

NOMOSLEHRBUCH

Krüper [Hrsg.]

# Grundlagen des Rechts

4. Auflage



Nomos

NOMOSLEHRBUCH

Prof. Dr. Julian Krüper [Hrsg.]  
Ruhr-Universität Bochum

# Grundlagen des Rechts

4. Auflage

Prof. Dr. Susanne Augenhofer, LL.M., Universität Innsbruck | Prof. Dr. Andreas Funke, Universität Erlangen-Nürnberg | Prof. Dr. Katrin Gierhake, LL.M., Universität Regensburg | Prof. Dr. Albert Ingold, Universität Mainz | Prof. Dr. Julian Krüper, Universität Bochum | Prof. Dr. Michael Lindemann, Universität Bielefeld | Prof. Dr. Bettina Noltenius, Universität Passau | Prof. Dr. Mehrdad Payandeh, LL.M., Bucerius Law School, Hamburg | Prof. Dr. Giesela Rühl, LL.M., Humboldt-Universität zu Berlin | Dr. Sebastian Roßner, M.A., Düsseldorf | Prof. Dr. Heiko Sauer, Universität Bonn | LRD Dr. Stephan Schuster-Oppenheim, Bonn | Ass. Prof. Dr. Peter Stegmaier, Universiteit Twente | Prof. Dr. Dr. Markus Thiel, Deutsche Hochschule der Polizei, Münster



**Nomos**

**Die Deutsche Nationalbibliothek** verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

ISBN 978-3-8487-6176-0 (Print)

ISBN 978-3-7489-0295-9 (ePDF)

4. Auflage 2021

© Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden 2021. Gesamtverantwortung für Druck und Herstellung bei der Nomos Verlagsgesellschaft mbH & Co. KG. Alle Rechte, auch die des Nachdrucks von Auszügen, der fotomechanischen Wiedergabe und der Übersetzung, vorbehalten.

## **Vorwort zur 4. Auflage**

Als dieses Buch 2011 erstmals erschien, deutete sich die Renaissance des Grundlagen-diskurses in der Rechtswissenschaft erst an. Seither hat die Diskussion um den Stellenwert von Grundlagen in der juristischen Ausbildung eine gewisse Konjunktur erfahren, die zuletzt durch die Debatten um die stärkere Berücksichtigung des NS- und auch des DDR-Unrechts erneut befeuert worden ist, wenngleich diese auch einstweilen ergebnis-los geblieben sind.

Dem Ziel einer Aufwertung der Grundlagenfächer im Jurastudium fühlt sich auch die vierte Auflage dieses Gemeinschaftswerkes verpflichtet. Neu aufgenommen in den Kanon der Grundlagenfächer wurde der Beitrag zur Verfassungstheorie, den der Kollege Albert Ingold übernommen hat, den wir herzlich im Kreis der Autorinnen und Auto- ren willkommen heißen. Über Anregungen, Kritik und Lob freuen sich die Kolleginnen und Kollegen und der Herausgeber gleichermaßen. All dies kann gerichtet werden an *julian.krueper@rub.de*.

*Julian Krüper*

Bochum, im Spätsommer 2020



# Inhaltsübersicht

<b>Vorwort zur 4. Auflage</b>	5
TEIL 1 FÜR WEN DIESES BUCH GESCHRIEBEN IST, WIE UND WARUM	
TEIL 2 THEORETISCHE GRUNDLAGENFÄCHER	
<b>§ 1 Rechtsphilosophie</b>	22
<i>Katrin Gierhake</i>	
<b>§ 2 Rechtstheorie</b>	46
<i>Andreas Funke</i>	
<b>§ 3 Recht und Normativität aus soziologischer Perspektive</b>	68
<i>Peter Stegmaier</i>	
TEIL 3 GEISTESGESCHICHTLICH-HISTORISCHE GRUNDLAGENFÄCHER	
<b>§ 4 Allgemeine Staatslehre</b>	93
<i>Mehrdad Payandeh</i>	
<b>§ 5 Verfassungstheorie</b>	111
<i>Albert Ingold</i>	
<b>§ 6 Annäherung an die Rechtsgeschichte</b>	130
<i>Bettina Noltenius, Sebastian Roßner, Stephan Schuster-Oppenheim</i>	
<b>§ 7 Verfassungsgeschichte</b>	134
<i>Sebastian Roßner</i>	
<b>§ 8 Privatrechtsgeschichte</b>	157
<i>Stephan Schuster-Oppenheim</i>	
<b>§ 9 Deutsche Strafrechtsgeschichte</b>	179
<i>Bettina Noltenius</i>	
TEIL 4 METHODISCHE GRUNDLAGENFÄCHER	
<b>§ 10 Juristische Methodenlehre</b>	199
<i>Heiko Sauer</i>	
<b>§ 11 Rechtsvergleichung</b>	222
<i>Susanne Augenhofer</i>	

## Inhaltsübersicht

---

<b>§ 12 Ökonomische Analyse des Rechts</b>	248
<i>Giesela Rühl</i>	
TEIL 5 NEUERE GRUNDLAGENFÄCHER	
<b>§ 13 Recht und Sprache</b>	269
<i>Markus Thiel</i>	
<b>§ 14 Recht und Neurowissenschaften</b>	286
<i>Michael Lindemann</i>	
<b>§ 15 Kulturwissenschaftliche Analyse des Rechts</b>	304
<i>Julian Krüper</i>	
<b>Stichwortverzeichnis</b>	323

# Inhalt

<b>Vorwort zur 4. Auflage</b>	5
-------------------------------	---

---

## TEIL 1 FÜR WEN DIESES BUCH GESCHRIEBEN IST, WIE UND WARUM

---

I. Adressatenkreis	17
II. Wie die Beiträge geschrieben sind	17
III. Warum Grundlagenfächer sich immer mehr lohnen	19

## TEIL 2 THEORETISCHE GRUNDLAGENFÄCHER

---

<b>§ 1 Rechtsphilosophie</b>	22
A. Einführung	22
B. Rechtsphilosophische Grundströmungen	23
I. Das gute Leben in der Polis (Aristoteles, 387–322 v. Ch.)	23
II. Recht aus dem Willen Gottes (Thomas von Aquin, 1224–1274)	26
III. Recht als Mittel der Friedenssicherung (Thomas Hobbes, 1588–1679)	28
IV. Nutzenmaximierung und Recht – der Utilitarismus (Jeremy Bentham, 1748–1832 und John Stuart Mill, 1806–1873)	31
V. Rechtslehre aus Freiheit (Immanuel Kant, 1724–1804)	32
VI. Rechtssystem als Reich der verwirklichten Freiheit (Georg Wilhelm Friedrich Hegel, 1770–1831)	35
VII. Moderne Theorie der Gerechtigkeit (John Rawls, 1921–2002)	38
C. Aktuelle Fragen der Rechtsphilosophie	40
Wiederholungs- und Vertiefungsfragen	42
<b>§ 2 Rechtstheorie</b>	46
A. Einleitung	46
I. Zum Begriff der Rechtstheorie	46
II. Geschichtliche Entwicklung	47
1. Frühphase	48
2. Reife Phase	49
3. Konsolidierung	50
B. Begriff und Geltung des Rechts als die Grundfragen der Rechtstheorie	51
I. Das Kernproblem der Rechtstheorie: rechtliche Normativität erklären	51
II. Zwei Lösungen	52
1. Hans Kelsen	52
2. H. L. A. Hart	54
3. Fazit	55
III. Recht und Moral: Das Mauerschützenproblem	55
C. Vertiefung	57
I. Theorie der Rechte	57
II. Der Stufenbau der Rechtsordnung	59

## Inhalt

---

III. Normentheorie: Die Unterscheidung von Regeln und Prinzipien	61
IV. Rechtstheorie als Rechtsphilosophie?	62
Wiederholungs- und Vertiefungsfragen	65
<b>§ 3 Recht und Normativität aus soziologischer Perspektive</b>	68
<b>A. Einführung: Der soziale Wandel des Rechts</b>	68
<b>B. Grundlagen: Recht und Normativität als Gegenstand der Soziologie</b>	69
I. Wie Soziologie dazu ansetzt, Phänomene der sozialen Welt zu rekonstruieren	70
II. Normativität und Recht	73
III. Relationen zwischen Soziologie und Jurisprudenz	74
<b>C. Vertiefung: Recht und Normativität</b>	80
I. Die gesellschaftliche Konstruktion von Normativität	80
II. Technik/Wissenschaft, Regieren/Governance – Belastungstests fürs Recht	85
III. Für eine neugierige Soziologie des Normativen	88
Wiederholungs- und Vertiefungsfragen	90

## TEIL 3 GEISTESGESCHICHTLICH-HISTORISCHE GRUNDLAGENFÄCHER

---

<b>§ 4 Allgemeine Staatslehre</b>	93
<b>A. Einleitung: Was heißt und zu welchem Ende studiert man Allgemeine Staatslehre?</b>	93
I. Das Phänomen der Staatlichkeit	93
II. Allgemeine Staatslehre als rechtswissenschaftliche Disziplin	93
III. Das Erkenntnisinteresse der Allgemeinen Staatslehre	95
<b>B. Hauptteil: Grundfragen der Allgemeinen Staatslehre</b>	96
I. Entstehung und Entwicklung des modernen Staates	96
II. Begriff und Wesen des Staates	97
1. Die Erforderlichkeit einer Definition des Staates	97
2. Die Drei-Elemente-Lehre	98
a) Das Staatsvolk	98
b) Das Staatsgebiet	99
c) Die Staatsgewalt	99
d) Insbesondere: Staatsgewalt und Souveränität	100
3. Theorien vom Staat – am Beispiel des Richtungsstreits der Weimarer Staatslehre	101
III. Rechtfertigung des Staates und Staatszwecke	103
1. Modelle der Rechtfertigung des Staates	103
2. Zwecke und Aufgaben des Staates	104
IV. Staatsformen und Regierungsformen	104
<b>C. Ausblick: Staatslehre im Zeitalter der Europäisierung und Globalisierung</b>	106
I. Internationalisierung und Europäisierung	106
II. Übertragung staatstheoretischer Konzepte auf die überstaatliche Ebene?	107
III. Auswirkungen auf das Konzept der Staatlichkeit	107
Wiederholungs- und Vertiefungsfragen	109

<b>§ 5 Verfassungstheorie</b>	111
<b>A. Einleitung: Vom Suchen und Finden der Verfassungstheorie als Grundlagenfach</b>	111
I. Theorieverständnis: Verfassungstheorie als Beobachtungen	111
II. Beobachtungsobjekt: Verfassung der Verfassungstheorie	113
III. Beobachtungsperspektive: Verfassungstheorie als Metatheorie	115
IV. Beobachtungsergebnisse: Verfasstheit der Verfassungstheorie	116
<b>B. Grundlagen: Themen der Verfassungstheorie</b>	117
I. Verfassungscharakteristika	117
II. Verfassungsteleologien	120
III. Verfassungsfunktionen	122
IV. Verfassungsstrukturen	123
<b>C. Ausblick: Methodische und thematische Herausforderungen</b>	125
I. Methodik: Verfassungstheoretische Unschärferelation	125
II. Reflexion: Staatsrechtslehre im Lichte verfassungstheoretischer Kontroversen	127
Wiederholungsfragen	127
<b>§ 6 Annäherung an die Rechtsgeschichte</b>	130
<b>A. Rechtsgeschichte als Bestandteil des Studiums der Rechtswissenschaft</b>	130
<b>B. Aufgabe und Methode der Rechtsgeschichte</b>	130
<b>C. Rechtsgeschichte im europäischen Kontext</b>	132
<b>§ 7 Verfassungsgeschichte</b>	134
<b>A. Verfassungsgeschichte als Thema</b>	134
<b>B. Überblick der Verfassungsgeschichte in Europa und Nordamerika</b>	135
I. Entstehung des verfassungsfähigen Staates: Säkularität und Souveränität	135
1. Investiturstreit	135
2. Reformation	136
3. Eine neue Idee vom Staat: Das Souveränitätsdenken	137
4. Westfälischer Frieden	137
5. Die Großen Revolutionen	138
a) Amerikanische Revolution	138
b) Französische Revolution	138
II. Volkssouveränität, Demokratie und Parlament	139
1. Evolution der politischen Praxis: Das Parlament in England	140
a) Magna Charta	140
b) Bill of Rights	140
2. Eine revolutionäre Lösung des Legitimationsproblems: Die Idee der Volkssouveränität	141
3. Amerikanische Revolution	142
a) Stamp Act Congress	142
b) Unabhängigkeitserklärung	142
4. Französische Revolution	143
III. Persönliche Freiheit, Rechtsstaatlichkeit und Gewaltenteilung	144
1. Die Entwicklung in England	145
a) Magna Charta	145
b) Habeas Corpus Akte	145
c) Bill of Rights	145
2. Sicherheit durch Binnendifferenzierung des Staates: Gewaltenteilung	145

3. Amerikanische Revolution	146
a) Virginia Declaration of Rights	146
b) Unabhängigkeitserklärung	146
c) Bill of Rights (USA)	147
4. Französische Revolution	147
a) Erklärung der Menschen- und Bürgerrechte 1789	147
b) Erklärung der Menschen- und Bürgerrechte 1793	147
<b>C. Der Weg in die verfassungsgeschichtliche Gegenwart</b>	148
I. Entwicklung in Deutschland bis 1949	148
1. Reaktion und Frühkonstitutionalismus: Eine verfassungsgeschichtliche Übergangszeit	148
2. Verfassung des Deutschen Reichs von 1849	148
3. Entwicklung bis Weimar	149
4. Weimarer Reichsverfassung	150
5. Nationalsozialismus	151
6. Nachkriegszeit: Entstehen neuer Ordnungen	152
II. Das Grundgesetz	153
III. Verfassung für Europa	154
<b>Wiederholungs- und Vertiefungsfragen</b>	155
<b>§ 8 Privatrechtsgeschichte</b>	157
<b>A. Einleitung</b>	157
<b>B. Die historischen Wurzeln des deutschen Privatrechts</b>	158
I. Das älteste Privatrecht der Germanen	158
II. Die germanischen Stammesrechte des Frühen Mittelalters (5.–9. Jhd.)	159
III. Das universelle Recht der römischen Kirche	160
IV. Die Wiederbelebung des römischen Rechts (12./13. Jhd.)	161
1. Die Wiederentdeckung der Digesten	161
2. Die wissenschaftliche Durchdringung des römisch-kanonischen Rechts	162
3. Die dogmatischen Leistungen der Glossatoren und Kommentatoren	163
V. Die Aufzeichnung des germanisch-deutschen Gewohnheitsrechts im Mittelalter	164
VI. Die Rezeption des römisch-kanonischen Rechts in Deutschland (14.–16. Jhd.)	165
VII. Nach der Rezeption: Das Privatrecht in der frühen Neuzeit (16.–18. Jhd.)	166
1. Die Verwissenschaftlichung des Privatrechts und der Rechtspflege im 16. Jhd.	166
2. Der „Usus modernus pandectarum“ (17./18. Jhd.)	167
3. Eine neue Zeit: Vernunftrecht und erste Kodifikationen (17./18. Jhd.)	168
a) Vom Naturrecht zum Vernunftrecht	168
b) Die Vernunftrechtskodifikationen	169
<b>C. Entstehung, historische Entwicklung und Zukunft des bürgerlichen Privatrechts</b>	170
I. Die Entstehung des bürgerlichen Privatrechts (19. Jhd.)	170
1. Der Kodifikationsstreit	170
2. Historische Rechtsschule und Pandektenwissenschaft	170
3. Die Kodifikation des Privatrechts in Deutschland	171
II. Die Bewährungsprobe des bürgerlichen Privatrechts (20. Jhd.)	172
1. Der Praxistest	172
2. Das Privatrecht in der Zeit des Nationalsozialismus	172

## Inhalt

---

3. Die Zeit nach 1945	172
III. Die Zukunft des Privatrechts im europäischen Kontext (21. Jhd.)	174
Wiederholungs- und Vertiefungsfragen	176
<b>§ 9 Deutsche Strafrechtsgeschichte</b>	179
<b>A. Einleitung</b>	179
<b>B. Überblick über die Entwicklungen der Strafrechtspflege und ihrer Wissenschaft in Deutschland</b>	180
I. Frühes Mittelalter bis zur Rezeption	181
II. Die Rezeption und das gemeine Recht	183
1. „Constitutio Criminalis Bambergensis“ und die „Constitutio Criminalis Carolina“	183
2. Strafrecht im Absolutismus	184
3. Carpzov als „Begründer einer deutschen Rechtswissenschaft“	184
III. Die Aufklärung	185
1. Die Bedeutung des Natur- und Vernunftrechtdenkens für die Bestimmung des Strafrechts	185
2. Entwicklungen des Strafrechts in Preußen bis zum Reichsstrafgesetzbuch von 1871	188
3. Entwicklungen im Strafprozessrecht	189
IV. Der Positivismus	190
V. Strafrecht im Nationalsozialismus	191
VI. Strafrecht in der Deutschen Demokratischen Republik	193
VII. Strafrecht der Bundesrepublik Deutschland	194
VIII. Zusammenfassung	195
<b>C. Die Europäisierung des Strafrechts</b>	195
Wiederholungs- und Vertiefungsfragen	196

---

## TEIL 4 METHODISCHE GRUNDLAGENFÄCHER

---

<b>§ 10 Juristische Methodenlehre</b>	199
<b>A. Einführung</b>	199
I. Wesen und Aufgabe der juristischen Methodenlehre	199
II. Standort und Stellenwert der juristischen Methodenlehre	200
<b>B. Grundlagen</b>	201
I. Was kann die juristische Methodenlehre leisten?	201
1. Der schwierige Weg zum Recht	201
2. Der schwierige Weg zur Methodik	203
3. Folgerungen für die Leistungsfähigkeit der juristischen Methodenlehre	203
II. Woher kommen die methodischen Standards?	205
1. Die Bedeutung von Hermeneutik und Sprachwissenschaft	205
2. Der Savigny'sche Kanon der Auslegungsmethoden	207
3. Die verfassungsrechtliche Relevanz des Savigny'schen Auslegungskanons	207
4. Der rechtliche Rahmen der Methodenlehre: Methode und Verfassung	208
<b>C. Vertiefung</b>	209
I. Methodische Standards der Normauslegung	209

1. Rahmensetzung durch Wortsinn: die grammatische Auslegung	209
2. Zwischen Kontextualisierung und Einheitspostulat: die systematische Auslegung	211
3. Geschichte und Genese: die historische und die genetische Auslegung	211
4. Zwecksetzung des Gesetzgebers: die teleologische Auslegung	212
a) Die Grundsatzkontroverse: objektive oder subjektive Zweckbestimmung?	212
b) Die Ermittlung der gesetzgeberischen Zwecksetzung	213
5. Höherrangiges Recht und Norminterpretation: die Konformauslegung	214
6. Zur Frage nach der Rangfolge der Auslegungsmittel	214
II. Methodische Standards der Rechtsfortbildung	215
1. Problemstellung: Bedürfnis und Befugnis zur richterlichen Rechtsfortbildung	215
2. Gesetzeskorrekturen	216
3. Gesetzesergänzungen	217
III. Schlussbemerkung	218
<b>Wiederholungs- und Vertiefungsfragen</b>	219
<b>§ 11 Rechtsvergleichung</b>	222
<b>A. Einführung</b>	222
I. Was ist Rechtsvergleichung	222
II. Abgrenzung zu anderen Rechtsgebieten	223
<b>B. Grundbegriffe der Rechtsvergleichung</b>	225
I. Geschichte	225
II. Funktionale Rechtsvergleichung	227
1. Definition	227
2. Mikro- und Makrovergleichung	228
III. Schwierigkeiten bei der Rechtsvergleichung	229
IV. Praktische Herangehensweise	230
1. Aufbau des Vergleichs	230
2. Wahl der zu vergleichenden Rechtsordnungen	230
V. Bedeutung und Anwendungsbereiche der Rechtsvergleichung	231
1. Erkenntnisgewinn und Ausbildung	231
2. Gesetzgebung (legistische Rechtsvergleichung)	232
3. Rechtsprechung (Auslegung und Lückenfüllung)	233
4. Rechtsvereinheitlichung (Modellgesetze)	234
5. Praxis	237
6. Hilfswissenschaft oder Wissenschaft?	237
<b>C. Vertiefung</b>	237
I. Rechtskreislehre	237
1. Allgemeines	237
2. Common Law und civil law	240
II. Kritik an der funktionalen Methode	243
<b>Wiederholungs- und Vertiefungsfragen</b>	244

## Inhalt

---

<b>§ 12 Ökonomische Analyse des Rechts</b>	248
A. Einführung	248
B. Grundlagen	249
I. Theoretische Konzepte	249
1. Ökonomische Verhaltensmodelle	249
a) Das Verhaltensmodell der neo-klassischen Ökonomik	249
b) Das Verhaltensmodell der Neuen Institutionenökonomik	250
c) Das Verhaltensmodell der Verhaltensökonomik	251
2. Ökonomische Bewertungskriterien	252
a) Das Pareto-Kriterium	252
b) Das Kaldor-Hicks-Kriterium	253
II. Institutionelle Anwendungsbedingungen	254
1. Ökonomische Verhaltensmodelle	254
2. Ökonomische Bewertungskriterien	256
C. Vertiefung	259
I. Der Schutz des Verbrauchers im Vertragsrecht	260
1. Marktversagen und Informationsasymmetrien	260
2. Screening und Signaling	261
3. Informationspflichten und zwingendes Recht	261
II. Die Haftung für Schäden im Deliktsrecht	262
1. Sorgfaltsniveau und Verschuldenshaftung	263
2. Aktivitätsniveau und Gefährdungshaftung	263
Wiederholungs- und Vertiefungsfragen	265

---

## TEIL 5 NEUERE GRUNDLAGENFÄCHER

---

<b>§ 13 Recht und Sprache</b>	269
A. Einführung – „Recht und Sprache“ als Forschungsgebiet	269
I. Recht und Sprache als Kulturelemente	269
II. Die Bedeutung der Sprache im Recht	270
III. „Recht und Sprache“ als wissenschaftliche Disziplin	271
B. Problemkreise von Recht und Sprache	273
I. Das Recht der Sprache	273
II. „Verständlichkeit“ des Rechts	274
1. Die juristische Fachsprache	274
2. Bedeutung der „Verständlichkeit“ des Rechts	275
3. „Verständlichkeit“ als Problem von Mehrdeutigkeit und Komplexität?	276
4. Sprachliche „Offenheit“ als Funktionsbedingung des Rechts	277
5. Auslegung	278
III. Recht und Sprache in der juristischen Ausbildung	280
C. Vertiefung: Recht in der Literatur – Recht als Literatur	281
Wiederholungs- und Vertiefungsfragen	283

<b>§ 14 Recht und Neurowissenschaften</b>	286
A. Einleitung	286
B. Die Herausforderung des Rechts durch die Neurowissenschaften	287
I. Empirische Erkenntnisse der Hirnforschung und ihre Deutung	287
II. Die Schuldtheorien des Strafrechts	290
1. Der pragmatisch-soziale Schuldzbegriff	291
2. Das funktionale Schuldverständnis der positiv-generalpräventiv begründeten Straftheorie	292
3. Der Schuldzbegriff der Vereinigungslehre	294
4. Zwischenergebnis	295
C. Warum wir nicht aufhören müssen (und können), von Freiheit und Verantwortung zu sprechen	296
Wiederholungs- und Vertiefungsfragen	299
<b>§ 15 Kulturwissenschaftliche Analyse des Rechts</b>	304
A. Einführung: Die kulturelle (Un-)Abhängigkeit des Rechts	304
B. Grundlagen: Recht als Gegenstand der Kulturwissenschaften	305
I. Kulturwissenschaft als Wissenschaftsdisziplin	305
II. Der Kulturbegriff	307
1. Dimensionen des Kulturbegriffs	307
2. Recht als Kultur	308
III. Felder der kulturwissenschaftlichen Analyse – des Rechts	309
1. Der linguistic turn	309
2. Beispiele zur Anschlussfähigkeit kulturwissenschaftlicher Ansätze in der Rechtswissenschaft	310
3. Verfassungslehre als Kulturwissenschaft	312
C. Vertiefung: Recht zwischen Rationalität und Archaik	313
I. Recht als Forschungsfeld der Kultursemiotik	313
II. Ritualität und Performativität im gerichtlichen Verfahren	315
1. Die ‚Stimme‘ der Rechtsprechung	315
2. Ritualität und Liminalität des gerichtlichen Verfahrens	317
Wiederholungs- und Vertiefungsfragen	320
<b>Stichwortverzeichnis</b>	323