

## Rechtstheorie

mit Juristischer Methodenlehre

Bearbeitet von

Von Prof. Dr. Dres. h.c. Bernd Rüthers, vormals Richter am Oberlandesgericht, Prof. Dr. Christian Fischer,  
und Prof. Dr. Axel Birk

10. Auflage 2018. Buch. Rund 650 S. Kartoniert

ISBN 978 3 406 71279 1

Format (B x L): 12,8 x 19,4 cm

[Recht > Rechtswissenschaft, Nachbarbereiche, sonstige Rechtsthemen >  
Methodenlehre, Rechtstheorie](#)

Zu [Inhalts-](#) und [Sachverzeichnis](#)

schnell und portofrei erhältlich bei

The logo for beck-shop.de features the text 'beck-shop.de' in a bold, red, sans-serif font. Above the 'i' in 'shop' are three red dots of increasing size. Below the main text, 'DIE FACHBUCHHANDLUNG' is written in a smaller, red, all-caps, sans-serif font.

**beck-shop.de**  
DIE FACHBUCHHANDLUNG

Die Online-Fachbuchhandlung [beck-shop.de](http://beck-shop.de) ist spezialisiert auf Fachbücher, insbesondere Recht, Steuern und Wirtschaft. Im Sortiment finden Sie alle Medien (Bücher, Zeitschriften, CDs, eBooks, etc.) aller Verlage. Ergänzt wird das Programm durch Services wie Neuerscheinungsdienst oder Zusammenstellungen von Büchern zu Sonderpreisen. Der Shop führt mehr als 8 Millionen Produkte.

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.“<sup>265</sup>

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 Verfassungen, keine Sozial- und, nach einem kurzen Zwischenspiel bis 1952, keine Verwaltungsgerichtsbarkeit. Die Komplexität des Rechts ist also zugleich ein Spiegel des politischen Systems. 215

## 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,

---

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

sein Inhalt. Die Extension verweist auf die realen Gegenstände, die durch den Begriff bezeichnet werden.

- 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.

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“.<sup>266</sup> 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'.“<sup>267</sup>

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

---

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

Kammern legen den maßgeblichen Verfassungsinhalt fest.<sup>268</sup> 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 nachzulesen<sup>269</sup> – neues Verfassungsrecht, welches alle nachgeordneten Staatsorgane bindet (§ 31 BVerfGG). Das gilt auch für verfassungswidrige Kammer-Entscheidungen.<sup>270</sup>

### 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.<sup>271</sup> 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.<sup>272</sup> 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),<sup>273</sup> hat seine wohl berühmteste Formulierung in Kants kategorischem Imperativ gefunden:<sup>274</sup>

„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“.<sup>275</sup> 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).

**Beck-shop.de**  
**B. Arten von Rechtsquellen**  
**DIE FACHBUCHHANDLUNG**

### 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).<sup>276</sup> 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, 16. Aufl., München 2017, § 14.

Gerichtshofes gehören zu ersteren insbesondere die von den Kulturvölkern anerkannten allgemeinen Rechtsgrundsätze (z. B. Prinzipien des Eigentums) sowie richterliche Entscheidungen und die Lehren der anerkannten Völkerrechtler der verschiedenen Nationen. Die „allgemeinen Regeln des Völkerrechts“ werden durch Art. 25 GG in das deutsche Recht transformiert. Sie stehen in ihrem Rang zwischen der Verfassung und formellen Bundesgesetzen. Die völkerrechtlichen Verträge wiederum werden gemäß Art. 59 Abs. 2 GG transformiert und nehmen den Rang des jeweiligen innerstaatlichen Zustimmungsktes ein.<sup>277</sup>

**2. Europarecht.** Das Recht der Europäischen Union läßt sich in primäres und sekundäres Unionsrecht unterteilen. Seit dem Inkrafttreten des Vertrags von Lissabon am 1.12.2009 besteht das Primärrecht aus dem Vertrag über die Europäische Union (EUV) und dem Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union (AEUV). Daneben existiert als Spezialmaterie der Vertrag über die Europäische Atomgemeinschaft (EAGV).<sup>278</sup> Die Verträge bestehen hauptsächlich aus Regelungen über die Organisation der Europäischen Institutionen und Ermächtigungen zum Erlass von Rechtsnormen. Sie enthalten vereinzelt aber auch Vorschriften, die unmittelbar Geltung für die einzelnen Bürger der Gemeinschaft haben. Das gilt etwa für die Wettbewerbsvorschriften der Art. 101, 102 AEUV.

Das sekundäre Unionsrecht ist das von den Unionsorganen auf der Grundlage der genannten Verträge gesetzte Recht. Als Arten sekundären Unionsrechts unterscheidet Art. 288 AEUV Verordnungen, Richtlinien und Beschlüsse.

Welche Art der Rechtssetzung die Gemeinschaft nutzen darf, regelt die jeweilige Kompetenznorm, auf die sich das sekundäre Unionsrecht stützt. Verordnungen gelten unmittelbar in jedem Mitgliedstaat für die Bürger. Richtlinien wenden sich dagegen an die normsetzenden Instanzen der Mitgliedstaaten und müssen von diesen durch Gesetz erst in nationales Recht umgesetzt werden. Dabei lassen sie den nationalen Parlamenten einen mehr oder weniger großen Spielraum. Sie sind lediglich hinsichtlich ihrer Ziele verbindlich. Kommt es zu

277 H. D. Jarass, in: H. D. Jarass/B. Pieroth, Grundgesetz, 14. Aufl., München 2016, Art. 59 Rn. 19.

278 Zum Ganzen R. Streinz/Ch. Ohler/Ch. Herrmann, Der Vertrag von Lissabon zur Reform der EU, 3. Aufl. 2010; M. Herdegen, Europarecht, 19. Aufl., München 2017, § 1 Rn. 2ff., § 4 Rn. 31.



Zweifeln bei der Auslegung der nationalen Umsetzungsgesetze, besteht eine Pflicht zu richtlinienkonformer Auslegung (vgl. Rn. 766 ff.).

Das Rangverhältnis zwischen Europarecht und nationalem Recht und seine Begründung ist seit längerer Zeit in der Diskussion.<sup>279</sup> Der Europäische Gerichtshof hat schon früh das EG-Recht als eigenständige Rechtsordnung mit Vorrang vor nationalem Recht angesehen.<sup>280</sup> Trete zwischen unmittelbar anwendbarem Unionsrecht und nationalem Recht ein Widerspruch auf, komme dem Unionsrecht ein Anwendungsvorrang zu. Das Bundesverfassungsgericht hingegen erkennt den Vorrang nur auf Grund verfassungsrechtlicher Ermächtigung an.<sup>281</sup> Das führt dazu, daß durch Art. 23 Abs. 1 S. 1 und 3, 79 Abs. 3 GG der Union äußerste Grenzen gesetzt werden, bei deren Überschreiten EU-Recht im deutschen Hoheitsgebiet unverbindlich wird. Das würde insbesondere für die Nichtbeachtung der Grundrechte durch Rechtsakte der EU gelten.<sup>282</sup> Dabei handelt es sich eher um eine theoretische Überlegung, hat das Bundesverfassungsgericht doch festgestellt, daß der Grundrechtsschutz der Europäischen Union im wesentlichen den deutschen Standards genügt.<sup>283</sup>

## II. Verfassung

- 223 Die Verfassung, in Deutschland das Grundgesetz, ist die Grundordnung des Staates. Gesetzgebung, vollziehende Gewalt und Rechtsprechung sind an das Verfassungsgesetz als oberste nationale Rechtsnorm gebunden. Im Grundgesetz wird das in den Art. 1 Abs. 3 und Art. 20 Abs. 3 ausdrücklich festgestellt. Die normative Verbindlichkeit des Grundgesetzes gilt nicht nur für die Träger und die Ausübung der öffentlichen Gewalt. In einzelnen Bestimmungen werden Rechte und Pflichten festgelegt, die auch für private Teilnehmer am Rechtsverkehr untereinander unmittelbar gelten (vgl. Art. 9 Abs. 3, 38 Abs. 1 Satz 2, 48 Abs. 3 GG). Darüber hinaus wirken die Grundrechte über unbestimmte Rechtsbegriffe und Generalklauseln vielfältig auf die Rechtsverhältnisse des Privatrechts ein (sog. Drittwirkung

279 M. Herdegen, Europarecht, 19. Aufl., München 2017, § 10 Rn. 19 ff.

280 EuGH Slg. 1963, I (25) „Van Gend & Loos“; EuGH Slg. 1964, 1251 (1269 ff.) „Costa/ENEL“.

281 BVerfGE 37, 271; 73, 339; 75, 223; 89, 155; BVerfG NJW 2009, 2267, 2270 ff.

282 Dazu M. Herdegen, Europarecht, 19. Aufl., München 2017, § 10 Rn. 19 ff.

283 BVerfGE 102, 147; BVerfG NJW 2009, 2267, 2272 ff.