

Lernbücher Jura

Grundlagen der Rechtswissenschaft

Methode, Begriff, System

von
Jun.-Prof. Dr. Olaf Muthorst

1. Auflage

Grundlagen der Rechtswissenschaft – Muthorst

schnell und portofrei erhältlich bei beck-shop.de DIE FACHBUCHHANDLUNG

Thematische Gliederung:

Einführungen in die Rechtswissenschaft, Studium und Examen



Verlag C.H. Beck München 2011

Verlag C.H. Beck im Internet:
www.beck.de

ISBN 978 3 406 61974 8

[Inhaltsverzeichnis: Grundlagen der Rechtswissenschaft – Muthorst](#)

kommt.²⁰³ Es kann deshalb nicht aus Naturbeobachtung logisch geschlossen werden.

Deshalb ist ein Hinweis auf **ständige Rechtsprechung** oder auf **herrschende Lehre** kein valides Argument. Denn was in der Rechtsprechung oder der Lehre vertreten wird, ist nicht deshalb richtig, weil es dort vertreten wird. Schlüssig machen kann man das Argument nur mit der Prämisse, dass man an ständiger Rechtsprechung oder herrschender Lehre festzuhalten hat. Es gibt sogar Fälle, in denen diese Prämisse wahr ist: Wird etwa ein Rechtsanwalt gebeten, die Erfolgchancen eines Rechtsstreits zu prognostizieren, so tut er gut daran, diese Prognose zunächst auf der Grundlage der ständigen Rechtsprechung zu erstellen, und erst danach, also in einem zweiten Schritt, zu untersuchen, welche Ergebnisse sich bei einer Rechtsprechungsänderung ergeben könnten und mit welcher Wahrscheinlichkeit mit einer solchen Rechtsprechungsänderung zu rechnen ist. Für den ersten Schritt ist die Prämisse „an ständiger Rechtsprechung ist festzuhalten“ also wahr.

Genauer gesagt gilt also: Es kann nicht *allein* aus einer Naturbeobachtung geschlossen werden. Aber aus einer Naturbeobachtung in Verbindung mit einer Norm als zweiter Prämisse kann man selbstverständlich auf eine Norm schließen.

Beispiel: Einen Fehlschluss stellt es dar, wenn man aus dem Satz „A hat B versprochen, ihm ein Fahrrad zu kaufen.“ der Satz „A soll B ein Fahrrad kaufen.“ abgeleitet wird.²⁰⁴ Der erste Satz, die Prämisse, beschreibt ein Sein, nämlich einen historischen Vorgang, der sich zu einer bestimmten Zeit an einem bestimmten Ort abgespielt hat. Der zweite Satz, die Schlussfolgerung, hat ein Sollen zum Gegenstand, eine Aussage darüber, wie sich A verhalten soll. Trotzdem ist die Schlussfolgerung zweifelsohne wahr, wenn die Prämisse wahr ist: Wenn A dem B versprochen hat, ihm ein Fahrrad zu kaufen, soll A dem B ein Fahrrad kaufen. Schlüssig wird dieses Argument freilich erst durch eine zusätzliche Prämisse, die so selbstverständlich ist, dass wir es für überflüssig halten, sie auszusprechen: „Was man versprochen hat, soll man einhalten.“ Nimmt man diese Prämisse hinzu, wird nicht mehr *allein* aus der Naturbeobachtung auf ein Sollen geschlossen, sondern aus einer Beobachtung und einer Norm.

b) Verstoß gegen den Satz vom Widerspruch

Ebenfalls ein Fehlschluss liegt vor, wenn gegen den Satz vom Widerspruch **76** verstoßen wird. Das ist der Fall, wenn in einer Argumentation **einander widersprechende Prämissen** gleichrangig nebeneinander stehen, die sich jeweils logisch ausschließen und deshalb nicht beide wahr sein können.

Beispiel: Angenommen A klagt gegen B einen Kaufpreis von 100 € ein. A trägt vor, zwischen ihnen sei ein Kaufvertrag zustande gekommen, wonach B das Fahrrad des A für 100 € gekauft habe. A beschreibt näher die Umstände des Gesprächs, in dem es zu der Vereinbarung gekommen sein soll, und benennt einen Zeugen. B bestreitet, dass ein Kaufvertrag zustande gekommen sei. Er habe sich bei A nur nach dem Preis erkundigt,

²⁰³ Kant, Kritik der reinen Vernunft (1781/1787), S. 498.

²⁰⁴ Vgl. Gärtner, Ist das Sollen ableitbar aus einem Sein?, 2010, S. 357.

aber keinesfalls eingewilligt, das Fahrrad zu diesem – wie er meint: völlig überzogenen – Preis zu kaufen. Auch B benennt einen Zeugen. Der Amtsrichter müsste an sich eine Beweiserhebung vornehmen, und zunächst den Zeugen des A vernehmen. Geht er danach davon aus, dass die Sachverhaltsversion des A zutrifft, müsste er den Zeugen des B vernehmen. Geht er danach immer noch von einem Kaufvertragsschluss aus, müsste er den B zur Zahlung der 100 € verurteilen. Kann er sich nicht davon überzeugen, dass ein Kaufvertrag zustande gekommen ist, müsste er die Klage abweisen, und B müsste nichts bezahlen. Dieser Weg scheint dem Amtsrichter R. aber zu aufwendig. Stattdessen lässt er sich vom Fahrrad des A ein Photo zeigen, er schätzt ab, dass für dieses Fahrrad 50 € ein fairer Preis wäre, und verurteilt B zur Zahlung von 50 €. Dieses Urteil würde auf einem Verstoß gegen den Satz vom Widerspruch beruhen: Es geht einerseits davon aus, dass ein Kaufvertrag zustande gekommen ist (sonst müsste B gar nichts zahlen), andererseits aber davon, dass der von A vorgetragene Kaufvertrag nicht zustande gekommen ist (sonst müsste B 100 € zahlen). Der Kaufvertrag ist also einmal zustande gekommen, zugleich aber nicht zustande gekommen. Das ist ein Widerspruch.

c) Quaternio terminorum

- 77 Um einen Fehlschluss handelt es sich auch dann, wenn in einem Argument **nicht drei, sondern vier Begriffe** verwendet werden (quaternio terminorum, Vierheit der Begriffe). Ein Wort kann in unterschiedlichem Zusammenhang ganz unterschiedliches bedeuten. Das kann dazu führen, dass ein Argument so aussieht, als wiese es drei Begriffe auf, obwohl es in Wahrheit zwar drei Worte, aber vier Begriffe enthält.

Beispiel:²⁰⁵

- (1) Was du nicht vergessen hast, weißt du noch.
- (2) Chinesisch hast du nicht vergessen.
- (3) Also weißt du es noch.

Bei (1) ist vorausgesetzt, dass man das, was man „nicht vergessen hat“, einmal gelernt hatte, so dass es also noch im Gedächtnis verblieben ist. Bei (2) ist diese Voraussetzung für „nicht vergessen“ aufgegeben: Hier bedeutet „nicht vergessen“ etwas, was man nicht Erlernt hatte. „Nicht vergessen“ in (1) und „nicht vergessen“ in (2) bedeuten also ganz unterschiedliches, es stehen vier Begriffe im Schluss. Deshalb liegt ein Fehlschluss vor.

d) Ignoratio elenchi

- 78 Ein Fehlschluss kann auch darin liegen, dass im Verlauf einer Argumentation unaufgedeckt **die Richtung geändert** wird: Anstatt die begonnene Argumentation mit schlüssigen Argumenten fortzusetzen, wird ein Argument eingeführt, dass mit der zu begründenden These nichts zu tun hat und sie nur scheinbar unterstützt. Nach *Aristoteles* handelt es sich dabei um einen misslungenen Versuch (ignoratio), ein Gegenargument zu formulieren (elenchus). Man bezeichnet diesen Fehlschluss daher als ignoratio elenchi.

Beispiel: Der Richter zum Angeklagten: „Es gibt drei Zeugen, die gesehen haben, wie Sie die Uhr genommen haben – wollen Sie den Diebstahl nicht gestehen?“ Eine ig-

²⁰⁵ *Schneider/Schnapp*, Logik für Juristen, 6. Aufl. 2006, S. 200.

noratio elenchi vollführt der Angeklagte, wenn er antwortet: „Ich kann dreihundert Zeugen benennen, die es nicht gesehen haben!“ Dass ein Zeuge es nicht gesehen hat, dass der Angeklagte die Uhr genommen hat, besagt nur dann etwas für die Tatfrage, wenn der Zeuge das Tatgeschehen hätte beobachten müssen, wenn es so stattgefunden hätte, wie es dem Angeklagten vorgeworfen wird. Ob es davon abgesehen Zeugen gibt, die das Tatgeschehen nicht gesehen haben, ist nicht die Tatfrage. Abgesehen davon verletzt dieser Schluss auch noch andere Gesetze der Logik (vgl. *Schneider/Schnapp*, S. 234).

e) *Petitio principii*

Ein ähnlicher Fehlschluss liegt vor, wenn **das Beweisziel zum Beweisgrund genommen wird**: das, was zu beweisen ist, wird der Argumentation bereits als Prämisse zugrunde gelegt, ohne zuvor argumentativ abgesichert worden zu sein (*petitio principii*, die Inanspruchnahme [des zu beweisenden] als Beweisgrund; auch: Zirkelschluss).

Beispiele:

Leicht veranschaulichen lässt sich der Fehlschluss mit folgendem Dialog: „S sagt, Gott habe mit ihm gesprochen.“ „Das glaube ich nicht. S lügt!“ „Das kann nicht sein, Gott würde nie mit jemandem sprechen, der lügt!“²⁰⁶

Ein geradezu klassisches Beispiel aus dem juristischen Kontext ist das Argument der Strafbarkeitslücke. Es sei anhand der Kontroverse um die Strafbarkeit des Schwarzfahrens als Erschleichen von Leistungen gemäß § 265a StGB vorgestellt. Gegen die Strafbarkeit wurde argumentiert, wer ohne besondere Sperren oder ähnliches überwinden zu müssen, in einen Bus oder eine Bahn ohne Fahrausweis einsteige, der „erschleiche“ die Beförderungsleistung nicht, sondern er nehme schlicht die Beförderungsmöglichkeit wahr. Dagegen argumentiert das OLG Stuttgart, der § 265a StGB diene dazu, Strafbarkeitslücken zu schließen, und werde daher weit ausgelegt²⁰⁷, eben so weit, dass auch Schwarzfahren darunter subsumiert werden kann. Unabhängig davon, wie die Streitfrage richtig entschieden ist – dass der Straftatbestand der Lückenfüllung diene, ist gerade kein schlüssiges Argument. Denn eine Strafbarkeitslücke, die § 265a StGB zu schließen hätte, besteht nur dann, wenn Schwarzfahren als Erschleichen von Leistungen strafbar sein soll. Ob Schwarzfahren als Erschleichen von Leistungen strafbar ist, soll aber erst geklärt werden. Das Argument, es sei eine weite Auslegung geboten, setzt also bereits das voraus, was erst zu beweisen ist.

Sehr viel besser versteckt ist die *petitio principii* in folgendem Fall, der seit Jahrhunderten durch die juristische Literatur geht²⁰⁸: *Euathlos* nahm Rhetorikunterricht bei *Protagoras*, um sich auf eine Laufbahn als Gerichtsredner vorzubereiten. Das Unterrichtshonorar sollte fällig sein, wenn *Euathlos* seinen ersten Prozess gewonnen hätte. Nach

²⁰⁶ Hesse, Das kleine Einmaleins des klaren Denkens, 2009, S. 22.

²⁰⁷ OLG Stuttgart, NJW 1990, 924.

²⁰⁸ Überliefert von Diogenes Laertius (3. Jhdt.), der wohl eine ältere Version mit den Namen Corax und Tisias aufgriff, vgl. *Schiappa*, Protagoras and Logos, 2. Aufl., 2003, S. 227; aber auch von Aulus Gellius, *Noctes Atticae* (ca. 170), V, 10; *Leibniz*, De casibus perplexis in jure (1666), Kap. 16, Akademie-Ausgabe Reihe VI, Band 1, S. 241; dazu *Boucher*, Leibniz, What Kind of Legal Rationalism?, in: Dascal (Hrsg.), Leibniz: What Kind of Rationalist?, 2008, S. 231, 242 ff.; *Liermann*, Barocke Jurisprudenz bei Leibniz, Zeitschrift für deutsche Geisteswissenschaft 1939, 348, 354.

Abschluss der Ausbildung übernahm *Euathlos* hingegen keine Prozessmandate, so dass er auch keinen Prozess gewann und folglich das Honorar auch nicht bezahlte. *Protagoras* verklagte *Euathlos* daher auf Zahlung, und argumentierte: *Euathlos* muss in jedem Fall das Honorar bezahlen. Denn entweder *Euathlos* wird verurteilt, dann muss er das Honorar gemäß dem Urteil zahlen, oder meine Klage wird abgewiesen, dann hat *Euathlos* seinen ersten Prozess gewonnen und muss das Honorar nach unserer Verabredung zahlen. *Euathlos* verteidigte sich, indem er die Argumentation umkehrte (eine sogenannte Retorsion, er retorquierte): „Ich muss auf keinen Fall das Honorar zahlen: Entweder muss ich deshalb nicht bezahlen, weil die Klage abgewiesen wird. Oder der Klage wird stattgegeben, dann habe ich meinen ersten Prozess verloren und muss das Honorar deshalb nicht bezahlen.“ Die *petitio principii* kann man darin sehen, dass sowohl *Protagoras* als auch *Euathlos* in ihrer Argumentation einen bestimmten Inhalt der Honorarabrede voraussetzen. *Protagoras* kann aus dem Verlust des Honorarprozesses nämlich nur dann einen Anspruch auf das Honorar ableiten, wenn es sich bei dem Honorarprozess überhaupt um einen „Prozess“ im Sinne der Honorarabrede handelt. Für *Euathlos* Verteidigung gilt dasselbe: Der Prozessverlust befreit *Euathlos* nur dann von der Zahlungspflicht, wenn es sich bei dem Honorarprozess überhaupt um einen „Prozess“ im Sinne der Honorarabrede handelt. Es gibt aber gute Gründe, anzunehmen, dass die Parteien die Zahlung des Honorars nicht davon abhängig machen wollten, ob *Euathlos* einen Prozess um das Honorar gewinnt (dann keine Zahlungspflicht) oder verliert (dann Zahlungspflicht): Abgesehen davon, dass diese Regelung nicht widerspruchsfrei angewendet werden könnte, kann man eine Besonderheit des Honorarprozesses in Rechnung stellen, die ihn von jedem anderen Prozess, den *Euathlos* gewinnt, unterscheidet: Bei jedem anderen gewonnenen Prozess konnte *Euathlos* nämlich seinerseits ein Honorar erhoffen, aus dem er *Protagoras* würde entlohnen können. Wie der Prozess um das Honorar zu entscheiden ist, wäre damit aber noch nicht gesagt. Hier dürfte jedoch die Überlegung weiterhelfen, dass sich *Euathlos* nicht auf das Ausbleiben eines Prozessgewinns berufen kann, wenn er gar keine Prozessmandate übernimmt (vgl. § 162 Abs. 1 BGB). Man kann eine *petitio principii* aber auch darin sehen, dass beide für die Entscheidung über die Honorarklage bereits die Entscheidung über die Honorarklage voraussetzen: *Protagoras* leitet den Anspruch auf das Honorar aus dem Prozessgewinn des *Euathlos* ab, weil die Honorarklage abgewiesen worden ist, so dass über die Honorarklage also im Sinne des *Protagoras* zu entscheiden sei. Umgekehrt begründet *Euathlos* seinen Antrag, die Honorarklage abzuweisen, damit, dass er, werde die Klage abgewiesen, nicht zahlen müsse. Will man diesen Gedanken aufgreifen, könnte man zunächst die Honorarklage als „zur Zeit unbegründet“ abweisen. Denn da *Euathlos* noch keinen Prozess gewonnen hat, ist das Honorar *noch* nicht fällig. Damit hätte *Euathlos* seinen ersten Prozess gewonnen (das freilich kann man auch bestreiten: schließlich ist es ein zweifelhafter Sieg, eine Klagabweisung als (nur) „zur Zeit unbegründet“ zu erreichen). Das könnte *Protagoras* in einer neuen, anschließenden Honorarklage vortragen, da die Honorarklage zunächst nur als „zur Zeit unbegründet“ abgewiesen worden ist, nicht endgültig: *Euathlos* habe seinen ersten Prozess gewonnen, so dass das Honorar jetzt fällig sei.

- 80 Eine *petitio principii* kann sich auch hinter Argumentationen verbergen, die auf **unbestimmte Abstrakta** wie „Rechtsidee“, „Gerechtigkeit“, „rechtsethische Prinzipien“, „Natur der Sache“, das „Wesen“ oder den „Begriff“ eines Gegenstandes oder eines Instituts oder seine „Funktion“ verweisen. Solche Begriffe haben für sich genommen keinen klar konturierten Inhalt. Sie sind daher mit dem Inhalt desjenigen gefüllt, der sie verwendet.

Man bezeichnet sie deshalb als **Kryptoargumente**: Hinter ihnen verbergen sich andere Argumente.²⁰⁹

Das bedeutet nicht, dass man derartige Begriffe nicht verwenden dürfte. Sie bringen Prämissen auf den Punkt und können damit Kristallisationskerne der Argumentation sein. Sie entlasten aber nicht von der Aufgabe, die Wahrheit der Prämisse argumentativ abzusichern. Wer die formulierte Wertung nicht teilt, wird sich von dem bloßen Begriff nicht überzeugen lassen, sondern behaupten, dass er unpassend verwendet wurde und anders zu verstehen sei.

6. Zusammenfassung

Auslegungskriterien entscheiden nicht die Auslegung. Die Entscheidung **81** muss durch eine **abwägende Argumentation** begründet werden, die sich gegen konkurrierende Argumentationen behaupten kann (juristische Rhetorik). Eine Argumentation ist eine stimmige Abfolge von Argumenten, die sich gegenseitig stützen oder ergänzen. Die zwei zentralen Fragen an ein Argument lauten, ob seine Prämissen wahr sind und ob es schlüssig ist. Unter den **Standardargumenten** in juristischen Argumentationen sind Analogieargumente hervorzuheben, die auf der Strukturgleichheit von Sachverhalten beruhen. Ihnen sind Schlüsse auf die beste Erklärung verwandt, aber auch Erst-recht-Schlüsse (vom Kleineren auf das Größere oder vom Größeren auf das Kleinere) und deren Gegenstück, die Umkehrschlüsse. Zu erwähnen sind ferner Folgenargumente und ihr Spezialfall, die dialektischen Argumente. Jeweils muss man fragen, was mit einem derart strukturierten Argument vorausgesetzt ist. Auf Widersprüche, die in Argumentationen auftreten, kann man mit Präzisierung, Relativierung oder Reformulierung der jeweiligen Aussage reagieren. Unter den **Fehlschlüssen**, die sich in juristischen Argumentationen finden, sind der naturalistische Fehlschluss (aus einem Sein wird ein Sollen gefolgert), der Verstoß gegen den Satz vom Widerspruch, die *quaternio terminorum* (ein Begriff wird in der Schlussfolgerung mit wechselnden Bedeutungen verwendet), die *ignoratio elenchi* (Verfehlen des Streitpunktes) sowie die *petitio principii* (eine Prämisse wird zugrunde gelegt, die nicht argumentativ abgesichert ist) hervorzuheben.

²⁰⁹ Röhl/Röhl, Allgemeine Rechtslehre, 3. Aufl. 2008, S. 73 ff.; Scheuerle, Das Wesen des Wesens, AcP 163 (1964), 429 ff.

§ 8. Rechtsfortbildung

Literatur: Baldus, Gesetzesbindung, Auslegung und Analogie: Römische Grundlagen und Bedeutung des 19. Jahrhunderts, in: Riesenhuber (Hrsg.), Europäische Methodenlehre, 2. Aufl. 2010, § 3; Brodführer, Bewusste Lücken im Gesetz und der Verweis auf „Wissenschaft und Praxis“, 2010; Canaris, Die Feststellung von Lücken im Gesetz, 2. Aufl. 1983; Engisch, Einführung in das juristische Denken, 11. Aufl. 2010, S. 235 ff.; Fleischer/Wedemann, Kodifikation und Derogation von Richterrecht, AcP 209 (2009), 597 ff.; Horn, Einführung in die Rechtswissenschaft und Rechtsphilosophie, 4. Aufl. 2007, Rn. 184 ff.; Kohler-Gehrig, Einführung in das Recht, 2010, S. 79 ff.; Kramer, Juristische Methodenlehre, 3. Aufl. 2010, S. 155 ff., 207 ff.; Larenz, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 6. Aufl. 1991, S. 366 ff.; Lembke, Einheit aus Erkenntnis?, 2009, S. 250 ff.; Meier, Der Denkweg der Juristen, 2000, S. 113 ff.; Paulowski, Methodenlehre für Juristen, 3. Aufl. 1999, Rn. 453 ff.; Puppe, Kleine Schule des juristischen Denkens, 2008, S. 95 ff.; Röhl/Röhl, Allgemeine Rechtslehre, 3. Aufl. 2008, S. 633 ff.; Rüthers/Fischer, Rechtstheorie, 5. Aufl. 2010, Rn. 822 ff.; Tettinger/Mann, Einführung in die juristische Arbeitstechnik, 4. Aufl. 2009, Rn. 256 ff.; Vogel, Juristische Methodik, 1998, S. 133 ff.; Wank, Die Auslegung von Gesetzen, 4. Aufl. 2008; Wank, Grenzen richterlicher Rechtsfortbildung, 1978; Würdinger/Bergmeister, Analogie und Umkehrschluss, Jura 2007, 15 ff.; Zippelius, Juristische Methodenlehre, 10. Aufl. 2006, S. 64 ff.

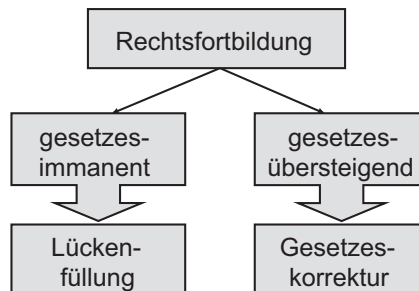
I. Hintergrund

1. Ziel und Gegenstand der Rechtsfortbildung

- 1 Jede Anwendung des Rechts auf einen Sachverhalt hat Auswirkungen auf die künftige Anwendung des Rechts. Wie auch immer man einen Sachverhalt rechtlich bewertet – die rechtliche Bewertung des Sachverhalts ist niemals nur ein Urteil über den Sachverhalt, sondern beruht stets auf Aussagen darüber, wie die einschlägigen Rechtsnormen zu verstehen sind. Zugleich nimmt die Anwendung des Rechts auf einen Sachverhalt intersubjektive Verbindlichkeit in Anspruch: Sie nimmt in Anspruch, für jeden (auch für jeden künftigen) Sachverhalt richtig zu sein, wenn er dem entschiedenen Sachverhalt in den rechtlich relevanten Punkten entspricht. Jede rechtliche Bewertung eines Sachverhalts produziert deshalb zugleich eine Rechtsnorm des Inhalts „ein Sachverhalt, der diese und jene Merkmale aufweist, soll in dieser oder jenem Sinne beurteilt werden.“ Die frühere Anwendung des Rechts auf einen Sachverhalt steht in der Folgezeit als historische Tatsache im Raum (**Präjudiz**). Ob man an sie eine Tradition anschließen oder sich von ihr kritisch absetzen will – so oder so muss man sich ihr stellen, man muss sich zu ihr verhalten. In diesem Sinne ist jede Anwendung des Rechts auf einen Sachverhalt eine Fortbildung des Rechts.

Fortgebildet wird das Recht aber nicht nur durch die Anwendung auf 2 einen Sachverhalt, sondern auch dadurch, dass sich Lebenswirklichkeit, Wertvorstellungen und politische Ziele ändern und der Gesetzgeber daher in ständiger Folge **neues Recht** setzt durch Reformgesetze und Gesetzesnovellen.

Den Begriff der **Rechtsfortbildung** versteht man jedoch im Allgemei- 3 nen deutlich enger. Von Rechtsfortbildung spricht man, wenn Gerichte bei der Anwendung des Rechts auf einen Sachverhalt lückenhafte gesetzliche Regelungen ergänzen (sog. gesetzesimmanente Rechtsfortbildung) oder die gesetzliche Regelung korrigieren (sog. gesetzesübersteigende Rechtsfortbildung). Ziel der Rechtsfortbildung ist also die Lückenfüllung oder die Korrektur. In einem Rechtsstaat wird die letzte Entscheidung über die Anwendung des Rechts auf einen Sachverhalt von Richtern getroffen. Deshalb ist Rechtsfortbildung im letzten Moment immer richterliche Rechtsfortbildung und wird daher auch oft als eine solche bezeichnet.



Fragen der Lückenfüllung oder der Korrektur stellen sich indessen nicht 4 nur bei gesetzlichen Regelungen, sondern **bei allen Rechtsnormen**. Rechtsfortbildung ist unabhängig von der Rechtsnatur der Regelung. Insbesondere ist auch die Ergänzung lückenhafter Verträge (ergänzende Vertragsauslegung) letztlich ein Problem der Rechtsfortbildung, also entgegen ihrer Bezeichnung kein Auslegungsproblem. Für die Rechtsfortbildung gilt aber ebenso wie für die Auslegung, dass der Fokus der Juristischen Methodenlehre auf der Rechtsfortbildung bei Gesetzen liegt. Die ergänzende Vertragsauslegung hingegen wird weitgehend der Zivilrechtsdogmatik überlassen.

2. Rechtsfortbildung und Auslegung

Lückenfüllung und Korrektur sind Arten, mit Vorhandenem umzugehen. 5 Sie setzen daher voraus, dass man sich mit dem vertraut gemacht hat, was man vorfindet. **Auslegung ist daher Voraussetzung** der Rechtsfortbildung: Rechtsfortbildung von Gesetzen setzt die Auslegung von Gesetzen voraus, ergänzende Vertragsauslegung die Auslegung des Vertrages. In diesem Sinne setzt Rechtsfortbildung das fort, was mit der Auslegung begann. Dieser Ein-

druck wird verstärkt dadurch, dass das Ergebnis der Rechtsfortbildung ebenso wie das der Auslegung durch juristische Argumentation einsichtig gemacht werden muss: durch eine stimmige Abfolge von Argumenten, die zu einem ausgewogenen Ergebnis führt. Gleichwohl ist Rechtsfortbildung etwas ganz anderes als Auslegung. Bei der Auslegung hat die schöpferische Leistung das Ziel, den Sinn einer Regelung zu verstehen, die ein anderer erlassen hat und die der Interpret vorfindet. Auslegung bedeutet produktiven Nachvollzug. Bei der Rechtsfortbildung besteht die schöpferische Leistung darin, selbst eine neue Regelung zu setzen. Rechtsfortbildung bedeutet produktives Weiter- und Zuendedenken. Das ist etwas ganz anderes als Nachvollzug. Rechtsfortbildung ist also zwar die Fortsetzung der Auslegung, insofern sie vollendet, was mit der Auslegung begann, aber sie ist eine Fortsetzung mit ganz anderen Mitteln.

Demgegenüber wird dieser prinzipielle Unterschied in den Hintergrund gerückt, wenn man die Rechtsfortbildung deshalb als Fortsetzung der Auslegung begreift, weil schon die Auslegung ein schöpferischer Akt sei, nur nehme in der Rechtsfortbildung der kreative Anteil zu.²¹⁰ In der französischen Rechtstradition und dem folgend durch den Europäischen Gerichtshof etwa wird zwischen Auslegung und Rechtsfortbildung begrifflich nicht unterschieden, sondern nur pauschal der Begriff „interprétation“ verwendet.²¹¹ Auch im Detail wird die Grenze zwischen Auslegung und Rechtsfortbildung verwischt, etwa wenn teleologische Reduktion und Extension als Fälle teleologischer Auslegung angesehen werden.²¹²

II. Die Lückenfüllung bei Gesetzen

1. Ursachen und Erscheinungsformen von Lücken

a) Ursachen

- 6 Kernbereich der Rechtsfortbildung ist die Ergänzung lückenhafter Gesetze. Gesetze sind stets unvollständig, d.h. sie regeln nicht alle Rechtsfragen, die sich in der Lebenswirklichkeit stellen. Dafür gibt es mehrere Gründe: Niemand, auch der Gesetzgeber nicht, ist in der Lage, jede sich stellende Rechtsfrage gedanklich vorwegzunehmen und zu beantworten. Eine Gesellschaft, die sich mit großer Geschwindigkeit ändert, wirft zudem **ständig neue Rechtsfragen** auf, die der Gesetzgeber nicht vorhersehen konnte. Für einen Teil dieser Fragen gibt es trotzdem eine gesetzliche Regelung, d.h. der Gesetzgeber hat diese Fragen beiläufig mit entschieden, als er das Gesetz for-

²¹⁰ Larenz, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 6. Aufl. 1991, S. 367. Kritisch Rüthers/Fischer, Rechtstheorie, 5. Aufl. 2010, Rn. 831.

²¹¹ Höpfner/Rüthers, Grundlagen einer europäischen Methodenlehre, AcP 209 (2009), 1, 5.

²¹² So etwa Bitter/Rauhut, Grundzüge zivilrechtlicher Methodik, JuS 2009, 289, 294 f.