Methoden des Rechts

Tagung der Deutschen Sektion der Internationalen Vereinigung für Rechts- und Sozialphilosophie vom 26.–28. September 2024 in Bayreuth

Herausgegeben von Carsten Bäcker

Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie | Beiheft 176

Franz Steiner Verlag

Sonder-
druck
2025

Inhaltsverzeichnis

Zur Einführung

ULFRID NEUMANN
Rationalitätsdefizite der Rechtswissenschaft 13

WOLFGANG SPOHN
Rationalität im Recht 19

Vorfragen

FRIEDEMANN VOGEL
Sprache und Recht – oder: vom Mund des Gesetzes zum Bot der Auslegung?
Beobachtungen zur juristischen Textarbeit eines interessierten Zaungastes 55

ANDREAS FUNKE
Recht und Verstehen 67

ALEXANDER SOMEK
Juristische Methode als Wissen des Rechts 85

Rückfragen

ANNETTE BROCKMÖLLER
Auslegungsperspektiven im Zivilrecht
Auslegung als Einfallstor für Abwägung 103

THOMAS M. J. MÖLLERS
Die Juristischen Methoden des BGH in Zivilsachen
Optimierungspotentiale 123

Promotional material
For distribution and publication
For further information please visit: www.steiner-verlag.de

GABRIELE CIRENER
Methoden des Bundesgerichtshofs in Strafsachen. 155

INGEBORG PUPPE
Zur Begründung von Gerichtsentscheidungen
Die Pflicht des Gerichts seine Entscheidungen zu begründen 161

HEINRICH AMADEUS WOLFF
Methoden des BVerfG 175

FRANZ REIMER
Dialog, Struktur, Transparenz
Methoden des Bundesverfassungsgerichts 189

Nachfragen

BERND MERTENS
Rechtsfortbildung contra legem in Geschichte und Gegenwart. 213

SVENJA BEHRENDT
Die Transformation des Rechts durch die Digitalisierung
Eine Einführung in grundlegende Fragen und Probleme der Digitalisierung des Rechts 231

JULIAN KRÜPER
Juristische Methodenlehre in didaktischer Perspektive
Befunde und Herausforderungen. 273

Promotional material
For distribution and publication
For further information please visit: www.steiner-verlag.de

Rechtsfortbildung contra legem in Geschichte und Gegenwart

BERND MERTENS

Judicial Correction of Statutes in the Past and Present

Abstract: The question of the limits of judicial correction of statutes is one of the most controversial issues in German legal methodology and can look back on a long history. This article provides an overview of the intricate development of the scope for law correction granted to case law and doctrine from the early modern period to the present day and how this has been handled by the courts. Among other things, it shows that complex multi-level systems tend to be more open to the development of law *contra legem* than one-dimensional legal systems.

Keywords: judicial correction of statutes, contra legem, ratio legis, equity, judge-made law, general clauses

Schlüsselworte: Rechtsfortbildung, contra legem, ratio legis, aequitas, Richterrecht, Generalklauseln

I. Einleitung

In der modernen Methodenlehre zählt die Frage nach den Grenzen richterlicher Rechtsfortbildung zu den umstrittensten Materien überhaupt, bei der – um den Kollegen *Möllers* zu zitieren – „mit harten Bandagen" gekämpft wird.[1] Das nimmt nicht wunder, handelt es sich doch um ein nicht nur rechtstheoretisch, sondern auch politisch hoch brisantes Thema, bei dem Grundsatzfragen rechtsstaatlicher Gewaltenteilung und die Rolle des Richters im Verhältnis zum Gesetzgeber berührt werden. Angesichts dessen möchte ich die Erwartungen an meinen Beitrag von Beginn an etwas dämpfen. Mir geht es nicht darum, allgemeingültige und unumstößliche Weisheiten über diese Grenzen zu präsentieren oder die bestehenden Kontroversen zu diesem Thema ein für alle Mal zu lösen. Ich möchte vielmehr aufzeigen, dass die Diskussion über eine Rechtsfortbildung *contra legem* ihrerseits eine Geschichte hat, bei der die Frontlinien, je nach historischem Kontext, durchaus unterschiedlich verliefen und die Meinungsbildung – damals wie heute – von den rechtlichen Rahmenbedingungen, aber auch vom Vorver-

1 *Möllers*, Juristische Methodenlehre, 4. Auflage 2021, § 13 Rn. 6.

Promotional material
For distribution and publication
For further information please visit: www.steiner-verlag.de

ständnis der Diskutanten abhängig war. Der Blick auf die Methodengeschichte erleichtert es, in der gegenwärtigen, oft hitzig geführten Debatte die ausgetauschten Argumente besser zu verstehen und in einen größeren Kontext einzuordnen, um auf dieser Grundlage vielleicht auch den eigenen Standpunkt zu überdenken.

Zur Themeneingrenzung: Ich behandele nicht alle Formen richterlicher Rechtsfortbildung, insbesondere nicht solche *praeter legem*, sondern lediglich den besonders problematischen Bereich der Rechtsfortbildung *contra legem*, wobei diese beiden Formen der Rechtsfortbildung, wie bei so mancher Methodenfrage, sich zwar in der Theorie mehr oder minder trennscharf abgrenzen lassen, in der Praxis aber eher mit fließenden Übergängen auftreten. Hinzu kommen Unklarheiten bei der Terminologie: Relativ einig scheint man sich noch zu sein, auch wenn das selten ausdrücklich thematisiert wird, dass nicht jede Korrektur des Gesetzeswortlauts eine Rechtsfortbildung *contra legem* darstellt, solange sie sich im Rahmen der *ratio legis* hält, so bei der gar nicht so seltenen teleologischen Reduktion. Aber was ist in den Fällen einer nach verbreiteter Ansicht ausnahmsweise zugelassenen Abkehr von der ursprünglichen *ratio legis*: Sind das Fälle zulässiger Rechtsfortbildung *contra legem* (Stichwort: *contra legem intra ius*) oder ist dieser Begriff den Fällen unzulässiger Rechtsfortbildung vorzubehalten?[2] Welches Gericht bekennt sich schon gerne dazu, dass eine Entscheidung *contra legem* ergeht? Daher sucht man in der Rechtsprechung, aber auch in der Methodenlehre nach Vermeidungsstrategien, die die methodische Vorgehensweise in einem milderen Licht erscheinen lassen. Das zeigt sich dann auch in der Terminologie, indem der pejorativ besetzte Begriff der Rechtsfortbildung *contra legem* gerne vermieden wird, und man stattdessen lieber auf so phantasievolle Bezeichnungen verfällt wie „gesetzesübersteigende Rechtsfortbildung", so *Larenz* in seiner stark rezipierten Methodenlehre, um nur ein Beispiel zu nennen.[3]

Nähert man sich der Problematik aus rechtshistorischer Sicht, so ist zunächst zu bedenken, dass die dem heutigen deutschen Juristen geläufige und am möglichen Wortsinn einer gesetzlichen Regelung festgemachte Unterscheidung zwischen Auslegung einerseits und Rechtsfortbildung andererseits eine relativ moderne Unterscheidung ist, die in vielen anderen Ländern und auch im Recht der Europäischen Union

---

2 Strikt gegen die Bezeichnung einer im Ergebnis zulässigen Rechtsfortbildung als „*contra legem*" *Möllers* (Fn. 1), § 13 Rn. 23; anders hingegen *Krey*, Zur Problematik richterlicher Rechtsfortbildung contra legem, in: Juristenzeitung 1978, 465 (467 f.); *Neuner*, Die Rechtsfindung contra legem, 1992, 177 und *Kruse*, Die verfassungsrechtlichen Grenzen richterlicher Rechtsfortbildung, 2019, 101 („*contra legem intra ius*"); unklar *Baldauf*, Richtlinienverstoß und Verschiebung der Contra-legem-Grenze im Privatrechtsverhältnis, 2013, 62 f., die einerseits mit „*contra legem*" die Grenze zulässiger Rechtsfortbildung markiert sieht, andererseits aber „seltene Ausnahmefälle" einer zulässigen Überschreitung dieser Grenze erwähnt; kritisch zur Terminologie „*contra legem*" bei der Anerkennung zulässiger Ausnahmefälle *Jocham*, Die Grenzen richterlicher Rechtsfortbildung im Privatrecht, 2021, 185 f.

3 *Larenz*, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 6. Auflage 1991, 413 ff.; von „gesetzesvertretendem Richterrecht" spricht *Wank*, Grenzen richterlicher Rechtsfortbildung, 1978, 85.

Promotional material
For distribution and publication
For further information please visit: www.steiner-verlag.de

nicht verbreitet ist, wo einheitlich von „Interpretation" gesprochen wird. Aufgekommen ist die Unterscheidung erst um das Jahr 1800, als zunächst zwischen Auslegung und Analogie unterschieden wurde, so bei *Feuerbach* im Strafrecht, bei *Gönner* im Staatsrecht und bei *Hufeland* im Zivilrecht.[4] Ein Bedürfnis zu einer solchen Abgrenzung bestand erst dann, als die Auslegungsmacht des Richters eingeschränkt und ihm extensive oder restriktive Gesetzesinterpretationen über den Wortlaut hinaus untersagt wurden, worauf ich noch näher eingehen werde. Von einem eigenständigen methodischen Instrument der „Fortbildung des Rechts" in Abgrenzung zur Auslegung sprach, soweit ersichtlich, erstmals *Savigny* 1840 in seinem „System des heutigen römischen Rechts".[5]

II. Rechtsfortbildung *contra legem* in der frühen Neuzeit

Die in erster Linie auf das rezipierte römische Recht ausgerichtete Methodenlehre der frühen Neuzeit bedurfte einer solchen Unterscheidung nicht, weil die dem Rechtsanwender eingeräumten Befugnisse zur Gesetzeskorrektur weit waren und nicht am Gesetzeswortlaut haltmachten. Im Wege der restriktiven Interpretation konnte ein Gesetzeswortlaut zum einen aus der *ratio* des Gesetzes, zum anderen aber auch aus der *aequitas*, der Billigkeit, korrigiert werden.[6] Im Extremfall konnte dies der Anwendbarkeit einer Regelung generell entgegenstehen, wenn deren *ratio* komplett entfallen war. Es galt also die auf die mittelalterliche Kanonistik und Legistik zurückgehende

---

4 *Feuerbach*, Kritik des Kleinschrodischen Entwurfs zu einem peinlichen Gesetzbuche. 3 Teile, Teil 2, 1804, 24 f.; *Gönner*, Teutsches Staatsrecht, 1804, 34 f.; *Hufeland*, Lehrbuch des in den deutschen Ländern geltenden gemeinen oder subsidiarischen Civilrechts. 2 Bde, Bd. 1, 1808, 23, 26; zum Aufkommen dieser Unterscheidung *Vogenauer*, Die Auslegung von Gesetzen in England und auf dem Kontinent. Eine vergleichende Untersuchung der Rechtsprechung und ihrer historischen Grundlage. 2 Bde., Bd. 1, 2001, 501 f. *Savigny* sieht in seiner frühen Methodenvorlesung (1802/03) die Analogie noch sehr eng mit der *interpretatio extensiva* verwandt, nur würde bei dieser etwas von außen hinzugetan, während die Analogie die Gesetzgebung aus sich selbst ergänzt, *Savigny*, Juristische Methodologie (Anleitung zu einem eignen Studium der Jurisprudenz, Nachschrift von Jacob Grimm 1802/03), in: ders., Vorlesungen über juristische Methodologie 1802–1842, 2. Auflage 2004 (herausgegeben: Mazzacane), 137–197.

5 *Savigny*, System des heutigen Römischen Rechts. Bd. 1, 1840, 238: Eine unzulässige „von der Auslegung verschiedene Fortbildung des Rechts" läge vor, wenn nicht danach gefragt wird, was in dem Gesetz enthalten ist (spezielle *ratio*), sondern was in diesem hätte aufgenommen werden müssen, wenn der Gesetzgeber sich den allgemeinen Grund (z. B. *aequitas*) klargemacht hätte. Ebenfalls Fortbildung des Rechts und nicht Auslegung, aber zulässig, sei die Ausdehnung oder Einschränkung des Gesetzesausdrucks nach dem speziellen Gesetzesgrund (ebd, 323). Vgl. zu dieser Unterscheidung unten bei Fn. 25. Weitere Textnachweise zum Wortgebrauch bei *Savigny* gibt *Fischer*, Topoi verdeckter Rechtsfortbildungen im Zivilrecht, 2007, 69 f.

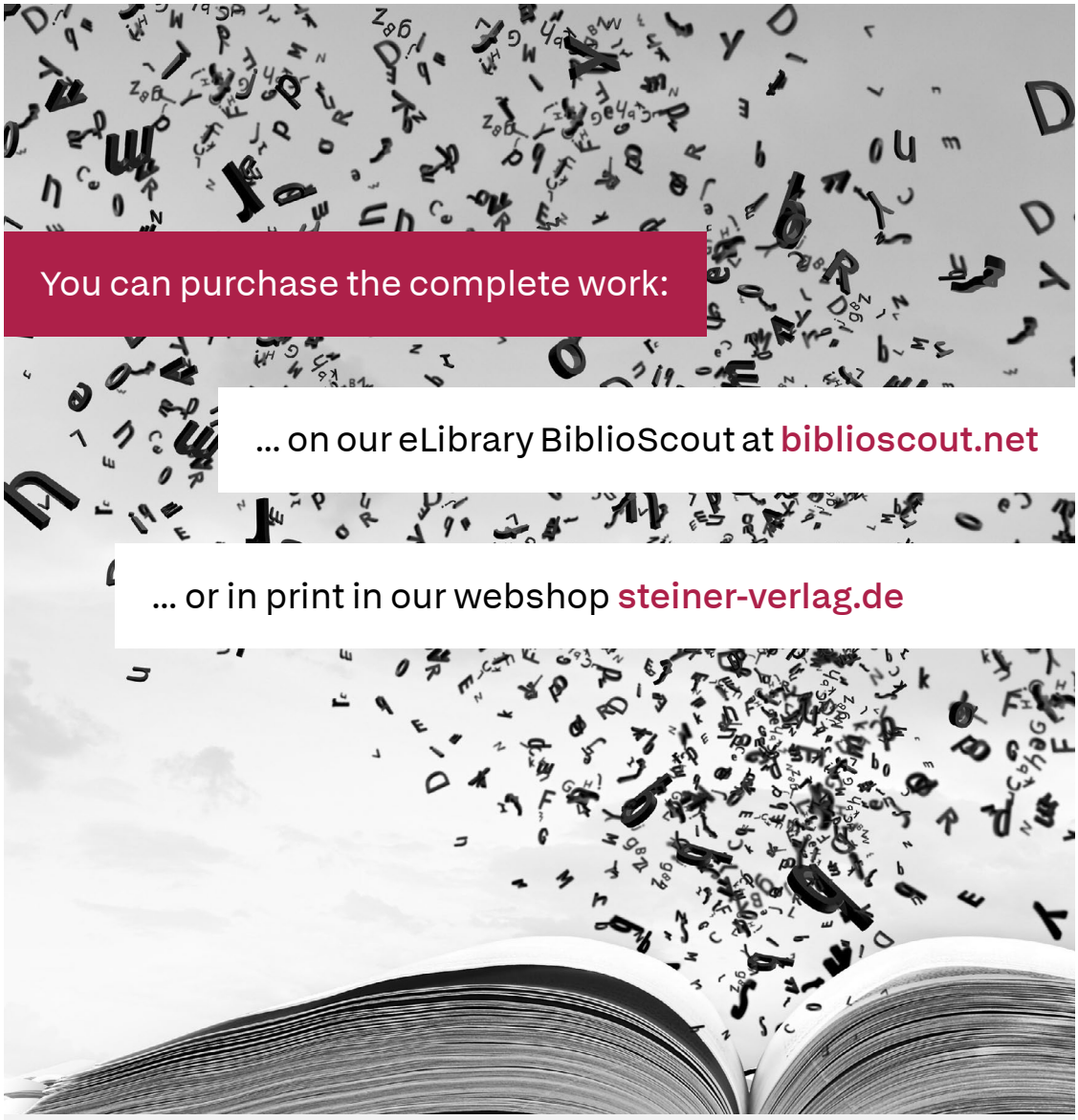
6 *Schröder*, Recht als Wissenschaft. Geschichte der juristischen Methodenlehre in der Neuzeit, 3. Auflage 2020, Bd. 1, 66 f.; *Vogenauer* (Fn. 4), Bd 1, 532 f., 537.

Promotional material
For distribution and publication
For further information please visit: www.steiner-verlag.de

Please share this PDF! Post it on Twitter or Facebook or email it – very easily done via **BiblioScout**.

. . . is that the end?

Franz Steiner Verlag
Berliner Wissenschafts-Verlag
S. Hirzel Verlag



You can purchase the complete work:

... on our eLibrary BiblioScout at **biblioscout.net**

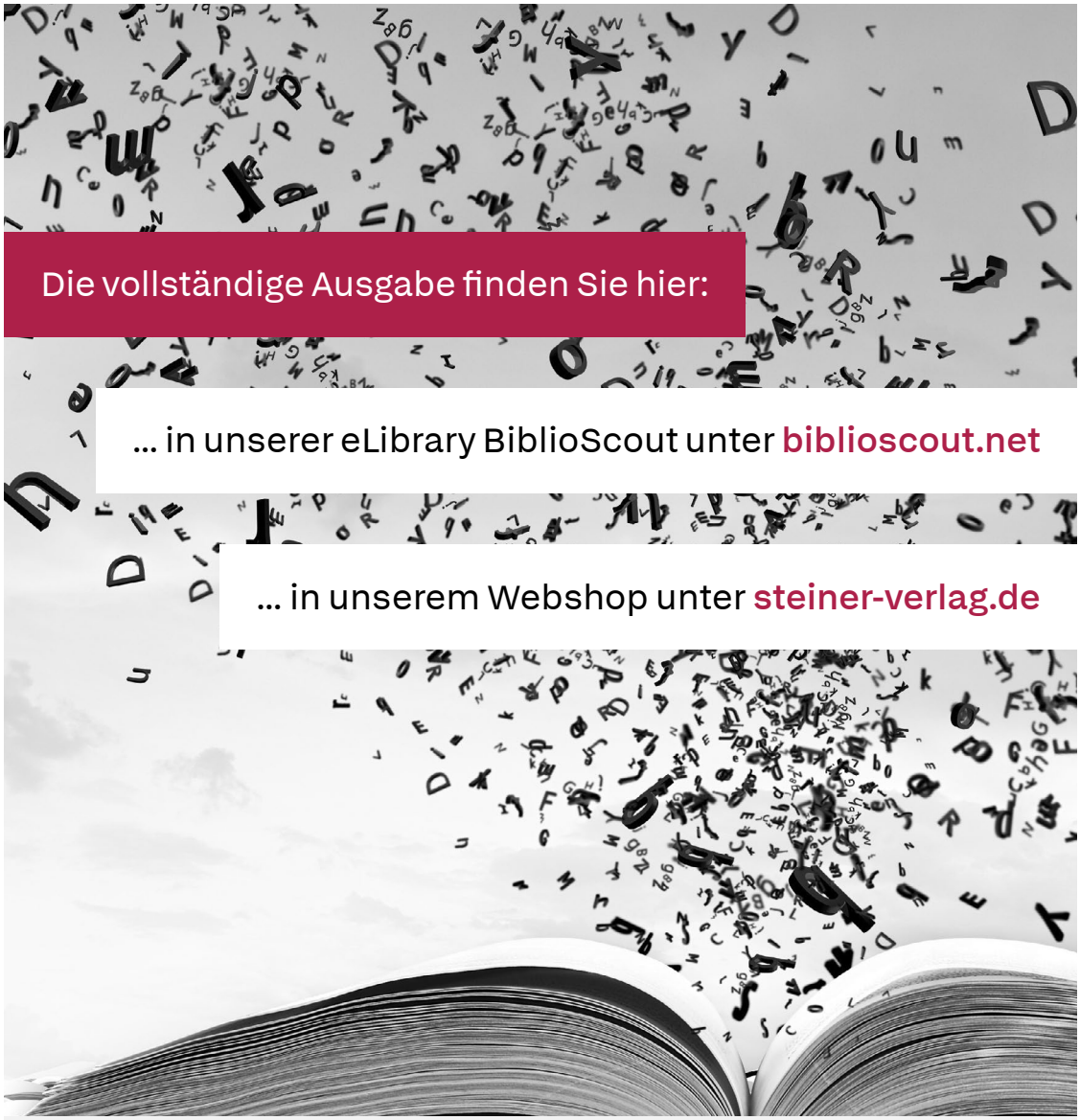
... or in print in our webshop **steiner-verlag.de**

TELL YOUR FRIENDS AND COLLEAGUES about your latest publication – it's quick and easy and in accordance with copyright conventions. There are no restrictions on sharing this PDF via social media.

Teilen Sie dieses PDF in den sozialen Netzwerken. Besonders einfach via **BiblioScout**, der Plattform für unsere digitalen Publikationen.

… schon zu Ende?

Franz Steiner Verlag
Berliner Wissenschafts-Verlag
S. Hirzel Verlag



Die vollständige Ausgabe finden Sie hier:

… in unserer eLibrary BiblioScout unter **biblioscout.net**

… in unserem Webshop unter **steiner-verlag.de**

MACHEN SIE FREUNDE UND KOLLEGEN auf Ihre neueste Publikation aufmerksam – schnell, einfach und urheberrechtskonform. Sie können dieses PDF ohne Einschränkungen verschicken oder in den Sozialen Netzwerken teilen.