

Rechtstheorie

Rüthers / Fischer / Birk

12., überarbeitete Auflage 2022
ISBN 978-3-406-77623-6
C.H.BECK

schnell und portofrei erhältlich bei
beck-shop.de

Die Online-Fachbuchhandlung beck-shop.de steht für Kompetenz aus Tradition. Sie gründet auf über 250 Jahre juristische Fachbuch-Erfahrung durch die Verlage C.H.BECK und Franz Vahlen. beck-shop.de hält Fachinformationen in allen gängigen Medienformaten bereit: über 12 Millionen Bücher, eBooks, Loseblattwerke, Zeitschriften, DVDs, Online-Datenbanken und Seminare. Besonders geschätzt wird beck-shop.de für sein umfassendes Spezialsortiment im Bereich Recht, Steuern und Wirtschaft mit rund 700.000 lieferbaren Fachbuchtiteln.

F. Die juristische Fachsprache

Durch die Verwendung von abstrakten Begriffen, unbestimmten Rechtsbegriffen und Generalklauseln in den Gesetzestexten, deren Bedeutung mittels Definitionen zum Teil vom Gesetz selbst, überwiegend aber von den Richtern und dem juristischen Schrifttum geklärt werden müssen, kommt es notwendigerweise zu einer Fachsprache. Diese Entwicklung läßt sich nicht umkehren, ihre Auswüchse sind allerdings zu bekämpfen. 207

I. Fachsprache

Über die Juristensprache in seiner englischen Heimat läßt Jonathan Swift seinen reisenden Gulliver 1726 so berichten: 208

„Außerdem verfügt diese Kaste über einen besonderen Jargon, den außer ihnen niemand versteht und in dem auch ihre Gesetzbücher abgefaßt sind, die sie mit immer mehr Gesetzen zu vergrößern suchen. Es ist ihnen dadurch gelungen, Wahrheit und Lüge, Recht und Unrecht dermaßen durcheinanderzubringen, daß sie dreißig Jahre benötigen, um eine Entscheidung darüber zu fällen, ob das mir von meinen Vorfahren durch sechs Generationen vererbte Feld mir gehören soll oder einem Fremden, der dreihundert Meilen weit weg wohnt.“²⁶⁴

Das Unbehagen und Mißtrauen gegenüber dem Recht und den Juristen ist seit alters her verbreitet. Eine der Ursachen ist die Ratlosigkeit vieler Bürger angesichts der Unverständlichkeit der Gesetze, der Entscheidungsbegründungen und der juristischen Argumentationsweise schlechthin. Die Rechtssprache wird oft zur Verständnis-schranke für den Rechtssuchenden.

Eine Rechtsordnung ist auf Dauer aber nur lebensfähig, wenn sie in ihren Grundzügen von den Bürgern verstanden und bejaht wird. Wenn juristische Argumentationen und Problemlösungen nicht mehr an Nichtjuristen zu vermitteln sind, verliert die Rechtswissenschaft die unerläßliche Kommunikation mit der Rechtsgemeinschaft. Rechtswissenschaft sollte daher eine auf Dialog und Verständlichkeit angelegte Wissenschaft sein. Dabei spielt die Fähigkeit der Juristen, ihre Ansichten und Einsichten allgemein verständlich darzulegen, 209

²⁶⁴ J. Swift, Reisen in verschiedene ferne Länder der Welt von Lemuel Gulliver, München 1958, S. 390. Es lohnt sich nachzulesen, was Gulliver ebendort über die Moral der Anwälte und Richter seiner Zeit erzählt.

eine entscheidende Rolle. Selbst schwierige Rechtsprobleme lassen sich in der Regel für die Betroffenen in den entscheidungsbedeutsamen Grundzügen so darstellen, daß auch juristische Laien die Wertungsalternativen erkennen und verstehen können.

II. Undurchsichtigkeit der Gesetze

- 210 So wie die juristische Fachsprache ist auch die geschriebene Rechtsordnung für den einfachen Bürger nicht unmittelbar verständlich. Der Tatbestand ist unbestreitbar; leider ist er auch unabänderlich. Wer etwa das BGB wie einen Roman lesen will, wird das Buch nach ein paar Seiten enttäuscht zur Seite legen. Das BGB etwa ist schwer verständlich, weil es knapp und möglichst frei von Wiederholungen gehalten ist und einen hohen juristisch-technischen Abstraktionsgrad aufweist. Man muß das Aufbauprinzip des BGB (vom Allgemeinen zum Besonderen), die unterschiedlichen Normarten (vgl. Rn. 129 ff.), den Anspruchsaufbau sowie die Bedeutung vieler abstrakter Begriffe kennen, um die Vorschriften des BGB richtig anwenden zu können.

211,
212

(frei)

III. Kompliziertheit des Rechts als Spiegel des sozialen und politischen Systems

- 213 Die Rechtsordnungen entwickelter Gesellschaften sind sachbedingt kompliziert und für den Laien zunächst undurchsichtig. Entwickelte Rechtsordnungen lassen dem Nichtjuristen wenig Chancen, eigenständig verlässliche Beurteilungen zu gewinnen oder gar „Do it yourself“-Maßnahmen bei auftretenden Rechtsproblemen zu ergreifen. Die wachsende Veränderungsgeschwindigkeit moderner Industriegesellschaften auf vielen Lebensgebieten schafft ständig neue Steuerungsprobleme und Interessenkonflikte. In den Gesetzen ist das Recht daher immer (!) nur lückenhaft aufgezeichnet. Die Gerichte müssen, auch wenn der Gesetzgeber die Probleme noch gar nicht erkannt hat, Lösungskonzepte entwickeln und Entscheidungen treffen, die mit den Grundprinzipien der bestehenden Rechtsordnung vereinbar sind. Viele bedeutsame Rechtssätze gelten über Jahrzehnte hin nur als Richterrecht; sie sind also auch für den Bürger, der alle Gesetze sorgfältig und vollständig liest, nicht erkennbar.
- 214 Das Recht ist also u. a. deswegen so kompliziert und undurchsichtig, weil es auf die unübersehbare Fülle ständig sich wandelnder Pro-

bleme und Konflikte mit praktikablen, systemverträglichen Lösungen antworten muß. Hier – nicht in dem durchaus bedeutsamen Sprachproblem – liegt die wesentliche Ursache für die Undurchsichtigkeit und „Volksfremdheit“ der hochentwickelten Rechtssysteme für Nichtjuristen. Die Kompliziertheit des Rechts ist ein Spiegel der Komplexität der Gesellschaft des modernen Staates. Es gilt: „Das Richterrecht bleibt unser Schicksal.“²⁶⁵

Allerdings ist diese Problematik nicht für alle Staaten und Gesellschaftsordnungen gleich („systemneutral“). Sie ist vielmehr „systemspezifisch“. Liberale Verfassungsstaaten mit weitgehender staatlicher Neutralität in weltanschaulichen Fragen, dem rechtsstaatlichen Grundsatz des Gesetzesvorbehalts und umfassender Rechtswegeggarantie (Art. 19, 20 GG) entwickeln folgerichtig besonders differenzierte und damit komplizierte Rechtsordnungen. Der Rechtsstaatsgrundsatz erfordert ein ausgebautes System gesetzlicher Regelungen, vor allem für staatliches Handeln, soweit es in geschützte Rechte der Bürger eingreift. Der Zustand selbst wäre nur um den Preis einer Reduzierung des gesellschaftlichen Entwicklungsniveaus und der rechtsstaatlichen Organisation veränderbar. Wo es einen gerichtlichen Grundrechtsschutz oder Verwaltungsrechtsschutz der Bürger gegen staatliches Handeln nicht gibt (wie z. B. früher in den „real-sozialistischen“ Staaten), entfallen solche Probleme. In der DDR gab es keine Verfassungs-, keine Sozial- und, nach einem kurzen Zwischenspiel bis 1952, keine Verwaltungsgerichtsbarkeit. Die Komplexität des Rechts ist also zugleich ein Spiegel des politischen Systems.

G. Zusammenfassung zu § 5

- I. Sprachliche Kommunikation ist ein komplizierter Vorgang, 216 der von der Bedeutung der verwendeten Wörter, der Sprechsituation und dem Erlebnishintergrund der Beteiligten abhängig ist.
- II. Die Bedeutung von Wörtern und Zeichen stellt das semiotische Dreieck dar. Es unterscheidet zwischen der Intension und der Extension sprachlicher Ausdrücke. Die Intension ist die Angabe der den Begriff charakterisierenden Merkmale, sein Inhalt. Die Extension verweist auf die realen Gegenstände, die durch den Begriff bezeichnet werden.

265 F. Gamillscheg, Die Grundrechte im Arbeitsrecht, AcP 164 (1964), 385 (445).

- III. Alle Textwissenschaften haben das Problem, Texte richtig zu lesen und zu verstehen. Einen objektiven, ein für allemal festgelegten Sinn von Wörtern, Sätzen und Texten, auch von Gesetzestexten, gibt es nicht. Die Hermeneutik verlangt zur Auslegung bzw. Interpretation von Texten die Berücksichtigung des Kontextes der Herkunft und des Kontextes der Rezeption.
- IV. Die Umgangssprache ist unentrinnbar mehrdeutig, ungenau und wandelbar.
- V. Deskriptive und normative Begriffe sind zu unterscheiden. Normative Begriffe können verweisend oder offen sein. Offen normative Begriffe (Wertbegriffe) enthalten ein Element evaluativer Offenheit, das vom Richter und Rechtsanwender noch ausgefüllt werden muß.
- VI. Die Rechtsordnung enthält in zahlreichen unbestimmten Rechtsbegriffen und Generalklauseln (Wertbegriffen) kalkulierte sprachliche Ungenauigkeiten und Offenheiten, in denen neue Sachverhalte und neue Bewertungsmaßstäbe Raum finden.
- VII. Die moderne formale Logik stellt kein Kalkül für die Lösung juristischer Alltagsprobleme zur Verfügung. Ihr Einsatzbereich im Rahmen der Rechtswissenschaften ist begrenzt auf die Analyse der Strukturen von Gesetzestexten, Entscheidungsbegründungen und der Formen juristischer Argumentation.
- VIII. Juristen kommen um die Definition von Rechtsbegriffen nicht herum. Bei der Definition von Gesetzesbegriffen besteht keine Autonomie des Rechtsanwenders. Er ist dabei vielmehr an die mit der Norm verfolgten Zwecke gebunden.
- IX. Das Streben der Juristen muß dahin gehen, ihre notwendige Fachsprache so erläuterungsfähig und einsichtig zu halten, daß sie nicht zur unüberwindlichen Sprachschranke gegenüber dem rechtssuchenden Bürger wird. Andererseits setzt die systemgemäße Komplexität des Rechts in einer rechtsstaatlich organisierten, entwickelten Industriegesellschaft der Durchschaubarkeit der Rechtsordnung für den Bürger enge Grenzen.

§ 6. Die Lehre von den Rechtsquellen

Schrifttum: K. Engisch, Die Einheit der Rechtsordnung, 1935; H. Kelsen, Reine Rechtslehre, 2. Aufl., 1960 (Neudruck 1992), S. 228 f.; A. Merkl, Prolegomena einer Theorie des rechtlichen Stufenbaus, in: A. Verdross (Hrsg.), Gesellschaft, Staat und Recht, Festschrift für Hans Kelsen, 1931 (Neudruck 1967), S. 251; F. Ossenbühl, Gesetz und Recht – Die Rechtsquellen im demokratischen Rechtsstaat, in: J. Isensee/P. Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts, Bd. V, 3. Aufl., 2007, § 100; B. Rüthers, Wer schafft Recht? – Methodenfragen als Macht- und Verfassungsfragen, JZ 2003, 995 ff.

A. Begriff und Funktion der Rechtsquellen

I. Begriff der Rechtsquellen

Das objektive Recht (Rn. 61 ff.) begegnet dem Richter in unterschiedlichen Formen. So hat er z. B. für seine Entscheidung über die Kündigung durch einen öffentlichen Arbeitgeber das KSchG, Sonderkündigungsschutzregeln (MuSchG, BEEG etc.), die §§ 620 ff. BGB und die tarifvertraglichen Regeln des TVöD/TVL heranzuziehen. Die gesetzlichen Regeln des KSchG und des BGB hat der Bundestag bzw. das Parlament erlassen, die tarifvertraglichen Regeln stammen aber aus einer Vereinbarung zwischen einer Gewerkschaft und einem Arbeitgeberverband bzw. Arbeitgeber. Die in diesem Fall anzuwendenden Regeln haben eine unterschiedliche Herkunft („Quelle“). Die Lehre von den Rechtsquellen beantwortet die Frage, welche Vorschriften der Richter bei der Entscheidungsfindung anzuwenden hat, und systematisiert diese Vorschriften nach ihrer Herkunft. Es geht der Rechtsquellenlehre darum, (Erkenntnis-)Kriterien zur Ermittlung dessen, was das Recht ist, zu bestimmen. Sie hängt daher direkt mit dem Begriff des Rechts zusammen (Rn. 52 ff.), da Rechtsquelle nur das sein kann, was zuvor als Recht anerkannt wurde. 217

Der Begriff der „Rechtsquelle“ kann in einem weiten und in einem engen Sinn aufgefaßt werden. In weitem Sinne verstanden bezeichnet man damit alle Einflußfaktoren, die das objektive Recht maßgeblich prägen. So gesehen sind etwa die rechtswissenschaftliche Literatur („Juristenrecht“), die Exekutive (z. B. „Verwaltungsübung“), die Gerichtspraxis („ständige Rechtsprechung“) und die Volksanschauung

(„allgemeines Rechtsbewußtsein“) ebenfalls Rechtsquellen. Sie können dem Richter dabei helfen, das geltende Recht zutreffend zu erkennen (Rechtserkenntnishilfen). Man kann insoweit auch von „soziologischen Rechtsquellen“ sprechen.

In der Rechtstheorie wird der Begriff überwiegend im engen Sinne gebraucht. Als Rechtsquelle wird nur anerkannt, was für den Rechtsanwender verbindliche Rechtssätze erzeugt. Dazu ist es wichtig, die einzelnen Formen kennenzulernen (B.). Was zu tun ist, wenn verschiedene anerkannte Rechtsquellen miteinander unvereinbare Rechtssätze produzieren, wird im Anschluß behandelt (C.).

II. Rechtsquellenlehre als Verfassungsfrage

- 218 Nach Art. 20 Abs. 3 und 97 Abs. 1 GG sind die Rechtsprechung und die vollziehende Gewalt an „Gesetz und Recht“ gebunden. Die Verfassung ist also die „Grundnorm der Rechtsquellenlehre“.²⁶⁶ Die Antwort auf die Frage, was „Gesetz und Recht“ gebieten, entscheidet über die Gewaltentrennung (Machtverteilung) im Staat. Dazu muß der Richter wissen, wo und wie er das geltende Recht findet, an das er gebunden ist. Die Lehre von den Rechtsquellen soll dem Rechtsanwender helfen, seine Aufgabe getreu den Verfassungsgeboten der Art. 20 Abs. 3, 97 Abs. 1 GG wahrzunehmen, also seine Rolle im Gefüge der verfassungsmäßigen Gewalten zutreffend zu erkennen und auszufüllen.

Im Bereich der Rechtsquellenlehre zeichnet sich eine Entwicklung ab, welche die Grundlagen des Rechtsbegriffs und der Verfassungsorganisation verändert. In einem gängigen Lehrbuch des Staatsrechts steht der mit Nachweisen belegte Lehrsatz:

Das Bundesverfassungsgericht „bestimmt also letztlich, 'was das Grundgesetz sagt'.“²⁶⁷

Für die Rechtsquellenlehre bedeutet er eine fundamentale Umwälzung. Trifft seine Aussage zu, dann sind nicht mehr Gesetz und Recht, sondern die jeweils letzten, bisweilen wechselnden Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts die maßgeblichen „Rechtsquellen“, an denen sich die Rechtsanwender aller Stufen und die Rechtsunterworfenen zu orientieren haben. Nicht mehr das Grundgesetz, sondern die Lesarten des zuständigen Senats oder einer seiner

²⁶⁶ Vgl. K. F. Röhl/H. C. Röhl, Allgemeine Rechtslehre, 3. Aufl., Köln 2008, § 66 II.
²⁶⁷ H. Maurer, Staatsrecht I, 6. Aufl., München 2010, § 20 Rn. 9.

Kammern legen den maßgeblichen Verfassungsinhalt fest.²⁶⁸ Das Gericht wird entgegen dem Grundgesetz vom „Hüter der Verfassung“ zum Verfassungsgeber. Es setzt mit seinen gelegentlich grundgesetzwidrigen Entscheidungen – in den einschlägigen Sondervoten ist das regelmäßig nachzulesen²⁶⁹ – neues Verfassungsrecht, welches alle nachgeordneten Staatsorgane bindet (§ 31 BVerfGG). Das gilt auch für verfassungswidrige Kammer-Entscheidungen.²⁷⁰

III. Allgemeinheitssatz

Grundmerkmal aller Rechtsquellen ist die Allgemeinheit der Normen (vgl. Rn. 113, 121). Für die Gesetzgebung ist dies ausdrücklich in Art. 19 I GG normiert. Der Grundsatz der Allgemeinheit verlangt, daß Rechtsnormen abstrakt-generelle Regelungen enthalten, d. h. Vorschriften, die für eine Vielzahl von Fällen und für eine unbestimmte Zahl von Personen gelten. Das Gegenteil sind konkret-individuelle Einzelfallentscheidungen, die durch Gerichte und Verwaltungsbehörden getroffen werden. Staatsrechtlich problematisch sind daher sog. Einzelfallgesetze.²⁷¹ Die Allgemeinheit der Gesetze gerät durch Güterabwägungen der Gerichte, die auf der Grundlage von Generalklauseln und unbestimmten Rechtsbegriffen vorgenommen werden, in Gefahr (vgl. Rn. 756 ff.).

Das Erfordernis der Allgemeinheit der Rechtsquellen läßt sich durch institutionenökonomische Überlegungen (Rn. 305 ff.) begründen.²⁷² In einer Demokratie wollen Politiker wiedergewählt werden. Sie neigen dazu, bestimmten Gruppen Sondervorteile einzuräumen, wenn sie sich davon bessere Wahlchancen versprechen (Lobbyismus). Die gesellschaftlichen Gruppen, die Sondervorteile von der Politik erstreben, werden versuchen, die genannten Methoden einzusetzen. Diese Art des Lobbyismus wird als Verschwendung von Ressourcen angesehen („rent seeking“). Daher sind rechtliche (institutionelle) Vorkehrungen gegen solche Formen der Privilegierung einzelner Gruppen zu treffen. Die Lösung ist das Gebot der Allgemeinheit

268 Dazu B. Rüthers, Wer herrscht über das Grundgesetz?, FAZ v. 18.11.2013, S. 7; ders., Die heimliche Revolution vom Rechtsstaat zum Richterstaat, 2. Aufl., Tübingen 2016.

269 Vgl. z. B. BVerfG NJW 2013, 2257 ff. mit Sondervotum Landau/Kessal-Wulf (Rn. 116 ff.).

270 Etwa BVerfG NJW 2014, 1874 „Flashmob“.

271 Vgl. BVerfGE 25, 371; BVerfGE 85, 360.

272 S. Voigt, Institutionenökonomik, 2. Aufl., München 2009, Kap. 4.2.

der Rechtsquellen. Je größer die Allgemeinheit rechtlicher Regeln, desto geringer ist die Gefahr des „rent seeking“.

Die von den Rechtsquellen geforderte Allgemeinheit hat darüber hinaus drei weitere wichtige Funktionen: Sie sichert zum einen die Gleichbehandlung. Des weiteren dient sie dem Vertrauensschutz der Bürger, die sich darauf verlassen können, daß gleich gelagerte Fälle zu gleichen Entscheidungen führen. Schließlich stellt die Verallgemeinerungsfähigkeit von Regelungen ein wichtiges Kriterium der Gerechtigkeit dar. Dieser Gedanke, der bereits in der Bibel vorkommt (sog. Goldene Regel),²⁷³ hat seine wohl berühmteste Formulierung in Kants kategorischem Imperativ gefunden:²⁷⁴

„Handle nur nach derjenigen Maxime, durch die du zugleich wollen kannst, daß sie ein allgemeines Gesetz werde.“

Die moderne Philosophie diskutiert dieses Kriterium für Gerechtigkeit unter dem Stichwort „Universalisierung“.²⁷⁵ Dabei geht es um die Frage, wie die Forderung nach einer überparteilichen, alle relevanten Gesichtspunkte und Interessen der Betroffenen berücksichtigende Entscheidung formuliert und begründet werden kann (vgl. Rn. 403).

B. Arten von Rechtsquellen

I. Supra- und internationale Regelungen

220 Im Zuge der Einigung Europas und der weltweiten Internationalisierung von Rechtsmaterien gewinnen supra- und internationale Rechtsquellen immer mehr an Bedeutung. Problematisch ist hierbei die Einordnung des europäischen Unionsrechts in die klassische, am Staatsbegriff orientierte Rechtsquellenlehre.

221 **1. Völkerrecht.** Das Völkerrecht umfaßt zwei Arten von Rechtsquellen: die „allgemeinen Regeln des Völkerrechts“ (z. B. diplomatischer Schutz) und die völkerrechtlichen Verträge (z. B. Staatsverträge).²⁷⁶ Gemäß Art. 38 Abs. 1 lit. c–e des Statuts des Internationalen

273 Negativ formuliert im Buch Tobit 4, 16 und bei Lukas 6, 31, positiv ausgedrückt bei Matthäus 7, 12.

274 Kant, Grundlegung zur Metaphysik der Sitten, S. 421.

275 Dazu F. Ricken, Allgemeine Ethik, 5. Aufl., Stuttgart 2013, S. 138 ff.; R. Wimmer, in: M. Düwell/C. Hübenthal/M. H. Werner, Handbuch Ethik, 3. Aufl., Stuttgart 2011, Stichwort: „Universalisierung“.

276 M. Herdegen, Völkerrecht, 20. Aufl., München 2021, § 14.