise dazu (Rn. 21 Fn. 63 und Rn. 1569). Mehr wäre geradezu vermessen und vor allem nicht entscheidend. Denn die Praktiken ergeben im Verfassungsstaat der Neuzeit keine Methodennormen und zeigen vor allem nicht deren hier wichtige Kontexte und Prämissen. Ohnehin waren die meisten der älteren Methodendiker zugleich erfahrene Praktiker in Spruchfakultäten und Gerichten – anders als heute. Jedenfalls haben wir viel Mühe darauf verwendet, jede der vorgestellten Methodiken am Ende an einem juristischen Beispiel der Autoren selbst zu erproben.

Methodik muss vor allem zwei Probleme lösen: Wie löst man Fälle ‚richtig‘ und warum löst man sie so wie man sie löst. Die erste Frage ist eine rechtspraktische Frage. Nach welchen Regeln geht eine bestimmte Jurisprudenz zu einer bestimmten Zeit bei der Falllösung vor. Das ist kein rein wissenschaftliches Problem im Sinne von Forschung. Die Lösung besteht seit je in einer juristischen Kunstlehre. Kunstlehren sind jeweils zeitgemäße Konventionen und/oder Normforderungen und keine ewig wissenschaftlichen Forschungs- und Theoriefragen. Die neuere Methodentheorie hat als Argumentationstheorie darüber hinaus gut begründet, dass es sich um ein Problem der ‚richtigen‘ Darstellung der geforderten Begründungen handelt (s. Rn. 1476 ff.). Ohnehin werden solche Begründungen erst im Zuge des modernen Verfassungsstaates mehr und mehr eingefordert.

Die Forderung nach Begründung oder gar bestimmten Begründungen reflektiert schon die zweite Frage, das ‚Warum so?‘. Die Antwort hängt heute ab von den Verfassungen. Denn Methodenfragen sind Verfassungsfragen. In diesem Sinne wird hier keine abstrakte Methodentheorie betrieben und auch nicht allein Methodik des Zivilrechts. Manches so diskutierte Problem verliert daher seine kaiserlichen Kleider und erscheint als Scheinproblem oder bloße Technikfrage. Viel wichtiger als solch abstrakte Theorie ist das Verständnis der Zeitbedingtheit aller Methodennormen und -theorien. Es geht zwar immer um Jurisprudenz, aber doch in sehr verschiedenen politischen, ökonomischen, sozialen, sittlichen, professionellen und weiteren Zusammenhängen. Der Gesichtsgarten ist groß. Das ist wichtig, weil diese Zusammenhänge die Methoden entscheidend bestimmen. Wie das geschieht, kann man am besten anhand prominenter geschichtlicher Fälle lernen. Solche Fälle dienen uns daher zum Leitfaden. Am Leitfa-

## **Vorwort zur zweiten Auflage**

---

den dieser wichtigen Musterfälle und ihrer verfassungspolitischen Bedingtheiten lassen sich die heutigen Probleme besonders gut und anschaulich klären.

Wir danken erneut dem Nomos-Verlag und einer Reihe von kritischen Lesern!

Frankfurt am Main, im Dezember 2016

Joachim Rückert und Ralf Seinecke

## **Vorwort zur zweiten Auflage**

Die erste Auflage dieses Einführungsbandes in juristische Methodenfragen erschien [ohne Vorwort] im Jahre 1997 als „Fälle und Fallen in der neueren Methodik des Zivilrechts seit Savigny“ unter Mitarbeit von Frank Laudenklos, Michael Rohls und Wilhelm Wolf. Sie wurde im Ganzen überarbeitet und grundlegend zu einer umfassenden Lehrbuchdarstellung erweitert. Dabei blieben die eigenständige Konzeption und die ursprünglichen Beiträge erhalten. Diese Beiträge wurden alle durchgesehen und um neuere Literatur ergänzt.

Diese Methodendarstellung soll anleiten zum selbstständigen Umgang mit Methodenfragen. Dazu dienen verschiedene Zugriffe, die zusammen ihren besonderen Sinn ergeben, aber auch separat benutzt werden können. Am Anfang stehen zwölf knappe Methodenregeln. An sechzehn Beispielen werden die Hauptpositionen der neueren Methodik seit Savigny in ihren originären Kontexten vorgeführt. Drei Berichte erweitern den juristischen Methodenblick um ökonomische und vergleichende Perspektiven. Das Resümee bilanziert diese Studien.

Der HISTORISCHE ÜBERBLICK erzählt die Geschichte der juristischen Methode seit Savigny neu. Das war notwendig. Die letzten großen Methodenerzählungen von Boehmer, Wieacker und Larenz, die 1950/51, 1952 und 1960 vorgelegt wurden, waren vom Kampf gegen das liberale 19. Jahrhundert geprägt. Die Verdammungsurteile sprach man schon seit Beginn des 20. Jahrhunderts. Sie hallen als ungeprüfte Vorurteile bis heute nach, obwohl sie längst widerlegt sind. Der Methodenkampf war immer auch ein politischer Kampf um die Rechtsmacht. Gesetzgeber, Justiz und Rechtswissenschaft streiten um diese Macht bis heute. Deshalb sind Methodenfragen stets auch Verfassungsfragen. Diese Fragen berühren natürlich nicht nur das Zivilrecht. Ein ähnlicher Zugriff auf Rechtsbegriff und Methoden im Strafrecht und im öffentlichen Recht wäre wichtig. Das lässt sich jedoch nicht in einem Band bewältigen.

Großer Dank gilt zuletzt etlichen Studenten, Mitarbeitern und Kollegen, die freigiebig Energie, Enthusiasmus, Texte und Diskussionen beisteuerten. Für die zweite Auflage war dies vor allem und in sehr vielem Ralf Seinecke. Er hat eine Reihe wichtiger Erweiterungen erfolgreich angeregt und alle Texte kritisch mitdurchgesehen. Sein Name erscheint deswegen auch als Mitherausgeber. Philipp Sahn hat die neuere Literatur umsichtig erschlossen. Audrey Bouffil hat wesentlich geholfen bei den Korrekturen und Andreas Engelmann hat gründlich und genau die Register erstellt. Dr. Johannes Rux und Sabrina Preisinger vom Nomos Verlag danken wir für wiederholten freundlichen Ansporn.

Frankfurt am Main, im Mai 2012

Joachim Rückert

## Inhaltsübersicht

Vorwort	7
Vorwort zur zweiten Auflage	8
Inhaltsübersicht	9
Inhaltsverzeichnis	11
<b>I. EINFÜHRUNG</b>	<b>23</b>
<i>von Joachim Rückert</i>	
<b>II. ZWÖLF METHODENREGELN FÜR DEN ERNSTFALL</b>	<b>39</b>
<i>von Joachim Rückert und Ralf Seinecke</i>	
<b>III. SECHZEHN EXEMPEL UND DREI BERICHTE</b>	<b>53</b>
Methode und Zivilrecht beim Klassiker Savigny (1779–1861)	53
<i>von Joachim Rückert</i>	
Methode und Rechtslehre bei Georg Friedrich Puchta (1798–1846)	96
<i>von Hans-Peter Haferkamp</i>	
Methode und Zivilrecht bei Bernhard Windscheid (1817–1892)	121
<i>von Joachim Rückert</i>	
Methode und Zivilrecht beim „Begriffsjuristen“ Jhering (1818–1892)	148
<i>von Ralf Seinecke</i>	
Methode und Zivilrecht bei Philipp Heck (1858–1943)	177
<i>von Jutta Manegold (geb. Oldag)</i>	
Methode und Zivilrecht bei Hans Carl Nipperdey (1895–1968)	203
<i>von Thorsten Hollstein</i>	
Methode und Zivilrecht bei Heinrich Lange (1900–1977)	219
<i>von Wilhelm Wolf</i>	
Methode und Zivilrecht bei Karl Larenz (1903–1993)	241
<i>von Ralf Frassek</i>	
Methode und Zivilrecht bei Franz Wieacker (1908–1994)	264
<i>von Marion Träger</i>	
Methode und Zivilrecht bei Josef Esser (1910–1999)	293
<i>von Birgit Schäfer</i>	

**Inhaltsübersicht**

---

Methode und Zivilrecht bei Helmut Coing (1912–2000) <i>von Lena Foljanty</i>	318
Methode und Zivilrecht bei Rudolf Wiethölter (geb. 1929) <i>von Michael Rohls</i>	343
Methode und Zivilrecht bei Bernd Rüthers (geb. 1930) <i>von Thomas Pierson</i>	361
Methode und Zivilrecht bei Claus-Wilhelm Canaris (geb. 1937) <i>von Ralf Seinecke</i>	386
„Juristische Methodik“ bei Friedrich Müller (geb. 1938) <i>von Frank Laudenklos</i>	424
Methode und (Zivil-)Recht bei Gunther Teubner (geb. 1944) <i>von Philipp Sahm</i>	447
Methode und Zivilrecht in der ökonomischen Analyse des Rechts <i>von Frank Laudenklos</i>	471
Methodiken für die judikative Rechtsfortbildung im Zivilrecht: die institutionenökonomische Perspektive <i>von Christian Kirchner</i>	489
Grundstrukturen der englischen Case Law-Methodik <i>von Felix Maultzsch</i>	510
<b>IV. DIE SCHLACHTRUFEN IM METHODENKAMPF – EIN HISTORISCHER ÜBERBLICK</b> <i>von Joachim Rückert</i>	541
<b>V. RESÜMEE</b> <i>von Frank Laudenklos, Michael Rohls und Wilhelm Wolf mit Ergänzungen von Joachim Rückert und Ralf Seinecke</i>	609
<b>VI. BIBLIOGRAPHISCHES UND LektüREMPFEHLUNGEN</b> <i>von Joachim Rückert</i>	629
Die Autorinnen und Autoren	639
Personenregister	641
Stichwortverzeichnis	645

## Inhaltsverzeichnis

Vorwort	7
Vorwort zur zweiten Auflage	8
Inhaltsübersicht	9
Inhaltsverzeichnis	11
<b>I. EINFÜHRUNG</b>	<b>23</b>
<i>von Joachim Rückert</i>	
I. Die drei Defizite	25
II. Neue Methoden?	31
III. Unsere dreifache Fragestellung	35
IV. Ohne Zynismus	36
V. Was noch?	37
<b>II. ZWÖLF METHODENREGELN FÜR DEN ERNSTFALL</b>	<b>39</b>
<i>von Joachim Rückert und Ralf Seinecke</i>	
I. Mach Dir klar, was Du tun willst	40
II. Behandle Methodenfragen als Verfassungsfragen	40
III. Methodengeschichten muss man kennen und nutzen	42
IV. Nimm die canones als Anleitung	43
V. Hör auf den Wortlaut	44
VI. Schau ins System	44
VII. Schlag nach beim Gesetzgeber	45
VIII. Obacht mit dem Telos	46
IX. Trenne Auslegung und Rechtsfortbildung und Abwägung	47
X. Bilde Recht nur rechtsstaatlich fort	48
XI. Manchmal muss man abwägen	49
XII. Vergiss nicht die Gerechtigkeit	50
<b>III. SECHZEHN EXEMPEL UND DREI BERICHT</b>	<b>53</b>
<b>Methode und Zivilrecht beim Klassiker Savigny (1779–1861)</b>	<b>53</b>
<i>von Joachim Rückert</i>	
I. Vom Umgang mit Klassikerstücken	53
II. Das Leben im Werk und das Werk im Leben	57
1. Lebensumriss: Frankfurt, Marburg, Paris, Landshut, Berlin	58
2. Leben und Werk	58
III. Methode und Zivilrecht in Savignys Rechtsverständnis	59
1. Kurzbeschreibung	60
2. Eigenständige Gesetzesvorstellung	60
3. Folgen für die Auslegungsvorstellung	62
4. Andere Methodenvorstellung, Auslegungsziel und Loyalitätsrichtung	62
5. Erforschung des wirklichen Rechts, wissenschaftliche Methode	63



**Inhaltsverzeichnis**

---

6.	Eigenständiger Rechtsbegriff: gewordene Geltung, Doppelnatur des Rechts	64
7.	„Historische“ und „wahrhaft historische“ Methode, Doppelorientierung – Prinzipiensuche	65
8.	Philosophische Fundamente: „inwohnende Einheit“ im Recht	67
9.	Philosophische Fundamente: die Idee eines Ganzen in den Rechtsquellen – Autonomie des Rechts	68
10.	Folgen für weitere Grundbegriffe wie Staat, Privatrecht, öffentliches Recht	69
11.	Savignys geschichtliche Stellung – Selbstständigkeit der Konzeption	71
IV.	Das Methoden-Original: Savignys Kapitel 4 über „Auslegung der Gesetze“	73
1.	Die Architektur in Savignys Dogmen zur „Auslegung der Gesetze“	73
2.	Missverständnisse	75
3.	Auslegung bei „gesundem Zustand“ des Gesetzestextes	75
4.	Auslegung bei „mangelhaftem Zustand“ des Gesetzestextes	76
5.	Was bleibt? – verfassungsnormativer Zusammenhang, alternative Problemverortung	77
6.	Sicherheit und Gewissheit des Rechts als Auslegungsaufgabe – Zivilrecht und Strafrecht	80
7.	Der Ansatz beim Individuum – Privatrecht als spontane Ordnung	82
8.	Weitere Quellen?	86
V.	Das Beispiel Culpa-Lehre / Verschuldensdogmatik	87
VI.	Was bleibt? – zehn Erinnerungen	89
VII.	Ausblick	91
VIII.	Quellen und Literatur	93
1.	Zum Einstieg in die Savigny-Texte	93
2.	Auflösung einiger Anspielungen im Text	94
3.	Zum Einstieg in die Sekundärliteratur	94
4.	Weitere und neuere Literatur	95
5.	Und sonst?	95
	<b>Methode und Rechtslehre bei Georg Friedrich Puchta (1798–1846)</b>	<b>96</b>
	<i>von Hans-Peter Haferkamp</i>	
I.	Fünf Prägungen	96
II.	Methodenlehre? Skepsis gegenüber starren Methodenregeln	98
III.	Die Rechtsquellenlehre als Ausgangspunkt	98
IV.	Annäherung: Abgrenzungen zu Savigny: enger am Text – strenger im System	99
1.	Enger am Text	100
2.	Strenger im System	102
V.	Folgen für die Arbeit des wissenschaftlich arbeitenden Juristen	105
1.	Puchtas Ansprechpartner: Die Justiz als praktische Rechtswissenschaft	105
2.	Feststellung der Geltung eines Rechtssatzes	106

## Inhaltsverzeichnis

---

3. Arbeit mit Puchtas System der Rechte	108
a) Das Pandektenrecht als System	108
b) Schellings „duplierte Rationalität“ von Setzung und Konsequenz als Vorbild	110
c) Rechtsfortbildung durch Arbeit mit den Prinzipien des bestehenden Rechts	111
VI. Trennung des doppelten Blicks in Puchtas Institutionen und Pandekten	113
VII. Beispiel: Stellvertretung	115
VIII. Bilanz	118
IX. Quellen und Literatur	119
1. Zum Einstieg in die Puchta-Texte	119
2. Zum Einstieg in die Sekundärliteratur	119
3. Weitere Literatur	119
<b>Methode und Zivilrecht bei Bernhard Windscheid (1817–1892)</b>	<b>121</b>
<i>von Joachim Rückert</i>	
I. Erste Fragen	121
II. Schreckbilder und ernstere Fragen	122
III. Windscheid – ein Rätsel	123
IV. Lebensstationen und Werkakzente	124
1. Lebensstationen	125
2. Werkakzente: ein Lehrbuch als „Gesetz“?	128
3. Werkakzente: die Grundsatzreden und der Rechtsbegriff	131
V. Auflösung	137
VI. Methodenfragen	140
VII. Das Beispiel culpa in contrahendo / Vertrauenshaftung	144
VIII. Vorbild, Schreckbild, neues Bild	146
IX. Quellen und Literatur	147
1. Zum Einstieg in die Windscheid-Texte	147
2. Zum Einstieg in die Sekundärliteratur	147
3. Eine besondere Lektüre	147
<b>Methode und Zivilrecht beim „Begriffsjuristen“ Jhering (1818–1892)</b>	<b>148</b>
<i>von Ralf Seinecke</i>	
I. Die „Begriffsjurisprudenz“ und Rudolf von Jhering	148
II. Kontexte der „Begriffsjurisprudenz“	150
III. Methode und Interpretation	152
IV. Dogmatik und Konstruktion	153
V. Recht und Recht und Recht	158
VI. Gesetz und Wissenschaft	161
VII. Metaphysik und Praxis	163
VIII. Sechs Thesen zu Jherings „Begriffsjurisprudenz“	167
IX. Zum Beispiel die „Gefahr beim Kaufcontract“	169
X. Die sechs Thesen nach dem Beispiel	174
XI. Quellen und Literatur	175
1. Zum Einstieg in die Jhering-Texte	175
2. Zum Einstieg in die Sekundärliteratur	175
3. Weitere Literatur	176

**Inhaltsverzeichnis**

---

Methode und Zivilrecht bei Philipp Heck (1858–1943)	177
<i>von Jutta Manegold (geb. Oldag)</i>	
I. Philipp Heck – zu Leben und Werk	177
II. Die interessenjuristische Methodenlehre	179
1. Die Interessenjurisprudenz als Methodenlehre für die Praxis	179
2. Die methodischen Grundanschauungen	180
a) Genetische Interessentheorie	180
b) Produktive Interessentheorie	183
III. Der Zweifrontenkampf der Interessenjurisprudenz	193
IV. Ein berühmtes Beispiel: Das Aufwertungsurteil	195
V. Resümee	197
VI. Quellen und Literatur	200
1. Zum Einstieg in die Heck-Texte	200
2. Zum Einstieg in die Sekundärliteratur	201
3. Weitere hier wichtige Literatur	201
4. Weiterführend im Vergleich für Hecks Richtung	202
Methode und Zivilrecht bei Hans Carl Nipperdey (1895–1968)	203
<i>von Thorsten Hollstein</i>	
I. Einleitung	203
II. Leben und Werk – Jena, Köln, Köln und Kassel	203
III. Enneccerus' Ausgangspunkt	206
IV. Weimarer Republik: Nipperdeys Weg zur Wertungsjurisprudenz	208
V. NS-Zeit: der Primat der nationalsozialistischen Werte	210
VI. Bundesrepublik: das Grundgesetz als ‚Allgemeiner Teil‘	212
VII. Nagelprobe: Nipperdeys Korrekturen der Vertragsfreiheit	214
VIII. Resümee	217
IX. Quellen und Literatur	218
1. Zum Einstieg in die Nipperdey-Texte	218
2. Zum Einstieg in die Sekundärliteratur	218
Methode und Zivilrecht bei Heinrich Lange (1900–1977)	219
<i>von Wilhelm Wolf</i>	
I. Einleitung	219
II. Zur Biographie Heinrich Langes	220
III. Langes Methodenlehre zur Zeit des Nationalsozialismus	221
1. Rechtsanwendung und Gerechtigkeitsbegriff	221
a) Das liberale „idem cuique“	222
b) Das nationalsozialistische „suum cuique“	223
2. Der Weg zur Gerechtigkeit für den Richter	224
a) Das Rangverhältnis von Gesetz und Recht	225
b) Die Funktion des Rechtsgefühls	227
3. Wertungsjurisdiktion	228
4. Vom Beruf der Gesetzgebung	229
a) Die Berufenen	229
b) Grundlage und Ziele der Rechtserneuerung	230
c) Der rechtspolitische Hintergrund	231

## Inhaltsverzeichnis

---

IV. Langes Methodenlehre nach 1945	232
V. Langes Lehre von der Geschäftsgrundlage	233
VI. Fazit	238
VII. Quellen und Literatur	239
1. Zum Einstieg in die Lange-Texte	239
2. Zum Einstieg in die Sekundärliteratur	239
3. Weitere hier wichtige Literatur	239
Methode und Zivilrecht bei Karl Larenz (1903–1993)	241
<i>von Ralf Frassek</i>	
I. Einleitung	241
II. Zu Leben und Werk von Karl Larenz	242
III. Die Vorgaben der Methodenlehre	244
1. Das Methodenkonzept von 1938	244
2. Das Methodenkonzept von 1960	247
IV. Die praktische Umsetzung – Vertragsbegründung durch sozialtypisches Verhalten	250
1. Die Lehre von den sog. faktischen Vertragsverhältnissen	250
2. Die Rezeption der Lehre bei Larenz	252
V. Ergebnis	260
VI. Quellen und Literatur	260
1. Zum Einstieg in die Larenz-Texte	260
2. Zum Einstieg in die Sekundärliteratur	261
3. Weitere hier wichtige Literatur	261
4. Weitere Literatur zum NS-Kontext dabei	262
Methode und Zivilrecht bei Franz Wieacker (1908–1994)	264
<i>von Marion Träger</i>	
I. Zu Person und Werk Franz Wieackers	265
1. Zur Person	265
2. Zum Werk	266
II. Die juristische Methode Franz Wieackers	268
1. Grundlagen	268
2. Der Prozess der richterlichen Entscheidungsfindung im einzelnen	274
3. Einordnung	279
III. Anwendung der Methode am Beispiel des § 242 BGB	283
1. Fallgruppe: „officium iudicis“	285
2. Fallgruppe: „exceptio doli“	286
3. Fallgruppe: Richterliche Neuschöpfung contra legem	288
IV. Resümee	289
V. Quellen und Literatur	291
1. Zum Einstieg in die Wieacker-Texte	291
2. Zum Einstieg in die Sekundärliteratur	292
3. Weitere hier wichtige Literatur	292

Inhaltsverzeichnis

---

Methode und Zivilrecht bei Josef Esser (1910–1999)	293
<i>von Birgit Schäfer</i>	
I. Zu Person und Werk Josef Essers	293
II. Kritik an den „traditionellen“ Methodenlehren	294
III. Essers eigenes Methodenprogramm	296
1. Richterrecht und Gesetzesrecht	296
a) Der systematische Standort von Richterrecht im Rechtssystem	296
b) Die Bedeutung von Rechtsprinzipien für die Tätigkeit des Richters	299
c) Stabilität und Flexibilität des Rechts	302
d) Essers Stellung zu Gesetzgeber und Richter und die Verfassungsprinzipien der Gewaltenteilung und Gesetzesbindung	304
2. Hermeneutik, Topik und Dogmatik in der Rechtsfindung	305
a) Vorverständnis und Rationalität im Rechtsfindungsprozess	306
b) Richtigkeitskontrolle und Stimmigkeitskontrolle	309
IV. Ein Beispiel: Die Problematik der „faktischen Schuldverhältnisse“	310
1. Essers Lösungsvorschläge	310
2. Die praktische Umsetzung methodischer Vorstellungen	314
V. Quellen und Literatur	315
1. Zum Einstieg in die Esser-Texte	315
2. Zum Einstieg in die Sekundärliteratur	316
3. Weitere hier wichtige Literatur	316
Methode und Zivilrecht bei Helmut Coing (1912–2000)	318
<i>von Lena Foljanty</i>	
I. Helmut Coing: ein Vertreter der alten Bundesrepublik	318
II. Unschärfe Grenzziehungen: Coings Rechtsbegriff	320
1. Naturrecht, Kulturrecht, Grundsätze der Gerechtigkeit	320
2. Grundsätze der Gerechtigkeit im positiven Recht: Der materielle Gesetzesbegriff Coings	322
3. Einheit und Ordnung durch Moral und Geschichte	323
III. Gesetzesbindung ohne Gesetzgeber: die Methodenlehre Coings	325
1. Auslegung – Anwendung – Fortbildung	326
2. Auslegung: Interpretation und Fortbildung mithilfe der Canones	327
a) Orientierung an den Lehren der allgemeinen Hermeneutik	327
b) Legitimation der Canones aus der „Natur der Sache“	328
c) Methodenpluralismus und das Primat der objektiven Auslegung	329
3. Anwendung: Wertphilosophische Interessenjurisprudenz	330
4. Richterliche Rechtsschöpfung: Begrenzung durch das Gesetz	332
a) Vorsichtiger Wandel der Rechtsordnung	333
b) Kriterien im Umgang mit Lücken im Gesetz	333
IV. Zusammenfassung: Wissenschaft als Rechtsquelle	334
V. Fallbeispiel: Auslegung von Generalklauseln am Beispiel des sog. „Geliebtentestaments“	336
1. Sittenwidrigkeit von „Geliebtentestamenten“: eine ständige Rechtsprechung	336

## Inhaltsverzeichnis

---

2.	Mit der herrschenden Lehre: Zur Position Coings	337
a)	Auslegung und Anwendung des § 138 Abs. 1 BGB	338
b)	Testierfreiheit und ihre Durchbrechung	340
VI.	Fazit	340
VII.	Quellen und Literatur	341
1.	Zum Einstieg in die Coing-Texte	341
2.	Zum Einstieg in die Sekundärliteratur	342
3.	Weitere Literatur	342
 <b>Methode und Zivilrecht bei Rudolf Wiethölter (geb. 1929)</b>		<b>343</b>
<i>von Michael Rohls</i>		
I.	Person und Werk	343
II.	Juristischer Negativismus	346
1.	Grundzüge	346
2.	Methodische Gesichtspunkte	349
III.	Ein Beispiel: das Unternehmensrecht	351
1.	Die „Legende vom Unternehmensrecht“	351
2.	Die Einhaltung methodischer Vorgaben	353
IV.	Resümee	354
V.	Quellen und Literatur	355
1.	Zum Einstieg in die Wiethölter-Texte	355
2.	Zum Einstieg in die Sekundärliteratur	355
3.	Weitere hier verwendete Literatur	355
4.	Neuere Literatur zu Wiethölter	356
5.	Werkverzeichnis	356
 <b>Methode und Zivilrecht bei Bernd Rüthers (geb. 1930)</b>		<b>361</b>
<i>von Thomas Pierson</i>		
I.	Werkbiographisches	361
II.	Wertbezug des Rechts	362
1.	„Jedes Recht ist immer auch Ideologie“	363
2.	Dienstoffnung und Abwehrkräfte des Privatrechts	363
3.	Wertpluralismus und Wertsubjektivismus	365
III.	Methodenlehre	366
1.	Methodenkritik	367
a)	Rechtsumbildung im Systembruch	368
b)	Die Tarnkappe der objektiven Auslegung	369
c)	Versäumnisse der Methodenlehre	372
2.	Methodenkonzept	373
a)	Rechtsanwendung im „denkenden Gehorsam“	374
b)	Auslegungslehre	376
3.	Methodenprüfung: Unbegrenzte Auslegung im Kündigungsschutz	377
IV.	Kritisches zum Kritiker	381
V.	Quellen und Literatur	384
1.	Zum Einstieg in die Rüthers-Texte	384
2.	Zum Einstieg in die Sekundärliteratur	385

Inhaltsverzeichnis

---

Methode und Zivilrecht bei Claus-Wilhelm Canaris (geb. 1937)	386
<i>von Ralf Seinecke</i>	
I. Zur Person	386
II. Auslegung als plausible Argumentation	390
III. Verfassung und europäische Richtlinien	394
IV. Verfassung und Privatrecht	396
V. Auslegung und Zivilrecht	398
VI. Rechtsprinzipien und Rechtsfortbildung	399
VII. Das „bewegliche System“	403
VIII. Juristische Theoriebildung und „paradigmatische Problemlösungen“	406
IX. Rechtsfortbildung und Zivilrecht	407
X. Wertungen im Bereicherungsrecht	409
1. Prinzipien und Wertungen	411
2. Dogmatik, Methode und Gesetz	412
XI. BGHZ 113, 62–70: Versicherungsleistung auf fremde Schuld	416
1. Das Urteil vom 28. November 1990	416
2. Die Kritik und die Lösung von Canaris	417
3. Alternativen?	419
XII. Resümee	421
XIII. Quellen und Literatur	422
1. Zum Einstieg in die Canaris-Texte	422
2. Zum Einstieg in die Sekundärliteratur	423
„Juristische Methodik“ bei Friedrich Müller (geb. 1938)	424
<i>von Frank Laudenklos</i>	
I. Zur Person	424
II. Juristische Methodik	424
III. Ausgangssituation	425
IV. Strukturierende Rechtslehre	427
1. Rechtsnormtheorie	428
2. Juristische Methodik als rechtsstaatliche Notwendigkeit	430
3. Recht und Gewalt	431
4. Elemente der juristischen Methodik	431
a) Normtext – Rechtsnorm	432
b) Rechtsnorm – Entscheidungsnorm	435
5. Rechtsprechung des BGH	435
V. Zusammenfassung	436
VI. Das Problem des Richterrechts	438
VII. Das Problem der Wortlautgrenze bei der Arbeit mit Texten in einer staatlichen Institution	440
VIII. Ergebnis	443
IX. Quellen und Literatur	444
1. Zum Einstieg in die Müller-Texte	444
2. Zum Einstieg in die Sekundärliteratur	444
3. Weitere hier wichtige Literatur	445
4. Einige Hinweise zum Weiterstudium (von R. Christensen)	445
Rechtslinguistische Forschungsansätze	445
Kritische Anschlüsse an Müller in der Literatur	446

**Inhaltsverzeichnis**

---

Methode und (Zivil-)Recht bei Gunther Teubner (geb. 1944)	447
<i>von Philipp Sahm</i>	
I. Person- und Werkgeschichte	447
1. Zur Person	447
2. Zum Werk	447
II. Das Methodenkonzept Teubners	450
1. Paradoxie der Entscheidung und juristische Argumentation	451
a) Das Irrationale im Recht	451
b) Rechtsargumentation als notwendiges Ding der Unmöglichkeit	452
2. Soziologische Anreicherung des Rechts	456
a) Genese von Argumentationstopoi	457
b) Soziologische Argumente: Steuerung und Gegensteuerung durch Recht	460
3. Juristische Argumentation und Gerechtigkeit	462
III. Praxistest am Beispiel der ruinösen Familienbürgerschaft	463
1. Die Problematik der Angehörigenbürgerschaft	464
2. „Falsche Fronten“	465
IV. Fragen an eine soziologisch bereicherte Jurisprudenz	467
V. Quellen und Literatur	469
1. Zum Einstieg in die Teubner-Texte	469
2. Zum Einstieg in die Sekundärliteratur	470
Methode und Zivilrecht in der ökonomischen Analyse des Rechts	471
<i>von Frank Laudenklos</i>	
I. Vorbemerkung	471
II. Entstehung	472
III. Anspruch und Ziel	474
IV. Das Instrumentarium	474
1. Drei ökonomische Grundannahmen	474
a) Reziprozität von Preis und Menge	475
b) Produzentennutzen – alternativer Preis	476
c) Tendenz zum höchstwertigen Gebrauch	477
2. Das Effizienzkriterium	477
3. Das Coase-Theorem	478
4. Transaktionskosten	479
5. Property Rights	480
V. Schadensrecht bei zirkulärer Schadensverursachung	480
VI. Berechnung des Schadenswertes bei Tötung eines Menschen	483
VII. Kritische Rezeption	484
VIII. Literatur	487
1. Zum Einstieg in die ökonomische Analyse	487
2. Weitere hier wichtige Literatur	488



**Inhaltsverzeichnis**

---

Methodiken für die judikative Rechtsfortbildung im Zivilrecht: die institutionenökonomische Perspektive <i>von Christian Kirchner</i>	489
I. Einführung	489
1. Problemstellung und Eingrenzung der Untersuchung	489
2. Methodiken im Zivilrecht	490
3. Das Methodenproblem im vertragstheoretischen Paradigma	491
4. Zum Methodenproblem in der rechtswissenschaftlichen Diskussion	493
5. Anforderungen an eine Methodik zur Durchführung von Wirkungsanalysen	494
6. Vorgehensweise	496
II. Zum methodischen Instrumentarium der Neuen Institutionenökonomik	497
1. Annahmen des ‚ökonomischen Paradigmas‘ und ihre Modifizierung in der Neuen Institutionenökonomik	497
2. Geeignetheit des methodischen Instrumentariums der Neuen Institutionenökonomik für Wirkungsanalysen von Methodiken im Zivilrecht	499
III. Vier rechtswissenschaftliche Methodiken (Interpretationsmethoden) im Zivilrecht	499
1. Vorbemerkung	499
2. Die Methode der grammatischen oder Wortauslegung	500
3. Die systematische Interpretation	500
4. Die historische Interpretation	501
5. Die teleologische Interpretation	501
IV. Wirkungsanalyse rechtswissenschaftlicher Methodiken im Zivilrecht	501
1. Vorbemerkung	501
2. Grammatische oder Wortauslegung	502
3. Systematische Interpretation	504
4. Historische Interpretation	505
5. Teleologische Interpretation	506
V. Schlussbemerkung	508
VI. Literatur	509
 Grundstrukturen der englischen Case Law-Methodik <i>von Felix Maultzsch</i>	 510
I. Einführung	510
II. Historisch-institutionelle Hintergründe der Case Law-Methodik	511
III. Der Stil der englischen Rechtsprechung	513
IV. Grundprinzipien der Case Law-Methodik	516
1. Präjudizienbindung: Das Prinzip des Stare Decisis	516
a) Grundlagen	516
b) Gegenstand der Präjudizienbindung: Ratio Decidendi und Obiter Dicta	517
c) Reichweite der Präjudizienbindung: Instanzenzug und Overruling	521
2. Einschränkung und Ausdehnung präjudizieller Wirkungen: Distinguishing und Analogy	524
a) Grundlagen	524
b) Rechtsprechungsbeispiel: Zurechenbarkeit von Schockschäden	525

## Inhaltsverzeichnis

---

V. Neuere Entwicklungen in der Case Law-Methodik: „The Search for Principle“	526
VI. Fazit	527
VII. Literatur	528
VIII. Anhang: Beispiel eines englischen Urteils	528
<b>IV. DIE SCHLACHTRUFEN IM METHODENKAMPF – EIN HISTORISCHER ÜBERBLICK</b>	<b>541</b>
<i>von Joachim Rückert</i>	
I. Mitreden	541
II. Prinzipienjurisprudenz, nicht Begriffsjurisprudenz	542
Prinzipienjurisprudenz	551
III. Freirecht und Interessenjurisprudenz	556
IV. Freirechtsbewegung	558
V. Interessenjurisprudenz	560
VI. NS-Jurisprudenz	562
VII. Wertungsjurisprudenzen nach 1945	566
VIII. Kritisch-politische Jurisprudenz	574
IX. Soziologische Jurisprudenz	577
X. Ökonomische Analyse des Rechts und Institutionenökonomie	582
XI. Abwägungsjurisprudenz	582
XII. Argumentationsjurisprudenz	590
XIII. Neuestes	594
XIV. Die sog. europarechtliche Methode	596
XV. Was zu merken bleibt und was stimmt	599
XVI. Fallvergleich!	603
XVII. Studium	604
1. Übergreifendes	604
2. Zur Begriffs- bzw. Prinzipienjurisprudenz	605
3. Zur Freirechtsbewegung	605
4. Zur Interessenjurisprudenz	605
5. Zur NS-Jurisprudenz	606
6. Zur Wertungsjurisprudenz nach 1945	606
7. Zur Kritisch-Politischen Jurisprudenz	606
8. Zur ökonomischen Analyse und Institutionenökonomie	607
9. Zur soziologischen Jurisprudenz	607
10. Zur Abwägungsjurisprudenz	607
11. Zur Argumentationstheorie	608
12. Zu Neuestes	608
13. Zur sog. europarechtlichen Methode	608
14. Zum Fallvergleich	608
<b>V. RESÜMEE</b>	<b>609</b>
<i>von Frank Laudenklos, Michael Rohls und Wilhelm Wolf mit Ergänzungen von Joachim Rückert und Ralf Seinecke</i>	
I. Methode	609
II. Privatrecht und Verfassung	618
III. Bleibendes?	626

**Inhaltsverzeichnis**

---

<b>VI. BIBLIOGRAPHISCHES UND LEKTÜREMPFEHLUNGEN</b>	629
<i>von Joachim Rückert</i>	
I. Vorbemerkung	629
II. Lektüreprüfungen	630
1. Warum keine Bibliographie?	630
2. Das Gängigste – zum Mitarbeiten	630
3. Für ‚Vollständigkeit‘ – zum Mitforschen	631
4. Für ‚Selbstständigkeit‘ – zum Mitdenken	632
5. Für einen ersten Überblick – zum Mitreden	634
6. Für die Auslegungstechniken – auch zum Mitreden	634
7. Für eigenes Üben – zum Mitwenden	634
8. Für die zivilrechtliche Methodik speziell – zum Mitdenken	635
9. Für das richtige Auslegen und Unterlegen – zum Mitstreiten, über das, was man darf	636
10. Für besondere Neugier – auch zum Mitdenken	636
11. Der besondere Tipp	637
 Die Autorinnen und Autoren	 639
 Personenregister	 641
 Stichwortverzeichnis	 645

## II. ZWÖLF METHODENREGELN FÜR DEN ERNSTFALL

von Joachim Rückert und Ralf Seinecke\*

### Übersicht

I. Mach Dir klar, was Du tun willst	40
II. Behandle Methodenfragen als Verfassungsfragen	40
III. Methodengeschichten muss man kennen und nutzen	42
IV. Nimm die canones als Anleitung	43
V. Hör auf den Wortlaut	44
VI. Schau ins System	44
VII. Schlag nach beim Gesetzgeber	45
VIII. Obacht mit dem Telos	46
IX. Trenne Auslegung und Rechtsfortbildung und Abwägung	47
X. Bilde Recht nur rechtsstaatlich fort	48
XI. Manchmal muss man abwägen	49
XII. Vergiss nicht die Gerechtigkeit	50

Unsere 12 Regeln bieten Methodenlehre mit praktischem Anspruch. Sie sollen helfen bei Auslegung, Anwendung und Fortbildung des geltenden Rechts, an das sie gebunden sind. Für Zynismus bleibt da kein Raum. Spöttisch schrieb z.B. Gustav Radbruch: „Die Auslegung ist das Ergebnis – ihres Ergebnisses, das Auslegungsmittel wird erst gewählt, nachdem das Ergebnis schon feststeht“.<sup>1</sup> Das ist die wohlformulierte, aber letztlich zynische Abfertigung von Methodenregeln. Für uns soll dagegen gelten: Es folgt nicht jeder Fall seiner eigenen Methode und damit keiner. Nicht jede Entscheidung erschöpft sich im unkontrollierbaren Wertungsakt, also einer Dezision. Methodenlehre muss ernst genommen werden, denn es geht um rationale Arbeit mit dem geltenden Recht. Das klingt etwas orthodox und apodiktisch, ist aber bewusst so formuliert. Man darf diese Regeln aber auch nicht zu ernst nehmen. Es geht nicht um letzte Wahrheiten oder Glaubensfragen. Daran erinnert nach wie vor Rudolf von Jherings berühmter Titel: „Scherz und Ernst in der Jurisprudenz“ (1884). Er hilft, den (Methoden-)Scherz im (Methoden-)Ernst zu sehen und umgekehrt. 32

Mit diesen Regeln wird die kritische Arbeit an den **Illusionen** der juristischen Methodenlehre nicht *ad acta* gelegt: mit Rechtsbegriffen rechnen, einzig richtig entscheiden, vollständig rational begründen, aus einem lückenlosen System deduzieren oder logisch subsumieren – diese Ideale hatten ihren Sinn unter bestimmten historischen Bedingungen. Zugleich hat sich aber der Anspruch auf gerechte Gleichbehandlung, rechtsstaatliche Rechtsgewissheit oder -bestimmtheit und demokratische Rechtsbindung keineswegs erledigt. Er prägt unser geltendes Recht als besonders starkes Verfassungsgebot (Artt. 3; 20 Abs. 3, 28 Abs. 1, 80 Abs. 1 S. 2, 97; 1 Abs. 3, 20 Abs. 3, 97; 79 Abs. 3) mehr als je. 33

\* Für zahlreiche Anregungen und Kritik danken wir Kim Brocke, Lena Foljanty, Philipp Giel, Margarete Jagusch, Thomas Pierson, Philipp Sahm, Felix M. Simon und Henok Tsehaye.

1 Radbruch, Einführung in die Rechtswissenschaft, nach dem Tode besorgt v. Zweigert, 12. Aufl. Stuttgart 1969, S. 169 (noch nicht in der 1. Aufl. 1910).

### I. Mach Dir klar, was Du tun willst

- 34 Wer Recht praktisch umsetzt, es auslegt und anwendet, sollte wissen, was er tut. Rechtspraxis und Rechtswissenschaft sind nicht das Gleiche. Sie folgen verschiedenen **Erkenntnisinteressen**. Rechtspraxis soll geltendes Recht befolgen und ist deshalb gebunden. Rechtswissenschaft erforscht geltendes und nichtgeltendes Recht und ist dabei frei (Art. 5 Abs. 3 GG). Praxis beschäftigt sich mit Fällen und entscheidet sie, als Justiz wie als Verwaltung und in der anwaltlichen Beratung. Auch die Rechtswissenschaft beschäftigt sich mit Fällen, aber sie entscheidet sie nicht. Sie analysiert das Recht, sucht prinzipielle und grundsätzliche Zusammenhänge, erläutert (rechts-)politische Wertungen und legt historische, philosophische, soziale, ökonomische und andere Kontexte im Recht frei.
- 35 Frei ist auch die Rechtspolitik, jedenfalls im Rahmen der Verfassung. Wer rechtspolitisch agiert, darf daher frei abwägen und entscheiden, z.B. im Parlament, in den Parteien, in der Öffentlichkeit, in der planenden Verwaltung oder auch in der Wissenschaft, also überall. Diese Freiheit unterscheidet das rechtspolitische Agieren und das freie Forschen von der gebundenen Rechtspraxis. Es gilt eine Arbeitsteilung zwischen Praxis, Wissenschaft und Politik. Das ist keine empirische, sondern eine normative Frage. Das klassische, liberal-rechtsstaatliche Motto dieser Haltungen zum Recht lautet: „Gehorche gewissenhaft, kritisiere freimütig“ (J. Bentham). Die preußische Version lautete: „*räsoniert* soviel ihr wollt und worüber ihr wollt, *aber gehorcht!*“ (Friedrich II.)<sup>2</sup>
- 36 Nicht so klar sind die Erkenntnisinteressen der Rechtsdogmatik. Rechtsdogmatik ist nicht einfach Rechtswissenschaft und auch nicht einfach Rechtspraxis. Sie arbeitet wissenschaftlich in praktischer Absicht. Ihre klassische Aufgabe ist es, Lehrsätze in Regelform zu bilden, *dogmata*. Das bedeutet auch, sie systematisch zu ordnen und zu erklären. Das geschah immer schon in Lehrbüchern und Kommentaren. In diesem praktischen Interesse ist sie rechtlich gebunden. Freier ist sie, wenn das geltende Recht keine unmittelbaren Lösungen vorschreibt, z.B. im Bereich der Rechtsfortbildung. Hier kann sie mithilfe von Prinzipien und Grundsätzen, Analogien und Argumenten praktische Vorschläge unterbreiten. Sie ist aber auch dabei nicht vollkommen frei, da sie das geltende Recht fortbildet.
- 37 Für die Methodenfrage folgt, dass die Rechtspraxis methodisch gebunden ist. Rechtswissenschaft und Rechtspolitik hingegen sind methodisch frei. Selbstverständlich gibt es für beide etablierte Methoden, wie das rationale Forschen oder die deliberative Politik. Rechtsdogmatik ist methodisch ebenso an das geltende Recht gebunden wie die Rechtspraxis, in der wissenschaftlichen Durchdringung des geltenden Rechts aber ist sie freier.

### II. Behandle Methodenfragen als Verfassungsfragen

- 38 Methodenfragen sind Verfassungsfragen. Das ist selbstverständlich, wird aber nicht selten missachtet. Sie sind Verfassungsfragen in doppelter Hinsicht: normativ, d.h. Verfassung fordert Methode, und historisch-kritisch, d.h. Methodenwandel und Verfassungswandel erklären sich gegenseitig. In diesem Sinn ist der HISTORISCHE ÜBERBLICK in unserem Band geschrieben (Rn. 1357 ff.) und unten die dritte Regel aufgestellt.

---

<sup>2</sup> Überliefert etwa bei *I. Kant* in seinem berühmten Aufsatz „Was ist Aufklärung?“ von 1784, siehe die handliche Ausgabe bei Reclam, Stuttgart 1974 und öfter (UB 9714), S. 11 (Hervorhebungen im Original).

## II. Zwölf Methodenregeln für den Ernstfall

---

Unsere Verfassung gibt Methodenregeln auf, auch wenn sie diese nicht ausdrücklich als solche formuliert. Methodenregeln sind Bedingungen der Möglichkeit eines Rechts, das auf Regeln setzt und nicht auf situatives Entscheiden. Vier Anhaltspunkte gibt das Grundgesetz:

39

- (1.) Das **Demokratiegebot** in Art. 20 Abs. 2 Satz 1 GG: „Alle Staatsgewalt geht vom Volke aus“ (auch Art. 20 Abs. 1 GG: „demokratischer ... Bundesstaat“). Es bedarf also einer demokratischen Rückbindung des Rechts an das gewählte Parlament und an das Volk als Souverän, von dem „alle Staatsgewalt“ ausgehen soll. Das Instrument dafür ist die Gesetzesbindung. Ohne (Methoden-)Regeln löst sie sich auf.
- (2.) Die **richterliche Gesetzesunterworfenheit** in Art. 97 Abs. 1 GG: „Die Richter sind unabhängig und nur dem Gesetze unterworfen.“ Dieser Satz stand bereits in § 1 GVG von 1877 und steht dort heute noch. Bis 1919, also bis zur Weimarer Reichsverfassung, wurde damit die Unabhängigkeit des Richters gegenüber Monarch und Exekutive betont, die beide nicht demokratisch legitimiert waren. In der heutigen demokratischen Verfassung ist demgegenüber die positive Bindung an das demokratisch-parlamentarische Gesetz wichtiger geworden.
- (3.) Die **doppelte Bindung** auch der Rechtsprechung „an Gesetz und Recht“ in Art. 20 Abs. 3 GG. Zur Gesetzesbindung tritt im Rechtsstaat die Rechtsbindung hinzu. Diese Recht-Bindung darf hier aber nicht gegen die Gesetz-Bindung ausgespielt werden, denn Recht kann viel heißen. Das „Recht“ des Grundgesetzes meint gewiss nicht Naturrecht, Vernunftrecht oder subjektive Gerechtigkeit. Andererseits heißt „Recht“ gewiss auch mehr als Gesetz, z. B. Gewohnheitsrecht, vielleicht auch Richterrecht. Von einem „Mehr an Recht“ spricht auch das Bundesverfassungsgericht (Soraya 1973), ohne sich weiter festzulegen.<sup>3</sup> Rudolf Wiethölter vermutet darin mit Recht ein „Meer an Recht“.<sup>4</sup> Dieses „Mehr“ darf Richtern eine Waffe nur gegen klares Unrecht in Gesetzesform in die Hand geben – doch nicht mehr und schon gar kein „Meer“.
- (4.) Die **Rechtmäßigkeitskontrolle** durch Justiz. Die Teilung der Gewalten in „besondere Organe der Gesetzgebung, der vollziehenden Gewalt und der Rechtsprechung“ nach Art. 20 Abs. 2 S. 2 GG, also in Legislative, Exekutive und Judikative, spricht der Justiz eine zunächst klare Rolle zu. Sie soll am Maßstab von Gesetz und Recht die anderen Gewalten kontrollieren, nicht aber das Maß selbst aufstellen. Idealerweise bedeutet das: Das Rechtsmaß macht das Parlament, für den Rechtsvollzug sorgen Regierung und Verwaltung, für die Rechtmäßigkeit die Justiz. Der Richter bleibt auch deswegen an das Gesetz gebunden. Dass realiter die Exekutive durch Rechtsverordnungen und die Kommunen durch Satzungen ebenfalls ein Rechtsmaß setzen, ändert daran nichts. Ebensovienig ist bei sog. Lücken das Rechtsmaß allein dem Richter überlassen (s.u. IX)

Diese Bindungen der Justiz machen Methodenfragen zu Verfassungsfragen. Die Prinzipien Demokratie, Rechtsstaat, Gewaltenteilung und richterliche Unabhängigkeit fordern die Gesetzesbindung. Gesetzesbindung bedeutet Regelbindung und Regelbindung bedeutet Methodenbindung. Bei *Josef Esser* war das 1956 noch ein „revolutionieren-

40

---

3 BVerfGE 34, 269 (286 f.) – sog. „Soraya“-Entscheidung, Beschluss vom 14. Februar 1973.

4 R. Wiethölter, Zum Fortbildungsrecht der (richterlichen) Rechtsfortbildung. Fragen eines lesenden Recht-Fertigungslehrers, in: KritV 3 (1988), S. 1–28.

des Programm für unsere Rechtsquellenlehre“:<sup>5</sup> Er erwog ein „Rechtsbildungsrecht“ mit dem Ergebnis, dass „die Rechtsfindungsregeln ... dann zum ‚Verfassungsrecht‘ jurizeller Normsetzung“ gehören.

### III. Methodengeschichten muss man kennen und nutzen

- 41 Methoden ändern sich mit den Verfassungen und Verfassungen ändern die Methodenregeln. Diese Geschichten werden im HISTORISCHEN ÜBERBLICK (Rn. 1357 ff.) mit allen Irrungen und Wirrungen und zeitlichen Überschneidungen genauer behandelt. Ihre Minimalfassung hat acht Stationen: (1.) Begriffsjurisprudenz, (2.) Freirechtsbewegung, (3.) Interessenjurisprudenz, (4.) NS-Jurisprudenz, (5.) Wertungsjurisprudenz nach 1945, (6.) kritisch-politische Jurisprudenz, (7.) Abwägungsjurisprudenz, (8.) Argumentationsjurisprudenz. Ob man das alles wissen muss? Ja, denn alle Irrungen und Wirrungen der Methodenlehre beginnen mit falschen Begriffen. Deswegen versuchen wir im Folgenden eine gewiss dichte Zusammenfassung:
- 42 Der verwirrteste Begriff ist **Begriffsjurisprudenz**. Sie wurde 1884 von Jhering als Prügelnabe erfunden und blieb es. Gemeint war die Jurisprudenz der 1840er und 1850er Jahre. Sie war also ein Kind des monarchischen Konstitutionalismus. Über den Gesetzestext hinaus und gegen den Monarchen versuchte sie das Recht durch Begriffe zu sichern. Lücken im Recht sollten nicht mehr als Vorwand für richterliche Rechtsverweigerungen dienen können, wie sie nicht selten vorgekommen waren – kein Recht, keine Entscheidung. Methodisch macht sie immer noch klar, dass scharfe Begriffe und systematische Durchdringung auf Prinzipien wertvoll sind für eine regelorientierte Praxis. Begriffe und System dürfen freilich nicht zum Selbstzweck, zur lebensfremden Spekulation und zur bloß begrifflichen oder rein systematischen Begründung werden. Die politischen, sozialen, ökonomischen, ethischen und religiösen Wertungen, die allen juristischen Begriffen zugrundeliegen, müssen immer mitbedacht werden. Nur Begründungen ohne diese Elemente meint man heute in der Regel mit der Polemik „Begriffsjurisprudenz“. Die **Freirechtsbewegung** um 1910 hatte sehr verschieden akzentuierte sozialpaternalistische, demokratische und egalitäre Ambitionen. Mit Blick auf diese Ziele hat sie konsequent die Lücken der Gesetze und des Rechts betont, die Bindung an Normen und Regeln aber zur Illusion erklärt und den Richterkönig gefordert. Die Lücke war ihr Credo, die Methodenregel aber nicht. Zur gleichen Zeit half hier die **Interessenjurisprudenz**. Verfassungstreu stellte sie die gesetzgeberische Interessenentscheidung als maßgebliche Regel ins Zentrum und prägte die Formel vom „denkenden Gehorsam“ (Heck).<sup>6</sup> Nicht ohne makabre Konsequenz hat sie allerdings auch die ‚Interessen‘ des Unrechtsgesetzgebers akzeptiert und ihre parlamentarisch rechtsstaatlichen Prämissen desavouiert. Die **NS-Jurisprudenz** nach 1933 unterstützte den Umsturz der Weimarer Verfassung und die damals neue Ordnung als neue ‚Verfassung‘. Sie belehrt drastisch über das demagogische Potential von Formeln wie „konkrete Ordnung“ und die begrenzte „Macht und Ohnmacht der Methode“ (Luig)<sup>7</sup> gegenüber der „unbegrenzten Auslegung“ (Rüthers).<sup>8</sup> Die **Wertungsjurisprudenz** begann schon um 1930. Sie verdeutlichte die ambivalente Wertbezogenheit des positiven Rechts – deren Chance und

---

5 J. Esser, Grundsatz und Norm in der richterlichen Fortbildung des Privatrechts. Rechtsvergleichende Beiträge zur Rechtsquellen- und Interpretationslehre, Tübingen 1956, S. 120 f., in den Folgeauflagen unverändert.

6 Ph. Heck, Gesetzesauslegung und Interessenjurisprudenz, in: AcP 112 (1914), S. 1–318, hier 20.

7 K. Luig, Macht und Ohnmacht der Methode, in: NJW 1992, S. 2536–2538.

8 B. Rüthers, Die unbegrenzte Auslegung. Zum Wandel der Privatrechtsordnung im Nationalsozialismus, Tübingen 1968, 7. Aufl. 2012.

## II. Zwölf Methodenregeln für den Ernstfall

---

Gefahr. Werden die Werte verfassungstreu aus einem Gesetz wie dem Grundgesetz bezogen, so erscheint dies als Chance. Vor 1945 bezog man allerdings die Werte unter dem gleichen Stichwort aus dem NS-Parteiprogramm. Methodisch verwandelte die Wertungsjurisprudenz die bindende gesetzgeberische „Interessenabwägung“ in die freie richterliche „Güterabwägung“. Die Politik dieser Wertungen, die dabei ausgeblendet wurde, betonte dann die **kritisch-politische Jurisprudenz** seit Mitte der 1960er Jahre. Sie stellte in ebenfalls verfassungstreuer Absicht Demokratie und Humanität, Sozialität und Teilhabe in den Vordergrund. Die positiv-rechtliche Umsetzung aber war immer ein Problem. Gebraucht wurden neue Gesetze, neue Juristen und neue Richter. Methode nach Methodenregeln rückte in den Hintergrund. Das gilt auch für die **Abwägungsjurisprudenz** seit etwa 1958. Sie geht aus von Norm- und Güterkollisionen im Bereich der drittwirkenden Grundrechte und behauptet, sie ließen sich nur abwägend lösen. Güterabwägung lässt sich nicht auf Regeln bringen. Sie versucht, dem Fall gerecht zu werden – von Fall zu Fall. Das kann besonders gerecht sein, aber auch besonders ungerecht. Die **juristische Argumentationstheorie** seit Ende der 1970er Jahre schließlich zieht sich aus den inhaltlichen Fragen zurück. Sie hält sie für unlösbar und konzentriert sich deshalb auf Verfahrens- und Begründungsregeln. Das richtige Verfahren soll (mittelbar) ein richtiges Ergebnis sichern. Der Glaube an das einzig richtige Ergebnis durch die eine richtige Methode wird ersetzt durch die Forderung nach fairem Verfahren und regelorientierter rationaler Begründung.

Das ist viel Methoden- und Verfassungsgeschichte. Muss man dies alles wissen? Das ist eine Frage der Qualität unseres methodischen Zugriffs und damit der Qualität unseres Rechts. Ein gutes Beispiel bietet die Lehre vom „faktischen Vertrag“. Nach fast allen Auffassungen widersprechen sich „faktisch“ und „Vertrag“. Ein Faktum ist ein Verhalten, ein Vertrag erfordert einen Rechtsbindungswillen. Verständlich wird der „faktische Vertrag“ mit der NS-Jurisprudenz der konkreten Ordnung, aus der er auch stammt. Denn für sie kam es nicht auf Willenserklärungen, sondern auf das Verhalten in der konkreten Ordnung an. Die Rechtsbindung trat unabhängig vom Willen der Einzelnen ein. Daran zeigt sich: Methodenfragen sind Verfassungsfragen und beide teilen eine Geschichte und eine Gegenwart. Im NS-Verfassungskontext wurde der Vertrag zum bloßen Faktum. Nur die Auseinandersetzung mit diesen Alternativen klärt über Möglichkeiten und Grenzen, Gefahren und Chancen juristischer Methode auf. Sie zu nutzen obliegt dem Heute.

43

## IV. Nimm die canones als Anleitung

Mit diesem Rüstzeug kann es nun ans Auslegen gehen. Auslegung ist der erste Schritt für die Bildung der Obersätze im juristischen Schlussverfahren, dem sog. **Syllogismus**. Wenn der konkrete Untersatz zum allgemeinen Obersatz passt, folgt die Rechtsfolge. Wenn das Fahrrad eines Anderen weggenommen wurde für eigene Zwecke (Untersatz), dann passt das unter den Tatbestand des § 242 StGB: „eine fremde bewegliche Sache einem anderen in der Absicht“ wegnehmen, um sie „sich ... rechtswidrig zuzueignen“ (Obersatz).

44

Eine erste Anleitung fürs Auslegen der Obersätze bieten die traditionellen Auslegungsmethoden, besser -elemente, nämlich die *canones*, d.h. die Lehrsätze über Auslegung. Sie sind ein bewährtes Mittel, um die wesentlichen Gesichtspunkte zu erfassen. Zu ihnen zählt man heute meist die Auslegung nach dem Wortlaut und der Grammatik, dem System, der Geschichte und dem Zweck (*telos*). Sie werden im Einzelnen gleich vorge-

45



stellt. Die *canones* helfen doppelt: Zunächst ist jedes Verstehen auf ein Auslegen angewiesen, um den Sinn eines (Rechts-)Satzes zu erfassen. Schon unser erstes Hören und Lesen achtet auf Wortlaut und Grammatik – das ist meist gar nicht der Rede wert. Oft verstehen sich die Worte und Rechtssätze aber nicht von selbst. Dann erinnern die *canones* an das, was man noch heranziehen sollte.

- 46 Schwieriger wird es, wenn die einzelnen Auslegungselemente zu verschiedenen Ergebnissen führen. Manchmal gibt die Geschichte andere Auslegungshinweise als der Wortlaut oder das System. Dann stellt sich die sog. **Rangfrage**. Welches Argument geht vor? Der Wortlaut, das System, die Geschichte oder der Zweck? Das lässt sich nur normativ klären, es ist wieder keine Theoriefrage. Einfach ist es, wenn der sog. Wille des Gesetzgebers (unten VII.) klar und deutlich etwa in Gesetzgebungsmaterialien zum Ausdruck gekommen ist. Dann geht er im parlamentarisch-demokratischen Rechtsstaat den anderen *canones* vor. Oft aber ist er genauso unklar wie der Wortlaut oder gar nicht feststellbar. Dann ist das Feld offener. Es geht dann bald nicht mehr um Auslegung, sondern um Rechtsfortbildung (unten X.).

#### V. Hör auf den Wortlaut

- 47 Nur in Worten kann das **Parlament** seine Gesetze verkünden. Allein deshalb sind die Worte wesentlich und bei der Auslegung als erstes zu berücksichtigen. Die philosophischen Probleme der Bedeutung, des Sinns, der Form und des Gehalts spielen hier als philosophische keine Rolle. Es geht nur um das juristisch maßgebliche Verständnis des Rechtssatzes und die juristische Verwendung der Worte. Das ist wieder eine normative Frage. Alte Worte müssen aus ihrer Zeit erklärt werden, Wortveränderungen müssen beachtet werden. Der umgangssprachliche Gebrauch kann hilfreich sein, ist aber nicht der letzte Maßstab. So geht es beim „besorgen“ im § 12 BGB nicht um einen Einkauf, sondern um eine Befürchtung, und beim Besitz im § 854 BGB gerade nicht um Eigentum wie in § 903 BGB, sondern um tatsächliche Sachherrschaft.
- 48 Bisweilen hat der Gesetzgeber ein Wort selbst definiert (**Legaldefinition**), z.B. das Merkmal „unverzüglich“ in § 121 BGB oder das „kennen müssen“ in § 122 Abs. 2 BGB. Diese Legaldefinitionen erkennt man im BGB an den sie einrahmenden Klammern. Gibt sie der Gesetzgeber nicht vor, muss man die Kommentare befragen und die Verwendungen der Worte klären. Aber Vorsicht, die dort angegebenen Definitionen sind nicht der Ausgangspunkt von Auslegungen, sondern nur zusammengefasste Endpunkte von rechtspraktischen Diskussionen.

#### VI. Schau ins System

- 49 Gesetzbücher und Kodifikationen, d.h. umfassende exklusive Regelungen für einen Sachbereich wie BGB und StGB, folgen immer einer gewissen Ordnung. Ist das Ganze sorgfältig hierarchisiert und nach Prinzipien, Regeln und Ausnahmen geordnet, spricht man von einem System. Alle Worte eines Gesetzes stehen in einem systematischen Zusammenhang, der hilft, sie richtig zu verstehen.
- 50 System kann zweierlei bedeuten: äußere oder innere Ordnung. Die **äußere Ordnung** ist leicht erkennbar an der Gliederung der Rechtstexte, z.B. in Bücher, Abschnitte, Titel, Untertitel, Kapitel, Unterkapitel, Paragraphen, Absätze, Sätze, Halbsätze und Ziffern wie im BGB. Die Regelungen im „Buch 1: Allgemeiner Teil“ des BGB gelten grundsätzlich für alle fünf „Bücher“. Sie können jedoch durch Spezialregelungen modifiziert

## II. Zwölf Methodenregeln für den Ernstfall

sein, so gilt der Irrtum über verkehrswesentliche Eigenschaften (§ 119 Abs. 2 BGB) nicht für die Anfechtung letztwilliger Verfügungen im Erbrecht (§ 2078 BGB). Aus der äußeren Stellung lässt sich auch auf das Gewicht einer Norm schließen. Am Anfang von Vorschriftengruppen stehen häufig deren **Grundsätze und Prinzipien**, wie an der Spitze des Grundrechtskatalogs in Art. 1 GG die unantastbare Menschenwürde oder im § 1 BGB die allgemeine Rechtsfähigkeit und in § 1 StGB der Grundsatz *nullum crimen nulla poena sine lege*, keine Strafe ohne Gesetz. Solche Grundsätze können und sollen dem Verständnis zweifelhafter konkreter Worte und Lösungen oft eine klärende Richtung geben. Zur äußeren Auslegung gehören auch die Rangebenen der Normen und normhierarchische Überlegungen, etwa im Verhältnis von Grundgesetz und einfachem Recht, von Bundesrecht und Landesrecht, Europarecht und nationalem Recht. Ein einfaches Beispiel ist Art. 31 GG über den Vorrang des Bundesrechts, ein folgenreiches Art. 25 GG über den Vorrang der allgemeinen Regeln des Völkerrechts.

Das zweite Auslegungsmittel ist das **innere System**. Es ist nicht so klar erkennbar wie das äußere. Meist wird dazu gesagt, es dürfe keine Wertungswidersprüche im Rechtssystem geben. Die grundsätzlichen Wertungen unserer Rechtsordnung müssen in einen stimmigen Zusammenhang gebracht werden, das nennt man inneres System. Es findet sich vor allem in den Prinzipien unserer Rechtsordnung und deren Relationen, z.B. in den Prinzipien der gleichen Freiheit und des Arbeitnehmerschutzes, der Privatautonomie und des Verbraucherschutzes oder der Verschuldens- und Gefährdungshaftung. In der Tat sollte die Einheit der Rechtsordnung auch in ihren Wertungen gewahrt bleiben. Das ist an sich banal. Eine Rechtsordnung darf nicht zugleich Schadensersatz zusprechen und versagen. Da wo es nicht mehr banal ist, geht es entweder um wissenschaftliche Erklärung oder um Rechtsfortbildung. Entweder muss der Widerspruch auslegend ausgeräumt werden oder man setzt Wertungen, Grundsätze und Prinzipien rechtsfortbildend gegen das Gesetz und sein System. Rechtsfortbildung wurde z.B. eine *allgemeine* „Vertrauenshaftung im deutschen Privatrecht“ (Canaris)<sup>9</sup> neben das bis dahin anerkannte oberste Haftungsprinzip Verschulden (§ 276 BGB) gestellt. Das kann gute Gründe haben, ist aber keine Frage der systematischen Auslegung, sondern der teleologischen oder wertgebundenen Fortbildung des geltenden Rechts. Diese unterliegt anderen Maßstäben als die Auslegung (dazu unten IX u. X.).

51

### VII. Schlag nach beim Gesetzgeber

Methodenfragen sind Verfassungsfragen. Für unseren demokratisch-parlamentarischen Rechtsstaat (Artt. 20 Abs. 1, 2, 28 Abs. 1 GG) heißt das, dass nur der Bundestag Bundesrecht setzt (Art. 77 Abs. 1 S. 1 GG). Deswegen hat der Gesetzgeber für die Auslegung seiner Gesetzgebung die erste Stimme. Meist nennt man das etwas abwertend subjektiv-historische Auslegung. Es kommt aber nicht auf Subjektivität oder Historizität, sondern auf die gesetzgeberische Entscheidung an. Mit Gesetzgeber sind natürlich nicht die einzelnen Abgeordneten und deren „Willen“ gemeint, sondern die Gründe, die entscheidend wurden und in der Regel in den (Gesetzes-)Materialien dokumentiert sind. Die gesetzgeberische Entscheidung kann eine neuere oder ältere sein. Viele unserer geltenden Rechtssätze und Kodifikationen sind bereits im späten 19. Jahrhundert geschaffen worden, z. B. das BGB (1896), wesentliche Teile des revidierten HGB (1897), des StGB (1871), der ZPO (1877) und der StPO (1877). Auch das öffentliche Recht ist nicht immer ganz neu, so gilt das Staatskirchenrecht der Weimarer Reichsver-

52

9 Cl.-W. Canaris, Die Vertrauenshaftung im deutschen Privatrecht, München 1971.

fassung von 1919 kraft grundgesetzlicher Anordnung von 1949 weiter (Art. 140 GG) und deswegen z.B. das Sonntagsarbeitsverbot (Art. 139 WRV). Deswegen sind z.B. die sog. Motive zum ersten Entwurf des Bürgerlichen Gesetzbuches von 1888 immer noch wichtig für die Auslegung des BGB oder die Beratungen des Parlamentarischen Rates von 1948/49 und die Verhandlungen mit den Militärregierungen seit Juli 1948 für die Auslegung des Grundgesetzes. Heute entsprechen dem die Regierungsentwürfe, die Stellungnahmen des Bundesrats und der Bundesregierung, die Ausschussprotokolle und -berichte und die Bundestagsdrucksachen wie z.B. bei der Schuldrechtsmodernisierung 2002.

- 53 Die Worte, auch die des Gesetzgebers, sind nicht fest in Raum und Zeit gemeißelt. Das ist die Herausforderung jeder Auslegung. Die **Bedeutung der Worte**, oder besser ihre Verwendung,<sup>10</sup> ändert sich unter den Händen der Juristen. Richter können Rechtsworte und -sätze umdeuten, d.h. anders verwenden, z.B. den Gewaltbegriff in § 240 StGB. Eine herrschende Meinung kann sich wandeln, z.B. zur Beweislastverteilung in § 831 BGB. Und der Verkehr kann neue Sitten hervorbringen, z. B. im Handelsrecht in Form von sog. Trade-Terms als von Zeit zu Zeit aktualisierter Verschriftlichung von Handelsbräuchen (§ 346 HGB). All dem muss man dann nachgehen. Auch die Verhältnisse können sich ändern, aber daraus allein folgt noch keine Änderung der Rechts- und Gesetzeslagen. Zeitgemäßheit ist kein Maßstab für Rechtsgeltung.

Helfen kann man sich vor allem durch einen Blick in die Kommentare und Lehrbücher, gegebenenfalls auch in ältere Auflagen und in die empirischen (Hilfs-)Wissenschaften, z.B. die Kriminologie, die Rechtstatsachenforschung, die Ökonomie oder die empirische Soziologie, etwa bei den neuen Aufklärungspflichten von Banken im Bereich der Bürgschaften und der Anlageberatung.

- 54 Jedes Gesetz greift ein in eine bestehende Rechtslage, es ändert, erneuert und beseitigt alte Regelungen. Für das Verständnis der entscheidenden Gründe ist nicht selten von Bedeutung, was man ändern wollte und wie. Solche Fragen sind nicht einfach zu klären wegen des historischen Aufwandes. Wenigstens für das bürgerliche Recht entsteht derzeit dazu ein leicht zugängliches Hilfsmittel, nämlich der „Historisch-kritische Kommentar zum BGB“ (2003 ff.).<sup>11</sup>
- 55 Das mag zwar alles „altes Zeug“ sein. Aber für viele schwierig gewesene und besonders für grundsätzliche Fragen finden sich hier leicht die wesentlichen Antworten, z.B. für das Verständnis der bis zum BGB nicht durchgesetzten unmittelbaren Wirkung der abstrakten Stellvertretung (§ 164 BGB), für die Nichtrechtsfähigkeit der BGB-Gesellschaft (§ 705 BGB), die der BGH heute dennoch als rechtsfähige juristische Person ansieht, oder das *numerus clausus*-Problem bei der Sicherungsübereignung.

### VIII. Obacht mit dem Telos

- 56 Telos bedeutet **Zweck** und der ist heute bei der Auslegung in aller Munde. Argummentiert wird hier mit dem Zweck einer Regelung. Die Behauptung eines Zwecks ist einfach und gerade deshalb so beliebt. Solche Zwecke werden dann auch zur Korrektur des Wortlautes eingesetzt. Zum Beispiel ist anerkannt, dass ein Minderjähriger nach

---

10 Es gibt keine ‚ewige‘ Bedeutungssubstanz der Worte und einer Sprache, bekanntlich betont von L. Wittgenstein, Philosophische Untersuchungen, Frankfurt a.M. 1967 und öfter (zuerst engl. 1953), Nr. 43: „Die Bedeutung eines Wortes ist sein Gebrauch in der Sprache.“

11 Hgg. v. M. Schmoeckel, J. Rückert und R. Zimmermann, Bd. 1 ff., Tübingen, derzeit Bd. 1–3, BGB AT und Schuldrecht (2003, 2007, 2013).

## II. Zwölf Methodenregeln für den Ernstfall

---

dem „Zweck“ von § 107 BGB auch sog. „rechtlich neutrale Geschäfte“ durchführen darf. Nach dem Wortlaut darf er ohne Einwilligung der Eltern aber nur solche Geschäfte abschließen, die „lediglich einen rechtlichen Vorteil“ bieten, z.B. Schenkungen annehmen. Veräußert er z.B. eine fremde Sache an einen Gutgläubigen (§ 932 BGB), so verliert er kein Eigentum, weil er keines hatte, und wird auch nicht mit Ersatzansprüchen belastet (§ 828 Abs. 2 BGB). Er erleidet also keinerlei Nachteile. Da der Minderjährige nur vor Nachteilen geschützt werden soll (Zweck), kann auf die Einwilligung der Eltern verzichtet werden, auch wenn kein lediglich rechtlicher Vorteil ersichtlich ist. Der Zweck überlagert den Wortlaut.

Wenn es sich um einen gesetzlich vorgegebenen Zweck handelt, bleibt die Auslegung im Rahmen der Gesetzesbindung. Sehr leicht lassen sich aber auch Zwecke behaupten, die keineswegs so klar der gesetzlichen Regelung oder dem anerkannten geltenden Recht zu entnehmen sind. In diesen Fällen kann man mit einem angeblichen „Geist des Gesetzes“ gegen seinen Buchstaben argumentieren und so die Gesetzesbindung relativieren. Selbstverständlich ist es nicht so einfach, zwischen legalen und nicht legalen Zwecken zu unterscheiden. Jedenfalls sind Zwecke, die nicht mit den anderen Auslegungselementen belegt werden können, keine legalen Zwecke, denn sie werden nicht aus der gesetzlichen Regelung abgeleitet. Wenn diese Zwecke und Geister die Bühne der Auslegung betreten, ist die Fortbildung des Rechts schon inszeniert. 57

Man muss also bei der teleologischen Auslegung **zwei Zwecke** unterscheiden, interne und externe. **Interne Zwecke**, d.h. legale Zwecke, ergeben sich aus Wortlaut, System und Geschichte und wahren die Gesetzesbindung. **Externe Zwecke**, d.h. nicht legale Zwecke, werden dem Gesetz unter vielfältigen Stichworten wie Sachgerechtigkeit, Effektivität, Praktikabilität, Natur der Sache, Bedürfnisse des Rechtsverkehrs, objektives Telos, rechtsethisches Prinzip usw. angedichtet. 58

## IX. Trenne Auslegung und Rechtsfortbildung und Abwägung

Der Unterschied von Auslegung und Rechtsfortbildung wurde schon mehrfach angesprochen. Es handelt sich um einen klaren normativen Unterschied, nicht um einen empirischen. Trotzdem lässt sich die Grenze im Einzelfall nicht immer scharf ziehen. Häufig verweist man daher auf den Wortlaut als Grenze der Auslegung oder auf den (internen) Gesetzeszweck oder man unterscheidet zwischen „Begriffskern und Begriffshof“ (Heck).<sup>12</sup> Das ist hilfreich, aber nicht immer erfolgreich. 59

Faktisch ist der Unterschied immer graduell, also mehr auslegend/weniger fortbildend oder umgekehrt. Gerade deshalb muss man sich der normativen Konsequenzen des Unterschieds bewusst sein, dann wird auch das Unterscheiden leichter. Für **Auslegung** gilt die fesselnde Bindung an das Gesetz. Für **Rechtsfortbildung** gilt diese strenge Bindung nicht, dafür eine andere, weniger scharfe. Wenn die Auslegung eine „planwidrige“ Regelungslücke ergibt, genügen Anhaltspunkte in Gesetz und Recht (unten X.). Als Regel folgt also: Trenne Auslegung von Fortbildung und sei vorsichtig mit der Fortbildung. Sie führt immer über das geltende Recht hinaus – die Frage ist wohin? Das ist letztlich eine (rechts-)politische Frage. 60

Ein prägnanter Fall war der Stromdiebstahl 1899 im Strafrecht. Hier ging es darum, ob Strom eine „bewegliche Sache“ (§ 242 StGB) ist oder nicht. Weil im Strafrecht (rechtsfortbildende) Analogien zulasten des Täters verboten waren und sind (§ 1 StGB 61

---

12 Ph. Heck, Begriffsbildung und Interessenjurisprudenz, Tübingen 1932, S. 52 u. 60.

seit 1871) hat das Reichsgericht den Begriff der beweglichen Sache eng ausgelegt und Strom nicht darunter begriffen. Der Gesetzgeber musste einen neuen Straftatbestand schaffen, heute § 248 c StGB. Aus dem Verbot der Rechtsfortbildung im Strafrecht folgte eine enge Auslegung.

- 62 Das Strombeispiel zeigt darüber hinaus, dass Methodenregeln vom **Rechtsbereich** und von der Struktur der Rechtssätze abhängen können. Im Strafrecht sind die Methoden strenger als im Zivilrecht. Im Staatsorganisationsrecht sind die Tatbestände meist schärfer als im allgemeiner sprechenden Grundrechtskatalog. Das verändert auch die Grenzen von Auslegung und Rechtsfortbildung. Je strenger die Methodenregeln, desto enger der Auslegungsraum.
- 63 Wieder anders verhält es sich beim **Abwägen**. Wird alles praktische Entscheiden als Abwägen begriffen, so gibt es diese Grenze nicht. Abwägungsgüter wie Meinungsfreiheit, Eigentumsfreiheit usw. werden optimiert, nicht ausgelegt – konkret, am Fall. Bei Auslegung und Rechtsfortbildung kann man mit dem Bild der Gesetzeslücke den Raum der Rechtsfortbildung umreißen. Dieses Bild versagt bei der Abwägung. Man geht dabei nicht von Gesetzesregeln und unregulierten Lücken aus, sondern hält allgemeine Werte und Güter für gegeben, z.B. in den Grundrechten. Sie müssen nur im Angesicht des Falls gewichtet, also in ein Abwägungsverhältnis gebracht, werden. Bei der Abwägung fehlt nie etwas, alles ist immer schon da (unten XI.).

#### X. Bilde Recht nur rechtsstaatlich fort

- 64 Jede Rechtsfortbildung setzt an bei einer sog. **Lücke** im Gesetz oder Recht, also dem Fehlen einer Regelung. Lücke ist hier aber nicht gleich Lücke. Wenn der Gesetzgeber einen Fall nicht bedacht hat und diese unbewusste Lücke später entdeckt wird, ist Rechtsfortbildung zulässig. Hat der Gesetzgeber die vermeintliche Lücke hingegen bewusst gesetzt, also durch Nichtregelung eine Regelung bezweckt, ist Rechtsfortbildung nicht erlaubt. Z.B. hatte das BGB einzelne Fälle der *culpa in contrahendo* geregelt (§§ 122, 179 BGB u.a.), aber bewusst keine allgemeine Vertrauenshaftung zugelassen. Wiederum wird also normativ unterschieden, welche Lücken gefüllt werden dürfen und welche nicht.
- 65 Auch Rechtsfortbildung soll sich rechtsstaatlich am gegebenen Recht orientieren. Auch sie ist nicht rechtsfrei. Da sie keine unmittelbaren Anhaltspunkte im Gesetz findet, sondern von Lücken ausgeht, muss sie auf allgemeinere Mittel ausweichen. Dazu gehören immer schon die **Analogie** (lat. *argumentum a simile*, scholastisch *a simili*), das Argument aus dem Gegensatz (*argumentum e contrario*), der Schluss aus dem Kleineren oder aus dem Größeren (*argumentum a minore* und *a maiore*) und der Schluss aus allgemeinen Prinzipien (*argumentum e principio*). In jedem dieser Argumente wird verglichen und zwar eine gesetzliche Fallentscheidung mit einer unregulierten noch ausstehenden, um eventuell die gleiche Rechtsfolge anzuwenden. Selbstverständlich müssen dabei Sachverhalte (faktisch) *und* Wertungen (normativ) verglichen werden. Bei dieser vergleichenden Technik muss aber immer ein allgemeinerer Bezugspunkt (*tertium comparationis*) gebildet werden, in der Regel ein Prinzip, der zum Maßstab für den unregulierten Fall erhoben wird. Sonst bleibt die Fortbildung intransparent und die Begründung letztlich willkürlich.
- 66 An dem Beispiel zum Stromdiebstahl (oben IX.) wird auch dies klarer. Um 1900 zapfte ein Monteur eine Stromleitung an, um sich kostenlos Beleuchtung zu verschaffen. War das Diebstahl, also die Wegnahme einer fremden, beweglichen Sache, wie es in § 242