

Juristische Methodenlehre in Deutschland

Von REINHARD ZIMMERMANN, Hamburg

Inhaltsübersicht

I. Einführung	242
II. Präzisierung und Abgrenzung	245
1. Deutschsprachige Länder	245
2. Methodenlehre und Methodenpraxis	246
3. Rahmenmodell der Methodenlehre	248
4. Rechtsdogmatik	250
5. Geistesgeschichtliche Grundlagen	252
6. Kern der Methodenlehre	254
III. Die Auslegung von Gesetzen	256
1. Wortsinngrenze und Auslegungskanon	256
2. Grammatische und systematische Auslegung	258
3. Historische Auslegung	260
4. „Objektiv“-teleologische Auslegung	261
5. Rechtsvergleichende Auslegung?	263
6. Rangfolge der Auslegungskriterien	264
IV. Rechtsfortbildung	267
1. Weiter und enger Auslegungsbegriff	267
2. Zwei Stufen der Rechtsfortbildung	268
3. Lückenfüllung	269
4. Gesetzesübersteigende Rechtsfortbildung	270
5. Methodenfragen als Verfassungsfragen	272
6. Rechtsfortbildung <i>contra legem</i>	273
7. Zur Zulässigkeit richterlicher Gesetzeskorrekturen	274
8. Richterrecht	276
9. Folgenberücksichtigung	278
10. Neue Themen – und alte	281
V. Deutsche Erfahrungen	284
Summary: Legal Methodology in Germany	287

I. Einführung

„Methode“ bezeichnet den Weg, ein bestimmtes Ziel zu erreichen, und dieses Ziel besteht in der Jurisprudenz, jedenfalls in erster Linie, in der Ermittlung sowie im rechten Verständnis des geltenden Rechts.¹ Wie für jede Fachdisziplin ist für den Charakter der Jurisprudenz als Wissenschaft methodisches Vorgehen, und damit das Vorhandensein einer Methode, konstitutiv.² In diesem Sinne hat Jan Schröder seine Geschichte der juristischen Methodenlehre unter den Titel „Recht als Wissenschaft“ gestellt.³ Das Recht ist, jedenfalls nach herrschender Auffassung, Gegenstand einer eigenständigen Wissenschaft mit normativem Anspruch (seit dem frühen 19. Jahrhundert sprechen wir deshalb von einer Rechtswissenschaft), die über einen eigenständigen Methodenkanon verfügt.⁴ Dieser Methodenkanon ist seinerseits wiederum Gegenstand wissenschaftlicher Beschäftigung; wir reden insoweit von einer Methodenlehre.⁵ Nach § 5a des Deutschen Richtergesetzes gehören die „rechtswissenschaftlichen Methoden“ zu den Pflichtfächern des juristischen Studiums und sind damit auch Gegenstand der staatlichen Pflichtfachprüfung im ersten juristischen Examen.⁶ Entsprechende Vorschriften finden sich in den Juristenausbildungsgesetzen und Ausbildungs- und Prüfungsordnungen der Bundesländer. In den meisten juristischen Fakultäten in Deutschland (insgesamt etwa zwei Drittel) werden deshalb auch regelmäßig eigenständige Veranstaltungen zur juristischen Methodenlehre angeboten. Gelegentlich ist die Methodenlehre Teil von Veranstaltungen zur Rechtstheorie. Dieses Angebot von Lehrveranstaltungen spiegelt sich in einer reichen Lehrbuchliteratur. – Dies, in größtem Überblick, ist die Ausgangslage in Deutschland.

¹ Zum Gegenstand einer juristischen Methodenlehre vgl. etwa *Sebastian Martens*, Methodenlehre des Unionsrechts (2013) 9–91.

² Anders *Jannis Lennartz*, Dogmatik als Methode (2017) 11 (Wissenschaft müsse nicht zwingend eine Methode haben).

³ *Jan Schröder*, Recht als Wissenschaft² (2012).

⁴ *Stefan Vogenauer*, Rechtswissenschaft, in: Handwörterbuch des Europäischen Privatrechts, hrsg. von Jürgen Basedow / Klaus J. Hopt / Reinhard Zimmermann (2009) 1274–1279. In der Zeit bis zum 19. Jahrhundert sprach man von „Rechtsgelehrtheit“ oder „iuris prudentia“. Zur Tradition des kontinentaleuropäischen Rechts als eines gelehrten Rechts, die bis zum römischen Recht zurückreicht, vgl. *Nils Jansen*, *Ius commune* (Gemeines Recht), und *Reinhard Zimmermann*, Römisches Recht, beide in: Handwörterbuch des Europäischen Privatrechts (diese Fn.) 916–920 und 1310–1314.

⁵ Grundlegend für Deutschland seit den 1960er-Jahren *Karl Larenz*, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 1. Aufl. 1960, 6. Aufl. 1991.

⁶ „[D]ie Methode [ist] der die Ausbildung der Juristen leitende Gesichtspunkt“: *Jan Schapp*, Die juristische Methode als der Weg zum Verstehen und Anwenden des Rechts, in: *ders.*, Methodenlehre und System des Rechts (2009) 187–202, 187.

In anderen Rechtsordnungen⁷ kann es bereits schwierig sein, ein sprachliches Äquivalent für den Begriff „Rechtswissenschaft“ zu finden. So ist in England „legal science“ ein Kunstwort, das ein einheimischer Jurist zur Bezeichnung der (wissenschaftlichen) Beschäftigung mit dem Recht nicht verwenden würde. Das bedeutet nicht, dass es in England eine Rechtswissenschaft nicht gäbe,⁸ und es bedeutet auch nicht, dass es kein Methodenbewusstsein gäbe. Jedoch finden wir in England kein eigenständiges Fach, das „legal methodology“ oder ähnlich betitelt wäre. Vielmehr stellen englische Juristen mit dem Gesetzes- und Richterrecht die beiden zentralen Rechtsquellen in den Vordergrund und befassen sich demgemäß einerseits mit der *doctrine of precedent*⁹ sowie andererseits mit der Gesetzesauslegung (*statutory interpretation*).¹⁰ In derselben Weise unterteilt Günter Hager seine vergleichende Darstellung der „Rechtsmethoden in Europa“;¹¹ und auch der „Bielefelder Kreis“ hat sich zunächst dem Thema der Gesetzesauslegung gewidmet, um dann einen weiteren Band zur Präzedentienlehre zu publizieren.¹² In den Vereinigten Staaten scheint mit dem Glauben an die Rechtswissenschaft auch das Verständnis für einen juristischen Methodenkanon verloren gegangen zu sein. Schon der Begriff „legal method“ oder „legal methodology“ gilt dort als zweideutig und mit unpassenden Vorverständnissen belastet; das Fehlen einer juristischen Methode (und damit auch einer juristischen Methodenlehre) sei charakteristisch für das US-amerikanische Recht

⁷ Vergleichender Überblick zum Thema Rechtsquellen und Rechtsmethoden bei *Stefan Vogenauer*, Sources of Law and Legal Method in Comparative Law, in: *The Oxford Handbook of Comparative Law*², hrsg. von Mathias Reimann / Reinhard Zimmermann (2019) 877–901. Eine eingehende Darstellung bietet das monumentale Werk von *Wolfgang Fikentscher*, Methoden des Rechts in vergleichender Darstellung, 5 Bände (1975–1977).

⁸ Vgl. neuerdings *Martin Flohr*, Rechtsdogmatik in England (2017).

⁹ Vgl. insbesondere *Rupert Cross / James W. Harris*, Precedent in English Law⁴ (1991), außerdem etwa *John Bell*, Sources of Law, in: *English Private Law*³, hrsg. von Andrew S. Burrows (2013) Rn. 1.01–1.100; *Zenon Bankowski / D. Neil MacCormick / Geoffrey Marshall*, Precedent in the United Kingdom, in: *Interpreting Precedents – A Comparative Study*, hrsg. von D. Neil MacCormick / Robert S. Summers (1997) 315–354. Überblick über die richterliche Rechtsfindung bei *Matthew Dyson*, Judicial Decision-Making in England and Wales, in: *Legislators, Judges, and Professors*, hrsg. von Jürgen Basedow / Holger Fleischer / Reinhard Zimmermann (2016) 97–150.

¹⁰ *Francis Alan Roscoe Bennion*, Statutory Interpretation⁵ (2008); *Bell*, Sources of Law (Fn. 9) Rn. 1.25–1.60; *Zenon Bankowski / D. Neil MacCormick*, Statutory Interpretation in the United Kingdom, in: *Interpreting Statutes – A Comparative Study*, hrsg. von D. Neil MacCormick / Robert S. Summers (1991) 359–406; *Stefan Vogenauer*, Die Auslegung von Gesetzen in England und auf dem Kontinent (2001) 665–1252. Eine *Statute Law Society* gibt seit 1980 die *Statute Law Review* heraus.

¹¹ *Günter Hager*, Rechtsmethoden in Europa (2009) Kap. 2 und 3.

¹² *Interpreting Statutes – A Comparative Study* (Fn. 10); *Interpreting Precedents – A Comparative Study* (Fn. 9). Das Handwörterbuch des Europäischen Privatrechts (Fn. 4) enthält ebenfalls Einträge zu „Precedent, Rule of“ und „Auslegung von Rechtsnormen“ (beide von *Stefan Vogenauer*), aber keinen Eintrag zu „Methodenlehre“.

und entspreche zwei Merkmalen der US-amerikanischen Rechtskultur: ihrem Pragmatismus und ihrer Pluralität.¹³ Auch in Frankreich, wo es definitiv eine Rechtswissenschaft gibt (*la doctrine*), spielt diese doch nur eine vergleichsweise untergeordnete Rolle. Es entspricht der Bedeutung höchst-richterlicher Entscheidungen in der französischen Rechtskultur und deren spezifischem Begründungsstil, dass französische Jurastudenten in der Abfassung von *commentaires d'arrêt* geschult, man kann schon fast sagen, gedrillt werden. An einem eigenständigen Fach Methodenlehre fehlt es dagegen.¹⁴ So gab es bis vor Kurzem nur ein einziges einschlägiges Lehrbuch; es ist im Jahre 2001 erschienen und seither nicht neu aufgelegt worden.¹⁵ Erst 2014 ist ein weiteres Werk hinzugekommen.¹⁶

Derartige Unterschiede lassen eine vergleichende Untersuchung zum Thema „Methodenlehre“ reizvoll erscheinen.¹⁷ Ausgewählt für das heutige Symposium haben wir mit dem italienischen und dem niederländischen Recht zwei Rechtsordnungen, die nach der herkömmlichen Rechtskreislehre¹⁸ eine interessante Mittelstellung zwischen deutschem und französischem Rechtsdenken einnehmen, sowie jeweils eine Rechtsordnung, die den anglo-amerikanischen, den nordischen und den fernöstlichen Rechtskreis vertritt. Da „Methodenlehre“ aber wohl vor allem auch ein deutsches Thema ist, soll im Folgenden der deutsche Verständnishintergrund skizziert werden. Zunächst scheinen mir jedoch sechs allgemeine Bemerkungen sinnvoll zu sein.

¹³ *Aditi Bagchi*, On the Very Idea of Legal Methodology, in: Legislators, Judges, and Professors (Fn. 9) 193–208.

¹⁴ *Jean-Sébastien Borghetti*, Legal Methodology and the Role of Professors in France, in: Legislators, Judges, and Professors (Fn. 9) 209–222.

¹⁵ *Jean-Louis Bergel*, *Méthodologie juridique* (2001). Dazu *Borghetti*, Legal Methodology (Fn. 14) 211: „This obvious lack of commercial success should not be interpreted as an indication of the book's intrinsic qualities, but rather offers another illustration of the lack of interest in the subject of legal methodology.“

¹⁶ *Véronique Champeil-Desplats*, *Méthodologies du droit et des sciences du droit* (2014).

¹⁷ Das Symposium des Jahres 2010 war demgegenüber dem Thema „Europäische Methodenlehre“ gewidmet; dazu *Holger Fleischer*, Europäische Methodenlehre: Stand und Perspektiven, *RabelsZ* 75 (2011) 700–729; seither vgl. vor allem: Europäische Methodenlehre³, hrsg. von Karl Riesenhuber (2015), und das in Fn. 1 erwähnte Werk von *Sebastian Martens*.

¹⁸ *Hein Kötz*, Rechtskreislehre, in: Handwörterbuch des Europäischen Privatrechts (Fn. 4) 1253–1255; *H. Patrick Glenn*, Comparative Legal Families and Comparative Legal Traditions, in: *The Oxford Handbook of Comparative Law* (Fn. 7) 423–441. *Uwe Kischel*, Rechtsvergleichung (2015), spricht demgegenüber von „Kontexten“ und behandelt den romanischen und den deutschen Rechtskreis unter der zusammenfassenden Überschrift eines „Grundkontexts kontinentaleuropäischen Rechts“ (389–553).

II. Präzisierung und Abgrenzung

1. Deutschsprachige Länder

Was hier für Deutschland gesagt wird, gilt gleichermaßen für Österreich und für die Schweiz (und wohl auch für Griechenland). Wolfgang Fikentscher spricht insofern zu Recht zusammenfassend von der „Rechtsmethodik des mitteleuropäischen Rechtskreises“.¹⁹ Zwar gibt es unter den deutschsprachigen Ländern Differenzen, die jedoch eher untergeordneten Charakter haben.²⁰ Sowohl in der österreichischen als auch in der Schweizer Zivilrechtskodifikation finden sich Methodennormen²¹ (so in der Schweiz der berühmte Art. 1 ZGB, der den Umgang mit Lücken der positiven Rechtsordnung betrifft,²² in Österreich vier Vorschriften zum Thema Auslegung und zwei weitere zu „Gewohnheiten“ und „richterlichen Aussprüchen“),²³ die im BGB kein Gegenstück haben. Doch ist die praktische Bedeutung dieser Methodennormen für die Rechtsfindung „überwiegend gering“.²⁴ In Österreich spielt seit Walter Wilburg die Lehre vom „beweglichen System“ eine erhebliche Rolle,²⁵ die indes auch Anhänger in Deutschland gefunden hat.²⁶ In der Schweiz hingegen hat natürlich das Europarecht eine andere

¹⁹ Wolfgang Fikentscher, *Methoden des Rechts in vergleichender Darstellung*, Bd. III (1976) 637–792.

²⁰ Paul Oberhammer, *Kleine Differenzen – Vergleichende Beobachtungen zur zivilistischen Methode in Deutschland, Österreich und der Schweiz*, AcP 214 (2014) 155–182; vgl. allgemein auch Kischel, *Rechtsvergleichung* (Fn. 18) 554–561.

²¹ Dazu Christiane Wendehorst, *Methodennormen in kontinentaleuropäischen Kodifikationen*, *RabelsZ* 75 (2011) 730–763; Oberhammer, *AcP* 214 (2014) 155, 179–181. Allgemein vgl. Vogenauer, *Sources of Law and Legal Method* (Fn. 7) 886–890; Oliver Unger, in: *Commentaries on European Contract Laws*, hrsg. von Nils Jansen/Reinhard Zimmermann (2018) Art. 1:106(1) Rn. 4–7.

²² Fikentscher, *Methoden des Rechts* (Fn. 19), spricht im Hinblick auf diese Norm für die Schweiz von einer „freieren Tradition“ im Umgang mit Rechtsquellen; vgl. auch Konrad Zweigert/Hein Kötz, *Einführung in die Rechtsvergleichung*³ (1996) 174, die „Bewunderung und Beifall“ für diese glänzend formulierte Norm konstatieren.

²³ Als besonders fortschrittlich gilt § 7 ABGB (zur Lückenfüllung und mit Hinweis auf die „natürlichen Rechtsgrundsätze“): Zweigert/Kötz, *Einführung* (Fn. 22) 159, 162.

²⁴ Wendehorst, *RabelsZ* 75 (2011) 730, 761; vgl. auch Oberhammer, *AcP* 214 (2014) 155, 179: „Ein Methodenunterschied zum deutschen Recht ergibt sich daraus [...] nicht“.

²⁵ Walter Wilburg, *Entwicklung eines beweglichen Systems im bürgerlichen Recht* (1950); vgl. dazu etwa Franz Bydlinski, *Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff* (1982) 529–543 (Bydlinski hat sein Werk übrigens Walter Wilburg gewidmet); sowie zuletzt Helmut Koziol, *Das bewegliche System: Die goldene Mitte für Gesetzgebung und Dogmatik*, *Austrian Law Journal* 3 (2017) 160–182.

²⁶ Axel Flessner, *Bewegliches System und Bereicherungsrecht*, in: *Das bewegliche System im geltenden und künftigen Recht*, hrsg. von Franz Bydlinski/Heinz Krejci et al. (1986) 159–176; Thomas M.J. Möllers, *Juristische Methodenlehre* (2017) 333–348. Von einem „beweglichen System der Methoden“ spricht Franz Reimer, *Vielfalt und Einheit juristischer Methoden*, in: FS Jan Schapp (2010) 431–444, 440.

Bedeutung als in Deutschland oder Österreich; so enthält die „Juristische Methodenlehre“ von Ernst A. Kramer einen Abschnitt über „spezifische Probleme bei der Auslegung von durch die Schweiz ‚autonom nachvollzogenem‘ Gemeinschaftsprivatrecht“. ²⁷ Die zum Teil markanten Unterschiede in Sprache, Technik, Aufbau und Abstraktionsniveau der drei deutschsprachigen Zivilrechtskodifikationen ²⁸ sowie die Tatsache, dass in Deutschland ungleich viel mehr juristische Literatur produziert wird und ungleich viel mehr höchstrichterliche Entscheidungen ergehen als in der Schweiz oder Österreich, ²⁹ finden in der Methodenlehre der drei Länder demgegenüber (vielleicht erstaunlicherweise) kaum Niederschlag. ³⁰ Ebenso wie die Methodenlehre des österreichischen Autors Franz Bydliński ³¹ und die in erster Linie auf die Schweiz bezogene Darstellung von Kramer ³² sich ganz selbstverständlich auf deutsches Schrifttum stützen, können und sollten diese Werke auch für die deutsche Diskussion herangezogen werden.

2. Methodenlehre und Methodenpraxis

Hervorzuheben ist weiterhin, dass es in diesem Symposium um die Methodenlehre geht. Ob die Methodenpraxis, das heißt, wie Rechtsprechung und Lehre bei der Anwendung und Fortbildung des Rechts tatsächlich vorgehen, der herrschenden Methodenlehre tatsächlich entspricht, ist eine andere Frage. So wird nicht zu Unrecht darauf hingewiesen, dass Werke zur Methodenlehre auch von Rechtswissenschaftlern kaum konsultiert werden. ³³ In gewissem Widerspruch zu den zuvor erwähnten Ausbildungs- und Prüfungsordnungen scheint es denn auch eine Reihe von Fakultäten in Deutschland zu geben (insgesamt etwa ein Drittel), an denen Vorlesungen zur Methodenlehre nicht oder jedenfalls nicht regelmäßig angeboten werden. Das wird nicht zuletzt daran liegen, dass im Unterricht der Kernfächer

²⁷ Ernst A. Kramer, *Juristische Methodenlehre*⁵ (2016) 322–333.

²⁸ Zweigert / Kötz, *Einführung* (Fn. 22) 141–147, 159–165, 169–175; Oberhammer, *AcP* 214 (2014) 155, 160–162.

²⁹ Dazu Oberhammer, *AcP* 214 (2014) 155, 168–173.

³⁰ Mit dem „Mengenproblem“ dürfte zusammenhängen, dass in der österreichischen und Schweizer (aber nicht in der deutschen) Judikatur die Rechtsvergleichung „ein ganz übliches Argument darstellt“, wobei man sich „in Österreich fast ausschließlich und in der Schweiz ganz überwiegend“ auf deutsches Recht bezieht: Oberhammer, *AcP* 214 (2014) 155, 178. Oberhammer hebt insoweit zu Recht hervor, dass es einen beträchtlichen Unterschied mache, ob ein Richter zumindest mit einer ausländischen Rechtsordnung regelmäßigen Umgang pflegt oder „ob er sein Leben lang niemals über den Rand der deutschen Erdscheibe geblickt hat“.

³¹ Bydliński, *Juristische Methodenlehre* (Fn. 25).

³² Kramer, *Juristische Methodenlehre* (Fn. 27) Vorwort („[...] grundsätzlich am schweizerischen Recht orientiert“), vgl. auch S. 46, Fn. 35.

³³ Oberhammer, *AcP* 214 (2014) 155, 165; Lennartz, *Dogmatik* (Fn. 2) 6–8, 181 („weitgehende Irrelevanz“).

des Zivilrechts, des öffentlichen Rechts und des Strafrechts etwas ganz anderes im Vordergrund steht: Gutachtenstil und, damit verbunden, der „Anspruchsaufbau“.³⁴ „Die [...] Methode, die an deutschen Universitäten gelehrt wird, ist in Wahrheit die Falllösung nach der Anspruchsgrundlagentechnik.“³⁵ Insofern ist die tatsächliche Situation derjenigen in Frankreich³⁶ gar nicht so unähnlich: Die Ausbildung ist nicht an einer allgemeinen juristischen Methodenlehre orientiert, sondern am Einüben einer bestimmten Aufgabe, für die jeweils strenge Regeln gelten; nur ist diese Aufgabe in Deutschland die Falllösung und in Frankreich der *commentaire d'arrêt*. Einen erstaunlichen Widerspruch zwischen Methodenlehre und zivilistischer Methodenpraxis konstatiert auch Helmut Koziol in seiner aus „brüderlicher Nachbarschaft“ auf das deutsche bürgerliche Recht eingekommenen Außenperspektive: einerseits große „Ängstlichkeit, ja keine durch den Gesetzeswortlaut, der nur den Normalfall betrifft, nicht ausdrücklich gedachte Fortentwicklung zu wagen, auch wenn diese den feststellbaren Grundgedanken durchaus entspricht“, andererseits aber „eindeutig gesetzwidrige Entwicklungen, durch die Grundentscheidungen des Gesetzgebers bedenkenlos beiseite geschoben werden“, und „völlig freie Rechtsfindung“.³⁷

³⁴ Dazu etwa *Dieter Medicus / Jens Petersen*, Bürgerliches Recht: Eine nach Anspruchsgrundlagen geordnete Darstellung zur Examensvorbereitung²⁵ (2015). Das entspricht der eigenen Erfahrung. Zwar war für mich die Lektüre der Larenz'schen Methodenlehre ein wichtiges juristisches Bildungserlebnis, doch von zentraler Bedeutung für die Klausuren im (damals noch so genannten) Ersten Juristischen Staatsexamen war mehrmaliges gründliches Durcharbeiten des Buches von Medicus (damals 6. Aufl., 1973).

³⁵ *Oberhammer*, AcP 214 (2014) 155, 173. Dieser Punkt ist deshalb auch hervorgehoben in *Reinhard Zimmermann*, Characteristic Aspects of German Legal Culture, in: Introduction to German Law³, hrsg. von Gerhard Wagner / Joachim Zekoll (2018) unter L.III. *Joachim Vogel*, Juristische Methodik (1998) 10, betont, dass juristische Methodik nicht Anleitung zur Falllösungstechnik sei. Interessanterweise bietet demgegenüber *Franz Reimer*, Juristische Methodenlehre (2016) in Anhang I „Handreichungen zum Gutachtenstil“. In dem Buch von *Jan Schapp*, Methodenlehre des Zivilrechts (1998), ist ein ganzes Kapitel (von insgesamt sieben) der „Lehre vom Anspruch“ gewidmet: 38–63.

³⁶ Dazu oben I.

³⁷ *Helmut Koziol*, Glanz und Elend der deutschen Zivilrechtsdogmatik: Das deutsche Zivilrecht als Vorbild für Europa?, AcP 212 (2012) 1–62, 55. Dazu *Oberhammer*, AcP 214 (2014) 155, 175, mit dem Hinweis, dass demgegenüber der österreichische Jurist sein Ziel von Anfang an in den Blick nehme und dann „scheinbar geradlinig, in Wahrheit aber auf kontinuierlich krummer Bahn erreicht“. Zu grundsätzlichen Zweifeln an der Realitätsnähe einer juristischen Methodenlehre vgl. etwa *Kramer*, Juristische Methodenlehre (Fn. 27) 48–52; *Bydliński*, Juristische Methodenlehre (Fn. 25) 140–175.

3. Rahmenmodell der Methodenlehre

Die Rechtswissenschaft ist gekennzeichnet durch einen stetigen Differenzierungs- und Spezialisierungsprozess.³⁸ Die verschiedenen Teilrechtsgebiete entwickeln ihre eigenen Strukturen, Begrifflichkeiten und Verständnis-horizonte; und die einschlägigen Spezialdiskurse tendieren dazu, sich immer stärker gegeneinander zu isolieren. Man kann sich deshalb fragen, ob der Weg von der Pluralität der Rechtsdiskurse auch zu einer Pluralität der Methodenlehren führt.³⁹ In der Tat gibt es fachspezifische Besonderheiten. Für das Strafrecht sind das vor allem die Grenzen der Rechtsfortbildung, die sich aus *nulla poena sine lege* und Analogieverbot ergeben.⁴⁰ Für das Steuerrecht gilt der Grundsatz der „wirtschaftlichen Betrachtungsweise“ als zentraler Auslegungsgrundsatz, im Arbeitsrecht ist gelegentlich von „sozialer Rechtsanwendung“ die Rede.⁴¹ Im Verfassungsrecht spielen Konkretisierung und Abwägung von Prinzipien eine besonders wichtige Rolle.⁴²

Zu einer lebhaften Diskussion hat auf der Würzburger Zivilrechtslehrer-tagung die Frage Anlass gegeben, ob das Gesellschaftsrecht im Vergleich zum allgemeinen Zivilrecht angesichts seiner auffälligen Neigung zu kühner Rechtsfortbildung von methodologischen Besonderheiten geprägt ist. Diese Frage wurde von Peter Mülbert in seinem Referat im Grunde weder bejaht noch verneint. Allerdings konstatierte Mülbert, dass eine Methodendiskussion im Gesellschaftsrecht kaum stattfindet: Sei man sich über die sachlichen Beurteilungsgrundlagen der Rechtsprobleme weithin einig, so werde die Methodik nachrangig.⁴³ Im Grunde scheint es damit also um eine krasse Diskrepanz von allgemeiner Methodenlehre und Praxis der Rechts-

³⁸ Vgl. etwa: Die juristischen Bücher des Jahres – Eine Leseempfehlung, NJW 2014, 3466–3469, 3466; Lennartz, Dogmatik (Fn. 2) 8–10 („Dabei mag es sinnvoll sein, von verschiedenen Methoden zu sprechen“).

³⁹ Vgl. z. B. Schapp, Methodenlehre (Fn. 35) 1 („Eine Methodenlehre, die schon im Ansatz alle drei Fachgebiete umfasst, bringt sich um einen guten Teil ihres Themas“); Peter O. Mülbert, Einheit der Methodenlehre? – Allgemeines Zivilrecht und Gesellschaftsrecht im Vergleich, AcP 214 (2014) 188–300, 196: „Von einer Einheit der Methodenlehre lässt sich [...] jedenfalls jenseits des verfassungsrechtlichen Mindeststandards nicht sprechen“; Kramer, Juristische Methodenlehre (Fn. 27), der darauf hinweist, dass es „je nach Rechtsmaterien unter Umständen recht unterschiedliche Auslegungsmethoden gibt“; Reimer, Vielfalt und Einheit (Fn. 26) 431: „Herrscht nicht vielmehr ein Methodenpluralismus, genauer, ein Methodensynkretismus, mit dem Methode gerade aufgegeben wird?“

⁴⁰ Vgl. etwa Vögenauer, Auslegung von Gesetzen (Fn. 10) 111 f.; Th. Möllers, Juristische Methodenlehre (Fn. 26) 119–124.

⁴¹ Zu den beiden letztgenannten Punkten Bydlinski, Juristische Methodenlehre (Fn. 25) 596 f.; vgl. auch Reimer, Vielfalt und Einheit (Fn. 26) 435 f.; Vögenauer, Auslegung von Gesetzen (Fn. 10) 113–115.

⁴² Vgl. Horst Dreier, in: Dreier, Grundgesetz: Kommentar³, Bd. II (2015) Art. 20 (Einführung) Rn. 12; Reimer, Juristische Methodenlehre (Fn. 35) 233–237; vgl. auch unten IV.10.

⁴³ Mülbert, AcP 214 (2014) 188, 299.

anwendung zu gehen, wie sie soeben thematisiert worden ist. Man kann darüber spekulieren, woran es liegt, dass die Gerichte im Gesellschaftsrecht in so weitem Umfang zu freier Regelbildung neigen: am vergleichsweise fragmentarischen Charakter des Gesellschaftsrechts,⁴⁴ an der besonders engen Abstimmung zwischen dem zweiten Senat des Bundesgerichtshofs und der Rechtswissenschaft (bzw. bestimmten prominenten Rechtswissenschaftlern)⁴⁵ oder an der Atypizität der Gesellschaftsformen.⁴⁶ Doch eigenständige gesellschaftsrechtliche Methoden gibt es offenbar nicht. Damit bestätigt sich auch hier die These Franz Bydlinski von dem am privatrechtlichen Beispiel entwickelten Rahmenmodell der Methodenlehre,⁴⁷ das für einzelne Bereiche (Strafrecht) modifiziert wird oder bei dem für andere Bereiche (Steuerrecht) einzelne Gesichtspunkte besonders akzentuiert werden⁴⁸ – und das in wieder anderen Bereichen (Gesellschaftsrecht) weitgehend unberücksichtigt bleibt, aber nicht durch ein Alternativmodell ersetzt wird. Die folgenden Ausführungen haben vor allem die Kernbereiche des Privatrechts im Blick.⁴⁹

⁴⁴ So Mühlbert, AcP 214 (2014) 188, 217 f.

⁴⁵ Vgl. Lars Klöhn, W.-H. Roth und Gerhard Wagner in der Diskussion zu Mühlberts Referat: AcP 214 (2014) 304–306; vgl. auch *Wulf Goette*, Dialog zwischen Rechtswissenschaft und Rechtsprechung in Deutschland am Beispiel des Gesellschaftsrechts, *RabelsZ* 77 (2013) 309–321; Mühlbert, AcP 214 (2014) 291–293. Klöhn weist auf weitere Besonderheiten des gesellschaftsrechtlichen Diskurses hin, Wagner auf die „ganz massiven Nachteile“, die mit der Nähe von Teilen der Rechtswissenschaft zu bestimmten BGH-Senaten verbunden seien.

⁴⁶ So Harm Peter Westermann in der Diskussion zu Mühlberts Referat: AcP 214 (2014) 304. Westermann nennt im Übrigen die Figur der „Rechtsrückbildung“ als besonderes Charakteristikum, das das Gesellschaftsrecht auszeichne.

⁴⁷ In der Tat sind die meisten der heute gängigen juristischen Methodenlehren von Zivilrechtslehrern verfasst worden (Kramer, Pawlowski, Rüthers / Fischer / Birk, Larenz / Canaris, Th. Möllers, Bydlinski, Fikentscher, Schapp); ihnen stehen Werke von Öffentlichrechtlern (Zippelius, Reimer, Alexy, Müller / Christensen) und Strafrechtlern (Vogel) zur Seite. Die „juristische Begründungslehre“ von Koch und Rübmann bietet das seltene Beispiel der Kooperation eines Öffentlich- und eines Privatrechtlers. Nach meiner Erinnerung wurden früher Rechtstheorie und Methodenlehre vor allem von Strafrechtlern gelehrt.

⁴⁸ *Bydlinski*, Juristische Methodenlehre (Fn. 25) 593–597. Auch *Reimer*, Vielfalt und Einheit (Fn. 26) 441–444, bejaht im Ergebnis eine tiefere Einheit in der Pluralität der Methoden.

⁴⁹ Dem Thema „Methoden des Privatrechts“ war die Würzburger Zivilrechtslehrertagung im September 2013 gewidmet: *Gerhard Wagner / Reinhard Zimmermann*, Vorwort: Methoden des Privatrechts, AcP 214 (2014) 1–6. Demgegenüber bezieht sich die Normtheorie und Methodik des Werkes von *Friedrich Müller / Ralph Christensen*, *Juristische Methodik*¹¹ (2013), auch auf das Gebiet des Verfassungsrechts. Dabei gehen *Müller / Christensen* von der These aus, dass die juristische Methodik durch besser entwickelte Methodiken der großen Teilrechtsgebiete voranzubringen sei (ebd. 19).

4. Rechtsdogmatik

Vielfach wird Rechtsdogmatik als „Markenkern“ deutscher Rechtswissenschaft betrachtet;⁵⁰ und sie wird als eine Disziplin beschrieben, „die das positive Recht durchdringen und ordnen will, um rechtliche Arbeit anzuleiten, und jene Fragen zu beantworten sucht, die die Rechtspraxis aufwirft“.⁵¹ Damit entsteht die Frage des Verhältnisses von Methodenlehre und Rechtsdogmatik. In den gängigen Methodenlehren wird dies sehr unterschiedlich bestimmt.⁵² Während Bydlinski sein Werk „Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff“ mit einem ausführlichen Abschnitt über Rechtsdogmatik beginnt⁵³ – er versteht sie als Jurisprudenz im eigentlichen Sinne⁵⁴ – und Hans-Martin Pawlowski seine „Methodenlehre für Juristen“ auf eine Theorie der juristischen Dogmatik zulaufen lässt,⁵⁵ kommt die Rechtsdogmatik in anderen Werken nur am Rande und in ganz unterschiedlichen Zusammenhängen zur Sprache: bei Larenz unter der Überschrift „Wertorientiertes Denken in der Jurisprudenz“,⁵⁶ bei Vogel als Ergebnis „systematischer Auslegungen“ gesetzlicher Normen⁵⁷ und bei Kramer im Rahmen eines dogmengeschichtlichen Rückblicks auf begriffsjuristisches Denken.⁵⁸ Rüthers, Fischer und Birk befassen sich mit Rechtsdogmatik nicht im Rahmen ihrer Rechtsanwendungslehre, sondern im Zusammenhang mit der Frage, ob die Jurisprudenz eine Wissenschaft ist.⁵⁹ Für

⁵⁰ *Matthias Jestaedt*, Wissenschaft im Recht: Rechtsdogmatik im Wissenschaftsvergleich, JZ 2014, 1–12, 4.

⁵¹ So zusammenfassend *Christian Bumke*, Rechtsdogmatik (2017) 1, mit reichen Nachweisen aus der Literatur. Seither *Jörn Ipsen*, Rechtsdogmatik und Rechtsmethodik, in: Rechtsphilosophie und Grundrechtstheorie – Robert Alexys System, hrsg. von Martin Borowski / Stanley L. Paulson / Jan-Reinard Sieckmann (2017) 225–238 („Rechtsdogmatik lässt sich deshalb als Inbegriff der Lehren vom geltenden Recht definieren“; 226); vgl. ferner in demselben Band den Aufsatz von *Nils Jansen*, Der Richtigkeitsanspruch der Privatrechtsdogmatik, 697–718.

⁵² „Eine Abgrenzung von Rechtsdogmatik und Juristischer Methodenlehre wird nur selten versucht“: *Th. Möllers*, Juristische Methodenlehre (Fn.26) 351. Für Möllers selbst sind beides unterschiedliche Disziplinen (3: „Nachbardisziplinen“; 441: „Die Juristische Methodenlehre, aber auch die Rechtsdogmatik [...]“ mit (teilweise?) identischen Aufgaben (471: „Rechtsdogmatik und Juristische Methodenlehre wollen beide den Prozess von Rechtskenntnis, Rechtsfindung und Rechtsschöpfung rationalisieren“), die wie „zwei sich überschneidende Kreise“ zu denken sind (352).

⁵³ *Bydlinski*, Juristische Methodenlehre (Fn. 25) 3–108.

⁵⁴ *Bydlinski*, Juristische Methodenlehre (Fn. 25) 8.

⁵⁵ *Hans-Martin Pawlowski*, Methodenlehre für Juristen³ (1999) 330–420.

⁵⁶ *Larenz*, Methodenlehre (Fn. 5) 224–229 (zudem noch ein Abschnitt mit dem Titel „Zu Niklas Luhmanns Thesen über Rechtsdogmatik“, 229–234).

⁵⁷ *Vogel*, Juristische Methodik (Fn. 35) 123 f.

⁵⁸ *Kramer*, Juristische Methodenlehre (Fn. 27) 179 f.

⁵⁹ *Bernd Rüthers / Christian Fischer / Axel Birk*, Rechtstheorie mit Juristischer Methodenlehre⁹ (2016) 195–204 (unter der etwas enigmatischen Überschrift „Rechtswissenschaft – Jurisprudenz – Rechtsdogmatik“). – Der vorstehende Überblick ist übernommen aus *Reinhard*

Thomas Möllers bedient sich die Methodenlehre der Rechtsdogmatik, wenn sie auf allgemeine Prinzipien zurückgreift.⁶⁰

Führt die Rechtsdogmatik damit jedenfalls in einer Reihe von Anleitungen zur juristischen Methode eine randständige Existenz,⁶¹ so gibt es im übrigen Schrifttum geradezu eine Renaissance der Reflexion über Rechtsdogmatik: sei es, in Reaktion auf die Unzulänglichkeit der tradierten „juristischen Methode“, als deren Ersatz,⁶² sei es, weil die Dogmatik für die Eigenart der deutschen Rechtswissenschaft von so zentraler Bedeutung ist.⁶³ Auch zwei der jüngsten einschlägigen Arbeiten setzen Rechtsdogmatik nicht in ein bestimmtes Verhältnis zur Methodenlehre, halten sie aber offenbar für ein praktisch wie theoretisch bedeutsameres Phänomen. So steht für Martin Flohr die Rechtsdogmatik in Deutschland nach wie vor im Mittelpunkt der Auseinandersetzung mit dem Recht, was sich daran erkennen lasse, dass der Ausdruck „Rechtsdogmatik“ häufig als Synonym für die rechtswissenschaftliche Tätigkeit insgesamt verwendet werde.⁶⁴ Für Christian Bumke sind die Aufgaben der Rechtsdogmatik (Ordnungsbildung, Rechtsanwendung und Rechtserzeugung, Erlernbarkeit und Handhabbarkeit des Rechtsstoffes sowie Speicherung des normativen Erfahrungswissens) zwar teildentisch mit den Themen der juristischen Methodenlehren,

Zimmermann / Gerhard Wagner, Vorwort: Perspektiven des Privatrechts, AcP 216 (2016) 1–12, 1f.

⁶⁰ Th. Möllers, Juristische Methodenlehre (Fn. 26) 351. Auch umgekehrt bediene sich aber die Rechtsdogmatik der klassischen Auslegungskanonnes (352).

⁶¹ Bei Reinhold Zippelius, Juristische Methodenlehre¹¹ (2012), fehlt im Sachregister ein Eintrag zu „Dogmatik“ oder „Rechtsdogmatik“.

⁶² Vgl. die Analyse von Matthias Jestaedt, „Öffentliches Recht“ als wissenschaftliche Disziplin, in: Das Proprium der Rechtswissenschaft, hrsg. von Christoph Engel / Wolfgang Schön (2007) 241–281, 254.

⁶³ Rolf Stürmer, Die Zivilrechtswissenschaft und ihre Methodik – zu rechtsanwendungsbezogenen und zu wenig grundlagenorientierten?, AcP 214 (2014) 7–54, 10f. Stürmer beginnt seine Analyse des gegenwärtigen Standes der Methodenlehre mit einem ausführlichen Abschnitt (10–26) über „[d]ie Bedeutung der Dogmatik“, bevor er sich in einem sehr viel knapperen zweiten Abschnitt (26–29) mit dem „Streit um die Auslegungsmethoden“ befasst. Vgl. auch Bumke, Rechtsdogmatik (Fn. 51) Klappentext: „Die Rechtsdogmatik [...] prägt die deutsche Rechtswissenschaft“; Lennartz, Dogmatik (Fn. 2) 181: „Dogmatik ist die Bezeichnung dessen, was Juristen machen“. Nils Jansen, Rechtsdogmatik im Zivilrecht, in: Enzyklopädie zur Rechtsphilosophie (<<http://www.enzyklopaedie-rechtsphilosophie.net>>, 8.4.2011) Rn. 1, macht zu Recht darauf aufmerksam, dass sich in anderen Sprachen, etwa der englischen, keine unmittelbare Parallele zum deutschen Konzept der Rechtsdogmatik finde (am nächsten wohl: *doctrinal scholarship*); gleichwohl gibt es aber der Sache nach auch in anderen Ländern rechtsdogmatisches Denken, wie für England jüngst Flohr, Rechtsdogmatik (Fn. 8), gezeigt hat. Nach Stürmer, AcP 214 (2014) 7, 11, ist Rechtsdogmatik gültiger Ausdruck jeder rationalen Befassung mit menschlicher Gerechtigkeit, unabhängig von rechtskulturellen Vorgaben.

⁶⁴ Flohr, Rechtsdogmatik (Fn. 8) 34, vgl. auch etwa 39 („dogmatische Methode“). Die vergleichend angelegte Arbeit von Flohr beginnt mit einem tiefdringenden Kapitel zur Rechtsdogmatik in Deutschland (27–69).

greifen gleichzeitig aber weit darüber hinaus.⁶⁵ Die dritte einschlägige Arbeit aus jüngster Zeit versteht demgegenüber Dogmatik geradezu als die spezifische Methode der Rechtsanwendung deutscher Juristen.⁶⁶

Vorliegend wird die Dogmatik als Ergebnis methodengeleiteter Rechtsanwendung verstanden: als eine „Feinsystematik“ juristischer Lehrsätze, die „das Recht zum Ausdruck bringen und dabei zugleich auch einen begrifflichen und gedanklichen Rahmen für den juristischen Diskurs bieten.“⁶⁷ Diese Feinsystematik erleichtert ihrerseits die Anwendung und Fortbildung des Rechts und hat insofern eine Entlastungsfunktion, denn sie macht es überflüssig, immer wieder auf die ihr vorausliegenden Erwägungen zurückzugreifen. Und sie ermöglicht neue juristische Schlüsse⁶⁸ und ist insofern ein produktives Element des Rechts.⁶⁹ Rechtsdogmatik in diesem Sinne bleibt aus den folgenden Erörterungen ausgeklammert.

5. Geistesgeschichtliche Grundlagen

Ebenfalls weitgehend ausgeklammert werden im Folgenden die geistesgeschichtlichen oder theoretischen Grundlagen der deutschen Methodenlehre. Ausgangspunkt war insoweit nach einer verbreiteten Wahrnehmung⁷⁰ die lebensfremde Begriffsjurisprudenz des 19. Jahrhunderts mit ihrem Programm einer konstruktiven Aneignung des juristischen Erbes der Römer, mit ihrem Bemühen um die logische Ableitung neuer Begriffe und Rechts-

⁶⁵ Bumke, Rechtsdogmatik (Fn. 51) 113.

⁶⁶ Lennartz, Dogmatik (Fn. 2) 111–179.

⁶⁷ Nils Jansen, Dogmatik, Erkenntnis und Theorie im europäischen Privatrecht, ZEuP 13 (2005) 750–793, 755. Den Begriff „Feinsystematik“ im Sinne einer „Zwischenschicht“ zwischen Rechtsregel und Kasuistik gebraucht Stürmer, AcP 214 (2014) 7, 11. „Rechtsdogmatik“ bezeichnet insofern das Produkt einer Tätigkeit, kann aber auch die Tätigkeit selbst betreffen; vgl. Jansen, Rechtsdogmatik (Fn. 63) Rn. 2. Zu Rechtsdogmatik als Tätigkeit vgl. etwa Hein Kötz, Rechtsvergleichung und Rechtsdogmatik, in: Rechtsdogmatik und Rechtspolitik, hrsg. von Karsten Schmidt (1990) 75–89, 78.

⁶⁸ Jansen, ZEuP 13 (2005) 750, 755.

⁶⁹ Vgl. Flohr, Rechtsdogmatik (Fn. 8) 27.

⁷⁰ Diese verbreitete Wahrnehmung beruht insbesondere auf der „Meistererzählung“ von Franz Wieacker, *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit*² (1967) V. und VI. Teil. In vielen Punkten setzt sich heute eine revisionistische Sicht durch; dazu im Überblick Joachim Rückert, *Die Schlachtrufe im Methodenkampf – Ein historischer Überblick*, in: *Methodik des Zivilrechts – von Savigny bis Teubner*³, hrsg. von dems. / Ralf Seinecke (2017) 541–608; J. Schröder, *Recht als Wissenschaft* (Fn. 3) 3. und 4. Teil; weitere Nachweise im Folgenden. Über die Entstehung des modernen Methodenparadigmas jüngst auch Lennartz, *Dogmatik* (Fn. 2) 12–41; einen historischen Überblick, der beim säkularen Naturrecht der frühen Neuzeit einsetzt, bietet Jansen, *Richtigkeitsanspruch* (Fn. 51). Zum Stichwort der „Meistererzählung“ in Bezug auf Wieacker vgl. etwa Marietta Auer, *Der privatrechtliche Diskurs der Moderne* (2014) 1; vgl. ferner Viktor Winkler, *Der Kampf gegen die Rechtswissenschaft* (2014); dazu die Buchbesprechung von Reinhard Zimmermann, *RabelsZ* 79 (2015) 686–694.

sätze aus dem vorhandenen Rechtsstoff, mit ihrem Glauben an System und formale Ordnung.⁷¹ Rudolf von Jhering, Georg Friedrich Puchta und Bernhard Windscheid sind immer wieder als Protagonisten einer solchen auf die Binnenperspektive des Rechts verkürzten Sicht identifiziert worden.⁷² Rudolf von Jhering war es aber auch, der die Kritik an dieser Sicht begründete, indem er hervorhob, dass „der Zweck der Schöpfer des gesamten Rechts ist, [und] dass es keinen Rechtssatz gibt, der nicht einem Zweck, d.i. einem praktischen Motiv seinen Ursprung verdankt“.⁷³ Damit begriff Jhering das Recht dezidiert als ein gesellschaftliches Phänomen, betrachtete es also gewissermaßen von außen. Er bereitete damit den Weg für zwei Strömungen, von denen die eine bald versandete, während die andere zum rechtstheoretischen Mainstream avancierte. Dabei handelte es sich zum einen um die Freirechtslehre (vertreten insbesondere durch Eugen Ehrlich, Hermann Kantorowicz und Ernst Fuchs), die die Bindung des Richters an das Gesetz preiszugeben und die Wissenschaftlichkeit des Rechts infrage zu stellen schien;⁷⁴ die andere war die von Philipp Heck begründete Interessenjurisprudenz.⁷⁵ Heck begriff Gesetze als „Resultanten der in jeder Rechtsgemeinschaft einander gegenübertretenden und um Anerkennung ringenden Interessen materieller, nationaler, religiöser und ethischer Richtung“.⁷⁶ Aufgabe des Richters sei es, für den jeweils konkret zu entscheidenden Interessenkonflikt den im Gesetz abstrakt entschiedenen Interessenkonflikt in

⁷¹ Die Begriffsjurisprudenz, assoziiert in der Regel mit der Pandektenwissenschaft, entstand aus der Historischen Rechtsschule; dazu nunmehr *Hans-Peter Haferkamp*, Die Historische Rechtsschule (2018); vgl. auch den Überblick von *Thomas Riefner*, Historische Rechtsschule, in: Handwörterbuch des Europäischen Privatrechts (Fn. 4) 829–833.

⁷² Revidiert werden die herkömmlichen Bilder von *Hans-Peter Haferkamp*, Georg Friedrich Puchta und die „Begriffsjurisprudenz“ (2004); *Nils Jansen / Mathias Reimann*, Begriff und Zweck in der Jurisprudenz, ZEuP 26 (2018) 88–129; und *Ulrich Falk*, Ein Gelehrter wie Windscheid: Erkundungen auf den Feldern der sogenannten Begriffsjurisprudenz² (1999); vgl. ferner die Beiträge von *Hans-Peter Haferkamp* (zu Puchta), *Ralf Seinecke* (zu Jhering) und *Joachim Rückert* (zu Windscheid), in: Methodik des Zivilrechts – von Savigny bis Teubner (Fn. 70) 96–120, 148–176, 121–147; außerdem *Joachim Rückert*, Windscheid – verehrt, verstoßen, vergessen, rätselhaft?, JZ 2017, 662–670.

⁷³ *Rudolf von Jhering*, Der Zweck im Recht² (1884) v.

⁷⁴ Grundlegende Neubewertung nunmehr bei *Marietta Auer*, Der Kampf um die Wissenschaftlichkeit der Rechtswissenschaft – Zum 75. Todestag von Hermann Kantorowicz, ZEuP 23 (2015) 772–805.

⁷⁵ *Heinrich Schoppmeyer*, Juristische Methode als Lebensaufgabe: Leben, Werk und Wirkungsgeschichte Philipp Hecks (2001); *Marietta Auer*, Methodenkritik und Interessenjurisprudenz: Philipp Heck zum 150. Geburtstag, ZEuP 16 (2008) 517–533; *Jutta Manegold*, Methode und Zivilrecht bei Philipp Heck (1858–1943), in: Methodik des Zivilrechts – von Savigny bis Teubner (Fn. 70) 177–202. *Rückert*, Schlachtrufe (Fn. 70), hält die Interessenjurisprudenz für die „wohl folgenreichste Neuorientierung der neueren Methodengeschichte“.

⁷⁶ *Philipp Heck*, Gesetzesauslegung und Interessenjurisprudenz, AcP 112 (1914) 1–313, 17. In dieser Erkenntnis bestehe der Kern der Interessenjurisprudenz.

„denkende[m] Gehorsam“⁷⁷ zu konkretisieren. Heute wird demgegenüber betont, dass jedem Gesetz bestimmte Wertungen zugrunde liegen, die bei der Auslegung und Fortbildung des Gesetzes zu berücksichtigen sind.⁷⁸ Die deshalb so genannte Wertungsjurisprudenz versteht sich als zeitgemäße Fortentwicklung der Interessenjurisprudenz und liegt der deutschen Zivilrechtswissenschaft im Großen und Ganzen jedenfalls unausgesprochen zugrunde.

6. Kern der Methodenlehre

Der Inhalt von Vorlesungen oder Lehrbüchern zur juristischen Methodenlehre kann sehr unterschiedlich sein. Die Vorlesung, die ich selbst im Wintersemester 1972/73 in meinem zweiten Studiensemester an der Universität Hamburg gehört habe, begann mit „Vorüberlegungen zur Lehre vom Begriff“, befasste sich dann mit Themen wie der „Sozialbezogenheit des Verstehens und Tradition“ oder „System und Ganzheit“, bevor schließlich auf den Begriff der Lücke im Recht sowie auf objektive und subjektive Auslegungstheorien eingegangen wurde. Vieles ging über unsere Köpfe hinweg. Auch heute variiert der Zuschnitt dessen, was unter einem Titel wie „Juristische Methodenlehre“ geboten wird. So beginnt etwa Kramer mit einem Kapitel unter der Überschrift „Was heißt und zu welchem Ende studiert man ‚Juristische Methodenlehre‘“,⁷⁹ (Larenz-)Canaris mit einer „[a]llgemeine[n] Charakteristik der Jurisprudenz“,⁸⁰ Bydlinski (wie bereits erwähnt) mit Ausführungen zur „Rechtsdogmatik im allgemeinen“,⁸¹ Zippelius mit einem Kapitel über „Begriff und Funktion des Rechts“,⁸² Hans-Martin Pawlowski mit einem ganzen Buch, das „Theorie der Norm“ überschrieben ist,⁸³ Vogel mit Kapitel 1 zu „Tatsachen und Recht“⁸⁴ und Möllers mit einem Abschnitt über „Juristische Methodenlehre als Begründungs- und Legitimationslehre“.⁸⁵ Hans-Joachim Koch und Helmut Rüb-

⁷⁷ Heck, AcP 112 (1914) 1, 20.

⁷⁸ Vgl. etwa Larenz, Methodenlehre (Fn. 5) 119–125 („[...] insoweit heute nahezu unbestritten und besonders in der Rechtsprechung anerkannt“). Zur Entwicklung vgl. Jens Petersen, Von der Interessenjurisprudenz zur Wertungsjurisprudenz (2001).

⁷⁹ Kramer, Juristische Methodenlehre (Fn. 27) 35–56; vgl. auch Reimer, Juristische Methodenlehre (Fn. 35) 21–51 („Wozu und in welchem Sinne ‚Juristische Methodenlehre?‘“).

⁸⁰ Karl Larenz / Claus-Wilhelm Canaris, Methodenlehre der Rechtswissenschaft³ (1995) 11–69. Es handelt sich bei diesem Buch um eine Studienausgabe der „Methodenlehre der Rechtswissenschaft“ von Karl Larenz (Fn. 5), die deren systematischen Teil enthält.

⁸¹ Bydlinski, Juristische Methodenlehre (Fn. 25) 3–108.

⁸² Zippelius, Juristische Methodenlehre (Fn. 61) 1–21.

⁸³ Pawlowski, Methodenlehre (Fn. 55) 1–181.

⁸⁴ Vogel, Juristische Methodik (Fn. 35) 1–35.

⁸⁵ Th. Möllers, Juristische Methodenlehre (Fn. 26) 1–34.

mann haben eine „Juristische Begründungslehre“ vorgelegt, Robert Alexy eine „Theorie der juristischen Argumentation“, Martin Kriele eine „Theorie der Rechtsgewinnung“; sie alle behandeln damit „das Kernproblem der juristischen Methodenlehre“.⁸⁶ Auch im Einzelnen ist vieles – manche würden sagen: so gut wie alles – streitig oder ungeklärt. Seltsam ist bei alledem, dass die zuvor erwähnten geistesgeschichtlichen und theoretischen Grundlagen nur in einigen der gängigen Methodenlehrbücher – vor allem bei Bydlinski, Larenz und Rüthers / Fischer / Birk⁸⁷ und besonders ausführlich bei Fikentscher⁸⁸ – eigenständig thematisiert werden. Ansonsten finden sich, wenn überhaupt, nur relativ knappe Hinweise im Rahmen der Ausführungen zur Bedeutung des Gesetzeszwecks bei der Auslegung.⁸⁹

Man muss deshalb insgesamt wohl konstatieren, dass der deutsche Jurist im Besitz einer einheitlichen, allgemein anerkannten Methode nicht ist. „Das Methodenproblem“, so Rüthers, Fischer und Birk,⁹⁰ „ist eine der vernachlässigsten Grundsatzfragen der deutschen Gerichtspraxis und Rechtswissenschaft“. Damit hängen auch immer wiederkehrende Selbstzweifel an der Wissenschaftlichkeit der Rechtswissenschaft zusammen; ebenso die immer wiederkehrenden Versuche, sich des Propriums der Rechtswissenschaft zu vergewissern.⁹¹

⁸⁶ So ausdrücklich *Robert Alexy*, *Theorie der juristischen Argumentation*³ (1996) 2; vgl. auch *Hans-Joachim Koch / Helmut Rießmann*, *Juristische Begründungslehre* (1982) 2; *Martin Kriele*, *Theorie der Rechtsgewinnung* (1967) 21–23 (spezifisch bezogen auf das Verfassungsrecht und die „verfassungsrechtliche Methode“).

⁸⁷ Bydlinski befasst sich im zweiten Teil seiner *Juristischen Methodenlehre* (Fn. 25) mit den „methodologischen Hauptströmungen“, im dritten Teil mit den „skeptischen Gegenströmungen“. Larenz widmet den gesamten ersten („historisch-kritischen“) Teil seiner *Methodenlehre* dem Thema „Rechtstheorie und Methodenlehre in Deutschland seit Savigny“; dieser Teil ist in der Studienausgabe von *Larenz / Canaris* (Fn. 80) gestrichen. Rüthers / Fischer / Birk nennen ihr Werk „Rechtstheorie“ mit dem kleingedruckten Zusatz „mit Juristischer Methodenlehre“. Die Diskussion der methodologischen Hauptströmungen ist Teil eines Kapitels, das unter der (m. E. etwas unglücklichen) Überschrift „Geltung des Rechts“ steht und das dem Kapitel über die „Rechtsanwendung“ (= Methodenlehre) vorangeht. Zu den von Bydlinski so genannten skeptischen Gegenströmungen vgl. *Rückert*, *Schlachtrufe* (Fn. 70) 574–603.

⁸⁸ *Fikentscher*, *Methoden des Rechts* (Fn. 19) Kap. 19–27.

⁸⁹ So etwa bei *Kramer*, *Juristische Methodenlehre* (Fn. 27) 169–180; *Th. Möllers*, *Juristische Methodenlehre* (Fn. 26) 157–159; vgl. auch *Vogel*, *Auslegung von Gesetzen* (Fn. 10) 215–218. Pawlowski erwähnt einleitend sehr knapp (2–6) Begriffs-, Interessen- und Wertungsjurisprudenz unter der Überschrift „Aufgaben einer Methodenlehre für Juristen“ und kommt dann nur noch punktuell auf diese Strömungen zu sprechen: insbesondere Subsumtionsmodell (68–72), Analogiemodell (215–217). *Vogel*, *Juristische Methodik* (Fn. 35) 2, verzichtet ausdrücklich auf eine Darstellung der „Methodentheorien [...] als solchen“; keine einschlägigen Ausführungen bei *Schapp* und *Zippelius*.

⁹⁰ *Rüthers / Fischer / Birk*, *Rechtstheorie* (Fn. 59) 394.

⁹¹ Vgl. dazu vor allem: *Das Proprium der Rechtswissenschaft* (Fn. 62); vgl. ferner etwa: *Rechtswissenschaftstheorie*, hrsg. von *Matthias Jestaedt / Oliver Lepsius* (2008); *Selbstreflexi-*

Immerhin lassen sich aber durch einen Vergleich der gängigen juristischen Methodenlehren eine Reihe von Fragen und Themen identifizieren, die im Zentrum der Diskussion stehen und die damit auch den intellektuellen Horizont eines deutschen Juristen prägen oder doch prägen sollten, der, um nochmals § 5a Deutsches Richtergesetz zu zitieren, mit den „rechtswissenschaftlichen Methoden“ vertraut zu sein hat. Nur darum kann es im Folgenden gehen – und damit gewissermaßen um eine Folie, vor der die Gemeinsamkeiten und Unterschiede der Methodenlehren in den anderen in diesem Symposium zu behandelnden Jurisdiktionen deutlich werden. Im Mittelpunkt stehen die Probleme der Rechtsanwendung und -fortbildung – sie bilden den Kern dessen, was in Deutschland unter „juristischer Methodenlehre“ verstanden wird.⁹²

III. Die Auslegung von Gesetzen

1. Wortsinngrenze und Auslegungskanon

Seit dem Inkrafttreten der großen Kodifikationen des Zivilrechts gilt in den deutschsprachigen Ländern das Gesetz als zentrale Rechtsquelle.⁹³ Alle Methodenlehrbücher befassen sich deshalb ausführlich mit der Auslegung von Gesetzen.⁹⁴ Diesem Abschnitt über die Gesetzesauslegung folgt traditionell ein eigenständiger, weiterer Abschnitt über „Methoden richterlicher Rechtsfortbildung“ (Larenz/Canaris), „Ergänzende Rechtsfortbildung“ (Bydlinski), „Richterrecht“ (Kramer) oder „Rechtsanwendung im Lückenbereich“ und „Richterliche Gesetzesabweichungen“ (Rüthers/Fischer/Birk).⁹⁵ Grenze der Auslegung ist nach herrschender Auffassung der noch

on der Rechtswissenschaft, hrsg. von Eric Hilgendorf/Helmuth Schulze-Fielitz (2015). *Flohr*, Rechtsdogmatik (Fn. 8) 32, sieht darin ein Krisensymptom.

⁹² So insbesondere auch *Lennartz*, Dogmatik (Fn. 2) 5, 72–95, für den diese Erkenntnis den Ausgangspunkt seiner kritischen Analyse bildet.

⁹³ Vgl. z. B. *Axel Metzger*, Rechtsquellen (des europäischen Privatrechts), in: Handwörterbuch des Europäischen Privatrechts (Fn. 4) 1261–1265, 1262. *J. Schröder*, Recht als Wissenschaft (Fn. 3) 203, weist darauf hin, dass schon nach den Juristen des späten 17. und 18. Jahrhunderts, die sich alles Recht als Befehl und Willen eines Gesetzgebers dachten, das Gesetz „die beherrschende Rechtsquelle“ war. In der historischen Rechtsschule habe es diesen Vorrang verloren und sei in die Theorie von der Entstehung des Rechts im Volksbewusstsein eingegliedert worden.

⁹⁴ Vgl. etwa *Larenz/Canaris*, Methodenlehre (Fn. 80) Kap. 4; *Bydlinski*, Juristische Methodenlehre (Fn. 25) 3. Buch, 2. Teil; *Fikentscher*, Methoden des Rechts (Fn. 19) Kap. 29, III.; *Koch/Rüßmann*, Juristische Begründungslehre (Fn. 86) §§ 16–20; *Kramer*, Juristische Methodenlehre (Fn. 27) II.; *Rüthers/Fischer/Birk*, Rechtslehre (Fn. 59) § 22; *Reimer*, Juristische Methodenlehre (Fn. 35) C.; *Th. Möllers*, Juristische Methodenlehre (Fn. 26) § 4; *J. Schröder*, Recht als Wissenschaft (Fn. 3) 345–373.

⁹⁵ Vgl. auch *Fikentscher*, Methoden des Rechts (Fn. 19) 701; *Koch/Rüßmann*, Juristische

mögliche Wortsinn der zu interpretierenden Norm.⁹⁶ Freilich wird immer wieder darauf hingewiesen, dass Auslegung und Rechtsfortbildung ineinander übergehen bzw. nicht wesensverschieden seien. So begreifen Larenz / Canaris die Rechtsfortbildung als Fortsetzung der Auslegung;⁹⁷ Bydlinksi spricht von einer „teilweise bestehenden strukturell-logischen Übereinstimmung der Denkvorgänge“.⁹⁸

Die Rechtsanwendung innerhalb des noch möglichen Wortsinns wird demnach nicht selten auch als „einfache“⁹⁹ oder „eigentliche“¹⁰⁰ Auslegung, Auslegung im „engeren“¹⁰¹ oder im „strengen“¹⁰² Sinn bezeichnet. Hier spielen vier Auslegungselemente oder „Kanones“ eine zentrale Rolle, für die zumeist der Abschnitt über die „Grundregeln der Auslegung“ im „System des heutigen Römischen Rechts“ von Friedrich Carl von Savigny einen historischen Anknüpfungspunkt bietet.¹⁰³ Savigny hatte dort zwischen dem

Begründungslehre (Fn. 86) 246; Hager, Rechtsmethoden (Fn. 11) 309 („Rechtsfortbildung“); J. Schröder, Recht als Wissenschaft (Fn. 3) 374 („Die Grenzen der Interpretation: Die Rechtsfindung neben dem Gesetz“); Reimer, Juristische Methodenlehre (Fn. 35) 117–210 („Rechtsvorschriften interpretieren“), 247–267 („Das Recht fortbilden“). Weniger deutlich in der Abgrenzung Th. Möllers, Juristische Methodenlehre (Fn. 26), der „einfache Formen der Rechtsfortbildung“ noch unter „Auslegung“ fasst, im Übrigen einen umfangreichen Abschnitt seines Werkes der „Konkretisierung von Recht“ widmet und schließlich auf „Grenzen der Rechtsfortbildung“ zu sprechen kommt. Auch Reimer, Juristische Methodenlehre (Fn. 35) 219–246, schiebt einen Abschnitt über „Das Recht konkretisieren“ zwischen seine Ausführungen über Auslegung und Rechtsfortbildung ein. Vgl. allgemein auch Vogenauer, Auslegung von Gesetzen (Fn. 10) 141–146.

⁹⁶ Larenz / Canaris, Methodenlehre (Fn. 80) 145, 187; Bydlinksi, Juristische Methodenlehre (Fn. 25) 468; Kramer, Juristische Methodenlehre (Fn. 27) 191; Zippelius, Juristische Methodenlehre (Fn. 61) 50; Vogel, Juristische Methodik (Fn. 35) 117; Th. Möllers, Juristische Methodenlehre (Fn. 26) 112; Müller / Christensen, Juristische Methodik (Fn. 49) 526; vgl. ferner Jörg Neuner, Die Rechtsfortbildung contra legem² (2005) 90–103; ausdrücklich dagegen (weil dadurch der Normtext gegenüber der Norm übersteigert werde) Reimer, Juristische Methodenlehre (Fn. 35) 249; vgl. auch Kriele, Theorie (Fn. 86) 221–227.

⁹⁷ Larenz / Canaris, Methodenlehre (Fn. 80) 187.

⁹⁸ Bydlinksi, Juristische Methodenlehre (Fn. 25) 468. Vgl. ferner Kramer, Juristische Methodenlehre (Fn. 27) 192 (Übergänge zwischen Auslegung und Rechtsfortbildung fließend); Vogel, Juristische Methodik (Fn. 35) 133 (strukturgleich); Th. Möllers, Juristische Methodenlehre (Fn. 26) 112 (ineinander übergehende Stufen des Rechtsfindungsverfahrens); Reimer, Juristische Methodenlehre (Fn. 35) 248 (nicht scharf zu ziehende Abgrenzung); vgl. auch die Analyse bei Vogenauer, Auslegung von Gesetzen (Fn. 10) 142–146.

⁹⁹ Larenz / Canaris, Methodenlehre (Fn. 80) 187.

¹⁰⁰ Kramer, Juristische Methodenlehre (Fn. 27) 191; Rüthers / Fischer / Birk, Rechtstheorie (Fn. 59) 442 („Auslegung im eigentlichen Sinne“).

¹⁰¹ Th. Möllers, Juristische Methodenlehre (Fn. 26) 112.

¹⁰² Zippelius, Juristische Methodenlehre (Fn. 61) 50. Ähnlich bereits die Glossatoren mit ihrer Unterscheidung von Auslegung im „eigentlichen“ und im „weiteren“ Sinne. Zu der einen gehörte die *interpretatio declarativa*, zu der anderen gehörten *interpretatio extensiva* und *restrictiva*; dazu unten IV.1., bei Fn. 178.

¹⁰³ Vgl. z. B. Larenz / Canaris, Methodenlehre (Fn. 80) 140; Kramer, Juristische Methodenlehre (Fn. 27) 60; Rüthers / Fischer / Birk, Rechtstheorie (Fn. 59) 424–428; Zippelius, Juristische

grammatischen, dem logischen, dem historischen und dem systematischen Element unterschieden.¹⁰⁴ Daraus ist heute die nur teilweise identische Unterteilung in sprachlich-grammatikalische, systematische, historische und („objektiv“-)teleologische Interpretation geworden.¹⁰⁵

2. Grammatische und systematische Auslegung

Der Wortlaut einer Norm bildet normalerweise den Ausgangspunkt des Auslegungsprozesses.¹⁰⁶ Dabei kann der allgemeine, aber auch ein besonderer juristischer Sprachgebrauch eine Rolle spielen.¹⁰⁷ Grundsätzlich ist jeder Rechtssatz auslegungsbedürftig;¹⁰⁸ eine Eindeutigkeitsregel oder *sens clair*-Doktrin wird jedenfalls in der Lehre ganz überwiegend abgelehnt.¹⁰⁹ Als hilfreich empfunden wird gleichzeitig vielfach die auf Philipp Heck zurückgehende Unterscheidung von „Bedeutungskern“ und „Bedeutungshof“¹¹⁰ oder die daran anknüpfende Unterteilung eindeutig subsumierbarer, ein-

Methodenlehre (Fn. 61) 35–37; *Reimer*, Juristische Methodenlehre (Fn. 35) 138–142; *Th. Möllers*, Juristische Methodenlehre (Fn. 26) 107–109.

¹⁰⁴ *Friedrich Carl von Savigny*, System des heutigen Römischen Rechts, Bd. I (1840) 212–216. Dazu aus heutiger Sicht *Kriele*, Theorie (Fn. 86) 67–84; *Joachim Rückert*, Methode und Zivilrecht beim Klassiker Savigny (1779–1861), in: Methodik des Zivilrechts – von Savigny bis Teubner (Fn. 70) 53–95; vgl. auch *Vogener*, Auslegung von Gesetzen (Fn. 10) 438–457; *J. Schröder*, Recht als Wissenschaft (Fn. 3) 228 f., 230–238.

¹⁰⁵ *J. Schröder*, Recht als Wissenschaft (Fn. 3) 352–370; *Fikentscher*, Methoden des Rechts (Fn. 19) 668–681; *Larenz / Canaris*, Methodenlehre (Fn. 80) 141–159; *Bydlinski*, Juristische Methodenlehre (Fn. 25) 141–159, 436–461; *Alexy*, Theorie (Fn. 86) 268–307; *ders.*, Juristische Interpretation, in: *ders.*, Recht, Vernunft, Diskurs: Studien zur Rechtsphilosophie (1995) 84–89; *Müller / Christensen*, Juristische Methodik (Fn. 49) 327–401; *Kramer*, Juristische Methodenlehre (Fn. 27) 60–189; *Vogel*, Juristische Methodik (Fn. 35) 114–130; *Reimer*, Juristische Methodenlehre (Fn. 35) 142–183; vgl. auch *Koch / Rießmann*, Juristische Begründungslehre (Fn. 86) 166–236; *Martens*, Methodenlehre (Fn. 1) 329–331; und den Ratschlag von *Joachim Rückert / Ralf Seinecke*, Zwölf Methodenregeln für den Ernstfall, in: Methodik des Zivilrechts – von Savigny bis Teubner (Fn. 70) 39–51, 43 f.

¹⁰⁶ Vgl. etwa *Larenz / Canaris*, Methodenlehre (Fn. 80) 141; *Kramer*, Juristische Methodenlehre (Fn. 27) 61; *Rüthers / Fischer / Birk*, Rechtstheorie (Fn. 59) 444; *Th. Möllers*, Juristische Methodenlehre (Fn. 26) 113. Allgemein zum Verhältnis alltagssprachlicher und fachsprachlicher Bedeutungen zuletzt *Thilo Kuntz*, Die Grenze zwischen Auslegung und Rechtsfortbildung aus sprachphilosophischer Perspektive, AcP 215 (2015) 387–449, 392–405.

¹⁰⁷ Vgl. etwa *Larenz / Canaris*, Methodenlehre (Fn. 80) 141–145; *Bydlinski*, Juristische Methodenlehre (Fn. 25) 437–442; *Kramer*, Juristische Methodenlehre (Fn. 27) 90–92; *Vogener*, Auslegung von Gesetzen (Fn. 10) 30.

¹⁰⁸ *Rüthers / Fischer / Birk*, Rechtstheorie (Fn. 59) 444; *Reimer*, Juristische Methodenlehre (Fn. 35) 142.

¹⁰⁹ *Rüthers / Fischer / Birk*, Rechtstheorie (Fn. 59) 445; *Kramer*, Juristische Methodenlehre (Fn. 27) 88; *Vogener*, Auslegung von Gesetzen (Fn. 10) 51–54; *Th. Möllers*, Juristische Methodenlehre (Fn. 26) 118 f., 194 f.

¹¹⁰ *Heck*, AcP 112 (1914) 1, 46, 173; vgl. heute etwa *Bydlinski*, Juristische Methodenlehre (Fn. 25) 118 f., 437 f.

deutig ausschließbarer und zweifelhafter Fälle.¹¹¹ Betont wird auch die Kontextabhängigkeit des Wortlauts.¹¹²

Die Wortlautauslegung steht damit also in einem engen Zusammenhang mit der systematischen Auslegung und das heißt mit der Erkenntnis, dass einzelne Rechtssätze aus ihrer Stellung und Funktion im Regelungsgefüge eines Gesetzes oder auch der Gesamtrechtsordnung zu verstehen sind.¹¹³ Im Zusammenhang mit der systematischen Auslegung werden bestimmte Argumentationsformen erörtert wie insbesondere der Umkehrschluss (*argumentum e contrario*) und der Erst-recht-Schluss (*argumentum a fortiori*),¹¹⁴ ferner Maximen wie diejenige, dass im Zweifel eine wirkungserhaltende Auslegung zu wählen ist¹¹⁵ oder dass Ausnahmenvorschriften eng auszulegen sind.¹¹⁶ Hinzu kommen für Fälle von Normkollisionen die Regeln *lex posterior derogat legi priori* und *lex specialis derogat legi generali*.¹¹⁷ Hinzu kommt aber auch der übergreifende Gesichtspunkt der „Einheit der Rechtsordnung“ als eines nicht nur vom Gesetzgeber, sondern auch vom Rechtsanwender anzu-

¹¹¹ Koch / Rüßmann, Juristische Begründungslehre (Fn. 86) 194–201; vgl. auch etwa Kramer, Juristische Methodenlehre (Fn. 27) 62–68; Reimer, Juristische Methodenlehre (Fn. 35) 155; Th. Möllers, Juristische Methodenlehre (Fn. 26) 114f.; Vogenauer, Auslegung von Gesetzen (Fn. 10) 54. Dagegen Kuntz, AcP 215 (2015) 387, 448f.

¹¹² Vgl. etwa Larenz / Canaris, Methodenlehre (Fn. 80) 145, 148; Vogel, Juristische Methodik (Fn. 35) 116; Rüthers / Fischer / Birk, Rechtslehre (Fn. 59) 451; Reimer, Juristische Methodenlehre (Fn. 35) 149; Martens, Methodenlehre (Fn. 1) 332f.; Reinhard Zimmermann, Text und Kontext, RabelsZ 78 (2014) 315–328, 325.

¹¹³ Zur systematischen Auslegung Larenz / Canaris, Methodenlehre (Fn. 80) 145–149; Bydlinski, Juristische Methodenlehre (Fn. 25) 442–448; Zippelius, Juristische Methodenlehre (Fn. 61) 42–47; Vogenauer, Auslegung von Gesetzen (Fn. 10) 33–43; Kramer, Juristische Methodenlehre (Fn. 27) 92–125; Rüthers / Fischer / Birk, Rechtslehre (Fn. 59) 451–477; Reimer, Juristische Methodenlehre (Fn. 35) 156–168; Th. Möllers, Juristische Methodenlehre (Fn. 26) 126–139; monografisch Clemens Höpfner, Die systemkonforme Auslegung (2008).

¹¹⁴ Vogel, Juristische Methodik (Fn. 35) 121; Reimer, Juristische Methodenlehre (Fn. 35) 159–161. Andere rechnen diese Argumente dem Bereich der Rechtsfortbildung bzw. Lückenfüllung zu: Larenz / Canaris, Methodenlehre (Fn. 80) 208–210; Rüthers / Fischer / Birk, Rechtslehre (Fn. 59) 537–539; Kramer, Juristische Methodenlehre (Fn. 27) 219–224; Th. Möllers, Juristische Methodenlehre (Fn. 26) 221f., 226f. (unter der Überschrift „[...] einfache Formen der Rechtsfortbildung“).

¹¹⁵ Bydlinski, Juristische Methodenlehre (Fn. 25) 444f.; Reimer, Juristische Methodenlehre (Fn. 35) 161–163; Kramer, Juristische Methodenlehre (Fn. 27) 113–116.

¹¹⁶ Diese Auslegungsmaxime (die auf die Parömie „singularia non sunt extendenda“ zurückgeht; dazu Karlheinz Muscheler, Singularia non sunt extendenda, in: FS Heinrich Wilhelm Kruse (2001) 135–160) wird ganz überwiegend abgelehnt: Bydlinski, Juristische Methodenlehre (Fn. 25) 440; Kramer, Juristische Methodenlehre (Fn. 27) 224–227; Th. Möllers, Juristische Methodenlehre (Fn. 26) 134, 201f.; vgl. aber auch Vogenauer, Auslegung von Gesetzen (Fn. 10) 66f.; Reimer, Juristische Methodenlehre (Fn. 35) 166–168.

¹¹⁷ Bydlinski, Juristische Methodenlehre (Fn. 25) 465 (*lex specialis*-Regel); Kramer, Juristische Methodenlehre (Fn. 27) 116–125; Rüthers / Fischer / Birk, Rechtslehre (Fn. 59) 472–474; Th. Möllers, Juristische Methodenlehre (Fn. 26) 137; vgl. auch Vogel, Juristische Methodik (Fn. 35) 61–64; Reimer, Juristische Methodenlehre (Fn. 35) 105–109, 115f.

strebenden Ideals.¹¹⁸ Zu berücksichtigen ist dabei der Stufenbau der Rechtsordnung, und das bedeutet unter anderem, dass niederrangiges Recht im Einklang mit höherrangigem (positivem) Recht auszulegen ist. Was den innerstaatlichen Bereich betrifft, lässt sich somit insbesondere das Gebot der verfassungskonformen Auslegung privatrechtlicher Normen in den gedanklichen Zusammenhang der systematischen Auslegung stellen.¹¹⁹ Daneben gibt es transnationales Recht, das bei der Auslegung nationalen Rechts zu berücksichtigen ist. Hier ist insbesondere die unionsrechtskonforme Auslegung zu nennen, wobei die richtlinienkonforme Auslegung in der praktischen Rechtsanwendung angesichts der Vielzahl von privatrechtlichen Normen, die auf europäischem Richtlinienrecht beruhen, eine besonders wichtige Rolle spielt.¹²⁰

3. Historische Auslegung

Im Rahmen der historischen Auslegung geht es einerseits darum, möglichst präzise den Willen des historischen Gesetzgebers zu ermitteln. In diesem Zusammenhang spielen die Gesetzgebungsmaterialien eine zentrale Rolle.¹²¹ Andererseits können aber auch Vorgängernormen oder die gemeinrechtliche Position, die der Gesetzgeber vorfand und auf die er in der einen oder anderen Weise reagierte, kann damit also auch die dogmengeschichtliche Perspektive insgesamt,¹²² für das Verständnis einer Norm hilfreich sein. Gelegentlich werden diese beiden Aspekte als genetische und

¹¹⁸ *Kramer*, Juristische Methodenlehre (Fn. 27) 92–96; *Rüthers / Fischer / Birk*, Rechtstheorie (Fn. 59) 474–476; *Reimer*, Juristische Methodenlehre (Fn. 35) 161–163f.; *Th. Möllers*, Juristische Methodenlehre (Fn. 26) 126–129; vgl. auch *Vogel*, Juristische Methodik (Fn. 35) 58–64.

¹¹⁹ So *Vogel*, Juristische Methodik (Fn. 35) 122; *Kramer*, Juristische Methodenlehre (Fn. 27) 108–113; *Rüthers / Fischer / Birk*, Rechtstheorie (Fn. 59) 467f.; *Vogenaier*, Auslegung von Gesetzen (Fn. 10) 35–37; *Höpfner*, Systemkonforme Auslegung (Fn. 113) 171–216. Als eigenständiges Kriterium verstehen das Gebot der verfassungskonformen Auslegung *Larenz / Canaris*, Methodenlehre (Fn. 80) 159–163; *Th. Möllers*, Juristische Methodenlehre (Fn. 26) 129, 255–259 („wegen der überragenden Bedeutung“); *Reimer*, Juristische Methodenlehre (Fn. 35) 276–282. *Bydlinski*, Juristische Methodenlehre (Fn. 25) 455–457, sieht darin eine „Abart der systematisch-teleologischen Interpretation“.

¹²⁰ Dazu etwa *Rüthers / Fischer / Birk*, Rechtstheorie (Fn. 59) 468–471; *Reimer*, Juristische Methodenlehre (Fn. 35) 287–291; *Th. Möllers*, Juristische Methodenlehre (Fn. 26) 281–288; *Müller / Christensen*, Juristische Methodik (Fn. 49) 443–494; *Vogenaier*, Auslegung von Gesetzen (Fn. 10) 41–43; *Höpfner*, Systemkonforme Auslegung (Fn. 113) 249–320; *Häger*, Rechtsmethoden (Fn. 11) 249–282. Zusätzlich zu nennen ist die völkerrechtskonforme Auslegung; vgl. etwa *Vogenaier*, Auslegung von Gesetzen (Fn. 10) 37–41; *Reimer*, Juristische Methodenlehre (Fn. 35) 291–297; *Höpfner*, Systemkonforme Auslegung (Fn. 113) 349–378.

¹²¹ Dazu die Beiträge in: *Mysterium „Gesetzesmaterialien“*, hrsg. von Holger Fleischer (2013); *Tino Frieling*, Gesetzesmaterialien und Wille des Gesetzgebers (2017); vgl. auch *Zimmermann*, RabelsZ 78 (2014) 315, 316–324.

¹²² So ausdrücklich auch *Kramer*, Juristische Methodenlehre (Fn. 27) 147 Fn. 407.

historische Interpretation (im weiteren Sinne) bezeichnet.¹²³ Diese terminologische Unterscheidung darf jedoch nicht zu dem Missverständnis verleiten, dass beide Aspekte sich sauber voneinander trennen ließen. Der dogmengeschichtliche Hintergrund ist vielmehr für die Einschätzung des spezifischen Profils einer gesetzgeberischen Entscheidung von nicht zu unterschätzender Bedeutung: Welche Lösungswege standen dem Gesetzgeber für das Regelungsproblem offen, mit dem er konfrontiert war; und welchen dieser Lösungswege wählte er und warum? Derartige Fragen lassen sich vielfach nicht allein unter Rückgriff auf die Gesetzesmaterialien beantworten.¹²⁴

4. „Objektiv“-teleologische Auslegung

Besonders beliebt ist in Deutschland die „objektiv“-teleologische Auslegung; sie wird nicht selten geradezu als Königsweg zur Erzielung sachgerechter Ergebnisse betrachtet.¹²⁵ Die teleologische Auslegung sucht nach dem Sinn und Zweck eines Gesetzes, nach der *ratio legis*. Freilich wird diese *ratio legis* unabhängig von irgendwelchen tatsächlich existierenden Personen oder Körperschaften, die am Erlass des Gesetzes beteiligt waren, danach bestimmt, was im Zeitpunkt der Entscheidung dem Entscheidenden als vernünftig bzw. im Rahmen der geltenden Rechtsordnung objektiv geboten erscheint.¹²⁶ Damit liegt jedoch eine besondere Gefahr auf der Hand, die mit

¹²³ *Alexy*, Theorie (Fn. 86) 291–295; *Vogel*, Juristische Methodik (Fn. 35) 128–130; *Reimer*, Juristische Methodenlehre (Fn. 35) 168–173; *Th. Möllers*, Juristische Methodenlehre (Fn. 26) 140–149; vgl. auch *Kramer*, Juristische Methodenlehre (Fn. 27) 147 („Entstehungsgeschichte des Gesetzes und – darüber hinausgehend – seine rechtsgeschichtliche Genese“); *Vogenaier*, Auslegung von Gesetzen (Fn. 10) 31f. Die Terminologie im Hinblick auf das, was hier als historische Interpretation im weiteren Sinne bezeichnet wird, ist uneinheitlich. Wie hier *Vogel*; anders (historische Auslegung im engeren Sinne) *Reimer* und *Möllers*. – Ganz auf die „Regelungsabsicht, Zwecke und Normvorstellungen des historischen Gesetzgebers“ fokussiert noch etwa *Larenz / Canaris*, Methodenlehre (Fn. 80) 149–153; *Bydlinski*, Juristische Methodenlehre (Fn. 25) 449–453.

¹²⁴ Vgl. auch bereits *Zimmermann*, *RabelsZ* 78 (2014) 315, 324–327. Der Historisch-kritische Kommentar zum BGB, hrsg. von Mathias Schmoekel/Joachim Rückert/Reinhard Zimmermann, Bd. I (2003), Bd. II (2007), Bd. III (2013), Bd. IV (2018), bietet für die zentrale Kodifikation des deutschen Privatrechts eine Hilfestellung. Dazu auch *Sonja Meier*, Historisch-kritisches Kommentieren am Beispiel des HKK, *ZEuP* 19 (2011) 537–546.

¹²⁵ Vgl. etwa *J. Schröder*, Recht als Wissenschaft (Fn. 3) 365; *Fikentscher*, Methoden des Rechts (Fn. 19) 676; *Vogel*, Juristische Methodik (Fn. 35) 124 („[...] wird vielfach als Krone der Auslegung angesehen“); *Reimer*, Juristische Methodenlehre (Fn. 35) 173; *Th. Möllers*, Juristische Methodenlehre (Fn. 26) 151 („[...] gehört zu den wichtigsten Auslegungsfiguren“), 193f. („[...] mehr als ein eigener Auslegungsschritt“).

¹²⁶ Vgl. *Alexy*, Theorie (Fn. 86) 296: Der Auslegende bezieht sich auf vernünftige oder im Rahmen der geltenden Rechtsordnung objektiv gebotene Zwecke; und das sind diejenigen Zwecke, „die die im Rahmen der geltenden Rechtsordnung aufgrund vernünftiger Argumentation Entscheidenden setzen würden“. Objektivisten in diesem Sinne sind etwa *La-*

der (objektiv-)teleologischen Auslegung verbunden ist und die von Rüthers / Fischer / Birks sehr drastisch so formuliert wird: „Wer vorgibt, ‚objektiv‘ auszulegen, betrügt sich selbst und andere, weil er nicht auslegt, sondern das einlegt, was seinen subjektiven Regelungsvorstellungen entspricht“.¹²⁷ Hieran knüpft sich ein tiefgreifender, gelegentlich auch erbitterter, weil von Geistern der deutschen Vergangenheit überschatteter,¹²⁸ Streit um die subjektive und die objektive Auslegungstheorie.¹²⁹ Während die subjektive Theorie sich am Willen des historischen Normsetzers orientiert, ist der Wille des Normsetzers für Vertreter der objektiven Theorie lediglich eine mehr oder weniger interessante Information. Vielmehr gehen sie, in einer vielzitierten Wendung, davon aus, dass ein Gesetz klüger sein kann als seine Verfasser¹³⁰ und sich insoweit gegenüber deren Vorstellungen gewissermaßen verselbständigt. Die objektive Theorie entspricht einer im Anschluss vor allem an Larenz verbreiteten Auffassung und wohl auch Praxis.¹³¹

renz / Canaris, Methodenlehre (Fn. 80) 153–159 (es geht um die Ermittlung der „der Sache angemessenen Regelung“, von der anzunehmen ist, dass das Gesetz sie bezweckt), und Bydliński, Juristische Methodenlehre (Fn. 25) 453–455.

¹²⁷ Rüthers / Fischer / Birks, Rechtstheorie (Fn. 59) 501; vgl. auch Reimer, Juristische Methodenlehre (Fn. 35) 175 („[...] permanente Versuchung, entweder die eigene Wertvorstellung oder eine eigene Vorstellung von der Wertvorstellung [...] des Normsetzers in die Norm hineinzulegen“).

¹²⁸ Damit ist angespielt auf die unbegrenzte Auslegung während der Jahre des Nationalsozialismus; dazu grundlegend Bernd Rüthers, Die unbegrenzte Auslegung (1. Aufl. 1968, 8. Aufl. 2017). Rüthers sieht hier unheilvolle Kontinuitäten zwischen der Methodenpraxis vor 1945 und der Methodenlehre nach 1945, symbolisiert in der Person von Karl Larenz (abgebildet in Rüthers / Fischer / Birks, Rechtstheorie (Fn. 59) 489) und seiner „Schülerschaft“ (ebd. 4), insbesondere Claus-Wilhelm Canaris, den er in seinem Aufsatz „Personenbilder und Geschichtsbilder – Wege der Umdeutung der Geschichte“ (JZ 2011, 593–601) ungewöhnlich heftig angreift. Dagegen Claus-Wilhelm Canaris, „Falsches Geschichtsbild von der Rechtsperversion im Nationalsozialismus“ durch ein Porträt von Karl Larenz?, JZ 2011, 879–888. Anlass der Kontroverse, in der die Lehre von der (objektiv-)teleologischen Auslegung eine bedeutende Rolle spielt, war der Beitrag von Claus-Wilhelm Canaris: Karl Larenz (1903–1993), in: Deutschsprachige Zivilrechtslehrer des 20. Jahrhunderts in Berichten ihrer Schüler, hrsg. von Stefan Grundmann / Karl Riesenhuber, Bd. II (2010) 263–307. In Rüthers / Fischer / Birks, Rechtstheorie (Fn. 59) 4, wird auch eine Schülerin von Canaris (Marietta Auer) in diese Kontinuität der juristischen Funktionseelten gestellt; vgl. auch Bernd Rüthers, Verfälschte Geschichtsbilder deutscher Juristen? – Zu den „Erinnerungskulturen“ in Jurisprudenz und Justiz, NJW 2016, 1068–1074, 1070f.

¹²⁹ Vgl. etwa die Darstellungen bei Fikentscher, Methoden des Rechts (Fn. 19) 662–668; Rüthers / Fischer / Birks, Rechtstheorie (Fn. 59) 484–501; Kramer, Juristische Methodenlehre (Fn. 27) 125–189; Reimer, Juristische Methodenlehre (Fn. 35) 122–131, 173–183; Th. Möllers, Juristische Methodenlehre (Fn. 26) 209–215; Alexy, Interpretation (Fn. 105) 82f.

¹³⁰ Sie findet sich bei Oskar von Bülow, Gesetz und Richteramt (1885) 37 („[...] das Gesetz ist oft klüger als sein Urheber, das Gesetzbuch weiser als der Gesetzgeber“), und bei Gustav Radbruch, Rechtsphilosophie⁸, hrsg. von Erik Wolf / Hans-Peter Schneider (1973) 207. Zum Hintergrund J. Schröder, Recht als Wissenschaft (Fn. 3) 345–347 (idealistische Spielart des voluntaristischen Rechtsbegriffs).

¹³¹ Eine Kontroverse hat sich vor einigen Jahren an einer Äußerung des ehemaligen Prä-

Freilich lässt sich bereits bezweifeln, ob die Bezeichnungen der beiden Theorien glücklich gewählt sind,¹³² ist doch der Regelungswille des historischen Gesetzgebers ein deutlich objektiveres, da durch historische Recherche zu ermittelndes, Datum als ein hypostasierter „Wille des Gesetzes“. Damit wird ein Rationalitätsgewinn deutlich, der dann eintritt, wenn der Richter sich die Diskrepanz zwischen dem, was der Gesetzgeber einmal ausgedrückt hat und hat ausdrücken wollen, und dem, was heute unter dem damals Ausgedrückten verstanden werden soll, bewusst macht und wenn er sich damit dazu anhält, diese Diskrepanz argumentativ zu überbrücken. Er muss also offenlegen, aus welchen Gründen er das Recht fortzuentwickeln gedenkt, und das setzt voraus, dass er den Ausgangspunkt für diese Fortbildung gewissenhaft rekonstruiert. Jedenfalls im Ausgangspunkt ist dabei der sogenannten „subjektiven“ Theorie zuzustimmen,¹³³ die teleologische Auslegung reicht deutlich in den Bereich der Rechtsfortbildung hinein.¹³⁴

5. Rechtsvergleichende Auslegung?

Unklar ist in Deutschland die Bedeutung der Rechtsvergleichung für die Gesetzesinterpretation. Peter Häberle sieht in ihr ein fünftes Auslegungskriterium neben den soeben erwähnten klassischen vier,¹³⁵ Konrad Zweigert betrachtete sie geradezu als eine universale Interpretationsmethode.¹³⁶ Bisweilen wird die rechtsvergleichende Auslegung als Spielart der systematischen Auslegung betrachtet,¹³⁷ mitunter wird sie auch der objektiv-teleolo-

siditen des Bundesgerichtshofs entzündet: Das Verhältnis von Gesetzgeber und Richter sei wie das Verhältnis eines Komponisten zum Pianisten zu denken: *Günter Hirsch*, Zwischenruf: Der Richter wird's schon richten, Zeitschrift für Rechtspolitik 2006, 161. Vgl. dazu etwa *Th. Möllers*, Juristische Methodenlehre (Fn. 26) 208f. Zur „Methodentheorie des Bundesverfassungsgerichts“ vgl. *Rüthers / Fischer / Birk*, Rechtstheorie (Fn. 59) 485–487.

¹³² Vgl. *Rüthers / Fischer / Birk*, Rechtstheorie (Fn. 59) 484 („erstaunlich falsch gewählte und irreführende Bezeichnungen“); *Reimer*, Juristische Methodenlehre (Fn. 35) 130 („irreführende Terminologie“).

¹³³ Grundlegend *Heck*, AcP 112 (1914) 1, 23–40, 59–67; dazu *Auer*, ZEuP 16 (2008) 517, 528–531. In ähnlichem Sinne *Reimer*, Juristische Methodenlehre (Fn. 35) 126–131, 173–183; *Th. Möllers*, Juristische Methodenlehre (Fn. 26) 215; wohl auch *Kramer*, Juristische Methodenlehre (Fn. 27) 143–152; vgl. auch *Martens*, Methodenlehre (Fn. 1) 457–460.

¹³⁴ So auch *Larenz / Canaris*, Methodenlehre (Fn. 80) 159 („[...] der Sache nach nichts anderes als eine richterliche Rechtsfortbildung“); *Vogenaier*, Auslegung von Gesetzen (Fn. 10) 44f., 49f.

¹³⁵ *Peter Häberle*, Grundrechtsgeltung und Grundrechtsinterpretation im Verfassungsstaat – Zugleich zur Rechtsvergleichung als „fünfter“ Auslegungsmethode, JZ 1989, 913–919, 916–918; dazu *Kischel*, Rechtsvergleichung (Fn. 18) 78f.; vgl. auch die Hinweise bei *Kramer*, Juristische Methodenlehre (Fn. 27) 278 Fn. 906.

¹³⁶ *Konrad Zweigert*, Rechtsvergleichung als universale Interpretationsmethode, *RabelsZ* 15 (1949/50) 5–21.

¹³⁷ Vgl. *Vogenaier*, Auslegung von Gesetzen (Fn. 10) 43.

gischen Auslegung zugeordnet.¹³⁸ In manchen Methodenlehren wird sie übergangen,¹³⁹ in anderen wird ihr immerhin „eine wichtige Rationalitätssteigernde Funktion“ zugeschrieben.¹⁴⁰ Dass deutsche Gerichte insgesamt nur selten auf ausländische Rechtsquellen zurückgreifen,¹⁴¹ wird vor allem in der rechtsvergleichenden Literatur vielfach bedauert,¹⁴² gelegentlich aber auch durchaus für sachgerecht gehalten.¹⁴³ Immer wieder hingewiesen wird auf die besonderen Herausforderungen, die mit der rechtsvergleichenden Argumentation verbunden sind.¹⁴⁴

6. Rangfolge der Auslegungskriterien

Besonders umstritten ist in der deutschen Methodenlehre die Frage der Rangfolge der soeben erwähnten Auslegungskriterien.¹⁴⁵ Zwar gibt es immer wieder Versuche, durch die Herausarbeitung bestimmter Vorrangregeln,¹⁴⁶ Argumentationslastregeln,¹⁴⁷ „Methodenregeln für den Ernstfall“¹⁴⁸ oder jedenfalls Regeln einer sinnvollen Reihung von Arbeitsschritten¹⁴⁹ die

¹³⁸ *Bydlinski*, Juristische Methodenlehre (Fn. 25) 461.

¹³⁹ *Kischel*, Rechtsvergleichung (Fn. 18) 80: „Selbst die akademische Methodenlehre steht ihr gar nicht so sehr ablehnend gegenüber, sondern ignoriert sie auf weiten Strecken schlicht“. Vgl. aber nunmehr *Bydlinski*, Juristische Methodenlehre (Fn. 25) 385–387, 461–463; *Reimer*, Juristische Methodenlehre (Fn. 35) 183–191; *Th. Möllers*, Juristische Methodenlehre (Fn. 26) 94–96, 327–330; *Kramer*, Juristische Methodenlehre (Fn. 27) 277–280 (im thematischen Zusammenhang nicht der Auslegung, sondern des „gesetzesübersteigenden Richterrechts“).

¹⁴⁰ *Reimer*, Juristische Methodenlehre (Fn. 35) 190; vgl. auch *Jansen*, Richtigkeitsanspruch (Fn. 51) 710.

¹⁴¹ Vgl. etwa *Hein Kötz*, Der Bundesgerichtshof und die Rechtsvergleichung, in: *ders.*, *Undogmatisches* (2005) 120–135. Für die Schweiz und Österreich vgl. aber oben, Fn. 30.

¹⁴² Vgl. etwa *Zweigert / Kötz*, Einführung (Fn. 22) 18.

¹⁴³ *Kischel*, Rechtsvergleichung (Fn. 18) 87: „Der fehlende Rückgriff auf die Rechtsvergleichung ist dann auch keineswegs bedauernswert“.

¹⁴⁴ *Bydlinski*, Juristische Methodenlehre (Fn. 25) 387; *Reimer*, Juristische Methodenlehre (Fn. 35) 189 (das Vorgehen bei rechtsvergleichender Auslegung lasse sich „noch weniger in wenige Zeilen zusammenpressen als bei den anderen Auslegungsgeschichtspunkten“); *Th. Möllers*, Juristische Methodenlehre (Fn. 26) 328–330 („Strukturen noch deutlich weniger gesichert“); *Kischel*, Rechtsvergleichung (Fn. 18) 87 f. Allgemein zum Thema *Jan M. Smits*, Comparative Law and its Influence on National Legal Systems, in: *The Oxford Handbook of Comparative Law* (Fn. 7) 502–523; *Thomas Coendet*, Rechtsvergleichende Argumentation (2012).

¹⁴⁵ *Martens*, Methodenlehre (Fn. 1) 499 („Das vielleicht umstrittenste Problem der Methodenlehre [...]“).

¹⁴⁶ *Claus-Wilhelm Canaris*, Das Rangverhältnis der „klassischen“ Auslegungskriterien, demonstriert an Standardproblemen aus dem Zivilrecht, in: *FS Dieter Medicus* (1999) 25–61, 50–57.

¹⁴⁷ *Alexy*, Theorie (Fn. 86) 305.

¹⁴⁸ *Rückert / Seinecke*, Zwölf Methodenregeln (Fn. 105) 39–51.

¹⁴⁹ *Reimer*, Juristische Methodenlehre (Fn. 35) 198; vgl. auch etwa *Th. Möllers*, Juristische

Anwendung der Auslegungskanonens bis zu einem gewissen Grade zu rationalisieren.¹⁵⁰ Doch hat keiner dieser Ansätze, geschweige denn ein fester Stufenkatalog,¹⁵¹ bis heute allgemeine Anerkennung gefunden.¹⁵² Vor allem findet sich kaum etwas davon in der Entscheidungspraxis der Gerichte.¹⁵³ Stattdessen herrscht hier ein „pragmatischer Methodenpluralismus“.¹⁵⁴ Die einzelnen Auslegungselemente werden nicht einer hierarchischen Prioritätsordnung unterstellt, sondern sind grundsätzlich allesamt zu berücksichtigen und im Einzelfall jedes Mal neu gegeneinander abzuwägen. Allenfalls lässt sich ein *prima facie*-Vorrang der grammatikalischen Auslegung feststellen, jedenfalls wenn das zur Entscheidung berufene Gericht den Wortlaut der zu interpretierenden Vorschrift für klar hält,¹⁵⁵ während im Übrigen vielfach ein Primat der (objektiv-)teleologischen Auslegung behauptet wird und in der Praxis tatsächlich zu beobachten ist.¹⁵⁶ Ein wesentlicher Grund für die hervorragende Bedeutung des Gesetzeszwecks in der Theorie der Rechtsanwendung liegt, wie Stefan Vogenauer betont,¹⁵⁷ in der Herrschaft von Interessenjurisprudenz und Wertungsjurisprudenz als den vorherrschenden methodischen Grundströmungen im 20. Jahrhundert (von den Rechtslehren im Nationalsozialismus einmal abgesehen).

Zu berücksichtigen ist bei allen Rangfolgediskussionen, dass sich die Auslegungskriterien nicht scharf voneinander abgrenzen lassen.¹⁵⁸ Wird auf einen besonderen juristischen Sprachgebrauch abgestellt, so ergibt sich dieser vielfach erst aus dem systematischen Regelungszusammenhang; für die Ermittlung von Sinn und Zweck einer Vorschrift ist die Gesetzgebungsges-

Methodenlehre (Fn. 26) 475–483, der „sechs Prüfungsschritte bei der Rechtslösung“ unterscheiden will und eine „viergliedrige Gewichtung der Auslegungsfiguren“ postuliert.

¹⁵⁰ Zur Rangfolge der Auslegungshilfsmittel im frühen 19. Jahrhundert und in den Jahrzehnten vor und nach 1900 J. Schröder, *Recht als Wissenschaft* (Fn. 3) 238 f., 370. Im letztgenannten Zeitraum sei das Rangproblem nicht besonders thematisiert worden.

¹⁵¹ Jedenfalls „ansatzweise“ versucht Kramer, *Juristische Methodenlehre* (Fn. 27) 187–189, eine Hierarchie der Auslegungselemente zu skizzieren. Vgl. auch Bydliński, *Juristische Methodenlehre* (Fn. 25) 557: Es gehe darum, den relativen Rang der Methoden „an Hand der Rechtsidee“ zu bestimmen; Koch / Rüßmann, *Juristische Begründungslehre* (Fn. 86) 176–184.

¹⁵² So auch etwa Martens, *Methodenlehre* (Fn. 1) 499, der in diesem Zusammenhang auch auf das Problem der normativen Fundierung einer Rangfolge von Auslegungskriterien hinweist; Hager, *Rechtmethoden* (Fn. 11) 37–42.

¹⁵³ So Vogenauer, *Auslegung von Gesetzen* (Fn. 10) 50–159, in seiner eingehenden Untersuchung des Rangverhältnisses der Auslegungskriterien im Konfliktfall.

¹⁵⁴ So ausdrücklich das Schweizerische Bundesgericht (BGer. 2.10.1996, BGE 123 III 24, 26); der Sache nach gilt dasselbe für Deutschland: Vogenauer, *Auslegung von Gesetzen* (Fn. 10) 151; für die Schweiz vgl. zuletzt Franz Werro, *The Swiss Federal Tribunal and Its Pragmatic Pluralism*, *Journal of Comparative Law* 12 (2017) 109–123.

¹⁵⁵ Vogenauer, *Auslegung von Gesetzen* (Fn. 10) 50–108, 152 f.

¹⁵⁶ Vgl. bereits oben, bei Fn. 125; Vogenauer, *Auslegung von Gesetzen* (Fn. 10) 154.

¹⁵⁷ Vogenauer, *Auslegung von Gesetzen* (Fn. 10) 213–218.

¹⁵⁸ Allgemein etwa Bydliński, *Juristische Methodenlehre* (Fn. 25) 564; Vogenauer, *Auslegung von Gesetzen* (Fn. 10) 49 f.

schichte (jedenfalls im Ausgangspunkt) von erheblicher Bedeutung; auch gehen systematische und teleologische Interpretation oft kaum merklich ineinander über.¹⁵⁹ Insgesamt ist damit zu konstatieren, dass es ein allgemein anerkanntes festes Rangverhältnis der Auslegungskriterien nicht gibt.¹⁶⁰

Diese Einsicht hat nicht selten zum Vorwurf der Beliebigkeit und der Billigkeitsjudikatur geführt.¹⁶¹ Gustav Radbruch hat die Auslegung deshalb polemisch als das Ergebnis ihres Ergebnisses bezeichnet,¹⁶² während Josef Esser die Methodenwahl vom Vorverständnis determiniert sah: Historische und grammatische, systematische oder zweckreflektierende Interpretationskriterien würden „höchst willkürlich, nämlich vom Ergebnis bestimmt“, eingesetzt, um das als zutreffend empfundene Ergebnis *lege artis* zu begründen.¹⁶³ Auch wenn insbesondere Essers Kritik nachhaltige Wirkung entfaltet hat und mittlerweile „zum Standardrepertoire des rechtswissenschaftlichen Schrifttums“ gehört,¹⁶⁴ wird der Kanon der Auslegungskriterien jedenfalls ganz überwiegend nicht infrage gestellt.¹⁶⁵ Vielmehr handele es sich um Elemente eines „beweglichen Systems“ im Sinne von Walter Wilburg.¹⁶⁶ Auslegung sei kein Rechenexempel, sondern eine schöpferische Geistestätigkeit, und wie bei anderen Abwägungsvorgängen bleibe ein gewisser Beurteilungsspielraum.¹⁶⁷ Die Auslegung führe damit nicht notwendig zu

¹⁵⁹ Vgl. weitergehend auch *Martens*, Methodenlehre (Fn. 1) 501: „Schwierigkeiten bereitet vor allem das teleologische Argument in seinem Verhältnis zu den anderen Argumenten. Dies liegt [nicht zuletzt] daran, dass das teleologische Argument zweistufig aufgebaut ist und daher das jeweils maßgebliche *telos* selbst unter Heranziehung der übrigen Auslegungsargumente begründet werden muss“. Zur Zweistufigkeit des teleologischen Arguments siehe ebd. 456–462.

¹⁶⁰ So ausdrücklich etwa *Fikentscher*, Methoden des Rechts (Fn. 19) 684; *Larenz / Canaris*, Methodenlehre (Fn. 80) 166; *Reimer*, Juristische Methodenlehre (Fn. 35) 197; *Martens*, Methodenlehre (Fn. 1) 501.

¹⁶¹ Vgl. die Nachweise bei *Vogener*, Auslegung von Gesetzen (Fn. 10) 157f.

¹⁶² *Gustav Radbruch*, Einführung in die Rechtswissenschaft¹³ (1980, besorgt von Konrad Zweigert) 181. Radbruch fährt fort: „[D]as Auslegungsmittel wird erst gewählt, nachdem das Ergebnis schon feststeht, die sogenannten Auslegungsmittel dienen in Wahrheit nur dazu, nachträglich aus dem Text zu begründen, was in schöpferischer Ergänzung des Textes bereits gefunden war.“

¹⁶³ *Josef Esser*, Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung (1970) 123. Die Konsequenz ist für Esser (ebd. 7), dass „unsere akademische Methodenlehre dem Richter weder Hilfe noch Kontrolle bedeutet“ (im Original kursiv gedruckt).

¹⁶⁴ *Vogener*, Auslegung von Gesetzen (Fn. 10) 157.

¹⁶⁵ Ausdrücklich *Bydlinski*, Juristische Methodenlehre (Fn. 25) 554: Resignation unbegründet.

¹⁶⁶ *Canaris*, Das Rangverhältnis (Fn. 146) 59; *Reimer*, Juristische Methodenlehre (Fn. 35) 197; *Th. Möllers*, Juristische Methodenlehre (Fn. 26) 481f. Reimer fügt hinzu, darin liege kein Defizit, „sondern Entlastung und Gewähr der Revisibilität der Rechtsanwendung“. Anders wohl *Bydlinski*, Juristische Methodenlehre (Fn. 25) 554: In der Rangproblematik liege eine Schwäche der überkommenen Methodenlehre.

¹⁶⁷ *Larenz / Canaris*, Methodenlehre (Fn. 80) 166f.; vgl. auch *Canaris*, Das Rangverhältnis (Fn. 146) 58 („Lösung im Wege der Abwägung“).

einem richtigen, sondern zu einem vertretbaren Resultat,¹⁶⁸ dessen Plausibilität sich im juristischen Diskurs bewährt¹⁶⁹ – oder, wenn überzeugende Gründe dagegen vorgebracht werden, eben auch nicht bewährt.

IV. Rechtsfortbildung

1. Weiter und enger Auslegungsbegriff

Die teleologische Auslegung reicht an die Grenzen dessen, was in Deutschland herkömmlich als Auslegung bezeichnet wird, teilweise wohl auch darüber hinaus. Sie führt damit in den Bereich der „Rechtsfortbildung“,¹⁷⁰ der nicht mehr vom noch möglichen Wortsinn der zu interpretierenden Norm gedeckt ist.¹⁷¹ Zwar wird immer wieder darauf hingewiesen, dass jeder Versuch, eine solche Grenze zu ziehen, zum Scheitern verurteilt sei;¹⁷² und in der Tat gestehen auch die Vertreter der herrschenden Lehre ein, dass Auslegung und Rechtsfortbildung ineinander übergehen.¹⁷³ Dennoch wird an dieser Unterscheidung festgehalten.¹⁷⁴ Sie ist ein Spezifikum der deutschen Methodenlehre,¹⁷⁵ die inzwischen auch Eingang in eine Rei-

¹⁶⁸ *Vogener*, Auslegung von Gesetzen (Fn. 10) 155; vgl. auch etwa *Zippelius*, Juristische Methodenlehre (Fn. 61) 51.

¹⁶⁹ *Alexy*, Theorie (Fn. 86) 305.

¹⁷⁰ Zu anderen in den deutschsprachigen Ländern verwendeten Begriffen vgl. oben III.1.

¹⁷¹ Zu dieser Wortsinnengrenze vgl. oben Fn. 96. *Larenz*, Methodenlehre (Fn. 5) 323, rechtfertigt sie mit dem Argument: „Eine andere Grenze zwischen Auslegung und das Gesetz ergänzender und umbildender Rechtsfortbildung als die des sprachlich möglichen Wortsinns lässt sich nicht finden“; gleichlautend *Larenz / Canaris*, Methodenlehre (Fn. 80) 144.

¹⁷² So zuletzt aus sprachphilosophischer Perspektive *Kuntz*, AcP 215 (2015) 387–449. Nach *Kuntz* gibt es keine festen Bedeutungen, die „vor“ dem Beginn der Normtextlektüre existieren und die Wortauslegung begrenzen. Vielmehr bilde die „Wortsinnengrenze“ das Ende des Durchlaufens der historischen, systematischen und teleologischen Auslegungsmethoden. Sie begrenze damit den Bereich dessen, was nach traditioneller Sicht Auslegung und zulässige Rechtsfortbildung erfasst. Was jenseits dieser Grenze liege, sei unzulässige Rechtsfortbildung. Vgl. auch etwa *Müller / Christensen*, Juristische Methodik (Fn. 49) 308–310, die denn auch auf eine Unterteilung in Auslegung und Rechtsfortbildung verzichten; vgl. auch *Helmut Schulze-Fielitz*, in: *Dreier*, Grundgesetz: Kommentar (Fn. 42) Art. 20 (Rechtsstaat) Rn. 102 (Unterscheidung unmöglich); *Kriele*, Theorie (Fn. 86) 221–223.

¹⁷³ Vgl. die Nachweise oben Fn. 97 und 98.

¹⁷⁴ Siehe auch *Vogener*, Auslegung von Gesetzen (Fn. 10) 141 f. Von einer „von der Auslegung verschiedenen Fortbildung des Rechts“ sprach erstmals *Friedrich Carl von Savigny*, System des heutigen Römischen Rechts, Bd. I (1840) 238; vgl. auch 329 f.: Es könne „jedoch im Einzelnen die Gränze zwischen reiner Auslegung und eigentlicher Fortbildung des Rechts oft sehr zweifelhaft seyn“. Dazu *Vogener*, Auslegung von Gesetzen (Fn. 10) 606–609.

¹⁷⁵ *Vogener*, Auslegung von Gesetzen (Fn. 10) 1280–1282; *ders.*, Drafting and Interpretation of a European Contract Law Instrument, in: *The Common European Sales Law in Context*, hrsg. von Gerhard Dannemann / Stefan Vogener (2013) 115 f. („unique“); *Martens*, Methodenlehre (Fn. 1) 367 f., 503 f.; *Commentaries / Unger* (Fn. 21) Art. 1:106(2) Rn. 1.

he internationaler Modellregeln gefunden hat: So sprechen Art. 1:106 PECL und Art. 1.6 PICC von „Interpretation and supplementation“ (of the Principles), Art. I.-1:102 DCFR von „Interpretation and development“.¹⁷⁶ Ein einheitliches, weites Verständnis der Auslegung prägt demgegenüber das französische und englische Recht sowie die Rechtsprechung des EuGH.¹⁷⁷ Dieser weite Auslegungsbegriff knüpft an die von den Glossatoren und Kommentatoren entwickelte Lehre von der *interpretatio declarativa, restrictiva* und *extensiva* an.¹⁷⁸ *Interpretatio extensiva* bezeichnete danach die Erstreckung des Anwendungsbereichs einer Norm auf Sachverhalte, die dem Wortlaut nicht unterfallen, *interpretatio restrictiva* die Beschränkung des Anwendungsbereichs einer Norm, obwohl der zur Entscheidung stehende Sachverhalt eigentlich vom Normwortlaut erfasst ist. Der weite Auslegungsbegriff erfasst damit, was in Deutschland als Rechtsfortbildung bezeichnet wird. Die zentrale Frage ist hier wie dort die nach den Grenzen einer solchen Rechtsfortbildung.¹⁷⁹

2. Zwei Stufen der Rechtsfortbildung

Vielfach wird im Hinblick auf die Rechtsfortbildung zwischen zwei Stufen unterschieden: der gesetzesimmanenten und der gesetzesübersteigenden Rechtsfortbildung.¹⁸⁰ In dem einen Fall geht es darum, Lücken eines Gesetzes „in denkendem Gehorsam“¹⁸¹ anhand der in diesem Gesetz zum Ausdruck kommenden Wertungen und Zielvorstellungen zu füllen. In dem

¹⁷⁶ Anders etwa Art. 7 CISG und Art. 4 CESL; dazu Commentaries / Unger (Fn. 21) Art. 1:106(2) Rn. 1.

¹⁷⁷ Vogenauer, Auslegung von Gesetzen (Fn. 10) 1280–1282.

¹⁷⁸ Näher dazu Vogenauer, Auslegung von Gesetzen (Fn. 10) 488–490; J. Schröder, Recht als Wissenschaft (Fn. 3) 58–77.

¹⁷⁹ Vogenauer erklärt den deutschen Ansatz als eine „historical peculiarity which arose out of the general hostility towards the interpretatio restrictiva and extensiva during the 19th century. It was meant to admit these activities in a narrowly circumscribed way. Since then it has lost its function“: Stefan Vogenauer, Statutory interpretation, in: Elgar Encyclopedia of Comparative Law², hrsg. von Jan Smits (2012) 826–838, 835f.; vgl. auch bereits ders., Auslegung von Gesetzen (Fn. 10) 142, 608f.

¹⁸⁰ Vgl. insbesondere Larenz / Canaris, Methodenlehre (Fn. 80) 189; vgl. auch Kramer, Juristische Methodenlehre (Fn. 27) 192–194 („gebundenes und gesetzesübersteigendes Richterrecht“); Reimer, Juristische Methodenlehre (Fn. 35) 249 („Lückenfüllung und Rechtsergänzung“); der Sache nach auch Rüthers / Fischer / Birk, Rechtstheorie (Fn. 59) § 23 im Gegensatz zu § 24; vgl. ferner Alexy, Interpretation (Fn. 105) 91. Ablehnend Th. Möllers, Juristische Methodenlehre (Fn. 26) 416, der aber auch zwischen „einfachen Formen der Rechtsfortbildung“, die durch den „Regelungszweck als Auslegungsziel“ gerechtfertigt werden (das ist das, was Larenz / Canaris als gesetzesimmanente Rechtsfortbildung bezeichnen), und, außerhalb dieses Bereichs, „Argumentationsfiguren zur Vermeidung einer unzulässigen Rechtsfortbildung“ unterscheidet.

¹⁸¹ Oben Fn. 77.

anderen Fall überschreitet der Rechtsanwender den Rahmen oder „Plan“¹⁸² des Gesetzes und kann sich damit nicht mehr auf dessen immanente Teleologie beziehen. Er hat sich vielmehr an Rechtsgedanken, Rechtsprinzipien und Rechtswerten zu orientieren, die der Rechtsordnung insgesamt zugrunde liegen. Gelegentlich wird deshalb auch von Rechtsfortbildung *prae-ter legem* einerseits und *extra legem*, jedoch *intra ius*, andererseits gesprochen.¹⁸³ Auch hier verschwimmt in der Praxis die Grenzlinie.¹⁸⁴ Doch auch wer eine solche Unterscheidung nicht trifft, anerkennt, dass der Richter gelegentlich die immanente *ratio legis* überschreiten darf,¹⁸⁵ ja muss, wenn er nicht gegen das Rechtsverweigerungsverbot verstoßen will.¹⁸⁶

3. Lückenfüllung

Von zentraler Bedeutung für die deutschsprachige Methodenlehre im Bereich der Rechtsfortbildung ist der Begriff der „Lücke“.¹⁸⁷ Er bezieht sich in erster Linie auf den Bereich der gesetzesimmanenten Rechtsfortbildung und bezeichnet hier eine planwidrige Unvollständigkeit des Gesetzes.¹⁸⁸ „Offe-

¹⁸² Vgl. *Larenz / Canaris*, Methodenlehre (Fn. 80) 232 („Rechtsfortbildung über den Plan des Gesetzes hinaus“).

¹⁸³ *Larenz / Canaris*, Methodenlehre (Fn. 80) 189, 232, 252. *Kramer*, Juristische Methodenlehre (Fn. 27) 249, verwendet den Begriff „*praeter legem*“ in anderem Sinne. Inspiriert von der lateinischen Begrifflichkeit für die gesetzesübersteigende Rechtsfortbildung ist *Axel Metzger*, *Extra legem, intra ius: Allgemeine Rechtsgrundsätze im europäischen Privatrecht* (2009).

¹⁸⁴ *Larenz / Canaris*, Methodenlehre (Fn. 80) 188; *Kramer*, Juristische Methodenlehre (Fn. 27) 194f.

¹⁸⁵ Vgl. etwa *Bydlinski*, Juristische Methodenlehre (Fn. 25) 481 (Orientierung an „allgemeinen“ oder „natürlichen“ Rechtsgrundsätzen; vgl. § 7 ABGB); *Zippelius*, Juristische Methodenlehre (Fn. 61) 52–58 („Ergänzung und Berichtigung von Gesetzen“).

¹⁸⁶ Dazu etwa *J. Schröder*, *Recht als Wissenschaft* (Fn. 3) 306; *Claus-Wilhelm Canaris*, *Die Feststellung von Lücken im Gesetz*² (1983) 54f.; *Rüthers / Fischer / Birk*, *Rechtstheorie* (Fn. 59) 503f.; *Th. Möllers*, *Juristische Methodenlehre* (Fn. 26) 26.

¹⁸⁷ Dazu vor allem *Canaris*, *Feststellung* (Fn. 186) passim; zu dem Spektrum von Lücken 139–143; *Martens*, *Methodenlehre* (Fn. 1) 505. Heute vgl. z. B. *Larenz / Canaris*, *Methodenlehre* (Fn. 80) 191–201; *Bydlinski*, *Juristische Methodenlehre* (Fn. 25) 472–475; *Pawlowski*, *Methodenlehre* (Fn. 55) 210–214; *Zippelius*, *Juristische Methodenlehre* (Fn. 61) 52–58; *Kramer*, *Juristische Methodenlehre* (Fn. 27) 201–210; *Rüthers / Fischer / Birk*, *Rechtstheorie* (Fn. 59) 501–522; *Reimer*, *Juristische Methodenlehre* (Fn. 35) 254–258; *Th. Möllers*, *Juristische Methodenlehre* (Fn. 26) 216f. *Vogenaier*, *Auslegung von Gesetzen* (Fn. 10) 116, spricht vom „heiligen Gral“ der deutschen Methodenlehre. Kritisch *Koch / Rüßmann*, *Juristische Begründungslehre* (Fn. 86) 254; *Hager*, *Rechtmethoden* (Fn. 11) 194 („Regelungsnotwendigkeit“). *Martens*, *Methodenlehre* (Fn. 1) 505, weist freilich darauf hin, dass der Gedanke von Lücken im Recht keine Erfindung der modernen deutschen Rechtswissenschaft, sondern seit langer Zeit bekannt und „heute wohl in allen modernen westlichen Rechtsordnungen Gegenstand der Diskussion“ ist.

¹⁸⁸ *Larenz / Canaris*, *Methodenlehre* (Fn. 80) 194.

ne“ Lücken können insbesondere durch Analogieschluss gefüllt werden,¹⁸⁹ „verdeckte“ (oder „unechte“ oder „Ausnahme-“)Lücken¹⁹⁰ im Wege der teleologischen Reduktion.¹⁹¹ Andere Argumentationsformen, die dem Bereich der Lückenfüllung (teilweise aber auch bereits der Auslegung)¹⁹² zugeordnet werden, sind der Umkehrschluss, die teleologische Extension oder auch der Erst-recht-Schluss.¹⁹³

Von einer „Rechts-“ oder „Gebietslücke“ ist bisweilen die Rede,¹⁹⁴ wenn ein gesamter Rechtsbereich, der einer Regelung bedarf, gesetzlich ungeregt ist; ein bekanntes Beispiel bietet das deutsche Arbeitskampfrecht, das weitgehend vom Bundesarbeitsgericht entwickelt werden musste, ein anderes das Ehe- und Familienrecht nach dessen Außerkrafttreten im März 1953 wegen Verstoßes gegen Art. 3 Abs. 2 GG. Durch den Begriff der Rechtslücke soll zum Ausdruck gebracht werden, dass der Richter auch hier nicht völlig frei ist, sondern gesetzgeberische Wertentscheidungen zu berücksichtigen hat und um eine Einfügung in das Gesamtgefüge der Rechtsordnung bemüht sein muss.¹⁹⁵

4. Gesetzesübersteigende Rechtsfortbildung

Andere Autoren rechnen derartige Konstellationen zum Bereich der „gesetzesübersteigenden“ Rechtsfortbildung.¹⁹⁶ Auch sie operieren aber mit dem Begriff der Lücke, wenn auch einer solchen „im weiteren Sinne“.¹⁹⁷

¹⁸⁹ Zum Analogieschluss vgl. *Larenz / Canaris*, Methodenlehre (Fn. 80) 202–210; *Bydlinski*, Juristische Methodenlehre (Fn. 25) 475–477; *Pawlowski*, Methodenlehre (Fn. 55) 215–218; *Rüthers / Fischer / Birk*, Rechtstheorie (Fn. 59) 533–537; *Kramer*, Juristische Methodenlehre (Fn. 27) 211–219; *Reimer*, Juristische Methodenlehre (Fn. 35) 249–254; *Th. Möllers*, Juristische Methodenlehre (Fn. 26) 217–220; *Hager*, Rechtsmethoden (Fn. 11) 50–52.

¹⁹⁰ Den Begriff „Ausnahmelücken“ verwendet *Kramer*, Juristische Methodenlehre (Fn. 27) 204, 208, 233.

¹⁹¹ Zur teleologischen Reduktion *Larenz / Canaris*, Methodenlehre (Fn. 80) 210–216; *Bydlinski*, Juristische Methodenlehre (Fn. 25) 480 f.; *Rüthers / Fischer / Birk*, Rechtstheorie (Fn. 59) 539 f.; *Kramer*, Juristische Methodenlehre (Fn. 27) 233–235; *Reimer*, Juristische Methodenlehre (Fn. 35) 270–273 (er ordnet die teleologische Reduktion der zweiten Stufe der Rechtsfortbildung zu); *Th. Möllers*, Juristische Methodenlehre (Fn. 26) 224 f.

¹⁹² Vgl. oben, bei Fn. 114.

¹⁹³ Vgl. etwa *Larenz / Canaris*, Methodenlehre (Fn. 80) 208–210, 216–220; *Pawlowski*, Methodenlehre (Fn. 55) 217–226; *Koch / Rüßmann*, Juristische Begründungslehre (Fn. 86) 258–261; *Rüthers / Fischer / Birk*, Rechtstheorie (Fn. 59) 537–539, 540 f.; *Kramer*, Juristische Methodenlehre (Fn. 27) 219–224; *Reimer*, Juristische Methodenlehre (Fn. 35) 274 f.; *Th. Möllers*, Juristische Methodenlehre (Fn. 26) 220–224; *Hager*, Rechtsmethoden (Fn. 11) 52–54.

¹⁹⁴ *Rüthers / Fischer / Birk*, Rechtstheorie (Fn. 59) 517 f., 542–545; dagegen *Larenz / Canaris*, Methodenlehre (Fn. 80) 196–198.

¹⁹⁵ *Rüthers / Fischer / Birk*, Rechtstheorie (Fn. 59) 543.

¹⁹⁶ Dazu mit Recht *Rüthers / Fischer / Birk*, Rechtstheorie (Fn. 59) 518: „Streit um Worte“.

¹⁹⁷ *Larenz / Canaris*, Methodenlehre (Fn. 80) 198 und allgemein 246.

Eine solche soll vorliegen, wenn das Fehlen einer rechtlichen Regelung, „gemessen an den Erfordernissen der Gesamtrechtsordnung“,¹⁹⁸ als behebensbedürftige Unvollständigkeit erscheint. Eine (gesetzesübersteigende) Rechtsfortbildung könne dann durch die Bedürfnisse des Rechtsverkehrs, mit Rücksicht auf die Natur der Sache oder im Hinblick auf allgemeine Rechtsprinzipien oder Rechtswerte legitimiert sein.¹⁹⁹ Bydłinski nennt in diesem Zusammenhang, inspiriert von § 7 ABGB,²⁰⁰ „allgemeine“ oder „natürliche“ Rechtsgrundsätze.²⁰¹ Die Anknüpfung an „spezifisch rechtliche – wenngleich eben nicht notwendigerweise gesetzliche – Kriterien“²⁰² bedeutet aber, dass der Richter sich letztlich auch hier von systematisch-teleologischen Erwägungen leiten zu lassen hat; und sofern zwischen Auslegung und Rechtsfortbildung kein qualitativer, sondern nur ein graduel-ler Unterschied gesehen wird, lässt sich die herrschende Methodenlehre damit auch im Sinne eines Rangverhältnisses der Auslegungskriterien rekonzeptualisieren.²⁰³ Andere Autoren halten gesetzesüberschreitende Rechtsfortbildung oder „Gesetzeskorrekturen“ insbesondere dann für legitim, wenn so die Konformität mit höherrangigem Recht, also mit der Verfassung und mit europäischem Primär- und Sekundärrecht, hergestellt werden kann.²⁰⁴ Auch sie beziehen sich damit auf die Gesamtrechtsordnung und verlängern die Gesichtspunkte der verfassungskonformen und europarechtskonformen Auslegung²⁰⁵ in den Bereich der Rechtsfortbildung. Sehr weit geht demgegenüber, gestützt auf Art. 1 Abs. 2 ZGB,²⁰⁶ Ernst A. Kramer, für den gesetzesübersteigende Rechtsfortbildung diejenigen Fälle betrifft, in denen der Richter „modo legislatoris“ entscheidet.²⁰⁷ Auch Kramer nennt jedoch gewisse inhaltliche Orientierungspunkte für die richterliche Entscheidung, darunter Präjudizien, die „bewährte Lehre“, allgemeine Rechtsgrundsätze sowie die Rechtsvergleichung.²⁰⁸

¹⁹⁸ Larenz / Canaris, Methodenlehre (Fn. 80) 246.

¹⁹⁹ Larenz / Canaris, Methodenlehre (Fn. 80) 233–245.

²⁰⁰ Vgl. oben Fn. 23.

²⁰¹ Bydłinski, Juristische Methodenlehre (Fn. 25) 481–496.

²⁰² Larenz / Canaris, Methodenlehre (Fn. 80) 246.

²⁰³ Alexy, Interpretation (Fn. 105) 91; Vogenauer, Auslegung von Gesetzen (Fn. 10) 142–144.

²⁰⁴ Reimer, Juristische Methodenlehre (Fn. 35) 275–299; Th. Möllers, Juristische Methodenlehre (Fn. 26) 428–432; vgl. auch Vogel, Juristische Methodik (Fn. 35) 139.

²⁰⁵ Vgl. oben Fn. 119f.

²⁰⁶ „Kann dem Gesetz keine Vorschrift entnommen werden, so soll der Richter nach Gewohnheitsrecht und, wo auch ein solches fehlt, nach der Regel entscheiden, die er als Gesetzgeber aufstellen würde“; dazu bereits oben Fn. 22.

²⁰⁷ Kramer, Juristische Methodenlehre (Fn. 27) 249.

²⁰⁸ Kramer, Juristische Methodenlehre (Fn. 27) 265–287. Zusätzlich werden „außerrechtliche Argumente“ genannt; dazu noch unten IV.9.

5. Methodenfragen als Verfassungsfragen

Nun ist, jedenfalls in Deutschland, die Legitimität von Rechtsfortbildung nicht zuletzt eine verfassungsrechtliche Frage – wobei jedoch das Grundgesetz dem Richter einen sehr weiten Spielraum lässt. „Die Aufgabe der Rechtsprechung kann es insbesondere erfordern, Wertvorstellungen, die der verfassungsmäßigen Rechtsordnung immanent, aber in den Texten der geschriebenen Gesetze nicht oder nur unvollkommen zum Ausdruck gelangt sind, in einem Akt des bewertenden Erkennens, dem auch willenhafte Elemente nicht fehlen, ans Licht zu bringen und in Entscheidungen zu realisieren.“ So sah es das Bundesverfassungsgericht in seinem berühmten Soraya-Beschluss,²⁰⁹ durch den die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs bestätigt wurde, dass entgegen § 253 BGB bei schweren Verletzungen des Persönlichkeitsrechts Ersatz in Geld auch dann verlangt werden kann, wenn lediglich „immaterielle Schäden“ entstanden sind.²¹⁰ In der Tat ist heute so gut wie allgemein anerkannt, dass auch die gesetzesübersteigende Rechtsfortbildung nicht nur legitime Aufgabe der Gerichte ist, sondern auch deren rechtsstaatliche Pflicht sein kann.²¹¹ Ebenso ist freilich anerkannt, dass es Grenzen der richterlichen Rechtsfortbildung gibt und geben muss. „Modo legislatoris“ darf jedenfalls der deutsche Richter nicht entscheiden. Eine gänzlich ungebundene und damit also freie Rechtsfindung widerspräche dem Grundsatz der Gewaltenteilung und dem Demokratieprinzip.²¹² Zudem rechtfertigt nur die Bindung des Richters an das Gesetz seine Unabhängigkeit (Art. 97 GG). Dem Richter ist damit, so wird vielfach gesagt, ein Judizieren „contra legem“ jedenfalls im Prinzip untersagt.²¹³

²⁰⁹ BVerfG 14.2.1973 – 1 BvR 112/65, BVerfGE 34, 269–293, 287.

²¹⁰ So zuerst BGH 14.2.1958 – I ZR 151/56, BGHZ 26, 349 (Herrenreiter).

²¹¹ Vgl. etwa Dreier / *Schulze-Fielitz* (Fn. 172) Art. 20 (Rechtsstaat) Rn. 102.

²¹² Vgl. z.B. BVerfG 15.1.2009 – 2 BvR 2044/07, BVerfGE 122, 248–303, 282; *Rüthers / Fischer / Birk*, Rechtstheorie (Fn. 59) 430f.; *Müller / Christensen*, Juristische Methodik (Fn. 49) 139–141; *Reimer*, Juristische Methodenlehre (Fn. 35) 129; *Katja Langenbacher*, Die Entwicklung und Auslegung von Richterrecht (1996) 23–28; *Rückert / Seinecke*, Zwölf Methodenregeln (Fn. 105) 40f.; *Stefan Vogenauer*, Richterrecht, in: Handwörterbuch des Europäischen Privatrechts (Fn. 4) 1304–1306, 1304; *Lennartz*, Dogmatik (Fn. 2) 44–55.

²¹³ *Larenz / Canaris*, Methodenlehre (Fn. 80) 245–252; *Bydlinski*, Juristische Methodenlehre (Fn. 25) 496–500; *Vogel*, Juristische Methodik (Fn. 35) 138; *Koch / Rießmann*, Juristische Begründungslehre (Fn. 86) 255; *Th. Möllers*, Juristische Methodenlehre (Fn. 26) 415f., 477 (ausnahmslos unzulässig); vgl. auch *Vogenauer*, Auslegung von Gesetzen (Fn. 10) 148f. Nach *J. Schröder*, Recht als Wissenschaft (Fn. 3) 388, wird nach 1900 zum ersten Mal in der Geschichte der juristischen Methodenlehre die Frage offen diskutiert, ob es eine Auslegung „contra legem“ geben darf.

6. Rechtsfortbildung *contra legem*

Doch ist nicht sehr deutlich, wo genau damit die Grenzlinie zum richterlichen Rechtsbruch,²¹⁴ d. h. zur Anmaßung illegitimer Richtermacht zu ziehen ist. Das liegt zum einen daran, dass der Begriff des „*contra legem*“-Judizierens in unterschiedlichem Sinne verwendet wird.²¹⁵ Geht es um die Missachtung des klaren Wortlauts des Gesetzes,²¹⁶ des eindeutig entgegenstehenden Wortlautes *und* Sinnes einer Rechtsnorm²¹⁷ oder um Fälle, in denen die Regelungsabsicht des historischen Gesetzgebers missachtet wird, „sofern diese mit dem möglichen Wortsinn der Gesetzesnorm noch vereinbar ist oder im Wege der Analogie oder Restriktion durchgesetzt werden könnte“?²¹⁸ Oder wäre statt von „*contra legem*“ besser von „*contra rationem legis*“ zu sprechen?²¹⁹ Auch innerhalb des Bundesverfassungsgerichts herrscht insoweit keine Einigkeit, wie etwa an der abweichenden Meinung dreier Richter zum Beschluss des Zweiten Senats zur Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs hinsichtlich der Frage der sogenannten Rügeverkümmern im Strafverfahren deutlich wird.²²⁰ Zum anderen soll aber auch das Judizieren *contra legem* jedenfalls nach Teilen der Lehre unter bestimmten Umständen zulässig sein.²²¹ Diese Umstände werden mit den Begriffen „Rechtsnotstand“ oder auch „unsittliches Gesetz“ bezeichnet. Als klassisches Beispiel für einen Rechtsnotstand wird das Aufwertungsurteil des Reichsgerichts vom 28. November 1923 genannt.²²² Das unsittliche Gesetz ist gleichzuset-

²¹⁴ Bydlinski, Juristische Methodenlehre (Fn. 25) 500, spricht von „Rechtsbruch im Sinne einer mindestens ‚kleinen Revolution‘“.

²¹⁵ Dazu Neuner, Rechtsfortbildung (Fn. 96) 1 („[...] gehört wohl zu den schillerndsten Begriffen der juristischen Methodenlehre“).

²¹⁶ BVerfG 15.1.2009, BVerfGE 122, 248, 283.

²¹⁷ Dreier / Schulze-Fielitz (Fn. 172) Art. 20 (Rechtsstaat) Rn. 103; vgl. auch Koch / Rüßmann, Juristische Begründungslehre (Fn. 86) 255 („[...] sowohl durch das vom Gesetzgeber Gesagte als auch durch das vom Gesetzgeber Gewollte verboten“).

²¹⁸ Neuner, Rechtsfortbildung (Fn. 96) 184.

²¹⁹ So Kramer, Juristische Methodenlehre (Fn. 27) 244–246.

²²⁰ BVerfG 15.1.2009, BVerfGE 122, 248, 282: „Der Senat verkennt die verfassungsrechtlichen Grenzen richterlicher Rechtsfindung“. Dazu Christoph Möllers, Nachvollzug ohne Maßstababbildung: richterliche Rechtsfortbildung in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, JZ 2009, 668–673 („[...] die wichtigste Äußerung zu verfassungsrechtlichen Grenzen richterlicher Rechtsfortbildung seit ‚Soraya‘“).

²²¹ Vgl. vor allem Larenz, Methodenlehre (Fn. 5) 426–429; Larenz / Canaris, Methodenlehre (Fn. 80) 250–252; Bydlinski, Juristische Methodenlehre (Fn. 25) 496–500. Larenz / Canaris, Methodenlehre (Fn. 80) 252, verfeinern deshalb ihre Taxonomie von Rechtsfortbildungen, indem sie neben die Rechtsfortbildung *praeter legem* und *extra legem* (dazu oben Fn. 183) die Rechtsfortbildung *contra legem* stellen. Ablehnend Th. Möllers, Juristische Methodenlehre (Fn. 26) 416 („Eine Rechtsfortbildung als *contra legem* zu erklären, sie dann aber doch für ausnahmsweise zulässig zu erklären, ist irreführend“).

²²² Larenz, Methodenlehre (Fn. 5) 427 f. Zum Aufwertungsurteil (RGZ 107, 78; anders noch RGZ 101, 141), seinen Hintergründen und Folgen vgl. vor allem Bernd Rütters, Die

zen mit „unrichtigem Recht“ im Sinne der Radbruch'schen Formel.²²³ Damit werden die Erfahrungen mit dem Unrechtssystem des Nationalsozialismus evoziert, die in der Paarformel der Bindung des Richters an „Gesetz und Recht“ in Art. 20 Abs. 3 GG ihren Niederschlag im Grundgesetz gefunden haben.²²⁴ In einem demokratischen Rechtsstaat sollte diese Art von Rechtsfortbildung *contra legem* „ein sehr seltener Ausnahmefall“ sein.²²⁵

7. Zur Zulässigkeit richterlicher Gesetzeskorrekturen²²⁶

Die zuvor erwähnte Rechtsprechung zum Ersatz des immateriellen Schadens bei schweren Verletzungen des Persönlichkeitsrechts wird im Hinblick auf die der verfassungsmäßigen Ordnung immanenten Wertvorstellungen, auf die sich das Bundesverfassungsgericht stützt, vielfach als Rechtsfortbildung *praeter legem* betrachtet und als solche gebilligt.²²⁷ Das ist nicht unproblematisch, wird dadurch und durch die formelhaften Kriterien, die eine Rechtsfortbildung *praeter legem* im Allgemeinen legitimieren sollen (Natur der Sache, allgemeine Rechtsgrundsätze),²²⁸ doch das Außerordentliche einer solchen richterlichen Normenkorrektur verborgen.²²⁹ Im Grunde han-

unbegrenzte Auslegung⁷ (2012) 64–90; vgl. auch *Rüthers / Fischer / Birk*, Rechtstheorie (Fn. 59) 565 f.

²²³ *Gustav Radbruch*, Gesetzliches Unrecht und Übergesetzliches Recht, *Süddeutsche Juristenzeitung* 1946, 105–108; *ders.*, *Vorschule der Rechtsphilosophie*² (1959) 33. Diese Formel ist bei den Mauerschützenprozessen wieder aktuell geworden; vgl. BVerfG 24.10.1996 – 2 BvR 1851/94, 1852/94, 1875/94, 1853/94, BVerfGE 95, 96; *Robert Alexy*, Der Beschluss des Bundesverfassungsgerichts zu den Tötungen an der innerdeutschen Grenze vom 24. Oktober 1996 (1997).

²²⁴ Zur Bedeutung dieser Formel, insbesondere des Begriffs „Recht“ im Gegensatz zu „Gesetz“, vgl. *Neuner*, Rechtsfortbildung (Fn. 96) 5–84; *Larenz / Canaris*, Methodenlehre (Fn. 80) 246 f.; *Rüthers / Fischer / Birk*, Rechtstheorie (Fn. 59) 432 f., ferner etwa die Darstellung bei *Dreier / Schulze-Fielitz* (Fn. 172) Art. 20 (Rechtsstaat) Rn. 94.

²²⁵ *Bydlinski*, Juristische Methodenlehre (Fn. 25) 499; vgl. auch *Kramer*, Juristische Methodenlehre (Fn. 27) 247 (kann in rechtsstaatlich funktionierenden Demokratien „grundsätzlich nicht anerkannt werden“).

²²⁶ Überschrift nach *Rüthers / Fischer / Birk*, Rechtstheorie (Fn. 59) 567.

²²⁷ *Larenz / Canaris*, Methodenlehre (Fn. 80) 249 f.; *Th. Möllers*, Juristische Methodenlehre (Fn. 26) 262, 423 f.; *Hager*, Rechtsmethoden (Fn. 11) 129, 135 f.; vgl. demgegenüber *Rüthers / Fischer / Birk*, Rechtstheorie (Fn. 59) 564, 570, und *Vogel*, Juristische Methodik (Fn. 35) 139–142 (*contra legem*, aber ausnahmsweise zulässig).

²²⁸ Vgl. oben Fn. 199, 201.

²²⁹ Krass kritisch *Rüthers / Fischer / Birk*, Rechtstheorie (Fn. 59) 548–555 („Scheinbegründungen richterlicher Normsetzung“); *Th. Möllers*, Juristische Methodenlehre (Fn. 26) 412 f. („Methodischer Blindflug“). Hier wird freilich übersehen, dass in der Sache keine großen Unterschiede bestehen, da (beispielsweise) der Rückgriff auf die immanenten Wertvorstellungen der verfassungsmäßigen Ordnung jedenfalls implizit ja auch einen Wandel der gesellschaftlichen Einschätzung des zugrunde liegenden Sachverhalts benennt; dazu sogleich, nächster Absatz.

delt es sich bei dieser Betrachtungsweise um eine Verlängerung der sogenannten „objektiven“ Auslegung²³⁰ in den Bereich der Rechtsfortbildung. Vom Standpunkt der „subjektiven“ Auslegungstheorie²³¹ und damit aus der Perspektive des historischen Gesetzgebers, der § 253 BGB im Jahre 1900 erlassen hat, lässt sich ein eklatanterer Fall des Judizierens *contra legem* kaum denken.

Es empfiehlt sich, mit diesem Befund offen umzugehen, sich die Diskrepanz zwischen dem, was der Gesetzgeber einmal gesagt hat, und dem, was heute unter dem damals Gesagten verstanden werden soll, bewusst zu machen und sodann argumentativ zu überbrücken.²³² In diesem Zusammenhang kann es darum gehen, ob die von den Verfassern des Gesetzes zugrunde gelegten Annahmen fehlerhaft waren;²³³ ob das Gesetz überhaupt geeignet ist, die mit ihm verfolgten Ziele zu erreichen; ob sich neue, damals nicht vorausgesehene Probleme ergeben haben, auf die das Gesetz eine befriedigende Antwort nicht bieten kann; ob sich die sozialen oder wirtschaftlichen Umstände seit Normerlass geändert haben; oder ob sich die allgemeine gesellschaftliche Einschätzung bestimmter Sachverhalte gewandelt hat.²³⁴ Auch die Frage, ob der Gesetzestext von Redaktionsversehen verunstaltet ist, lässt sich nur im Wege einer historischen Analyse klären; die Berichtigung derartiger Redaktionsversehen wird wohl allgemein für zulässig gehalten.²³⁵

Wo genau die Grenzen richterlicher Rechtsfortbildung liegen, bleibt damit insgesamt unsicher.²³⁶ Betrachtet man die Praxis der deutschen Gerichte, so lassen sich zwei Aussagen machen: Zum einen darf einer Vorschrift kein Inhalt beigelegt werden, den ihr auch der Gesetzgeber nicht geben dürfte, weil er so gegen die Verfassung verstieße.²³⁷ Und zum anderen darf die Judikative nicht in die Gestaltungsfreiheit des Gesetzgebers eingreifen,

²³⁰ Vgl. oben III.4.

²³¹ Vgl. oben, Text zu Fn. 129.

²³² Vgl. bereits oben, Text zu Fn. 133.

²³³ Ein Beispiel dafür bietet der Beitrag: Die Einrede der Aufrechenbarkeit nach § 770 Abs. 2 BGB: Normwortlaut und Rechtsentwicklung, *Juristische Rundschau* 1979, 495–499.

²³⁴ So auch *Rüthers / Fischer / Birk*, *Rechtstheorie* (Fn. 59) 568–573; vgl. ferner *Neuner*, *Rechtsfortbildung* (Fn. 96) 139–178; *Alexy*, *Interpretation* (Fn. 105) 83; sowie bereits *Zimmermann*, *RabelsZ* 78 (2014) 315, 326f.

²³⁵ *Larenz / Canaris*, *Methodenlehre* (Fn. 80) 219; *Kramer*, *Juristische Methodenlehre* (Fn. 27) 153f.; *Bydlinski*, *Juristische Methodenlehre* (Fn. 25) 393; *Rüthers / Fischer / Birk*, *Rechtstheorie* (Fn. 59) 567f.; *Reimer*, *Juristische Methodenlehre* (Fn. 35) 268f.; *Th. Möllers*, *Juristische Methodenlehre* (Fn. 26) 204f.; vgl. auch *Vögenauer*, *Auslegung von Gesetzen* (Fn. 10) 86f.

²³⁶ Vgl. auch *Th. Möllers*, *Juristische Methodenlehre* (Fn. 26) 411 („Die unsicheren Grenzen zulässiger Rechtsfortbildung“).

²³⁷ *Vögenauer*, *Auslegung von Gesetzen* (Fn. 10) 149.

indem sie ihren eigenen rechtspolitischen Willen zur Geltung bringt. Sie darf, mit anderen Worten, keine Zweckmäßigkeitserwägungen anstellen.²³⁸

8. Richterrecht

Rechtsfortbildung ist eine der Aufgaben der Gerichte. Die von ihnen *prae-ter, extra* oder sogar *contra legem* erlassenen Entscheidungen bilden damit Richterrecht. Obwohl selbstbewusste Gerichte wie das Oberappellationsgericht der vier Freien Städte in Lübeck, das preußische Obertribunal, später dann das Reichsoberlandesgericht und das Reichsgericht es auch im 19. Jahrhundert ohne Weiteres vermochten, sich „die dem Richter so unentbehrliche Freiheit der Bewegung“ zu verschaffen, die ihnen von klar blickenden Autoren wie Bernhard Windscheid durchaus zugestanden wurde,²³⁹ erkannte die Historische Schule den Gerichtsgebrauch nicht als eigenständige Rechtsquelle an.²⁴⁰ Eine zunehmend lebhaftere Diskussion um diese Frage entspann sich erst seit Beginn des 20. Jahrhunderts²⁴¹ und in Anbetracht einer Fortbildung des nunmehr kodifizierten bürgerlichen Rechts, für die der amerikanische Rechtsvergleicher John P. Dawson den Begriff der Fallrechtsrevolution geprägt hat.²⁴² Gleichwohl hat die herrschende Methodenlehre das Richterrecht lange Zeit „in einem sozusagen halblegitimen und daher halbdunklen Bereich gehalten“,²⁴³ indem sie Gerichtsentscheidungen als bloße Rechtserkenntnisquellen gekennzeichnet hat.²⁴⁴ Aus ihnen sollte also nur

²³⁸ *Vogenaier*, Auslegung von Gesetzen (Fn. 10) 149f.

²³⁹ *Bernhard Windscheid / Theodor Kipp*, Lehrbuch des Pandektenrechts⁹ (1906) § 28, Anm. 4; *Falk*, Ein Gelehrter wie Windscheid (Fn. 72); *Regina Ogorek*, Richterkönig oder Subsumtionsautomat? – Zur Justiztheorie im 19. Jahrhundert (1986); *Ulrike Müßig*, Geschichte des Richterrechts und der Präjudizienbindung auf dem europäischen Kontinent, Zeitschrift für neuere Rechtsgeschichte 28 (2006) 79–106.

²⁴⁰ *J. Schröder*, Recht als Wissenschaft (Fn. 3) 200. Aus der Sicht von Savigny und seinen Anhängern war das gemeine Gewohnheitsrecht „so gut wie immer Juristenrecht“ (ebd. 198). Zur Lehre vom „wissenschaftlichen Recht“ vgl. ebd. 201f.

²⁴¹ *J. Schröder*, Recht als Wissenschaft (Fn. 3) 305–310 („Die auffälligste Veränderung der Rechtsquellenlehre um und nach 1900 liegt im Aufstieg der Rechtsprechung zu einer selbständigen Rechtsquelle“ – zunächst jedoch mit Verbindlichkeit nur für den jeweiligen Fall, d. h. ohne präjudizielle Wirkung).

²⁴² *John P. Dawson*, The Oracles of the Law (1968) 432–502. Zur Entwicklung auch *Reinhard Zimmermann*, Das Bürgerliche Gesetzbuch und die Entwicklung des Bürgerlichen Rechts, in: Historisch-kritischer Kommentar zum BGB, Bd. I (Fn. 124) 19–22.

²⁴³ *Bydlinski*, Juristische Methodenlehre (Fn. 25) 502; vgl. auch *Vogenaier*, Richterrecht (Fn. 212) 1305 („Die rechtswissenschaftliche Methodenlehre hat [der rechtsetzenden Rolle der Gerichte] [...] bisher nur eingeschränkt Rechnung getragen. [...] Statt ‚Richterrecht‘ bevorzugt sie [...] den Ausdruck ‚richterliche Rechtsfortbildung‘, der den schöpferischen Charakter der Rechtsprechung weniger hervortreten lässt“).

²⁴⁴ Repräsentativ *Larenz*, Methodenlehre (Fn. 5) 430–432; vgl. auch den Überblick bei *Fikentscher*, Methoden des Rechts (Fn. 19) § 29 V.

entnommen werden können, was rein faktisch als Recht praktiziert wird, und nicht, was richtigerweise als Recht praktiziert werden sollte.²⁴⁵ Etwas anderes sollte nur gelten, wenn eine Rechtsprechung durch länger dauernde und gleichmäßige Übung zu Gewohnheitsrecht erstarkt.²⁴⁶

Inzwischen setzt sich freilich immer stärker die Auffassung durch, dass auch in kontinentalen Rechtsordnungen wie den deutschsprachigen „echtes“ Richterrecht²⁴⁷ entsteht, dass also (höchstrichterliche) Entscheidungen als Rechtgeltungsquelle²⁴⁸ zu qualifizieren und damit grundsätzlich verbindlich sind.²⁴⁹ Freilich handelt es sich nur um eine *pro tanto* verbindliche Rechtsquelle, denn im Gegensatz zu Gesetzen müssen Gerichtsentscheidungen auf nachvollziehbaren, vernünftigen Gründen beruhen; und Richterrecht kann mithin stets durch entgegengesetzte, bessere Argumente korrigiert werden.²⁵⁰ Dasselbe meinen Bydlinski und Larenz / Canaris, wenn sie Richterrecht als „subsidiäre“ Rechtsquelle bezeichnen.²⁵¹

Der lebhaften Diskussion über die Rechtsnatur des Richterrechts entspricht keine vergleichbar intensive Reflexion über den Umgang mit Richterrecht.²⁵² Insbesondere fehlt es an einer der englischen *rule of precedent* ver-

²⁴⁵ Claus-Wilhelm Canaris, Die Stellung der „UNIDROIT Principles“ und der „Principles of European Contract Law“ im System der Rechtsquellen, in: Europäische Vertragsrechtsvereinheitlichung und deutsches Recht, hrsg. von Jürgen Basedow (2000) 5–31, 8.

²⁴⁶ Larenz, Methodenlehre (Fn. 5) 433; vgl. dazu Kriele, Theorie (Fn. 86) 253 f.; Rüthers / Fischer / Birk, Rechtslehre (Fn. 59) 150; Kramer, Juristische Methodenlehre (Fn. 27) 254; Th. Möllers, Juristische Methodenlehre (Fn. 26) 77–79.

²⁴⁷ Bydlinski, Juristische Methodenlehre (Fn. 25) 506.

²⁴⁸ Canaris, Stellung der „UNIDROIT Principles“ (Fn. 245) 8.

²⁴⁹ So insbesondere die Pionierarbeiten von Josef Esser, Grundsatz und Norm in der richterlichen Fortbildung des Privatrechts² (1964) 132–140, 287–289, und Wolfgang Fikentscher, Methoden des Rechts in vergleichender Darstellung, Bd. IV (1977) 241–244 (im Rahmen der Entwicklung seiner Theorie der „Fallnorm“; kritisch dazu Bydlinski, Juristische Methodenlehre (Fn. 25) 515–527); Rüthers / Fischer / Birk, Rechtstheorie (Fn. 59) 155–163; Pawlowski, Methodenlehre (Fn. 55) 230–236; vgl. ferner Canaris, Stellung der „UNIDROIT Principles“ (Fn. 245) 8 f., und die sogleich in Fn. 250 und 251 Genannten. Für Reimer, Juristische Methodenlehre (Fn. 35) 29, ist Richterrecht „gesprochenes Recht“.

²⁵⁰ Alexy, Theorie (Fn. 86) 334–341; Reinhard Zimmermann / Nils Jansen, *Quieta Movere: Interpretative Change in a Codified System*, in: Essays in Celebration of John Fleming (1998) 286–315, 305–307.

²⁵¹ Larenz / Canaris, Methodenlehre (Fn. 80) 256–258; Bydlinski, Juristische Methodenlehre (Fn. 25) 504–512; vgl. ferner Kriele, Theorie (Fn. 86) 243–268; Kramer, Juristische Methodenlehre (Fn. 27) 258; Vogel, Juristische Methodik (Fn. 35) 84; Th. Möllers, Juristische Methodenlehre (Fn. 26) 74–76 („Lehre von den sekundären Rechtsquellen“).

²⁵² Vgl. Stefan Vogenauer, Precedent, Rule of, in: Handwörterbuch des Europäischen Privatrechts (Fn. 4) 1170–1172, 1171 f., mit zustimmender Zitierung der Feststellung von Mary Ann Glendon, es finde sich hier „eine Achillesferse in der Methodik des civil law“; *ders.*, Sources of Law (Fn. 7) 895 („[On the Continent] lawyers ha[ve] been so busy pondering yet again whether precedent is a binding source of law that they overlooked that even a de facto source which is habitually followed needs to be, and indeed is, applied and interpreted according to certain methodological standards“); *ders.*, Auslegung von Gesetzen (Fn. 10) 226 (die

gleichbaren Präjudizienlehre. Nur in einigen der neueren Methodenlehren finden sich Erörterungen zur Bedeutung von *obiter dicta* und *ratio decidendi*, zur Rolle von Leitsätzen, zur Auslegung von Gerichtsentscheidungen, zu *distinguishing* und *overruling* oder auch zum Problem des Vertrauensschutzes bei Änderungen der Rechtsprechungspraxis.²⁵³

9. Folgenberücksichtigung

Trotz einer zeitweise intensiven Debatte²⁵⁴ letztlich ungeklärt sind bislang die normativen Grundlagen der Folgenberücksichtigung bei Rechtsanwendung und Rechtsfortbildung.²⁵⁵ Während die Analyse der praktisch-empirischen Folgen²⁵⁶ einer Entscheidung bisweilen zur teleologischen Auslegung gerechnet wird,²⁵⁷ sehen andere in der „folgenorientierten Auslegung“ eine

Vorgehensweise bei der Interpretation eines Präjudizes werde „weder in der Praxis noch in der rechtswissenschaftlichen Theorie reflektiert“; „Armut der Präjudizienlehre“). Zum historischen Hintergrund Müßig, *Zeitschrift für Neuere Rechtsgeschichte* 28 (2006) 79–106.

²⁵³ Vogel, *Juristische Methodik* (Fn. 35) 160–170 (vor allem: Ermittlung und Auslegung von Richterrecht, *distinguishing*); Reimer, *Juristische Methodenlehre* (Fn. 35) 210–218 (unter der Überschrift „Gesprochenes Recht verstehen“ und mit einem Schwerpunkt zum Thema „Auslegung von Gerichtsentscheidungen“); Th. Möllers, *Juristische Methodenlehre* (Fn. 26) 78–81, 83f., 318–326; Martens, *Methodenlehre* (Fn. 1) 180–193 (vor allem zu Rechtsprechungsänderungen und Vertrauensschutz; das ist auch der Schwerpunkt des in Fn. 250 zitierten Aufsatzes von Zimmermann/Jansen); vgl. auch bereits Kriele, *Theorie* (Fn. 86) 269–289; Bydlinski, *Juristische Methodenlehre* (Fn. 25) 509–515; Kramer, *Juristische Methodenlehre* (Fn. 27) 300–310 (zu Rechtsprechungsänderungen und Vertrauensschutz). Eine recht eigenwillige „Theorie der Präjudizien“ findet sich bei Pawlowski, *Methodenlehre* (Fn. 55) §§ 22–26 (darunter § 23: „Zur Gerechtigkeit im wiedervereinigten Deutschland“ und § 26: „Es gibt etwas Besseres auf der Welt“). Ausführlich aber Kriele, *Theorie* (Fn. 86) 269–289 („Methode der Rechtsgewinnung aus Präjudizien“); Langenbucher, *Entwicklung und Auslegung* (Fn. 212) 40–62 („Entwicklung von Richterrecht“), 63–147 („Auslegung von Richterrecht“); Robert Alexy/Ralf Dreier, *Precedent in the Federal Republic of Germany*, in: *Interpreting Precedents: A Comparative Study* (Fn. 12) 17–64. In dem Band „Precedent and the Law“, hrsg. von Ewoud Hondius (2007), finden sich unter der Überschrift „The Civil Law Tradition: Germany“ Berichte über Griechenland, die Niederlande, Dänemark und Finnland, aber nicht über Deutschland.

²⁵⁴ Vgl. Martina Deckert, *Folgenorientierung in der Rechtsanwendung* (1995), ferner die Nachweise bei Kramer, *Juristische Methodenlehre* (Fn. 27) 264 Fn. 853, und Reimer, *Juristische Methodenlehre* (Fn. 35) 178 Fn. 504 (der hinzufügt, die Diskussion sei heute „weitgehend vererbt“). Der wohl prominenteste Gegner einer Verwendung von Folgen als Entscheidungskriterium war Niklas Luhmann; vgl. dazu Koch/Rüßmann, *Juristische Begründungslehre* (Fn. 86) 233–236; Martens, *Methodenlehre* (Fn. 1) 478.

²⁵⁵ So auch Martens, *Methodenlehre* (Fn. 1) 478, der die Frage dann (478–493) für den EuGH untersucht.

²⁵⁶ Vgl. die Differenzierung bei Martens, *Methodenlehre* (Fn. 1) 478.

²⁵⁷ Martens, *Methodenlehre* (Fn. 1) 491 („notwendiger Bestandteil der teleologischen Auslegung“ – dies freilich nur, wenn, wie Martens postuliert, die Folgen nach rein rechtlichen Maßstäben bewertet werden); vgl. auch Koch/Rüßmann, *Juristische Begründungslehre*

eigenständige „moderne Auslegungsfigur“,²⁵⁸ zu der eine Vielzahl von Einzelgesichtspunkten gehören (wie etwa das *argumentum ad absurdum*, die Vermeidung unbilliger Härten oder *de minimis non curat lex*).²⁵⁹ Wiederum andere beschränken die Folgenorientierung auf den Bereich der Rechtsfortbildung, entweder nur der „gesetzesübersteigenden“²⁶⁰ oder der Rechtsfortbildung allgemein.²⁶¹ Reimer empfiehlt „sowohl mit Blick auf die Erkenntnismöglichkeiten der Rechtsanwender wie auch mit Blick auf ihren rechtlichen Auftrag im Rahmen der arbeitsteiligen Rechtsverwirklichung“ große Zurückhaltung,²⁶² misst aber der Folgenabschätzung als Kontrollüberlegung zentrale Bedeutung bei.²⁶³ Diese Ansicht spiegelt wohl am besten die Erfahrung wider, dass Gerichte ein einmal erzielttes Auslegungsergebnis vielfach daraufhin prüfen, ob es als sachgerecht und vernünftig oder aber widersinnig, unhaltbar bzw. nicht praktikabel erscheint.²⁶⁴ Auch in diesem Zusammenhang ist der Gedanke vom Richter, der zum „denkenden Gehorsam“ gegenüber dem Gesetzgeber verpflichtet ist,²⁶⁵ hilfreich.²⁶⁶ Der Richter sollte mithin sicherstellen, dass die Ziele des betreffenden Gesetzes, einschließlich der von ihm beabsichtigten Folgen, so gut wie möglich umgesetzt werden. Dazu gehört auch die Vermeidung unhaltbarer oder impraktikabler

(Fn. 86) 233 („Folgenberücksichtigung“ scheint als Bezeichnung für das, „was die objektiv-teleologische ‚Auslegung‘ – recht verstanden – ist, sogar zutreffender“).

²⁵⁸ Th. Möllers, Juristische Methodenlehre (Fn. 26) 151.

²⁵⁹ Th. Möllers, Juristische Methodenlehre (Fn. 26) 167–177.

²⁶⁰ Larenz / Canaris, Methodenlehre (Fn. 80) 184f. („[...] dann sollte das Gericht allerdings die Folgen allgemeinwirtschaftlicher oder sozialer Art bedenken und wird dies auch tun“); Kramer (Fn. 27) 263f. (der Richter habe, ganz analog zum Gesetzgeber, „jeweils auch die voraussehbaren individuellen, gruppenbezogenen, aber auch gesamtgesellschaftlichen ‚Realfolgen‘ seiner richterlichen Innovationen offen anzusprechen und rechtspolitisch zu entscheiden“). Im Gegensatz zu Martens sieht Kramer darin eine externe, d.h. aus außerrechtlichen Überlegungen gewonnene Rechtfertigung von Richterrecht).

²⁶¹ Rühthers / Fischer / Birk, Rechtstheorie (Fn. 59) 188, 203 (angesichts der Tatsache, dass jede rechtsfortbildende, auch die bloß lückenfüllende, „unvermeidbar volitive, also rechtspolitische Elemente“ enthält. Teilnahme an der Rechtspolitik bedeute zugleich eine „Folgenverantwortung“).

²⁶² Reimer, Juristische Methodenlehre (Fn. 35) 178.

²⁶³ Reimer, Juristische Methodenlehre (Fn. 35) 178. Larenz / Canaris, Methodenlehre (Fn. 80) 168–170, sprechen demgegenüber von „[d]ie Auslegung mitbestimmende[n] Faktoren“.

²⁶⁴ Dazu Vogenauer, Auslegung von Gesetzen (Fn. 10) 44–48, 136–138 (unter der Überschrift „Außergesetzliche Wertungsmaßstäbe“). Der Vernünftigkeitkontrolle (Reimer spricht von „teleologischer Kontrolle“) komme in der Rechtspraxis erhebliche Bedeutung zu.

²⁶⁵ Vgl. oben bei Fn. 77 und 181.

²⁶⁶ So auch Gerhard Wagner, Privatrechtsdogmatik und ökonomische Analyse, in: FS Claus-Wilhelm Canaris (2017) 281–318, 312.

Ergebnisse.²⁶⁷ Auch bei der Folgenbewertung²⁶⁸ darf der Richter nicht seinen eigenen rechtspolitischen Willen zur Geltung bringen, sondern hat die Zwecksetzungsprärogative des Gesetzgebers zu beachten.²⁶⁹

Eine besondere Form der Folgenberücksichtigung ist die Frage, ob eine rechtliche Regel dem Gebot der Effizienz entspricht. Auf eine Beantwortung dieser Frage zielt die ökonomische Analyse, ein Ansatz, der sich zunächst in den USA etabliert hat, seit den 1980er-Jahren aber auch in Deutschland zunehmend rezipiert worden ist.²⁷⁰ In den Entscheidungen deutscher Gerichte spielt sie nach wie vor keine Rolle²⁷¹ und in der Methodenliteratur wird sie nur am Rande thematisiert.²⁷² In der einschlägigen Spezialliteratur wird die ökonomische Analyse vielfach in erster Linie als Gesetzgebungstheorie konzipiert.²⁷³ Doch auch bei der Anwendung und Fortbildung des Rechts können ökonomische Argumente ihren Platz finden, sofern für einen derartigen Rezeptionsvorgang ein Bezugspunkt besteht:²⁷⁴ „Zählt zu den vom Gesetzgeber verfolgten Zwecken die Effizienz der erzielten Ergebnisse, entfaltet das Effizienzprinzip [...] normative Kraft.“²⁷⁵

²⁶⁷ „Dem Gesetz darf die Tendenz unterstellt werden, der Gerechtigkeit genügende Lösungen zu ermöglichen. Unter einer ‚gerechten‘ Fallentscheidung versteht der Zivilrichter eine solche, die dem berechtigten Anliegen beider Parteien Rechnung trägt [und] einen ausgewogenen Interessenausgleich herstellt“: *Larenz / Canaris*, Methodenlehre (Fn. 80) 168 f.

²⁶⁸ Zur Unterscheidung der Problemkreise Informationsbeschaffung und Folgenbewertung *Martens*, Methodenlehre (Fn. 1) 480.

²⁶⁹ Vgl. *Vogenauer*, Auslegung von Gesetzen (Fn. 10) 149 f.

²⁷⁰ *Richard Posner*, *Economic Analysis of Law*⁸ (2011); *Robert Cooter / Thomas S. Ulen*, *Law & Economics*⁶ (2012); *Hans-Bernd Schäfer / Claus Ott*, Lehrbuch der ökonomischen Analyse des Zivilrechts⁴ (2005); *Horst Eidenmüller*, Effizienz als Rechtsprinzip: Möglichkeiten und Grenzen der ökonomischen Analyse des Rechts⁴ (2015); vgl. im vorliegenden Zusammenhang auch *Frank Laudenklos*, Methode und Zivilrecht in der ökonomischen Analyse des Rechts, in: *Methodik des Zivilrechts – von Savigny bis Teubner* (Fn. 70) 471–488.

²⁷¹ *Wagner*, Privatrechtsdogmatik (Fn. 266) 290. Aus diesem Grund taucht das Argument auch in der Untersuchung von *Vogenauer*, Auslegung von Gesetzen (Fn. 10), nicht auf.

²⁷² *Bydlinski*, Juristische Methodenlehre (Fn. 25) 331 (der seine Skepsis bereits durch Anführungszeichen zum Ausdruck bringt); *Kramer*, Juristische Methodenlehre (Fn. 27) 281–285 (ökonomische Gesichtspunkte führen in vielen Fällen zu Rationalitätsfortschritten „gegenüber traditionellen Beschwörungen von imaginären rechtlichen Grundwertungen [...]“); *Rüthers / Fischer / Birk*, Rechtslehre (Fn. 59) 193 f., 232–234; *Vogel*, Juristische Methodik (Fn. 35) 127; vergleichsweise ausführlich *Reimer*, Juristische Methodenlehre (Fn. 35) 227–231; *Th. Möllers*, Juristische Methodenlehre (Fn. 26) 180–192.

²⁷³ *Eidenmüller*, Effizienz (Fn. 270) 414–449.

²⁷⁴ *Zimmermann / Wagner*, AcP 216 (2016) 1, 10.

²⁷⁵ *Wagner*, Privatrechtsdogmatik (Fn. 266) 318; in diesem Sinne auch *Martens*, Methodenlehre (Fn. 1) 103–106, 492 („Die wirtschaftliche Effizienz [...] ist deshalb bei der Interpretation einer Rechtsnorm [...] dann von Bedeutung, wenn die Interpretation der Norm ergibt, dass sie dieses ökonomische Ziel verfolgt“); vgl. ferner *Kramer*, Juristische Methodenlehre (Fn. 27) 283 f.; *Reimer*, Juristische Methodenlehre (Fn. 35) 230 f.; *Eidenmüller*, Effizienz (Fn. 270) 450–480. Ein Beispiel für die ökonomische Analyse von deutschen Gerichtsent-

10. Neue Themen – und alte

Damit sind die Methoden der Rechtsgewinnung, wie sie in den deutschsprachigen Ländern traditionell konzeptualisiert werden, im Wesentlichen skizziert. In neueren juristischen Methodenlehren finden sich bisweilen noch zusätzliche Stichworte, darunter insbesondere diejenigen der „Konkretisierung“ und, damit verbunden, der „Abwägung“. So heißt für Reimer „das Recht konkretisieren“ die Spielräume nutzen, die dem Rechtsanwender durch Wertungsermächtigungen gegeben werden: indem er mit unbestimmten Rechtsbegriffen oder Prinzipien umgehen muss oder auch indem er mit Normkollisionen konfrontiert ist, die im Wege praktischer Konkordanz aufzulösen sind.²⁷⁶ In all diesen Fällen seien (norminterne oder normübergreifende) Abwägungen vorzunehmen. Reimer betrachtet Abwägungen damit geradezu als eine „Querschnittsherausforderung“ in der Rechtsanwendung;²⁷⁷ und die ökonomische Analyse des Rechts ist für ihn eine mögliche Abwägungshilfe.²⁷⁸ Er illustriert seine Lehre von der Rechtskonkretisierung dann vor allem anhand wertausfüllungsbedürftiger Begriffe, der Verfassungsprinzipien und des Ermessens.²⁷⁹ Seine Lehre ist damit stark vom öffentlichen Recht her gedacht.²⁸⁰ Doch auch Thomas Möllers, ein Privatrechtler, widmet dem Thema „Konkretisierung“ beträchtlichen Raum: nicht weniger als einen von insgesamt fünf Teilen seines Lehrbuchs.²⁸¹ Dabei geht es, unter anderem, um die „Vergleichsfallmethode“, um „Bewegliches System“ und „Fallgruppenvergleich“, um „Rechtsdogmatik und allgemeine Rechtsprinzipien“ und um „Konkretisierung durch Abwägung“. All das bildet ein recht heterogenes Konglomerat von Gesichtspunkten, die bei der Rechtsfindung eine Rolle spielen oder doch spielen können, über deren Einordnung in eine juristische Methodenlehre aber erhebliche Unsicherheit herrscht.²⁸² Manches fände in einer Lehre von der Herausbil-

scheidungen bieten *Hein Kötz / Hans-Bernd Schäfer*, *Judex oeconomicus* (2003). Für die europäische Ebene vgl. *Jens-Uwe Franck*, Vom Wert ökonomischer Argumente bei Gesetzgebung und Rechtsfindung für den Binnenmarkt, in: *Europäische Methodenlehre*³, hrsg. von Karl Riesenhuber (2015) 70–93.

²⁷⁶ Reimer, *Juristische Methodenlehre* (Fn. 35) 219–246.

²⁷⁷ Reimer, *Juristische Methodenlehre* (Fn. 35) 222.

²⁷⁸ Reimer, *Juristische Methodenlehre* (Fn. 35) 227–231.

²⁷⁹ Reimer, *Juristische Methodenlehre* (Fn. 35) 231–246.

²⁸⁰ Vgl. bereits oben, bei Fn. 42.

²⁸¹ *Th. Möllers*, *Juristische Methodenlehre* (Fn. 26) 305–408.

²⁸² Überwiegend werden „Konkretisierung“ und/oder Abwägungen nicht als eigenständige Themenkreise oder Rechtsfindungsmethoden betrachtet. So befassen sich *Larenz / Canaris*, *Methodenlehre* (Fn. 80), mit der Konkretisierung von Generalklauseln im Wege der Fallvergleichung und Typisierung unter dem Stichwort „Werturteile“ (109–113), mit der „Güterabwägung“ bei der Lösung von Prinzip- und Normkollisionen im Rahmen des Abschnitts über richterliche Rechtsfortbildung (223–232). *Bydlinski*, *Juristische Methodenlehre* (Fn. 25), betrachtet das „bewegliche System“ und den Typenvergleich als Methoden „wertbe-

dung und vom Umgang mit Richterrecht seinen Platz,²⁸³ bei anderen Punkten ist unklar, inwieweit sie tatsächlich in eine privatrechtliche Methodenlehre passen²⁸⁴ und welcher Stellenwert ihnen gegebenenfalls zukäme.²⁸⁵

Thomas Möllers nimmt neuerdings auch wieder auf die von Theodor Viehweg propagierte Lehre von einer topischen Jurisprudenz²⁸⁶ Bezug und sieht in topischem Denken und, damit verbunden, der Typenlehre einen wesentlichen Beitrag zu „juristischer Kreativität“ bei der Rechtsfindung.²⁸⁷ Überwiegend wird die juristische Topik heute jedoch skeptisch bis ableh-

zogenen juristischen Denkens“ (527–552), zur Konkretisierung von Generalklauseln heißt es, dass erst das Präjudizienrecht im Laufe der Zeit zu ausreichend bestimmten und differenzierteren Rechtsregeln führe (582–585). *Kramer*, Juristische Methodenlehre (Fn. 27), erwähnt das „Abwägungsmodell“ nur beiläufig an zwei Stellen (bei Ermessensentscheidungen und Prinzipienkollisionen, jeweils mit deutlicher Skepsis; 275 f. und 295 f.), die Konkretisierung von Generalklauseln ist für ihn ein Fall des gesetzesübersteigenden Richterrechts. *Rüthers / Fischer / Birk*, Rechtstheorie (Fn. 59), befassen sich mit „Abwägung“ nur am Rande (insbesondere 572: vor jeder richterlichen Normzweckkorrektur sei eine Abwägung der Rechtsänderungsinteressen gegen die Interessen der Rechtssicherheit erforderlich); Generalklauseln beschreiben sie als Lücken und damit als Eingangstor zur richterlichen Normsetzung (510–513). Vgl. ferner *Vögel*, Juristische Methodik (Fn. 35) 77–80 (Konkretisierung von Rechtsgrundsätzen), 143–147 (Konkretisierung von Generalklauseln und unbestimmten Rechtsbegriffen durch Fallvergleich und Typenbildung), 150–156 (Abwägung bei Konflikten zwischen Rechten, Gütern, Interessen oder Belangen der Beteiligten); *Zippelius*, Juristische Methodenlehre (Fn. 61) 80 f. (Normkonkretisierung als Auslegungsfrage), 58–63 (typisierter Fallvergleich), 48–50 (Gesetzesinterpretation als Abwägungsprozess); *Müller / Christensen*, Juristische Methodik (Fn. 49) 263–288 und passim (Konkretisierung (Normkonstruktion) als zentrale Aufgabe von Rechtspraxis und Rechtswissenschaft); *Pawlowski*, Methodenlehre (Fn. 55) 347–353 (Güterabwägung im Einzelfall, die zu einer Abwendung von der Normativität des Rechts und zur Hinwendung zu einer sittlichen Wertordnung führe). *Rückert / Seinecke*, Zwölf Methodenregeln (Fn. 105) 49 f., geben den guten Ratschlag: „Manchmal muss man abwägen“. Vielleicht lässt sich nach dem Stand der deutschen Methodenlehre tatsächlich mehr nicht sagen. Was die Rechtspraxis betrifft, ist bezeichnend, dass die Stichworte „Abwägung“ und „Konkretisierung“ im Sachverzeichnis des Buches von *Vögenauer*, Auslegung von Gesetzen (Fn. 10), nicht vorkommen.

²⁸³ Vgl. oben, Text bei Fn. 252.

²⁸⁴ So sind im Privatrecht jedenfalls in erster Linie Regeln anzuwenden und nicht Prinzipien zu optimieren. Die Prinzipientheorie, die sich vor allem auf die Wirkungsweise von Grundrechten bezieht, ist in Deutschland mit dem Namen Alexy verbunden; vgl. *Robert Alexy*, Theorie der Grundrechte (1985) 71–157; zusammenfassend *Jan-R. Sieckmann*, Grundrechte als Prinzipien, in: Die Prinzipientheorie der Grundrechte, hrsg. von dems. (2007) 17–38. Vgl. ferner *Nils Jansen*, Die normativen Grundlagen rationaler Abwägung im Recht, in: Die Prinzipientheorie der Grundrechte (diese Fn.) 39–58; *ders.*, Die Abwägung von Grundrechten, *Der Staat* 36 (1997) 27–54. Gute Erörterung zum Abwägungsmodell von Alexy auch bei *Martens*, Methodenlehre (Fn. 1) 312–318.

²⁸⁵ Eine anspruchsvolle Analyse der Debatte um die Konkretisierung von Generalklauseln im deutschen Privatrechtsdenken findet sich bei *Marietta Auer*, Materialisierung, Flexibilisierung, Richterfreiheit: Generalklauseln im Spiegel der Antinomien des Privatrechtsdenkens (2005) 149–178.

²⁸⁶ *Theodor Viehweg*, Topik und Jurisprudenz (5. Aufl. 1974; 1. Aufl. 1953).

²⁸⁷ *Th. Möllers*, Juristische Methodenlehre (Fn. 26) 463–467.

nend beurteilt.²⁸⁸ unter anderem deshalb, weil sie den Gedanken eines Rechtssystems konterkariert.

Was die Rechtsquellenlehre betrifft, so steht heute die Frage nach der Bedeutung des Richterrechts im Zentrum der Diskussion;²⁸⁹ nichtlegislative Kodifikationen wie die *Principles of European Contract Law* oder die *UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts* und, allgemeiner, das Phänomen von „Privatrecht ohne Staat“ spielen in der deutschen Methodenlehre allenfalls am Rande eine Rolle.²⁹⁰

Nach dem eigenwilligen Rechtsbegriff der Historischen Rechtsschule stand das Gewohnheitsrecht an der Spitze der Rechtsquellenhierarchie.²⁹¹ Trotz schon damals nur noch geringer praktischer Bedeutung bildete es bis zum Ende der Weimarer Republik den Gegenstand lebhafter Diskussion.²⁹² Diese ist heute so gut wie vollkommen abgeebbt, und in den modernen juristischen Methodenlehren wird das Gewohnheitsrecht dementsprechend nur ganz am Rande als praktisch so gut wie bedeutungslos erwähnt.²⁹³ Das hat verschiedene Gründe, darunter denjenigen, dass Richterrecht nicht nur dann als Rechtsquelle anzuerkennen ist, wenn es zu Gewohnheitsrecht erstarkt.²⁹⁴ „Juristenrecht“ im Sinne eines nicht vom Volk, sondern von der Wissenschaft anerkannten Rechts ist keine Rechtsquelle, weder eine eigenständige noch eine gewohnheitsrechtliche.²⁹⁵ Rechtswissenschaft und

²⁸⁸ *Bydlinski*, Juristische Methodenlehre (Fn. 25) 141–148; *Kramer*, Juristische Methodenlehre (Fn. 27) 297–299; *Rüthers / Fischer / Birk*, Rechtslehre (Fn. 59) 382–384; *Reimer*, Juristische Methodenlehre (Fn. 35) 191 (es handele sich, soweit auf die Auslegung von Normmerkmalen bezogen, der Sache nach um teleologische Auslegung). Vgl. aber auch *Zippelius*, Juristische Methodenlehre (Fn. 61) 72f.; *Lennartz*, Dogmatik (Fn. 2) 75–80.

²⁸⁹ Vgl. oben IV.8.

²⁹⁰ Nach *Canaris*, Stellung der „UNIDROIT Principles“ (Fn. 245) 15–31, handelt es sich um *Rechtserkenntnisquellen*. Vgl. ferner zu den nichtlegislativen Kodifikationen *Nils Jansen*, *The Making of Legal Authority: Non-legislative Codifications in Historical and Comparative Perspective* (2010); zum nichtstaatlichen Privatrecht: *Beyond the State: Rethinking Private Law*, hrsg. von Nils Jansen / Ralf Michaels (2008), *Nichtstaatliches Privatrecht: Geltung und Genese*, hrsg. von Reinhard Zimmermann (2008); *Privates Recht*, hrsg. von Christian Bumke / Anne Röthel (2012). Die gängigen Methodenlehrbücher gehen auf die Thematik kaum ein; vgl. aber *Th. Möllers*, *Juristische Methodenlehre* (Fn. 26) 74–76.

²⁹¹ *J. Schröder*, *Recht als Wissenschaft* (Fn. 3) 196.

²⁹² *J. Schröder*, *Recht als Wissenschaft* (Fn. 3) 297–305.

²⁹³ *Larenz / Canaris*, *Methodenlehre* (Fn. 80) 177; *Bydlinski*, *Juristische Methodenlehre* (Fn. 25) 214–218; *Kramer*, *Juristische Methodenlehre* (Fn. 27) 231–233 („[...] praktisch gar nicht mehr denkbar“); *Rüthers / Fischer / Birk*, *Rechtslehre* (Fn. 59) 150f. („Auf nationaler Ebene gibt es heute Gewohnheitsrecht praktisch ausschließlich in der Erscheinungsform eines festen Gerichtsgebrauchs“); *Vogel*, *Juristische Methodik* (Fn. 35) 39f.; *Reimer*, *Juristische Methodenlehre* (Fn. 35) 29; *Th. Möllers*, *Juristische Methodenlehre* (Fn. 26) 78f. (als rechtliche Kategorie abzulehnen). Vgl. aber (vor allem für das Unionsrecht) *Martens*, *Methodenlehre* (Fn. 1) 264–266.

²⁹⁴ Vgl. oben, Text nach Fn. 246.

²⁹⁵ Für die Rechtsquellenlehre der Historischen Rechtsschule vgl. aber *J. Schröder*, *Recht als Wissenschaft* (Fn. 3) 198–200.

Rechtsprechung wirken traditionell bei der Herausbildung dessen zusammen, was wir als Rechtsdogmatik bezeichnen.²⁹⁶ Aber eine wissenschaftliche Lehre kann nur *qua* Richterrecht oder dadurch zu einer Rechtsquelle werden, dass der Gesetzgeber sie übernimmt.

V. Deutsche Erfahrungen

Ein Überblick über die juristische Methodenlehre in Deutschland wäre unvollständig, wenn unerwähnt bliebe, dass deutsche Juristen das Recht im 20. Jahrhundert unter fünf verschiedenen politischen Systemen angewandt und fortgebildet haben.²⁹⁷ Insbesondere haben sie die Perversion der Rechtsordnung²⁹⁸ während der Zeit des Nationalsozialismus nicht nur nicht verhindert, sondern aktiv befördert. Das geschah einerseits dadurch, dass sie von der nationalsozialistischen Ideologie durchtränkte Gesetze, etwa solche, die gegen Juden und andere „Fremdrassige“ gerichtet waren, ungerührt anwandten und vielfach, ganz im Geist dieser Gesetze, auch noch verstärkend auslegten.²⁹⁹ Das Erschrecken darüber führte in der Nachkriegszeit zu einem kurzfristigen Aufflackern des Naturrechtsdenkens,³⁰⁰ und es führte zur Konstruktion eines wirkmächtigen Feindbildes: der angeblich in das 19. Jahrhundert zurückreichenden Tradition eines wahlweise als inhaltsleer, steril, formalistisch oder wertfrei bezeichneten Positivismus, der die Juristen hilflos im Umgang mit „gesetzlichem Unrecht“ gemacht habe.³⁰¹

Sehr viel häufiger war, andererseits, aber der Fall, dass die Gerichte aufgrund von Gesetzen zu entscheiden hatten, die dem bürgerlichen Zeitalter vor 1933 entstammten, darunter das BGB. Auch diese Gesetze wurden nun

²⁹⁶ Dazu das Symposium des Jahres 2012 am Hamburger Max-Planck-Institut unter dem Titel „Dialog zwischen Rechtswissenschaft und Rechtsprechung“, RabelsZ 77 (2013) 300–387. Zur Rechtsdogmatik vgl. bereits oben II.4. *Vogenaier*, Richterrecht (Fn. 212) 1305, bemerkt in diesem Zusammenhang, dass die Rechtswissenschaft sich heute vielfach damit begnüge, richterliche Rechtsentwicklungen zu akzeptieren und möglichst systemkonform in ihr Gesamtgebäude zu integrieren.

²⁹⁷ Vgl. im Überblick *Hans-Peter Haferkamp*, Zur Methodengeschichte unter dem BGB in fünf Systemen, AcP 214 (2014) 60–92.

²⁹⁸ *Fritz von Hippel*, Die Perversion von Rechtsordnungen (1955).

²⁹⁹ Dazu etwa *Jan Schröder*, Rechtswissenschaft in Diktaturen: Die juristische Methodenlehre im NS-Staat und in der DDR (2016) 21–29.

³⁰⁰ Vgl. etwa *Helmut Coing*, Die obersten Grundsätze des Rechts: Ein Versuch zur Neubegründung des Naturrechts (1947). Ausführlich zu den Naturrechtsdebatten der Nachkriegszeit *Lena Foljanty*, Recht oder Gesetz: Juristische Identität und Autorität in den Naturrechtsdebatten der Nachkriegszeit (2013), vgl. z. B. 175–223 (zu Coing), 51–66 (zur Radbruch'schen Formel; zu dieser schon oben, Fn. 223).

³⁰¹ Dazu *Foljanty*, Recht oder Gesetz (Fn. 300) 19–50 (dort auch das Stichwort vom „Feindbild“). Dazu, dass unser Bild der Jurisprudenz des 19. Jahrhunderts heute allgemein im Wandel begriffen ist, vgl. bereits oben, Fn. 70–72.

vielfach im Licht des völkischen Rechtsdenkens interpretiert: etwa indem der Mieterschutz und der Vollstreckungsschutz versagt oder die Eheanfechtung wegen Irrtums über die (jüdische) Rasse des Ehepartners zugelassen wurde.³⁰² Bernd Rütters hat für die verschiedenen Ansätze der „Umdeutung“ der Rechtsbegriffe im Sinne der nationalsozialistischen Weltanschauung den Begriff der „unbegrenzten Auslegung“ geprägt.³⁰³ Ganz herrschend war in der nationalsozialistischen Methodenlehre die „objektive“ Theorie der Gesetzesauslegung,³⁰⁴ durch die sich die vorgegebenen Rechtsbegriffe und Rechtsregeln am besten einschränken, ausdehnen oder uminterpretieren ließen. Philipp Heck versuchte zwar, die „subjektive“ Auslegungstheorie durch die Betonung des Gesetzesgehorsams gerade gegenüber dem nationalsozialistischen Gesetzgeber und im Hinblick auf den Führerwillen zu verteidigen,³⁰⁵ konnte aber ihre Ablehnung und die Diskreditierung seiner Interessenjurisprudenz insgesamt durch die Protagonisten der Rechtserneuerung nicht verhindern.³⁰⁶ Zu einer wissenschaftlichen Aufarbeitung dieser dunkelsten Epoche deutscher Rechtsgeschichte kam es erst mehr als zwei Jahrzehnte nach Beendigung des Zweiten Weltkrieges mit dem Erscheinen der Bücher von Bernd Rütters³⁰⁷ und Michael Stolleis.³⁰⁸ Inzwischen liegen Studien zu so gut wie allen Aspekten der „Nazifizierung“ des Rechtslebens in Deutschland und zum nationalsozialistischen Recht vor.³⁰⁹

³⁰² J. Schröder, *Rechtswissenschaft in Diktaturen* (Fn. 299) 21–30.

³⁰³ So der Titel des oben, Fn. 222, zitierten Buches; vgl. darin z.B. 216–270 zur ideologischen Aufladung der Generalklauseln in der Gerichtspraxis des Nationalsozialismus, 322–430 zu den Auswirkungen der neuen Denkmethode auf einzelne Privatrechtsinstitute.

³⁰⁴ J. Schröder, *Rechtswissenschaft in Diktaturen* (Fn. 299) 18–20; vgl. auch Rütters, *Unbegrenzte Auslegung* (Fn. 222) 183–210. Zum Streit um „objektive“ und „subjektive“ Auslegungstheorie vgl. oben III.4.

³⁰⁵ Philipp Heck, *Rechtserneuerung und juristische Methodenlehre* (1936) 17f.; vgl. dazu auch J. Schröder, *Rechtswissenschaft in Diktaturen* (Fn. 299) 30f.

³⁰⁶ Dazu Schoppmeyer, *Juristische Methode* (Fn. 75) 183–220; Auer, *ZEuP* 16 (2008) 517, 520: „[...] Heck, aufgrund seines durchaus sympathisierenden Nationalkonservatismus blind für die Tragweite des nationalsozialistischen Staatsterrors, [...] versuchte, sich [...] zur Wehr zu setzen – bereits im Ansatz vergeblich angesichts der [...] Universalität und Weltanschauungsfreiheit der Interessenjurisprudenz, die sie als ‚völkisch-nationale‘ Methode gerade disqualifizierten. Als Heck 1943 starb, stand er vor der Zerstörung seines Lebenswerks“.

³⁰⁷ Entstehungs- und Wirkungsgeschichte seiner Pionierarbeit (einer Habilitationsschrift) beschreibt Rütters selbst im Nachwort zur 7. Auflage (Fn. 222) 477–513; vgl. ferner Sebastian Seedorf, *Bernd Rütters – Die „unbegrenzte Auslegung“*, in: *Zivilrechtliche Entdecker*, hrsg. von Thomas Hoeren (2001) 317–373.

³⁰⁸ Michael Stolleis, *Gemeinwohlformeln im nationalsozialistischen Recht* (1974). – Zur bis in die späten 60er-Jahre vorherrschenden Scheu großer Teile der Eliten in der Bundesrepublik vor der Befassung mit der eigenen Vergangenheit Rütters, *Unbegrenzte Auslegung* (Fn. 222) 489–494; Michael Stolleis, *Reluctance to Glance in the Mirror: The Changing Face of German Jurisprudence after 1933 and post-1945* (2001), aufgegriffen in: Reinhard Zimmermann, „Was Heimat hieß, nun heißt es Hölle“, in: *Jurists Uprooted*, hrsg. von Jack Beatson / Reinhard Zimmermann (2004) 1–71, 68f.

³⁰⁹ Überblick bei Michael Stolleis, *Nationalsozialistisches Recht*, in: *Handwörterbuch zur*

Ebenfalls gut untersucht ist mittlerweile die Rechtsentwicklung unter dem zweiten totalitären System auf deutschem Boden während des 20. Jahrhunderts, der DDR.³¹⁰ Gesetzesauslegung, so lesen wir, sei dort ein unbeliebtes Thema gewesen,³¹¹ vermutlich, weil gegenüber der politisch richtigen Entscheidung methodische Argumente kaum einen Legitimationswert hatten.³¹² Das Recht wurde zum Instrument zur Durchsetzung „gesellschaftlicher Gesetzmäßigkeiten“, und für die Rechtsprechung galt damit das Prinzip der parteiichen Rechtsanwendung im Sinne der sozialistischen Ideologie.³¹³ Abermals kam es zu einer Umdeutung des Rechts, ohne dass die juristische Methodenlehre diesem Prozess nennenswerte Hindernisse entgegenzusetzen gehabt hätte.³¹⁴

Zwei Beobachtungen liegen im Hinblick auf die Methodengeschichte des Privatrechts in Deutschland nahe. Zum einen ist die Rechtsanwendung unter dem Grundgesetz strukturell insoweit ähnlich, als auch sie wertgebunden ist. Nur ist es nun nicht mehr völkische oder sozialistische Weltanschauung, die die Rechtsanwendung prägt, sondern es sind die Grundwerte eines freiheitlichen und demokratischen Rechtsstaats, die den Richter bei der Anwendung unbestimmter Rechtsbegriffe und Generalklauseln sowie bei der Rechtsfortbildung leiten. Und zum anderen zeigt sich daran auch, dass juristische Methodenlehre allenfalls eine Umdeutungsbremse,³¹⁵ aber kein Umdeutungshindernis ist. Durch viele sehr flexibel einsetzbare Stellschrauben ermöglicht sie eine weitgehend reibungslose Umsetzung der in einer Rechtsgemeinschaft anerkannten Werte. Ob dies die Werte eines freiheitlichen Rechtsstaats oder eines Unrechtssystems sind, ist keine Frage der Methodenlehre. Die Methodenlehre hat nur dienende Funktion. Wem sie dient, bestimmt nicht sie.³¹⁶

deutschen Rechtsgeschichte, Bd. III² (2016) 1806–1824; Zimmermann, „Was Heimat hieß“ (Fn. 308) 54–59.

³¹⁰ Vgl. insbesondere: Zur Zivilrechtskultur der DDR, hrsg. von Rainer Schröder, Bd. I (1999), Bd. II (2000), Bd. III (2001); Inga Markovits, Gerechtigkeit in Lüritz (2006); J. Schröder, Rechtswissenschaft in Diktaturen (Fn. 299) 61–113.

³¹¹ J. Schröder, Rechtswissenschaft in Diktaturen (Fn. 299) 78.

³¹² Haferkamp, AcP 214 (2014) 60, 63.

³¹³ J. Schröder, Rechtswissenschaft in Diktaturen (Fn. 299) 82f.

³¹⁴ Für die Einzelheiten vgl. J. Schröder, Rechtswissenschaft in Diktaturen (Fn. 299) 83–99. Schröder hebt hervor, dass kein DDR-Autor eine rein subjektiv-historische Auslegung vertreten habe. Der Konflikt zwischen dem Willen des Gesetzgebers und den aktuellen Anforderungen sei „dialektisch“ aufgelöst worden, indem aus den gegenwärtigen gesellschaftlichen Verhältnissen auf den „evolutionistisch“ gedachten Willen zurückgeschlossen wurde.

³¹⁵ Ausdruck nach Rütters / Fischer / Birk, Rechtstheorie (Fn. 59) 588.

³¹⁶ Vgl. auch die Reflexionen bei Rütters / Fischer / Birk, Rechtstheorie (Fn. 59) 585.

Summary

LEGAL METHODOLOGY IN GERMANY

The existence of a method, and thus also of a methodology, is very widely regarded as essential for an academic discipline. In Germany, law is, and has always been, an academic discipline. It is the object of what is referred to as *Rechtswissenschaft* (literally: legal “science”; less literally: scholarship relating to the law), characterized by a specifically legal methodology. Legal methodology is a foundational subject taught in German law faculties and set out in a rich body of legal literature. The present essay attempts to assess, on the basis of that literature, how lawyers are conceived (or perhaps rather: supposed) to operate in Germany. A specificity of the German discourse is the conceptual distinction between statutory interpretation and judicial development of the law. The essay provides an analysis of the various factors relevant within the enterprise of statutory interpretation, and of the prerequisites, the different levels, and the legitimacy of judicial development of the law. It also alerts the reader to the political experiences overshadowing the methodological discourse in Germany. The essay starts with five observations of a more general nature focusing on (i) methodological commonalities in Germany, Switzerland, and Austria; (ii) the normative character of the methodological discourse; (iii) (emerging) methodological differences between different fields of law; (iv) the place of *Rechtsdogmatik* (legal doctrine and the scholarship associated with its creation); and (v) the historical background of the German discourse.

