

Juristische Methodik

mit Technik der Fallbearbeitung

Bearbeitet von
Prof. Dr. Peter Schwacke

5., überarbeitete Auflage 2011 2011. Taschenbuch. XIII, 210 S. Paperback

ISBN 978 3 555 01536 1

Format (B x L): 15,5 x 23,2 cm

Gewicht: 340 g

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

Zu [Inhaltsverzeichnis](#)

schnell und portofrei erhältlich bei


DIE FACHBUCHHANDLUNG

Die Online-Fachbuchhandlung 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.

Erster Abschnitt: Methodik der Rechtsgewinnung

1 Gegenstand und Ziel

Menschliches Zusammenleben, zumal in einem staatlich geordneten Gemeinwesen, bedarf zu seiner Stabilität der Gestaltung, Ordnung und Steuerung. Diese Aufgaben hat und erfüllt vor allem das Recht. Durch ein allgemein verbindliches Regelnetz bestimmt es, wie sich Menschen in konkreten Lebenssituationen verhalten oder nicht verhalten sollen und wie zu entscheiden ist, wenn solche Verhaltensregeln nicht befolgt werden. Die in einer Rechtsordnung festgelegten Anweisungen dienen der Vermeidung und Beendigung von (Interessen-)Konflikten. Rechtsanwendung ist also letztlich die Entscheidung von Konfliktsituationen nach den Maßstäben der bestehenden Rechtsordnung.

Was geschieht in einem rechtlich zu bewertenden oder zu lösenden Konfliktfall? Der Beteiligte sucht in der Rechtsordnung eine Rechtsvorschrift, aus der eine Konfliktentscheidung in seinem Sinne folgt. Es geht ihm um die Frage, ob in der Rechtsordnung eine Regel vorhanden ist, die – als Rechtsfolge – die Erfüllung seines konkreten rechtlichen Verlangens vorsieht, etwa die Verpflichtung des Konfliktgegners zu einem Tun oder Unterlassen, zur Leistung von Schadenersatz oder zur Rücknahme einer behördlichen Maßnahme. Im Mittelpunkt jeder Konfliktlösung steht nach allem die **Feststellung einer Rechtsfolge**.

Beispiel:

A bringt durch unachtsames Öffnen seiner Wagentür B zu Fall, der sich dadurch den Arm bricht. B verlangt von A Erstattung der ihm entstandenen Arztkosten. B hat ein Recht auf Kostenerstattung, wenn es in der Rechtsordnung eine Vorschrift gibt, die eine Person, die eine andere Person verletzt, zum Ersatz des Schadens verpflichtet. Es müsste sich also aus einer Rechtsregel die angestrebte Rechtsfolge „Schadenersatz“ ergeben. Eine solche Rechtsfolge enthält z. B. § 823 Abs. 1 BGB: „Wer ... den Körper ... eines anderen ... verletzt, ist dem anderen zum Ersatz des daraus entstandenen Schadens verpflichtet.“

Um diese Feststellung treffen zu können, ist es notwendig, die Tatsachen, welche die Konfliktlage konkret bestimmen, zu ermitteln und sodann zu prüfen, ob sich die betreffende Rechtsregel auf diesen Sachverhalt bezieht. Die Entscheidung kann also erst in der Erkenntnis gegebener Tatsachen und bestehender Rechtssätze (Verhaltens- und Entscheidungsanweisungen) gefällt werden.

Beispiel:

Im Wagentür-Fall lassen sich als Tatsachen erkennen: Armbruch, also eine Körperverletzung des B, als Folge des Sturzes durch das unachtsame Öffnen der Wagentür durch A. Diese Tatsachen werden z. B. vom Rechtssatz des § 823 Abs. 1 BGB („Wer vorsätzlich oder fahrlässig ... den Körper ... eines anderen ... verletzt, ...“) erfasst, der mit diesen Tatsachen als Rechtsfolge die Verpflichtung zur Leistung von Schadenersatz verbindet.

Wie schwierig die Anwendung, also Konkretisierung von Recht im Einzelfall sein kann, ergibt sich schon aus dem Umstand, dass die Rechtsordnung, um überschaubar zu bleiben, mehr oder minder abstrakt ausgestaltet, also allgemein formuliert ist, damit die denkbare Tatsachenflut des Lebens bzw. der Lebens-

konflikte überhaupt erfasst wird. Das führt zum Problem der Auslegung. Tatsachen, vor allem aber Rechtsnormen (Rechtssätze) sind unterschiedlich klar. Daher bildet sich ein Entscheidungsspektrum, innerhalb dessen man von einer präzisen, auf einer eindeutigen Vorschrift fußenden Entscheidung bis zu den Fällen hinübergleitet, in denen gesetzgeberische Anweisungen vollständig fehlen, in denen das Recht also lückenhaft ist.

Beispiel:

Im Wagentür-Fall (S. 1) ist die Entscheidungsanweisung des § 823 Abs. 1 BGB (Verpflichtung zu Schadenersatz) klar. Auch hinsichtlich der Tatsache der unmittelbaren Körperverletzungshandlung und des Schädigers A gibt es keine Auslegungszweifel. Diese Klarheit ist aber schon nicht mehr gegeben, wenn etwa die Ehefrau des B wegen der Verletzung ihres Mannes einen derartigen Schock erleidet, dass sie ebenfalls ärztlich behandelt werden muss. Ob der Schädiger A diese Arztkosten erstatten, also auch für einen mittelbar angerichteten Schaden aufkommen muss, ergibt sich nicht eindeutig aus § 823 Abs. 1 BGB.

Den sehr komplexen Rechtsanwendungsvorgang zutreffend abzubilden und zur Rechtsfindung derart anzuleiten, dass vor allem Berechenbarkeit, Kontrollierbarkeit und Akzeptanz der Rechtsentscheidung weitestgehend verbürgt sind, ist Sinn und Aufgabe der juristischen Methodik. Sie entwickelt die zur Rationalität der Rechtspraxis erforderlichen Maßstäbe.

Diese Maßstäbe anzuerkennen und zu beachten, ist primär denen aufgegeben, die von Amts wegen und im Rahmen der Rechtsordnung einen ihnen zur Entscheidung anvertrauten Konfliktfall zu lösen haben, also Gerichten und Behörden.

Mit den nachfolgenden Ausführungen soll also gezeigt werden, wie die zur Bewältigung rechtlicher Konfliktlagen bestehenden Anweisungen in der Rechtsordnung aufzufinden und zu handhaben sind. Beabsichtigt ist, zur Ermittlung dessen anzuleiten, was rechtens ist, was also **aus dem geltenden Recht folgt**.

2 Recht – Rechtsordnung – Rechtssatz

2.1 Recht und Rechtsordnung

Recht ist die auf Gerechtigkeit zielende, verbindliche Ordnung äußeren menschlichen Zusammenlebens. Die angestrebte **Ordnung** wird ermöglicht und ausgedrückt in Rechtssätzen, die in ihrer Summe und ihrem Zusammenhang die **Rechtsordnung** bilden. In ihr erscheint und wirkt das Recht.

Recht ist Wesenselement einer jeden Gemeinschaft. Diese ordnet ihr Recht in einer Weise, dass ihre maßgeblichen (rechts-)politischen Ziele und Zwecke und damit ihre Grundüberzeugungen und Wertvorstellungen bestmöglich und dauerhaft verwirklicht, dass also spezifische ideelle und materielle Güter, Werte und Interessen festgelegt und geschützt werden. Hinter der Rechtsordnung einer Gesellschaft steht mithin deren **Wertordnung** (s. dazu z. B. Art. 1 bis 20 GG). Drückten sich in einer rechtlich bestimmten Staats- und Gesellschaftsordnung Rechtsempfindung und Rechtsüberzeugung zumindest der Masse der Bürger nicht aus, hätte eine solche Ordnung als Gestaltungs-, Orientierungs-, Steuerungs- und Kontrollmaßstab im tieferen keine Bedeutung. Freiwillig würden die Menschen ihr Verhalten auf sie nicht ausrichten. Die Rechtsordnung bedarf insofern, um tatsächlich als Recht zu wirken, der Akzeptanz, also der Anerkennung durch die Gemeinschaft (acceptio necessitatis).

Aufoktroiertes Recht (wie es z. B. Besatzungsrecht sein kann) ist insofern problematisch, da es in der Regel die Masse der Gemeinschaft nicht überzeugt, also zwar auf die Gemeinschaft bezogen, nicht aber vom Gemeinschaftswillen getragen ist. Eine solche Rechtsordnung dient nicht wirklich der Vermeidung und Bewältigung von Lebenskonflikten, sie erzeugt eher, solange die Machträger ihre Einhaltung erzwingen, quasi Konfliktsituationen. Auf die Dauer lässt sich der Ungehorsam einer Gemeinschaft gegen aufgezwungenes Recht nicht wirksam unterdrücken.

2.1.1 Elemente der Rechtsordnung

Die wesentlichen Elemente der Rechtsordnung sind die Rechtssätze, deren Allgemeingültigkeit sowie Verbindlichkeit, ferner Ordnung und Gerechtigkeit. Sie sind im Einzelnen zu verdeutlichen.

(1) Grundgerüst einer Rechtsordnung ist ein Netzwerk von Rechtsregeln, und zwar von sprachlich gefassten Sätzen mit rechtlichem Inhalt, den **Rechtssätzen**. Sie sind prinzipiell von denen, an die sie sich richten, auch zu befolgen.

Rechtssatz, Rechtsvorschrift, Rechtsnorm, Gesetzesbestimmung bzw. -vorschrift und (gesetzliche) Norm werden in dieser Darstellung gleichsinnig verwendet. Tatsächlich ist man sich über die exakte Abgrenzung dieser Termini nicht einig. Zur Unterscheidung der Begriffe Rechtsnorm und Rechtssatz s. Rüthers, Rn. 92. Vgl. zum Ganzen auch Engisch, S. 62 Fn. 25.

Rechtssätze sind **Gebote**, die sich ausschließlich an Menschen richten, weil nur sie ihr Verhalten (Tun, Dulden oder Unterlassen) steuern können. Auf dieses Verhalten sind Gebote stets bezogen. Der Begriff des Gebots schließt den des Verbots ein; denn ein Verbot ist nur das Gebot, etwas zu unterlassen. „Gebot“ ist daher der Oberbegriff.

Beispiele:

§ 823 Abs. 1 BGB gebietet demjenigen die Leistung von Schadenersatz, der „vorsätzlich oder fahrlässig das Leben, den Körper ... eines anderen ... verletzt.“

Erster Abschnitt: Methodik der Rechtsgewinnung

§ 1 Abs. 1 S. 1 u. 2 PersAuswG gebietet (unter bestimmten Voraussetzungen), „einen Personalausweis zu besitzen, ...“ und „ihn auf Verlangen einer zur Feststellung der Identität berechtigten Behörde vorzulegen.“

§ 1 Abs. 2 StVO: „Jeder Verkehrsteilnehmer hat sich so zu verhalten, dass kein anderer geschädigt, gefährdet oder mehr, als nach den Umständen unvermeidbar, behindert oder belästigt wird.“

Ob Rechtssätze stets Gebote (Befehls- oder Imperativsätze) sind, so die These der Imperativentheorie, ist umstritten. Teilweise wird zwischen Geboten und Bestimmungssätzen (Gewährungen) unterschieden, also angenommen, dass Rechtssätze entweder Gebote oder Gewährungen sind (so Ennecerus/Nipperdey, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 15. Aufl. 1959, Bd. I 1, §§ 30, 72). Eine Gewährung sei – wie Rechte allgemein – z. B. das Eigentum. Dieser Auffassung folgt der Verfasser nicht. Er sieht auch in Rechten Gebote, und zwar solche der Nichteinmischung. Deshalb ist eine Bestimmung wie die des § 903 BGB (S. 1: „Der Eigentümer einer Sache kann, soweit nicht das Gesetz oder Rechte Dritter entgegenstehen, mit der Sache nach Belieben verfahren und andere von jeder Einwirkung ausschließen.“) ein Gebot. Vgl. dazu Engisch, S. 25 f.

Zur Imperativentheorie im Einzelnen s. Rüthers, Rn. 148 ff.

Nicht in allen Rechtssätzen werden Verhaltensweisen ausdrücklich vorgeschrieben. Auch derartige Gesetzesvorschriften dienen aber letztlich der Verhaltensregelung.

Beispiele:

„Sachen im Sinne des Gesetzes sind nur körperliche Gegenstände“ (§ 90 BGB).

„Der Besitz einer Sache wird durch die Erlangung der tatsächlichen Gewalt über die Sache erworben“ (§ 854 Abs. 1 BGB).

„Verkehrszeichen sind Gefahrzeichen, Vorschriftzeichen und Richtzeichen“ (§ 39 Abs. 2 S. 2 StVO).

Rechtssätze richten sich nicht nur **an Bürger**, sondern auch an den **Staat**. So gebietet Art. 19 Abs. 4 GG dem Staat, Einrichtungen des justizförmigen Rechtsschutzes zu schaffen, an die der Bürger sich wenden kann, wenn er sich durch Akte der öffentlichen Gewalt in seinen Rechten verletzt fühlt. Er verbietet, die Gerichte wieder abzuschaffen.

Normadressaten von Rechtssätzen können überdies sowohl Bürger wie Staat sein. Für Bürger ist § 17 i. V. m. § 1 SGB XII (Gewährung von Sozialhilfe, wenn Bürger ihren „notwendigen Lebensunterhalt nicht oder nicht ausreichend aus eigenen Kräften und Mitteln, ... , beschaffen können“) eine Regel, die (unter bestimmten Voraussetzungen) finanzielle Unterstützung verspricht. Für die Behörden bzw. Gerichte ist der Rechtssatz ein Gebot, in bestimmten Fällen Sozialhilfe zu gewähren.

(2) Rechtssätze müssen **allgemeingültig** sein, haben also Maßstabsfunktion. Anhand ihrer Regelungen soll eine unbestimmte Vielzahl von Lebenssituationen in gleicher Weise gestaltet bzw. gelöst werden können. Inhalt und Sinn einer Vorschrift müssen für alle Adressaten gleich sein, dürfen also nicht Individuen bzw. Gruppen bevorzugen. Allgemeingültigkeit setzt deshalb voraus, dass ein Rechtssatz unbestimmt viele Sachverhalte regelt (**abstrakt**) und sich dabei an unbestimmt viele Adressaten richtet (**generell**).

Das gilt nur grundsätzlich, denn es gibt Maßnahmegesetze, die nur einen konkret-individuellen Einzelfall regeln, manchmal sogar nur einzelne Personen betreffen. Zur Problematik von Einzelfallgesetzen s. BVerfGE 25, 371 ff.

Einzelfallregelungen wie Verwaltungsakte, Verträge, ebenso meistens (s. S. 13) Gerichtsurteile sind keine Rechtsnormen. Sie legen zwar auch Verhaltensweisen fest, haben aber keine Maßstabsfunktion für die Allgemeinheit. Das gilt in

besonderem Maße für privatrechtliche Verträge (z. B. Kauf- oder Mietverträge), durch die Vertragspartner individuell ihrer Interessenlage dienen wollen und die auch nur für sie verbindlich sind.

Allgemeingültig sind prinzipiell auch Rechtssätze, in denen die denkbaren (Konflikt-)Fälle, die die Normen erfassen sollen, aufgezählt sind (Fallrecht oder kasuistische Normierung).

Nicht zu verwechseln ist kasuistisches Recht mit Normen, die Leitbeispiele enthalten. Beispielhaft ist hier § 98 BGB zu nennen:

„Dem wirtschaftlichen Zweck der Hauptsache sind zu dienen bestimmt:

1. bei einem Gebäude, das für einen gewerblichen Betrieb dauernd eingerichtet ist, insbesondere bei einer Mühle, einer Schmiede, einem Brauhaus, einer Fabrik, die zu dem Betrieb bestimmten Maschinen und sonstigen Gerätschaften,
2. bei einem Landgut ...“

Für den rechtsunkundigen oder -ungewohnten Adressaten können solche Regelungen wegen ihrer größeren Anschaulichkeit zwar verständlicher erscheinen. Verfäht man regelungstechnisch in dieser Weise, ist ein Gesetz aber unübersichtlicher (s. dazu z. B. §§ 312 ff. BGB, die der Umsetzung von EU-Richtlinien geschuldet ist; vgl. zum Ganzen auch S. 46). Abstrakte Ausgestaltungen des Rechts haben zudem den Vorteil, dass sie offen, ihrer Entstehungszeit also nicht so verhaftet sind und damit Veränderungen in Staat und Gesellschaft von vornherein mitberücksichtigen können. Das abstrahierende, also typisierende Rechtssystem, für das sich neben dem deutschen fast alle kontinentaleuropäischen Gesetzgeber entschieden haben, dürfte auch dem Gleichheitsgebot (Art. 3 Abs. 1 GG) eher genügen, also gerechter sein.

(3) Eine Rechtsordnung sollte ihre Wirksamkeit zwar in einer Weise entfalten, dass sie tatsächlich beachtet wird. Sie unterscheidet sich aber von anderen sozialen Ordnungen dadurch, dass die Gebote ihrer allgemeingültigen Rechtssätze **verbindlich** sind.

Verbindlichkeit bedeutet, dass die Einhaltung der Vorschriften **erzwingbar** ist. Für den Fall der Nichtbefolgung eines Gebots ist ein Übel (z. B. die Zahlung einer Geldstrafe oder von Schadensersatz) angedroht. Von daher lassen sich die Gebote als Verhaltenserwartungen auffassen, die mit grundsätzlich durchsetzbaren **Sanktionsdrohungen** (Vollstreckung, Strafe, Buße) gesichert sind, wobei es Sache **des Staates** ist, dies in den – ebenfalls in der Rechtsordnung geregelten – Durchsetzungsverfahren zu tun.

Nur ausnahmsweise gewährt die Rechtsordnung Bürgern ein Selbsthilferecht, also die Durchsetzung von Rechten selbst in die Hand zu nehmen (etwa in Notwehrsituationen, § 227 BGB, § 32 StGB, oder im Fall der Erwehung gegen verbotene Eigenmacht, § 859 BGB).

Zwangscharakter des Rechts heißt nach heute herrschender Meinung nur eine „Tendenz zum Zwang“ (Fikentscher, S. 646), weil nicht immer wirksamer Zwang zur Durchsetzung von Geboten vorhanden ist (z. B. im Völkerrecht).

Mit Verbindlichkeit von Rechtssätzen ist deren **Geltung** angesprochen. Zum einen geht es dabei um die Frage der Gültigkeit und Wirksamkeit von Normen (normative Geltung, S. 13). Erst wenn eine Norm rechtswirksam außer Kraft gesetzt ist, gilt sie **normativ** nicht mehr. Dieser Sinn ist in der Regel auch gemeint, wenn in dieser Darstellung der Begriff der Geltung verwendet wird.

Dass ein Rechtssatz „gilt“, bedeutet andererseits, dass er auch tatsächlich allgemeingültiger Verhaltens- und Entscheidungsmaßstab ist, dass Normen mithin wirklich beachtet werden. Das wiederum heißt: die Menschen richten ihr Verhalten tatsächlich nach ihnen und die Rechtsanwender (Gerichte, Behörden) ziehen sie zur Konfliktlösung tatsächlich heran und handhaben sie methodisch korrekt (s. dazu Art. 20 Abs. 3, 97 Abs. 1 GG; vgl. zum Ganzen BVerfGE 87, 209, 224). Von der normativen (juristischen) ist also die **faktische** (tatsächliche) Rechtsgeltung zu unterscheiden, d. h. die Beachtetheit (Effizienz) von Normen.

Unerlässlich ist zudem, dass Gesetze die Rechtsgemeinschaft **überzeugen**, von ihr also inhaltlich akzeptiert werden (S. 3). Gegen die entschiedene Ablehnung der breiten Mehrheit der Bevölkerung kann sich eine vom Staat rechtsgültig verfügte Normierung auf Dauer nicht halten. An eine allgemein als etwa ungerecht oder veraltet empfundene und bewertete Regelung wird sich die Rechtsgemeinschaft kaum gebunden fühlen. Hier dürfte sich dann auch die faktische Geltung lockern. An der normativen Geltung ändert das freilich nichts. Nichtbeachtung heißt nicht Nichtbeachtlichkeit.

Rüthers (Rn. 337) spricht bei der Geltung aus Rechtsüberzeugung von „moralischer“ Geltung. In dieser Darstellung können die rechtstheoretischen Fragen zur Rechtsgeltung nicht vertieft werden (s. zum Ganzen auch Larenz/Canaris, S. 255 f.).

Für Savigny (System des heutigen Römischen Rechts, 1840) ergab sich die Geltung der vom Staat erlassenen Gesetze nicht schon aus dem Gesetzgebungsakt, sondern erst aus der Rezeption durch die Rechtsgenossen. Erst wenn sie von Gesetzen überzeugt waren und nach ihnen lebten, waren Gesetze „geltendes Recht“.

Dass Recht nicht aufhört, (normativ) zu gelten, wenn es tatsächlich nicht eingehalten wird, ist selbstverständlich. Wenn Geldwäschdelikte gem. § 261 StGB begangen, aber vielfach nicht entdeckt oder gar abgeurteilt werden, bedeutet das nicht, dass § 261 StGB nicht mehr gilt. Wenn allerdings bestimmte Rechtssätze etwa durch Wandel der Moralvorstellungen faktisch nicht mehr befolgt und sogar nicht mehr durchgesetzt werden, dürfte sich die Frage stellen, ob solchen Regelungen nicht auch die normative Geltung genommen, sie also durch den Gesetzgeber beseitigt werden sollten. Als Beispiel ist hier § 120 Abs. 1 Nr. 2 OWiG zu nennen, wonach Prostitutionswerbung grundsätzlich ordnungswidrig ist. Entsprechende „Kontaktanzeigen“ finden sich aber, ohne dass der Staat dagegen einschreitet, im Werbeteil etlicher Medien. Würden hier in Einzelfällen Geldbußen doch noch verhängt, dürfte zweifelhaft sein, ob das gerecht wäre, da dann von Allgemeingültigkeit des § 120 Abs. 1 Nr. 2 OWiG kaum mehr gesprochen werden kann.

Das Moment der Verbindlichkeit hebt den Rechtssatz von anderen **sozialen Verhaltensbestimmungen**, etwa denen der Sitte und der Sittlichkeit (soziale Normen), ab. Deren Missachtung kann zwar zu sozialem Druck (etwa gesellschaftlicher Ächtung) führen, insofern soziale Folgen haben, die durchaus ein empfindliches Übel bedeuten. Soziale Gebote sind aber **nicht erzwingbar**.

Unter **Sitte** fallen Erscheinungen wie Anstandsregeln, Umgangsformen, Lebensbräuche, die gelegentlich zu Recht erhoben werden und dann auch durchsetzbar sind (s. dazu z. B. § 242 BGB: „... die Leistung so zu bewirken, wie Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte es erfordern“).

Sitte ist zu sondern von **Sittlichkeit** (Moral bzw. Ethik, Anstandsgefühl, Gewissen). Sitte ist beobachtbar, Sittlichkeit nicht. Auch moralische Gebote können ausnahmsweise als Rechtspflichten festgelegt sein (s. z. B. § 1601 BGB, wonach Verwandte in gerader Linie unterhaltspflichtig sind. Gegenüber Verwandten in horizontaler Linie, etwa gegenüber Geschwistern, gibt es nur moralische, aber keine rechtlichen, also durchsetzbaren Unterhaltspflichten). Siehe in diesem Zusammenhang auch den Begriff „sittliche Pflicht“ in § 814 BGB, wo es um die Kenntnis der Nichtschuld im Rahmen der ungerechtfertigten Bereicherung geht.

Fließend kann die Grenze insbesondere zwischen rechtlich bedeutsamen und außerrechtlichen Gefälligkeiten sein. Beruhen Gefälligkeitsverhältnisse ausschließlich auf einem außerrechtlichen Geltungsgrund wie z. B. Kollegialität oder Nachbarschaft, sind sie keine Schuldverhältnisse im Rechtssinn und damit keine verbindlichen, erzwingbaren Gebote. Beispiele für rechtlich bedeutsame Gefälligkeitsverhältnisse: Schenkung, §§ 516 ff. BGB; Leihe, §§ 598 ff. BGB; Verwahrung, §§ 688 ff. BGB.

(4) Wenn eingangs davon die Rede war, dass die Normen in ihrer Summe die Rechtsordnung bilden, so bedeutet das nicht, dass jeder Rechtssatz, also jeder einzelne Teil dieser Summe, für sich steht. Das Recht erscheint und wirkt vielmehr in einer Ordnung. **Ordnung ist System.** System ist etwas einheitlich geordnetes Ganzes; zwischen den (geordneten) Systemelementen besteht ein einheitlicher Zusammenhang. Ordnung bzw. System im Rechtsgefüge besagt seiner Idee nach, dass die einzelnen Verhaltens- und Entscheidungsnormen für das menschliche Zusammenleben in seinen mannigfachen Aspekten unter einem durchgängigen Prinzip strukturiert und nach einem übergreifenden Wertsystem sachlich zu einem Ganzen zusammengefügt sind. Nur eine derartige äußerlich und innerlich widerspruchsfrei ausgestaltete Gesamtrechtsordnung (Wertordnung) ermöglicht eine hinreichend sichere Verhaltensorientierung und -steuerung und gewährleistet ein hohes Maß an einheitlicher Anwendung des Rechts. Ist die Rechtsordnung in sich **frei von Regelungs- und Wertungswidersprüchen**, schließt die Anwendung eines Rechtssatzes letztlich die Anwendung der gesamten Rechtsordnung ein. Das wäre dann der Idealgrundriss einer Rechtsordnung (s. zum Ganzen BVerfGE 7, 198, 205).

Ohne einheitliche Rechtsmaßstäbe für alle, d. h. ohne Rechtsgleichheit, könnte der Grundsatz der Gerechtigkeit (S. 4) verletzt sein.

In der Rechtspraxis sind Widersprüche etwa zwischen den Prinzipien der Gerechtigkeit, Zweckmäßigkeit und Rechtssicherheit nicht durchgehend auszuschließen. Während z. B. das Gebot der Rechtssicherheit verlangt, dass grundsätzlich selbst unrichtiges oder unzumutbares gesetztes Recht zu beachten ist, kann die Gerechtigkeit das Gegenteil, nämlich Nichtbeachtung von positivem Recht, erheischen (s. dazu die Lückenproblematik mit Beispielen, S. 123 ff.; vgl. allgemein zu Prinzipienwidersprüchen Engisch, S. 281 ff.).

Innerhalb der alle Normen umfassenden Rechtsordnung gibt es Teilrechtsordnungen für die einzelnen Lebensbereiche (z. B. das Bürgerliche Recht, das Verwaltungsrecht, das Strafrecht), deren Inhalte ebenfalls in puncto Regelung und Wertung widerspruchsfrei sein müssen, und zwar in sich und bezogen auf die gesamte Rechtsordnung. Entsprechendes gilt für die einzelnen Normierungen innerhalb der Teilrechtsordnungen bis hin zu den sachlich aufeinander bezogenen einzelnen Rechtssätzen innerhalb von Normierungen. Angesichts der Unmenge an Gesetzen auf allen Ebenen ist es eine große Herausforderung, auf Widerspruchsfreiheit zu achten und damit die Einheit der Rechtsordnung zu wahren.

(5) Recht steht im Dienst der **Gerechtigkeit**. Gerechtigkeit innerhalb des Rechtsordnungsbegriffs verdeutlicht, dass die Rechtsordnung nicht zweckfrei besteht. Mittels der Rechtsordnung sollen Rechte und Pflichten gerecht verteilt, Rechts- und Interessenkonflikte gerecht gelöst oder etwa Straftaten gerecht sanktioniert werden. Kern der Gerechtigkeit ist der Gedanke der Gleichheit und damit des Verbots willkürlicher Behandlung, was Unparteilichkeit mit einschließt. Das **Willkürverbot** ist als Konkretisierung der materiellen (materialen) Gerechtigkeit anzusehen (s. BVerfGE 3, 125, 237 f.).

Erster Abschnitt: Methodik der Rechtsgewinnung

Dass Rechtsnormen allgemeingültig, d. h. abstrakt-generell gefasst sein müssen (S. 4), dient nicht zuletzt dem Gerechtigkeitsgebot.

In seiner Nikomachischen Ethik (5. Buch) differenziert Aristoteles (384–322 v. Chr.) zwischen zwei Arten von Gerechtigkeit, der ausgleichenden und der austeilenden. Mit **ausgleichender** Gerechtigkeit (*iustitia commutativa*) meint er **absolute Gleichheit** (allen das Gleiche), mit **austeilender** Gerechtigkeit (*iustitia distributiva*) **relative Gleichheit** (jedem das Seine). Diese Vorstellung von Gerechtigkeit beeinflusst bis in unsere Tage die Gerechtigkeitsdiskussion. Weitergehende Feststellungen erlaubt der Gerechtigkeitsbegriff nicht; er ist letztlich nicht definierbar.

Wie sich z. B. ausgleichende und austeilende Gerechtigkeit in Übereinstimmung bringen lassen oder wie etwa bei austeilender Gerechtigkeit zu verfahren ist (gleiche Begünstigungen oder Belastungen für alle Bürger?), damit man der Idee von Gerechtigkeit möglichst nahekommt, lässt sich nicht abschließend klären. Eine Antwort darauf gab auch Aristoteles nicht.

Nach Radbruch (Rechtsphilosophie (Studienausgabe), 2. Aufl. 2003, S. 34 ff.) ist eine Regelung bzw. Konfliktlösung als „gerecht“ anzusehen, wenn sie für „sittlich gut und deshalb billigenwert“ befunden wird. Letztendlich kann man aber mit einem solchen Rückgriff auf andere, nicht minder uneindeutige Begriffe dem Problem auch nicht beikommen.

Es gibt Ideen und Vorstellungen von Gerechtigkeit, aber nicht die Gerechtigkeit schlechthin. Materielle Gerechtigkeitsinhalte festzulegen, also „der Rechtsordnung einzuverleiben, würde geistige Vergewaltigung Andersdenkender bedeuten“ (Enneccerus/Nipperdey, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 15. Aufl. 1959, § 33 II). Die Gerechtigkeitsfrage muss wegen des Zwangscharakters des Rechts offen, final bleiben. In diesem fragenden Sinn gehört das Element der Gerechtigkeit zur modernen Definition der Rechtsordnung.

Welchen ungefähren Gerechtigkeitsbegriff eine Gemeinschaft hat und mit ihrer Rechtsordnung zum Ausdruck bringen will, bestimmen nicht einzelne Rechtsgenossen. Soll eine Rechtsentscheidung (Konfliktlösung) gerecht sein, muss sie zumindest dem **Gerechtigkeitsgefühl der breiten Mehrheit** entsprechen. Individuelle Gerechtigkeitsvorstellungen können schon deshalb nicht maßgeblich sein, weil der Mensch in der Regel nicht in der Lage ist, von seinen höchstpersönlichen Interessen abzusehen. Wessen Interesse im Fall eines Konfliktes bzw. einer Konfliktentscheidung nicht befriedigt wird, wer also nicht zu „seinem Recht“ gelangt, wird sich normalerweise „ungerecht“ behandelt bzw. beschieden fühlen, also dazu neigen, den Gerechtigkeitsbegriff interessen- und situationsabhängig auszufüllen.

Was eine Rechtsgemeinschaft letztlich unter Gerechtigkeit versteht, hängt von ihren Moralvorstellungen und Wertmaßstäben ab, die sich im Laufe der Zeit freilich wandeln können. Dies zu erkennen und so zu bewerten, dass es mit den „für die Mehrheit konsensfähigen Gerechtigkeitsvorstellungen“ (Zippelius, S. 16) übereinstimmt, ist schwierige Aufgabe von Rechtssetzung, Rechtsanwendung, Rechtsauslegung und Rechtsfortbildung.

Eingehend zu den rechtstheoretischen und -philosophischen Lehren vom Inhalt der Gerechtigkeit s. z. B. Rütters, Rn. 343 ff.; Kriele, Kriterien der Gerechtigkeit, 1963, S. 61 ff.; Larenz, Richtiges Recht – Grundzüge einer Rechtsethik, 1979, S. 37 ff.

Problematisch ist etwa, wie schon angesprochen (S. 7), das Gerechtigkeitsprinzip mit dem rechtsstaatlichen Erfordernis der Rechtssicherheit (Normenklarheit, Geltungskraft, Verbindlichkeit und damit Orientierungsgewissheit) in Einklang zu bringen. Darauf wird immer wieder auch in anderen Zusammenhängen zurückzukommen sein.

2.1.2 Objektives Recht

Die Summe der die Rechtsordnung bildenden, geltenden Rechtssätze wird als **objektives Recht** bezeichnet. Von ihm ist das Recht im subjektiven Sinn zu unterscheiden. **Subjektives Recht** ist die Berechtigung, die sich im Einzelfall für eine Person aus dem objektiven Recht ergibt, um individuelle Interessen-, Macht- oder Rechtspositionen befriedigen, notfalls im Wege des staatlich garantierten Rechtsschutzes durchsetzen zu können. Subjektive Rechte werden durch gewährende Rechtsvorschriften begründet. Zum objektiven Recht zählen neben den (subjektiven) Rechten auch deren Korrelat, nämlich die auf sie bezogenen Pflichten.

Beispiele:

Subjektive Rechte des Bürgers gegenüber dem Staat sind die Grundrechte (etwa das allgemeine Persönlichkeitsrecht, Art. 2 Abs. 1 GG). Subjektive Rechte eines Bürgers gegenüber einem anderen Bürger sind etwa die in § 823 BGB geschützten absoluten Rechte wie Leben oder Eigentum, ferner die durch Vertragsverhältnisse entstandenen schuldrechtlichen Ansprüche.

§ 433 BGB ist eine Norm des objektiven Rechts, die für Käufer und Verkäufer Pflichten und (subjektive) Rechte begründet (der Pflicht des Käufers, den Kaufpreis zu zahlen, entspricht z. B. das Recht des Verkäufers auf Zahlung des Kaufpreises durch den Käufer).

§§ 17 ff. SGB XII (Regelung der Hilfe zum Lebensunterhalt) sind Normen des objektiven Rechts, die für den Staat Pflichten begründen und dem Bedürftigen das (subjektive) Recht einräumen, unter bestimmten Voraussetzungen Hilfe zum Lebensunterhalt zu erhalten.

Das objektive Recht wird üblicherweise in **Privatrecht** und **öffentliches Recht** gegliedert. Privatrechtliche Vorschriften regeln die Rechtsbeziehungen (vor allem Rechte und Pflichten) der Bürger untereinander. Öffentlich-rechtliche Bestimmungen normieren die Staatsorganisation und das hoheitliche Handeln. Öffentlich-rechtliche Rechtsverhältnisse sind in der Regel dann gegeben, wenn mindestens auf einer Seite ein Träger öffentlicher Gewalt beteiligt ist bzw. gehandelt hat oder handeln soll.

Schwierig kann die Feststellung sein, ob ein Hoheitsträger (etwa eine Gemeinde) als solcher tätig geworden ist oder ob er, da Staat und öffentliche Körperschaften auch am Privatrechtsverkehr teilnehmen können, privatrechtlich gehandelt hat. Die Theorien hierzu sind unübersehbar. Durchgesetzt hat sich die sog. modifizierte Subjektstheorie (Zuordnungstheorie). Sie sieht den Unterschied in der Verschiedenheit der Zuordnungsobjekte, d. h. Normadressaten der einzelnen Rechtssätze: Ist der Staat oder ein Träger öffentlicher Gewalt berechtigt bzw. verpflichtet, ist von öffentlichem Recht auszugehen, sind dagegen Bürger berechtigt bzw. verpflichtet, von Privatrecht. S. im Einzelnen dazu Maurer, Allgemeines Verwaltungsrecht, 18. Aufl. 2011, § 3, Rn. 7 ff.

Zum öffentlichen Recht gehören vor allem das Staats- und Verfassungs- sowie das Verwaltungsrecht, ferner z. B. das Völkerrecht (einschließlich des Rechts der supranationalen Gemeinschaften wie das EU-Recht), Kommunalrecht, Sozialrecht, Steuerrecht, Strafrecht und das Verfahrensrecht, wovonder insbesondere das Zivil-, Straf-, Verwaltungsprozessrecht, Insolvenzrecht sowie das Recht der Freiwilligen Gerichtsbarkeit fallen. Auch das Kirchenrecht wird im Allgemeinen zum öffentlichen Recht gezählt.

Das Privatrecht unterteilt sich in das allgemeine Privatrecht (Bürgerliches Recht) und das besondere Privatrecht (z. B. Handelsrecht, Gesellschaftsrecht, Wertpapierrecht, Urheber- und Patentrecht, Wettbewerbsrecht, Internationales Privatrecht).

Differenziert wird innerhalb des objektiven Rechts auch zwischen **materiellem** und **formellem Recht**. Materielle Rechtssätze regeln Entstehung, Veränderung und Untergang von Rechten und Pflichten, formelle Rechtssätze die Durchsetzung des materiellen Rechts (Zuständigkeit, Organisation, Verfahren, Form der Rechtsakte).

Das Prozessrecht, festgelegt u. a. in der ZPO, StPO, VwGO, ist Teil des formellen Rechts. Formelle Regelungen finden sich auch außerhalb von Prozessordnungen (z. B. in Art. 16a Abs. 4 GG; § 40 VwVfG).

Verwechselt werden dürfen nicht die Gegenbegriffspaare formelles/materielles Recht und formelles/materielles Gesetz. Gesetz im materiellen Sinn ist jede abstrakt-generelle, also allgemein verbindliche Regelung, Gesetze im formellen Sinn sind die von den zuständigen Gesetzgebungsorganen in dem durch die Verfassung vorgesehenen Verfahren erlassenen abstrakt-generellen Normen. Der Begriff „formelles Gesetz“ spielt u. a. in der Rechtsquellenlehre (S. 11) eine Rolle.

Zum objektiven Recht gehören auch die sog. Rechtsinstitute. Sie verbinden die Rechtsordnung als ganze und die einzelnen Rechtssätze; eine entsprechende Funktion haben auch die allgemeinen Rechtsgrundsätze. **Rechtsinstitute** sind gebündelte Bestimmungen, die zur allgemeingültigen Regelung eines Rechtsverhältnisses oder Sachproblems geschaffen wurden (z. B. Ehe, Eigentum, Berufsbeamtentum). **Allgemeine Rechtsgrundsätze** (Rechtsprinzipien) liefern als allgemeine Wertmaßstäbe die leitenden Rechtsgedanken für konkrete Konfliktlösungen (z. B. das Vertrauensschutzprinzip oder der in § 242 BGB festgelegte Grundsatz von Treu und Glauben). Es handelt sich dabei um Normen, die sich von ihnen allerdings u. a. durch die große Allgemeinheit ihres Inhalts unterscheiden.

So auch Larenz/Canaris, S. 302. Zur Unterscheidung von Regeln und Prinzipien s. z. B. Röhl/Röhl, S. 288 ff.; Rütters, Rn. 756a ff.

Rechtssätze können durch förmliche Rechtssetzung (Gesetze) oder aber kraft Geltungswillen der Rechtsgemeinschaft und tatsächlicher Übung (Gewohnheitsrecht, S. 12) entstanden sein. Zu differenzieren ist also ferner zwischen **geschriebenem** und **ungeschriebenem** objektiven Recht.

Gesetztes Recht und Gewohnheitsrecht werden im Gegensatz zu (überpositivem) Natur- oder Vernunftrecht **positives Recht** genannt. Die Rechtsordnung anerkennt als „geltendes Recht“ (S. 5, 13 f. prinzipiell nur positives Recht. Wenn allerdings in Ausnahmefällen nach geltendem Recht eine Konfliktlösung nicht möglich wäre oder zu inakzeptablen Ergebnissen führen würde, wird vom positivistischen Grundsatz abgewichen und auf **überpositive Rechtsideen** zurückgegriffen (s. dazu BGHSt 41, 101, 106 ff.; BVerfGE 95, 96, 133 ff.). Nach Radbruch (Rechtsphilosophie (Studienausgabe), 2. Aufl. 2003, S. 216 ff.) verbietet sich die Anwendung positiven Rechts, wenn sie in unerträglichem Widerspruch zur Gerechtigkeit (S. 124, 7 f.) steht. Werde die Gleichheit, der Kern der Gerechtigkeit, bewusst verleugnet, liege kein Recht vor.

2.2 Rechtssatz und Rechtsordnung

Alle im objektiven Recht enthaltenen Normen (Rechtsquellen) kommen grundsätzlich zur Lösung von Rechtsproblemen in Betracht. Das setzt allerdings voraus, dass solche Normen auch gültig (wirksam) sind. Von der Gültigkeit (Geltung) der Rechtssätze ist ihre Anwendbarkeit im konkreten Entscheidungsfall zu unterscheiden.