

Juristische Methodenlehre

Möllers

4. Auflage 2021
ISBN 978-3-406-77776-9
C.H.BECK

schnell und portofrei erhältlich bei
[beck-shop.de](https://www.beck-shop.de)

Die Online-Fachbuchhandlung [beck-shop.de](https://www.beck-shop.de) steht für Kompetenz aus Tradition. Sie gründet auf über 250 Jahre juristische Fachbuch-Erfahrung durch die Verlage C.H.BECK und Franz Vahlen.

[beck-shop.de](https://www.beck-shop.de) hält Fachinformationen in allen gängigen Medienformaten bereit: über 12 Millionen Bücher, eBooks, Loseblattwerke, Zeitschriften, DVDs, Online-Datenbanken und Seminare. Besonders geschätzt wird [beck-shop.de](https://www.beck-shop.de) für sein umfassendes Spezialsortiment im Bereich Recht, Steuern und Wirtschaft mit rund 700.000 lieferbaren Fachbuchtiteln.

Möllers
Juristische Methodenlehre

The logo for beck-shop.de features the text 'beck-shop.de' in a bold, lowercase, sans-serif font. Above the 'i' in 'shop' are three orange dots of varying sizes, arranged in a slight arc. Below the main text, the words 'DIE FACHBUCHHANDLUNG' are written in a smaller, uppercase, sans-serif font.

beck-shop.de
DIE FACHBUCHHANDLUNG

beck-shop.de
DIE FACHBUCHHANDLUNG

Juristische Methodenlehre

von

Dr. Thomas M.J. Möllers

o. Professor an der Universität Augsburg

4. Auflage

2021

beck-shop.de
DIE FACHBUCHHANDLUNG



Übersetzung:
Thomas M.J. Möllers, *Legal Methods. How to work with legal arguments*, Oxford u. a. 2020.

Zitiervorschlag:
Möllers, *Juristische Methodenlehre*, 4. Aufl. 2021, § 2 Rn. 32

**beck-shop.de**
DIE FACHBUCHHANDLUNG

www.beck.de

ISBN 978 3 406 77776 9

© 2021 Verlag C.H. Beck oHG
Wilhelmstraße 9, 80801 München

Druck: Beltz Grafische Betriebe GmbH
Am Fliegerhorst 8, 99947 Bad Langensalza

Satz: Textservice Zink, 74869 Schwarzach

Umschlaggestaltung: Martina Busch, Grafikdesign, Homburg Saar


chbeck.de/nachhaltig

Gedruckt auf säurefreiem, alterungsbeständigem Papier
(hergestellt aus chlorfrei gebleichtem Zellstoff)

IN MEMORIAM
WOLFGANG FIKENTSCHER

beck-shop.de
DIE FACHBUCHHANDLUNG

beck-shop.de
DIE FACHBUCHHANDLUNG

Vorwort zur vierten Auflage

Die ehemalige Vizepräsidentin am Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte Angelika Nußberger sagte über ihre tägliche Arbeit als Richterin: „Die Rechtswissenschaft ist im Wesentlichen eine Argumentationswissenschaft“ (§ 1). Juristische Entscheidungen werden akzeptiert, wenn sie gut begründet sind und damit überzeugen. Das vorliegende Werk gibt dem Juristen weit mehr als 100 juristische *Argumentationsfiguren* an die Hand, die verwendet werden, um eine juristische Entscheidung zu begründen. Viele davon gelten weltweit.

Das Buch setzt sich mit aktuellen Entscheidungen höchster Gerichte auseinander, deren Begründungen auf Widerspruch stoßen: Als „objektiv willkürlich“ und „methodisch nicht mehr nachvollziehbar“ hatte der zweite Senat des BVerfG das PSpP-Urteil des EuGH bezeichnet und es als „rechtlich unverbindlich“ qualifiziert. Sind diese Vorwürfe berechtigt? Der erste Senat strebt mit seinen zwei Entscheidungen zum Recht auf Vergessen viel stärker eine Kooperation mit dem EuGH an. Das Buch nimmt zu der Überzeugungskraft dieser gewichtigen Entscheidungen samt der einschlägigen Argumentationsfiguren Stellung. Der Leser soll dann selbst beurteilen können, ob ihn die Ausführungen der beiden Senate des BVerfG überzeugen. Die Entscheidungen zeigen aufs Beste: Die Juristische Methodenlehre lebt vom Dialog und der Auseinandersetzung mit widerstreitenden Ideen.

Der wissenschaftliche Austausch mit Richtern der obersten Gerichte in Europa, Praktikern, aber vor allem auch mit Kollegen der Rechtsliteratur, bilden die Grundlage, um auch die 4. Auflage wieder mit einer Reihe neuer Gedanken zu bereichern.

Das Werk hat seit 2017 erfreulicherweise bereits drei Auflagen erlebt und war jeweils schnell vergriffen. Es hat schon nach kurzer Zeit zahlreiche Rezensionen im In- und Ausland erhalten und wird von Rechtsprechung und Rechtsliteratur zitiert. Eine englischsprachige Fassung erschien 2020 und eine Ausgabe in chinesischer Sprache folgt mit der 4. Auflage 2021. Erfreulicherweise wird es inzwischen an vielen Universitäten zur Vorbereitung auf das Erste Staatsexamen und in der Referendarzeit für das Zweite Staatsexamen verwendet.

In dieser Auflage vertieft wurden unter anderem Ausführungen zum Begründungsstil der Gerichte (§ 1), zum Anwendungsvorrang europäischen Rechts sowie der Mindest- und Vollharmonisierung (§ 2), zum Redaktionsversehen und zu Übersetzungsfehlern auf europäischer Ebene, zur teleologischen Extension (§ 6), zur Rechtsprechung zur Coronapandemie (§§ 10, 11, 13, 14) oder zur geschäftsmäßigen Sterbehilfe (§ 11), der richtlinienkonformen Rechtsfortbildung (§ 12), aber auch den Grenzen zulässiger Rechtsfortbildung im Kooperationsverhältnis von BVerfG und EuGH (§ 13), dem Verhältnis von Auslegungsziel und Auslegungsfiguren und dem Verhältnis von Methodenlehre zur Gerechtigkeit (§ 14).

Anregungen sind jederzeit willkommen.

Augsburg, im Frühsommer 2021

Professor Dr. Thomas M. J. Möllers

Vorwort zur Erstaufgabe

Wer den *Kleinen Prinz* von Antoine de Saint-Exupéry kennt, der weiß, dass sich hinter etwas Offensichtlichem manchmal etwas ganz anderes verbergen kann; dass hinter der Zeichnung eines Hutes auch die Zeichnung einer Riesenschlange, die einen Elefanten verschlungen hat, versteckt sein kann. Wie der Kleine Prinz möchte die Juristische Methodenlehre die Augen für das Verborgene öffnen. Die Juristischen Methoden lassen einen Blick „hinter die Kulissen“ einer Norm zu. Sie geben eine neue Sichtweise auf vorher Unbekanntes sowie die Möglichkeit, etwas Neues zu entwickeln und stärken dadurch das Vertrauen in unser Rechtssystem.

Recht wird immer komplexer. Die Rechtslösung ist anspruchsvoll, wenn sich eine strittige Rechtsfrage nicht unmittelbar aus dem Gesetz oder der bisherigen Rechtsprechung ergibt. Deshalb ist es unabdingbar, die rechtsdogmatischen und methodischen Grundlagen zu beherrschen. Wen die *Suche nach der gerechten Entscheidung* umtreibt, will tiefer in das Recht eindringen. Aber wie entwickelt man eine gute Rechtslösung, wenn das Recht nicht eindeutig ist oder gänzlich schweigt? Ist es ein Zu-Ende-Denken der Interessens- und Wertungsgrundlagen der einschlägigen Gesetze oder ein Widerstreit von Rechtsprinzipien der Rechtsordnung? Verlangt die Rechtslösung eine rational überzeugende Argumentation oder entscheidet der Richter rechtsschöpferisch kraft seiner Autorität?

Dieses Buch möchte nicht nur die klassischen Auslegungsfiguren vorstellen, sondern geht – in einem fächerübergreifenden und rechtsdogmatischen Kontext – darüber hinaus. Thematisiert werden die Rechtsquellen, die klassischen und modernen Interpretationsfiguren und der Einfluss von Verfassung und Europarecht als höherrangiges Recht. Hinzu kommen die anspruchsvolle Konkretisierung von Recht, wie der Umgang mit Generalklauseln, dem Richterrecht und Rechtsprinzipien, die Bestimmung der Grenzen zulässiger Rechtsfortbildung, eine Prüfungsfolge der einschlägigen Argumentationsfiguren sowie die für die Praxis so relevante Sachverhaltshermeneutik. Das Werk beschreibt die wichtigsten Argumentationsfiguren und entwickelt eine moderne Juristische Methodenlehre. Sie bringt dem Studenten, dem Wissenschaftler und dem Praktiker für seine tägliche Arbeit einen unmittelbaren Mehrwert. Das Ziel des Werkes ist einfach und anspruchsvoll zugleich: Es will den Juristen in die Lage versetzen, die Lösung für bisher ungeklärte Rechtsprobleme Schritt für Schritt so zu entwickeln, dass sie die Gegenseite – auch im Streitfall – von dem *Gehalt der juristischen Argumentation überzeugt*.

Augsburg, im Sommer 2017

Professor Dr. Thomas M. J. Möllers

Danksagung

An dieser Stelle möchte ich den wichtigsten tatkräftigen Helfern an meinem Lehrstuhl danken, die mich in den letzten Jahren unterstützt haben. Für die inhaltliche Kritik danke ich allen voran meinen hauptverantwortlichen Mitarbeiterinnen Frau Isabella Brosig, M.Sc. und Frau Assessorin Natalie Höck. Neben ihnen gebührt dieser Dank auch den Mitarbeitern Herrn Konstantin Sauer und Herrn Assessor Matthias J. Sauer und Herrn Julian Glas. Außerdem bin ich für die Umsetzung der Formalia den Herren Pirmin Herz und Dominic Merk zu Dank verpflichtet. Zuletzt soll auch das Engagement all meiner studentischen Mitarbeiter und ehemaligen, mit dem Werk befassten Mitarbeiter nicht vergessen sein. Die zweite Auflage wurde federführend von meinen Mitarbeitern Herrn Assessor Konstantin Sauer und Herrn Assessor Sebastian Schwarz betreut. Für die Prüfung der Formalien sei Frau cand. iur. Lisa Wolf und Herrn cand. iur. Tobias Manhardt besonders gedankt. Die dritte Auflage wurde federführend von meiner Mitarbeiterin Frau Juristin (Univ.) Lisa Wolf und meinen Mitarbeitern Herrn Jurist (Univ.) Julian Glas, LL.M. und Herrn Diplom-Jurist Tobias Manhardt betreut. Zudem sei den studentischen Mitarbeiterinnen Frau Laura Kögel und Frau cand. iur. Laura Mähle sowie Herrn Assessor Konstantin Sauer und Herrn Assessor Sebastian Schwarz für ihre Unterstützung besonders gedankt.

Da die dritte Auflage wiederum schnell vergriffen war, ist der Kreis der Mitarbeiter fast deckungsgleich mit der jetzigen vierten Auflage: Wichtige „Sparringspartner“ waren meine Mitarbeiterin Frau Diplom-Juristin Lisa Wolf und mein Mitarbeiter Herr Diplom-Jurist Tobias Manhardt. Zudem sei den studentischen Mitarbeiterinnen Frau Annika Häutle, Frau Laura Kögel, Frau Lea Wolf sowie den Herren Jan Längle und Maximilian Springer für ihre Unterstützung erneut ganz herzlich gedankt. Besonderer Dank gilt auch Herrn Assessor Andreas Mirbt und Herrn Prof. Dr. Klaus Weber vom Verlag C.H.Beck, die das Werk von Anfang an nachhaltig unterstützt haben.

Über allem gebührt meiner Frau und meinen Kindern der Dank für die Zeit, die sie mir für diese Arbeit gewährt haben. Ohne sie wäre das Buch nicht geschrieben worden.

beck-shop.de
DIE FACHBUCHHANDLUNG

Inhaltsverzeichnis

Vorwort zur vierten Auflage	VII
Vorwort zu Erstauflage	VIII
Grafiken	XXXI
Abkürzungsverzeichnis	XXXIII
Literaturverzeichnis	XLV

1. Teil. Grundlagen – die Rechtsquellen

§ 1 Juristische Methodenlehre als Begründungs- und Legitimationslehre	1
I. Der Zweck der Juristischen Methodenlehre	2
1. Zur Notwendigkeit einer Juristischen Methodenlehre	2
a) Die Argumentation als Teil von Begründung und juristischer Entscheidung	2
b) Die postmoderne Methodenlehre als Kritik an der klassischen Methodenlehre	3
2. Eine Moderne Juristische Methodenlehre	3
a) Methodenlehre als Legitimations- und Argumentationslehre	3
b) Die Struktur dieses Werkes	4
3. Juristische Methodenlehre als Schule Juristischen Denkens	6
a) Die Schulung Juristischen Denkens in der Juristischen Ausbildung	6
b) Juristisches Denken als Juristisches Begründen	8
c) Juristische Methodenlehre für Wissenschaft und Praxis	8
4. Der Einfluss des europäischen Rechts auf die Rechtsfindung	9
a) Europa-Artikel und Mehrebenensystem	9
b) Der nationale Richter als Unionsrichter	9
c) Zum globalen Anspruch juristischer Argumentationsfiguren	10
II. Juristische Methoden als Legitimationslehre	11
1. Verfassungsrechtliche Anforderungen an eine richterliche Entscheidung	11
a) Das Gewaltenteilungsprinzip	11
b) Legalismus	12
c) Wesentlichkeitstheorie und Gesetzlichkeitsprinzip (nullum crimen sine lege)	12
d) Recht auf rechtliches Gehör und verfassungsrechtliche Begründungspflicht	13
e) Verstoß gegen die Rechtsanwendungsgleichheit des Art. 3 Abs. 1 GG	15
f) Die Begründungspflicht auf europäischer Ebene	15
2. Methodenlehre als Legitimationslehre zur Machtbegrenzung des Richters ...	16
a) Machtbegrenzung gegenüber dem Parlament	16
b) Machtbegrenzung gegenüber dem Bürger	16
c) Berechtigung des Richters zur Rechtsfortbildung (Art. 20 Abs. 3 GG)	17
3. Zum Begründungsstil und zur Zitierpraxis der Gerichte in Europa	20
a) Zum Urteils- und Zitierstil nationaler Gerichte	20
b) Zum Begründungsstil des EuGH	22
III. Methodenlehre als Argumentationslehre	23
1. Wahrheitsanspruch und die streitbaren Juristen	23
a) Die vermeintlich richtige Entscheidung: One-right-answer-thesis	23

Inhaltsverzeichnis

b) Das Entscheiden nach einem festen Vorverständnis	24
c) Die Begründung einer vertretbaren Entscheidung	26
2. Zweck der Argumentationslehre	27
a) Widerlegbarkeit (Falsifizierung) falscher Ansichten	28
b) Begründung vertretbarer Ergebnisse	28
c) Synthese und die überzeugendste Lösung	29
3. Juristische Argumentationsfiguren	31
a) These, Prämisse und Argument	31
b) Die juristische Argumentationsfigur als Prämisse für eine These	32
c) Gewichtung von Argumentationsfiguren	32
d) Begriff der juristischen Argumentationsfigur	34
IV. Zum inhaltlichen Gerechtigkeitsanspruch juristischer Methoden	35
1. Juristische Methodenlehre und der Gerechtigkeitsanspruch	35
a) Das vermeintlich Ungerechte an der Methodenlehre (Rüthers)	35
b) Diskurstheorien	35
2. Rechtsfriede und Gerechtigkeit als Rechtsideen	36
a) Gerechtigkeit nach Aristoteles	36
b) Gerechtigkeit, Zweckmäßigkeit und Rechtssicherheit als Rechtsideen (Radbruch)	37
c) Menschenwürde und Rechtsgüterschutz	37
d) Sicherstellung von Freiheitsräumen	38
3. Juristische Methodenlehre als wertgebundene Argumentations- und Legitimationslehre	38
a) Die Menschenwürde und das Naturrecht als letzter Geltungsgrund	38
b) Die verschiedenen Aufgaben der Juristischen Methodenlehre	39
Zusammenfassung zu § 1	40
§ 2 Rechtsquellen	43
I. Recht und Rechtsquellen	44
1. Kriterien zur Umschreibung von Recht	44
a) Rechtsquellen und Rechtskenntnisquellen	44
b) Geltung und Bindungswirkung	45
c) Rechtssätze als Sollensnormen	46
d) Sanktion und Vollzug von Gesetzen	47
2. Abgrenzung des Rechts zur Moral, Ethik und political correctness	48
a) Moral, Ethik und political correctness	48
b) Abgrenzung zum Recht	49
c) Die gegenseitige Beeinflussung von Moral und Recht	50
II. Hierarchie von Rechtsquellen in Deutschland	51
1. Gesetze als Rechtsquelle in Deutschland	51
a) Abgrenzung und Überschneidung von öffentlichem und privatem Recht ..	51
b) Unterscheidung von Rechtsnormen: Gesetz, Verordnung und Satzung ...	52
2. Höherrangiges Recht: Der Stufenbau des Rechts und der <i>Lex-superior</i> - Satz als Kollisionsregel	53
3. Der Stufenbau des deutschen Rechts	54
a) Bundesrecht und Landesrecht	54
b) Kollision von Bundes- und Landesrecht (Artt. 31, 72 GG)	55
4. Gesetzesänderung, Rechtssicherheit und Vertrauensschutz	55
a) Begrifflichkeiten	56
b) Echte Rückwirkung/Rückbewirkung von Rechtsfolgen	56
c) Unechte Rückwirkung/tatbestandliche Rückanknüpfung	57
III. Der heutige Stufenbau in Deutschland unter Einbeziehung des europäischen Rechts	58
1. Rechtsetzung in der EU	58

Inhaltsverzeichnis

a) Die Europäische Union als supranationale Rechtsordnung	58
b) Zur Gewaltenteilung zwischen den Mitgliedstaaten und der EU	59
c) Subsidiaritätsprinzip und Verhältnismäßigkeitsgrundsatz als Kompetenzzusübungsregeln	59
d) Europäische Rechtsquellen – Zur Unterscheidung von Primär-, Sekundär- und Tertiärrecht	60
e) Mindest- und Vollharmonisierung als Formen der Rechtsangleichung	61
2. Die autonome Auslegung des Europarechts und die Auslegung innerhalb der europäischen Normenhierarchie	63
a) Autonome Auslegung durch den EuGH	63
b) Normenhierarchie und primärrechtskonforme Auslegung des europäischen Rechts	64
3. Höherrangigkeit des Unionsrechts gegenüber dem nationalen Recht – Geltung und Anwendungsvorrang	66
a) Die monistische Perspektive des EuGH: unmittelbare Geltung des europäischen Rechts	66
b) Anwendungsvorrang des Unionsrechts	67
c) Die dualistische Perspektive des zweiten Senats des BVerfG: Identitätsvorbehalt und Ultra-vires-Kontrolle	69
d) Die Weiterentwicklung des Anwendungsvorrangs durch den EuGH: nationale Gestaltungsspielräume bei der Anwendung europäischen Rechts	72
e) Die Anwendung europäischer Grundrechte durch den ersten Senat des BVerfG	73
4. Die Anwendung des nationalen Rechts im Rahmen der Mindestharmonisierung	75
a) Die Anwendung des nationalen Rechts außerhalb des harmonisierten Bereichs	75
b) Die Rückverweisungsklausel als Ausnahme zur autonomen Auslegung	75
c) Gestaltungsbereich und Zweifel über den Harmonisierungsgrad europäischer Richtlinien oder Verordnungen	76
d) Nochmals: Trennungs- und Überlappungsthese im Gestaltungsbereich	77
IV. Der heutige Stufenbau in Deutschland unter Einbeziehung des internationalen Rechts	77
1. Rechtsquellen auf internationaler Ebene	77
2. Die autonome Auslegung von internationalen Abkommen	78
3. Der Stufenbau des Völkerrechts	79
4. Völkerrecht und nationales Recht	79
a) Verhältnis des Völkerrechts zum Grundgesetz	79
b) Verhältnis der EMRK zum Grundgesetz	80
V. Naturrecht	81
1. Zur Relevanz des Naturrechts	81
a) Gegner des Naturrechts	81
b) Historische Entwicklung des Naturrechts	82
c) Vermittelnde Ansicht: Enger Bereich des Naturrechts und weiter Bereich übergesetzlicher Rechtsprinzipien	82
2. Vorrang von Naturrecht gegenüber dem eindeutigen Unrechtsgesetz (Radbruch'sche Formel)	83
3. Positive Formen von Naturrecht	85
a) Naturrecht und Anthropologie	85
b) Rechtsideen und keine unmittelbare Subsumtion	85
Zusammenfassung zu § 2	85

Inhaltsverzeichnis

§ 3 Sekundäre Rechtsquellen und Rechtserkenntnisquellen	87
I. Problemstellung: Rechts(erkenntnis)quellen neben primären Rechtsquellen? ...	88
1. Die bisherige dualistische Ansicht: enger Begriff der Rechtsquellen versus Rechtserkenntnisquelle	88
2. Der weite Rechtsquellenbegriff – vernetzte Rechtsstrukturen als Alternative zum Stufenbau des Rechts	90
3. Vermittelnde Ansicht: Die Lehre von den sekundären Rechtsquellen	92
a) Befassungspflicht, subsidiäre Befolgungspflicht und Vermutungswirkung	92
b) Umfang der Vermutungswirkung	94
4. Jenseits von Rechtspositivismus und Naturrecht	94
a) Rechtspositivismus (Kelsen) und der Methodendualismus	94
b) Erweiterung der Rechtsquellenlehre zur Methodenpolarität	94
II. Die Bedeutung des Richterrechts für die Rechtsfindung	95
1. Zur Rolle des Gewohnheitsrechts	95
2. Lehre von den sekundären Rechtsquellen	96
a) Befassungs- und Befolgungspflichten sowie Ablehnung von Gewohnheitsrecht	96
b) Rechtsprechungsänderung: Rechtssicherheit und Vertrauensschutz versus materielle Gerechtigkeit	97
c) Rechtsprechungsänderung durch den EuGH, Rechtssicherheit und Vertrauensschutz	100
3. Strenge Präjudizienbindung als rechtliche Ausnahme im deutschen Rechtskreis	100
a) Die <i>stare decisis rule</i> und <i>persuasive authorities</i> im anglo-amerikanischen Rechtskreis	100
b) Bindungswirkung von Entscheidungen des BVerfG	101
c) Bindungswirkung zwischen Gerichten	101
d) Bindungswirkung von EuGH-Entscheidungen	102
III. Verwaltungsvorschriften, Rechtsvorschriften Privater und europäische Empfehlungen	103
1. Verwaltungsvorschriften	103
a) Norminterpretierende und normkonkretisierende Verwaltungsvorschriften	103
b) Verwaltungsvorschriften als sekundäre Rechtsquellen	104
c) Vertrauensschutz des Bürgers	104
2. Rechtsnormen Privater und die Abgrenzung zu Allgemeinen Geschäftsbedingungen, Verträgen und soft law	105
a) Verrechtlichung privater Normen	105
b) Gesetzliche Vermutungswirkung	105
c) Entsprechenserklärung (<i>comply or explain</i>)	106
d) Konkretisierung von Generalklauseln durch private Regelwerke	107
3. Rechtsfolgen	107
a) Vermutungswirkung und ihre Voraussetzungen	107
b) Rechtssicherheit und Vertrauensschutz	108
4. Empfehlungen und Verwaltungsvorschriften des EU-Rechts	109
a) Vermutungswirkung für Empfehlungen und Verwaltungsvorschriften des EU-Rechts	109
b) Gesetzliche Beispiele der Befassungs- und Befolgungspflichten	109
IV. Die Bedeutung ausländischer Urteile für die Rechtsfindung	110
1. Die Pflicht zur rechtsvergleichenden Auslegung im Europarecht, im internationalen Einheitsrecht und im Völkerrecht	110
a) Internationales Privatrecht	111
b) Internationales Einheitsrecht (vgl. Art. 7 UN-Kaufrecht)	111

Inhaltsverzeichnis

c) Grundrechte der EMRK	112
d) Der nationale Rechtsanwender als europäischer Rechtsanwender	112
2. Fallgruppen freiwilliger Rechtsvergleichung	112
3. Rechtsqualität ausländischer Urteile: Zwischen persuasive authority und bloßer Rechtserkenntnisquelle	115
4. Die Bedeutung der Rechtsvergleichung für den EuGH und den EGMR	116
a) Pflicht zur Rechtsvergleichung durch den EuGH	116
b) Freiwillige Rechtsvergleichung durch den EuGH	117
c) Rechtsvergleichung durch den EGMR	117
V. Rechtsliteratur	117
Zusammenfassung zu § 3	118

2. Teil. Auslegung

§ 4 Wortlaut, Systematik und Geschichte als klassische Auslegungsmethoden	119
I. Auslegung und Subsumtion	120
1. Deduktiver Syllogismus und Subsumtion	120
a) Die Subsumtion als logischer Schluss	120
b) Die Bausteintechnik	122
c) Wechselwirkung von Norm und Sachverhalt – Das Hin- und Herwandern des Blickes und die Fallnormtheorie	122
d) Das Entwickeln von Definitionen zur Konkretisierung von Tatbestandsmerkmalen	125
2. Der klassische Viererkanon	125
a) Die Begründung des Auslegungskanons durch <i>von Savigny</i>	125
b) Die heutige Bedeutung der vier Auslegungsarten und deren Bedeutung in einzelnen Mitgliedstaaten	127
c) Die Bedeutung des Auslegungskanons für den EuGH	128
3. Die Kritik an den vier Auslegungsmethoden und dem Subsumtionsmodell	129
4. Auslegung, Konkretisierung und Rechtsfortbildung	130
a) Auslegung, Konkretisierung und Rechtsfortbildung als Rechtsschöpfung	130
b) Die Wortlautgrenze als Grenze zwischen Auslegung und Rechtsfortbildung	131
c) Der fließende Übergang zwischen Auslegung und Rechtsfortbildung	131
d) Folgerungen – die erhöhte Begründungslast	131
II. Die grammatische Auslegung	132
1. Die grammatische Auslegung als Beginn des Auslegungsprozesses	132
2. Hilfsmittel zur Bestimmung eines eindeutigen und mehrdeutigen Wortlauts	133
a) Legaldefinitionen, Vermutungen und Fiktionen als juristischer Sprachgebrauch des Gesetzgebers	134
b) Normative und deskriptive Begriffe	136
c) Enge (restriktive) und weite (extensive) Auslegung des Tatbestandsmerkmals	136
d) Allgemeiner Sprachgebrauch	137
3. Die Eindeutigkeitsregel des Wortlauts (Acte-clair-Doktrin, literal rule, textualism) als Auslegungsfigur	138
4. Wortlautgrenze und Analogieverbot	139
a) Die vier Ausformungen des Gesetzlichkeitsprinzips	139
b) Das Analogieverbot (nullum crimen, nulla poena sine lege stricta)	139

Inhaltsverzeichnis

c) Das Verbot unbestimmter Strafgesetze (nullum crimen, nulla poena sine lege certa)	142
d) Gewohnheitsrechtsverbot (nulla poena sine lege scripta)	143
e) Das Verbot rückwirkender Bestrafung (nulla poena sine lege praevia)	144
5. Die Bedeutung des Wortlauts für den EuGH	145
a) Der Wortlaut bei mehrsprachigen Rechtstexten	145
b) Die Unterscheidung von juristischem und allgemeinem Sprachgebrauch durch den EuGH	145
c) Der EuGH und die Wortlautgrenze im Straf- und Steuerrecht	146
III. Die systematische Auslegung	146
1. Bedeutung	146
a) Das Ideal der widerspruchsfreien Rechtsordnung	146
b) Systematische Auslegung im Stufenbau des Rechts	149
c) Das äußere System des BGB – Begriffsjurisprudenz: Begriffspyramiden – Bausteintechnik – Verweisungen	149
d) Das innere System des Gesetzes und die Wertungen des BGB	151
2. Einzelne systematische Auslegungsfiguren	153
a) Vergleich der Tatbestandsmerkmale einer Norm	153
b) Stellung des Tatbestandsmerkmals innerhalb der Gliederung des Gesetzes	154
c) Ausnahmen dürfen nicht erweiternd ausgelegt werden (<i>singularia non sunt extendenda</i>)	154
d) Einheit der Rechtsordnung und Einheit der Verfassung	155
3. Kollisionsregeln	156
a) Das höhere Gesetz geht dem niedrigeren vor (<i>lex superior derogat legi inferiori</i>)	157
b) Das spätere Gesetz geht dem früheren vor (<i>lex posterior derogat legi priori</i>)	157
c) Das besondere Gesetz geht dem allgemeineren vor (<i>lex specialis derogat legi generali</i>)	157
4. Die systematische Auslegung durch den EuGH	158
a) Zur Rolle der Systematik	158
b) Kollisionsregeln	158
c) Ausnahmen sind eng auszulegen	159
d) Weitere Argumentationsfiguren	159
IV. Die historische Auslegung	160
1. Historische Auslegung im weiteren und engeren Sinne	160
a) Relevanz und historische Auslegung im weiteren Sinne	160
b) Begrifflichkeiten	161
c) Vorläufernormen als Hilfsmittel für die historische Auslegung i. e. S.	161
d) Kontinuität zwischen Vorgängernorm und jetziger Norm (<i>droit constant</i>)	162
e) Verfassungstradition	162
2. Der gesetzgeberische Wille in den Materialien der konkreten Norm	163
a) Die genetische Auslegung	163
b) Präambel und Programmsatz als gesetzesimmanente Materialien	163
c) Amtliche Materialien im Gesetzgebungsverfahren als Hilfsmittel	164
d) Wille der Mehrheit der gesetzgeberischen Körperschaft versus individueller Wille	166
e) Kontinuitätsargument: eindeutiger Wille gilt heute noch	166
f) Kumulation von genetischen Quellen	166
3. Die Bedeutung der Gesetzesgeschichte für den EuGH	167
a) Die Bedeutung der historischen Auslegung i. w. S. für den EuGH	167
b) Kontinuität mit der Vorläufernorm als historische Auslegung i. e. S.	168
c) Verfassungstradition als historische Auslegung i. e. S.	168

Inhaltsverzeichnis

d) Genetische Auslegung – Präambel und Erwägungsgründe als gesetzesimmanente Quellen	168
e) Amtliche Materialien als Hilfsmittel der genetischen Auslegung	169
Zusammenfassung zu § 4	170
§ 5 Telos, Logik und folgenorientierte Auslegung	171
I. Der Gesetzeszweck als teleologische Auslegung	172
1. Zum Telos, der ratio legis	172
a) Begriff	172
b) Der Sinn und Zweck des Primär- und Sekundärrechts der EU	173
c) Zur vermeintlichen Überflüssigkeit des Telos	173
d) Das Telos als Prämisse	174
2. Die Bestimmung des Gesetzeszwecks	175
a) Interner Gesetzeszweck	175
b) Ausdrücklicher oder konkludenter Normzweck	175
c) Die Erwägungsgründe zur Präzisierung von Normtext und Regelungsziel	176
d) Auslegungshilfen: In dubio pro libertate, pro consumente, favor laboris ..	177
3. Interessenjurisprudenz und Wertungsjurisprudenz	177
a) Von der Interessen- zur Wertungsjurisprudenz	177
b) Unterscheidung zwischen interessenorientierter und teleologischer Auslegung	179
II. Einzelne logische Argumentationsfiguren	180
1. Verstoß gegen Denkgesetze	180
2. Zirkelschluss (<i>petitio principii</i>)	181
a) Der Zirkelschluss (<i>petitio principii</i>)	181
b) Das <i>argumentum ex silentio</i>	183
3. Sprung im Schließen (<i>saltus in concludendo</i>)	184
4. Vermeidung einer Gesetzesumgehung	184
5. Vermeidung von Regelungswidersprüchen, Normangleichung und Erhalt des Anwendungsbereichs einer Norm	185
6. Einzelne Argumentationsfiguren des EuGH	186
III. Folgenorientierte Auslegung	187
1. Begriff und Relevanz der folgenorientierten Auslegung	187
2. Grenzen der folgenorientierten Auslegung	188
3. Einzelne Argumentationsfiguren	189
a) Vermeidung absurder oder unpraktikabler Ergebnisse (<i>argumentum ad absurdum</i>)	189
b) Wirtschaftliche Betrachtung: Vermeidung einer Übermaßhaftung oder einer unbilligen Härte	191
c) Das Recht kümmert sich nicht um Kleinigkeiten (<i>de minimis non curat lex</i>)	193
d) Vermeidung schädlicher Effekte und Ermöglichung praktikabler Ergebnisse	194
e) Allgemeine Lebenserfahrung und empirische Untersuchungen	196
f) Normative Kraft des Faktischen	197
g) Akzeptanz der Entscheidung und herrschende Meinung	198
h) Versuch einer vermittelnden Rechtsansicht	199
4. Die folgenorientierte Argumentation des EuGH	200
a) Vermeidung absurder Ergebnisse (<i>argumentum ad absurdum</i>)	200
b) Effet utile	200
c) Die Entwicklung neuer Rechtsbehelfe	201
d) Das Recht kümmert sich nicht um Kleinigkeiten aus europäischer Sicht ..	202
e) Praktikables Ergebnis	202

Inhaltsverzeichnis

IV. Ökonomische Analyse des Rechts	203
1. Zielsetzung und Methoden des <i>Law and Economics</i> -Ansatzes	203
a) Homo oeconomicus und Allokationseffizienz	203
b) Cost-benefit analysis und cheapest cost avoider	204
2. Grenzen des ökonomischen Ansatzes	205
a) Begrenzte Rationalität des Menschen (<i>bounded rationality</i>)	205
b) Verfassungsrechtliche Gesichtspunkte und Wertungen des Gesetzgebers ..	207
c) Unzureichende empirische Daten	207
3. Bedeutung für die juristische Methodenlehre	208
a) Relevanz für die juristische Rechtsanwendung	208
b) Kosten-Nutzen-Bewertung, cheapest cost avoider und Haftungsrecht	209
c) Haftungsrecht und Prävention	210
d) Informationsgefälle und cheapest cost avoider	212
e) Das Principal-Agent-Problem	213
f) Spieltheorie	214
4. Ökonomische Überlegungen des EuGH	214
a) Ökonomische Fragestellungen im EU-Kartellrecht	214
b) Binnenmarkt und effektiver Rechtsschutz	215
Zusammenfassung zu § 5	215
§ 6 Teleologische Gegenfiguren und einfache Formen der Rechtsfortbildung	217
I. Teleologische Gegenfiguren zu Formalargumenten	218
1. Wortlaut	218
a) Ablehnung der Eindeutigkeitsregel	218
b) Juristischer Sprachgebrauch	220
c) Unmöglichkeit der reinen Wortlautauslegung	220
d) Rechtsfortbildung	220
2. Systematik	221
a) Korrektur der systematischen Stellung eines Tatbestandsmerkmals	221
b) Relativität der Rechtsbegriffe und gespaltene Auslegung	222
c) Weite Auslegung von Ausnahmen	225
d) Kollisionsregeln: Der Grundsatz der Alternativität verdrängt die Lex-specialis-Regel	226
e) Relativierung des Lex-posterior-Satzes	227
f) Grundsätze in dubio pro libertate, pro consumente, favor laboris gelten nicht	227
3. Historische Auslegung	228
a) Diskontinuität im Rahmen der genetischen Auslegung: subjektiver Wille der Vorläufernorm gilt nicht mehr	228
b) Subjektiver Wille ist unklar, mehrdeutig oder widersprüchlich (Perplexität)	228
c) Maßgeblichkeit eines normativen, subjektiven Willens	229
d) Redaktionsversehen	229
e) Die objektive Theorie	231
4. Telos, Folgenorientierung und ökonomische Analyse	231
a) Unlogisches Recht	231
b) Grenzen der folgenorientierten Auslegung und der ökonomischen Analyse	232
II. Subjektive versus objektive Theorie	233
1. Der Streitstand als Dauerbrenner der juristischen Methodenlehre	233
2. Die subjektive Theorie	235
a) Maßgeblichkeit des Willens des damaligen Gesetzgebers	235
b) Lücke nicht planwidrig – beredtes Schweigen des Gesetzgebers	235
c) Kritik an der subjektiven Theorie	236
3. Die objektive Theorie	237

Inhaltsverzeichnis

a) Die Interpretation des Gesetzes in seinem zeitlichen Kontext	237
b) Das Gesetz ist klüger als der Gesetzgeber und Altern der Kodifikation – der ursprüngliche Regelungszweck passt nicht mehr	237
c) Dynamische Verfassungsinterpretation	238
d) Kritik an der objektiven Theorie	238
4. Die subjektiv-objektive Theorie als Vereinigungstheorie	240
5. Gegenfiguren aus europäischer und rechtsvergleichender Perspektive	240
a) Redaktionsversehen	240
b) Übersetzungsfehler als Redaktionsversehen	241
c) Die dynamische Auslegung des EuGH und EGMR	242
d) Die US-amerikanische Perspektive: textualism, purposivism versus living originalism	243
III. Einfache Formen der Rechtsfortbildung	244
1. Teleologische Reduktion	244
a) Methodische Grundlagen	244
b) Vier Prüfungsschritte zur Begründung der teleologischen Reduktion	245
c) Unbilligkeit und argumentum ad absurdum als Argumentationsfiguren ..	247
2. Der Streit über den Lückenbegriff	248
a) Die Lücke als fata morgana?	248
b) Die planwidrige Lücke als Prämisse	249
c) Die verschiedenen Formen der Lücke	250
3. Einzelanalogie (Gesetzesanalogie)	250
a) Methodische Grundlagen – das Ähnlichkeitsargument (argumentum a simile)	250
b) Vier Prüfungsschritte zur Begründung der Einzelanalogie	251
c) Erst-Recht-Schluss und Unbilligkeit als Argumentationsfiguren	253
d) Zwei Varianten des Ähnlichkeitsvergleichs	255
e) Planwidrigkeit der Lücke und das Umgehungsargument	256
4. Gesamtanalogie (Rechtsanalogie)	257
a) Methodische Grundlagen	257
b) Vier Prüfungsschritte zur Begründung der Gesamtanalogie	258
c) Die Stimmigkeit mit dem inneren System des Gesetzes als Argumentationsfigur zur Begründung der Planwidrigkeit der Lücke	260
5. Die schwierige Suche nach dem Telos	262
a) Die teleologische Extension bei fehlender Ähnlichkeit zu einem gesetzlichen Tatbestandsmerkmal	262
b) Mehrfache Regelungszwecke	265
6. Einfache Formen der Rechtsfortbildung auf europäischer Ebene	265
a) Zum Begriff der „Interprétation“	265
b) Teleologische Reduktion	266
c) Einzelanalogie	266
d) Gesamtanalogie und das Entwickeln neuer Rechtsinstitute	267
IV. Die Auslegung von Rechtsgeschäften und Verträgen	267
1. Ziel der Auslegung von Rechtsgeschäften und Verträgen	268
a) Auslegungsgrundsätze	268
b) Der Wille des Erklärenden und der Vertrauensschutz Dritter	268
2. Natürliche Auslegung	269
a) Nicht empfangsbedürftige Willenserklärungen	269
b) falsa demonstratio non nocet	269
3. Objektiv-normative Auslegung und einzelne Auslegungsgrundsätze	270
a) Auslegung nach dem Empfängerhorizont	270
b) Wortlaut, Systematik und Begleitumstände als Teil der Entstehungsgeschichte	270
c) Teleologische Auslegung – Interessenlage und Zweck einer Regelung	271
d) Verträge mit einem größeren Personenkreis	272

Inhaltsverzeichnis

4. Ergänzende Vertragsauslegung	272
a) Abgrenzungen	272
b) Voraussetzungen der ergänzenden Vertragsauslegung	273
Zusammenfassung zu § 6	275

3. Teil. Konkretisierung und Konstruktion

§ 7 Konkretisierung von Recht durch Gesetzgeber, Verwaltung und Gerichte	277
I. Konkretisierung von Recht	277
1. Auslegung versus Konkretisierung	277
a) Die Auslegung als erster Arbeitsschritt	277
b) Die Konkretisierung als erforderlicher zweiter Arbeitsschritt	278
2. Generalklauseln – Fluch oder Segen?	279
a) Generalklauseln und unbestimmte Rechtsbegriffe	279
b) Delegations-, Rechtsfortbildungs-, Flexibilitäts- und Rezeptionsfunktion von Generalklauseln	280
c) Generalklauseln im europäischen Recht	282
II. Konkretisierung durch den Gesetzgeber	283
1. Generalklauseln und Regelbeispiele im deutschen Recht	283
a) Systematische und teleologische Auslegung	283
b) Legaldefinitionen und Regelbeispiele im Zivilrecht	283
2. Generalklauseln und Regelbeispiele im Strafrecht	284
a) Unbestimmte Rechtsbegriffe im Tatbestand	284
b) Regelbeispiele auf der Rechtsfolgenseite	285
3. Konkretisierung von Generalklauseln durch den europäischen Gesetzgeber ..	286
a) Legaldefinitionen und Regelbeispiele	286
b) Anhänge	287
c) Abschließender oder offener Charakter gesetzlicher Konkretisierung	287
III. Konkretisierung durch die Verwaltung oder private Regelwerke	287
1. Deutsches Recht	287
a) Gesetz und Rechtsverordnung	288
b) Verwaltungsvorschriften	288
c) Private Regelwerke	288
2. Europäisches Recht	289
IV. Die Vergleichsfallmethode als Konkretisierung durch die Gerichte	290
1. Die Ähnlichkeit zwischen Einzelanalogie und Vergleichsfallmethode	290
a) Die Vergleichsfallmethode im anglo-amerikanischen Recht	290
b) Das Denken von Fall zu Fall (Schluss vom Besonderen auf das Besondere)	291
c) Die Argumente im Rahmen der Vergleichsfallmethode	292
d) Die Bildung eines verallgemeinerungsfähigen Rechtssatzes durch die Kombination von Induktion und Deduktion	293
2. Bindungswirkung von Gerichtsentscheidungen	294
a) Das anglo-amerikanische Recht: tragende Gründe (ratio decidendi), sonstige Erwägungen (obiter dictum), distinguishing und overruling	294
b) Das deutsche Recht: tragende Gründe (ratio decidendi), sonstige Erwägung (obiter dictum), distinguishing und overruling	298
3. Die Vergleichsfallmethode des EuGH	299
4. Einzelne Argumentationsfiguren zum Richterrecht	300
a) Grundsatzentscheidungen und gefestigte Rechtsprechung als Argumentationsfiguren	300
b) Argumentationsfiguren zur Hierarchie des Richterrechts	300
5. Die rechtsvergleichende Methode: Das „Wie“	301

Inhaltsverzeichnis

a) Verpflichtende Rechtsvergleichung am Beispiel des Einheitsrechts und im europäischen Recht	301
b) Freiwillige Rechtsvergleichung	301
c) Rechtsvergleichung des EuGH und des EGMR	304
Zusammenfassung zu § 7	305
§ 8 Bewegliches System, Fallgruppen und Fallgruppenvergleich als Methoden der Konkretisierung	307
I. Das Bewegliche System	308
1. Grundsätzliches	308
a) Entdecker des Beweglichen Systems	308
b) Der Streit zur Relevanz eines Beweglichen Systems	309
c) Abschließende Bewertung	309
2. Anwendungsfälle im deutschen Recht	310
a) Zurechnungskriterien zur Konkretisierung der Verkehrspflichten im Rahmen des § 823 Abs. 1 BGB	310
b) Die Zurechnungskriterien für die Sittenwidrigkeit gem. § 138 und § 826 BGB	311
c) Vorvertragliche und vertragliche Aufklärungspflichten	313
3. Anwendungsfälle im europäischen Recht	314
II. Fallgruppen zur Konkretisierung von Generalklauseln	315
1. Fallgruppen	315
a) Das Ziel einer Fallgruppe	315
b) Tatbestandsähnliche Voraussetzungen einer Fallgruppe	315
c) Chancen und Risiken	316
2. Fallgruppennormen im europäischen Recht	317
III. Die Strukturierung von mehreren Zurechnungskriterien verschiedener Fallgruppen	317
1. Zurechnungskriterien verschiedener Fallgruppen als Bewegliches System ...	318
2. Das Entwickeln neuer Fallgruppen – ein Kommen und Gehen	320
3. Bildung einer neuen Fallgruppe im europäischen Recht	322
Zusammenfassung zu § 8	322
§ 9 Rechtsdogmatik und allgemeine Rechtsprinzipien	325
I. Allgemeine Rechtsprinzipien und Rechtsdogmatik	326
1. Der Nutzen der Rechtsdogmatik für die Juristische Methodenlehre	326
a) Ziele und Begriff der Rechtsdogmatik	326
b) Risiken der „Gebrauchsdogmatik“	327
c) Scheinbegründungen wie die „Natur der Sache“	328
2. Rechtsdogmatik und Juristische Methodenlehre	329
a) Verbindung von Rechtsdogmatik und Methodenlehre	329
b) Konkretisierung und Konstruktion als Argumentationsfiguren zur Einbindung der Rechtsdogmatik in die Methodenlehre	330
c) Die Vorteile der Verbindung von Methodenlehre und Rechtsdogmatik ...	331
3. Zur Differenzierung zwischen Rechtsidee, Rechtsprinzip und Rechtsinstitut	332
a) Rechtsideen als Werte	333
b) Rechtsprinzipien	333
c) Rechtsinstitute als Rechtssätze	334
II. Die Arbeit mit Rechtsprinzipien in der Fallbearbeitung: Begründung und Konstruktion des Rechtsprinzips	335
1. Die Begründung des Rechtsprinzips als erster Schritt: Rückgriff auf Gesetz oder Induktion	335
a) Die historische Ableitung von Rechtsprinzipien	335

Inhaltsverzeichnis

b) Einzel- oder Gesamtanalogie	335
c) Verschiedene Wege zur Begründung eines Rechtsprinzips	336
2. Konkretisierung von Rechtsprinzipen als notwendiger zweiter Schritt	337
a) Die Konkretisierung von Rechtsprinzipien zum Rechtssatz oder Rechtsinstitut	337
b) Die Konkretisierung durch Abwägung	338
III. Rechtsprinzipien im Zivilrecht: Herleitung und Konkretisierung der Privatautonomie	338
1. Induktive Herleitung von pacta sunt servanda	339
a) Vertragsfreiheit als Ausfluss der Willensfreiheit	339
b) Die Begründung der Vertragsbindung (pacta sunt servanda)	340
2. Vertragsfreiheit und vermeintlich widersprechende Rechtsprinzipien	341
a) Die umstrittene rechtsdogmatische Begründung des Kontrahierungszwangs	341
b) Zur umstrittenen Preiskontrolle von Verträgen – die laesio enormis	342
c) Störung der Geschäftsgrundlage und clausula rebus sic stantibus	342
IV. Das Selbstbestimmungsrecht als Rechtfertigungsgrund verschiedener Rechtsinstitute	344
1. Ansätze in der Literatur	344
a) Privatautonomie und Vertragsgerechtigkeit	344
b) Das Prinzip des Sozialen und die Privatautonomie als Optimierungsgebot	344
c) Weitere Ansätze zur Begründung der Privatautonomie	345
2. Privatautonomie als Selbstbestimmung beider Parteien	346
a) Selbstbestimmung des Einzelnen und beiderseitige Selbstbestimmung	346
b) Die Herleitung des Selbstbestimmungsprinzips aus dem BGB und der Verfassung	346
c) Freiheitsbeschränkende Einschränkung der Selbstbestimmung als konkretisierender Maßstab für eine Korrektur des Vertrages	347
3. Die rechtsdogmatische Begründung der verschiedenen Rechtsinstitute mit dem fehlenden Selbstbestimmungsrecht	348
a) Kontrahierungszwang und fehlende Selbstbestimmung	348
b) Preiskontrolle gem. § 138 Abs. 1 BGB bei Verträgen, die stark freiheitsbeschränkend in die selbstbestimmte Lebensführung eingreifen ..	348
c) Freiheitsbeschränkende fehlende Äquivalenz als Störung der Geschäftsgrundlage	349
4. Die Konkretisierung und Begründung von Rechtsinstituten durch das Prinzip der Selbstbestimmung	350
V. Rechtsprinzipien auf europäischer Ebene	351
1. Herausforderungen bei der Ableitung von Prinzipien auf europäischer Ebene	351
a) Schwierigkeiten auf europäischer Ebene	351
b) Differenzierung zwischen Primär- und Sekundärrecht	352
2. Allgemeine Rechtsprinzipien im europäischen Recht	352
a) Vereinzelt Kodifizierung europäischer Rechtsprinzipien	352
b) Rückgriff auf die allgemeinen Rechtsgrundsätze oder Verfassungstraditionen der Mitgliedstaaten	352
c) Weitere Rechtsprinzipien des europäischen Zivilrechts	354
d) Der Einfluss eines europäischen Rechtsprinzips auf das nationale Recht ...	355
Zusammenfassung zu § 9	355
§ 10 Abwägung als Konstruktion	357
I. Abwägung im Öffentlichen Recht	358
1. Abwägung als Konstruktion	358

Inhaltsverzeichnis

a) Konstruktion von „offenen“ Verfassungsnormen	358
b) Abwägung als Prozess zur Konkretisierung kollidierender Rechtsprinzipien	359
2. Die Struktur der Abwägung	361
a) Abwägungsauftrag und Auswahl der abwägungsrelevanten Gesichtspunkte	361
b) Abstrakte Gewichtung der Abwägungsgesichtspunkte	362
c) Konkrete Gewichtung im Einzelfall	362
d) Abwägungsvorgang im Einzelfall	363
3. Rechtsdogmatische Schlussfolgerungen aus der Abwägung	365
a) Zwischenschichten, Stufen, Leitbilder etc.	365
b) Zwingende Vorrangregel	366
c) Vermutungs- und Argumentationslastregel	367
d) Abwägungsregel und Verhältnismäßigkeitsgrundsatz	367
4. Die Prüfung von Grundrechten als gelungene Konstruktion von Recht	368
II. Abwägung von Grundrechten	369
1. Sachlicher Schutzbereich des Grundrechts	369
2. Eingriff und Beeinträchtigungen	371
3. Rechtfertigung des Eingriffs (Schranke)	372
4. Grenzen der Einschränkbarkeit (Schranken-Schranke), insbesondere Verhältnismäßigkeit	374
III. Abwägung europäischer Grundrechte und Grundfreiheiten	378
1. Vergleich der Konkretisierung von Grundrechten und Grundfreiheiten	378
2. Europäische Grundrechte	379
a) Die Quellen europäischer Grundrechte	379
b) Rechtfertigung des Eingriffs (Schranken) und Verhältnismäßigkeit	381
3. Europäische Grundfreiheiten – Unterschiede zum deutschen Recht	381
a) Die Idee der Grundfreiheiten	381
b) Beschränkung der Grundfreiheiten und deren Rechtfertigung	382
c) Verhältnismäßigkeit	383
IV. Abwägung kollidierender Rechtsprinzipien im Zivilrecht	385
1. Widerstreitende Prinzipien im Zivilrecht	385
a) Vorrang eines Prinzips gegenüber dem anderen	385
b) Abwägung kollidierender Rechtsgüter im Zivilrecht	387
2. Die Abwägung von Rechtsprinzipien am Beispiel des Vertrags mit Schutzwirkung zugunsten Dritter als Rechtsinstitut widerstreitender Rechtsprinzipien	387
a) Tatbestandsähnliche Voraussetzungen der Rechtsprechung	387
b) Rechtsdogmatische Begründungsversuche	388
c) Der Ausgleich zwischen Nichtstörungsgebot und Vertragsfreiheit	389
3. Der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz im Zivilrecht	391
a) Die behahende Rechtsansicht	391
b) Die grundsätzlich ablehnende Rechtsansicht	391
c) Vermittelnde Ansicht: begrenzte Anwendung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes im BGB	392
Zusammenfassung zu § 10	394

4. Teil. Vorrang durch Verfassungs- und Europarecht

§ 11 Verfassung als höherrangiges Recht	395
I. Die verschiedenen Funktionen der Verfassung	396
1. Grundrechte und Grundgesetz als objektive Wertordnung	396
a) Abwehrrechte gegenüber dem Staat	396

Inhaltsverzeichnis

b) Das Grundgesetz als Wertordnung	397
c) Grundrechte als Schutzpflichten des Staates gegenüber dem Bürger	398
d) Übermaß- und Untermaßverbot	400
2. Wirkung der Grundrechte gegenüber Privaten	401
a) Lehre von der mittelbaren Drittwirkung	401
b) Lehre von der unmittelbaren Drittwirkung	402
c) Grundrechte als Schutzpflichten	403
3. Der Einfluss der Verfassung auf die Rechtsprechung	405
a) Das Fachgericht als Verfassungsgericht	405
b) Kontrolle der Rechtsprechung	406
c) Kontrolle des Gesetzgebers gem. Art. 100 Abs. 1 GG	406
II. Verfassungswidrigkeit und Argumentationsfiguren des Verfassungsrechts	407
1. Nichtigkeit eines verfassungswidrigen Gesetzes	407
2. Ausnahmen von der Nichtigkeit	408
a) Unvereinbarkeitserklärung und Anordnung der befristeten Fortgeltung der verfassungswidrigen Regelung	408
b) Pflicht zur verfassungskonformen Auslegung	409
3. Umstrittene Argumentationsfiguren des Verfassungsrechts	410
a) Die unpräzise Verwendung der verfassungskonformen Auslegung durch das Bundesverfassungsgericht	410
b) Die Dreiteilung von verfassungsorientierter, verfassungskonformer Auslegung und verfassungskonformer Rechtsfortbildung	410
III. Die verfassungsorientierte Auslegung	410
1. Die verfassungsorientierte Auslegung als Auslegungsfigur	410
a) Der Meinungsstreit	410
b) Die verfassungsorientierte Auslegung als reine Argumentationsfigur	411
2. Die verfassungsorientierte Auslegung als einfache Abwägungsregel im Zivilrecht	412
a) Eigentumsfreiheit des Vermieters versus Rechte des Mieters	412
b) Eingriff in Unternehmen versus Meinungsfreiheit	413
IV. Verfassungskonforme Auslegung	414
1. Grundsatzfragen zur verfassungskonformen Auslegung	414
a) Die Begrifflichkeit nach den Vorgaben des Bundesverfassungsgerichts	414
b) Vorrang der Verfassung als eigenständige Auslegungsfigur	415
2. Verfassungskonforme Auslegung im Öffentlichen Recht	415
3. Verfassungskonforme Auslegung im Zivilrecht	416
a) Schutz von Rechtsgütern	416
b) Abwehr von übermäßigen Freiheitsbeschränkungen	416
V. Verfassungskonforme Rechtsfortbildung	418
1. Die widersprüchliche Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts	418
2. Die verfassungskonforme Rechtsfortbildung als Rechtsfigur	419
3. Fallgruppen zulässiger verfassungskonformer Rechtsfortbildung	420
a) Teleologische Reduktion	420
b) Schutz vor offensichtlichen Grundrechtsverletzungen des Betroffenen	420
c) Schutz anderer Grundrechte	423
4. Grenzen der verfassungskonformen Rechtsfortbildung bei Grundrechtsbeeinträchtigungen Dritter – der Streit der Verfassungssenate ..	423
a) Zweiter Senat: Rechtsfortbildung unabhängig von Grundrechtspositionen Dritter	423
b) Erster Senat: hohe Anforderungen an Rechtsfortbildung bei Beeinträchtigung von Grundrechtspositionen Dritter	424
c) Eigene Ansicht: unzulässige Rechtsfortbildung contra legem nur bei schwerer Grundrechtsbeeinträchtigung des Dritten	425
Zusammenfassung zu § 11	427

Inhaltsverzeichnis

§ 12 Der Vorrang von Europarecht und Völkerrecht	429
I. Unmittelbare Anwendbarkeit als Voraussetzung des Anwendungsvorrangs	430
1. Zum Verhältnis von unmittelbarer Anwendbarkeit, Anwendungsvorrang und unionskonformer Auslegung	430
2. Unmittelbare Anwendbarkeit bzw. unmittelbare Wirkung europäischen Rechts (direct effect)	431
a) Voraussetzungen der unmittelbaren Wirkung (direct effect)	431
b) Der Anwendungsvorrang als Folge der unmittelbaren Wirkung	432
3. Drittwirkung des Primärrechts zwischen Privaten	432
a) Beispiele der unmittelbaren Drittwirkung gegenüber Privaten	432
b) Unmittelbare und mittelbare Drittwirkung sowie Schutzpflichten	433
c) Kombinationstheorie	434
II. Anwendungsvorrang und Pflicht zur unionskonformen Auslegung	434
1. Europäische Terminologie	434
2. Die zweistufige primärrechtskonforme Auslegung	435
a) Primärrechtskonforme Auslegung des abgeleiteten Unionsrechts	435
b) Primärrechtskonforme Auslegung des nationalen Rechts	435
3. Verhältnis von Anwendungsvorrang und unionskonformer Auslegung	436
a) Die ungeklärten Grenzen der primärrechtskonformen Rechtsfortbildung	436
b) Die nationale Rechtsprechung zur primärrechtskonformen Rechtsfortbildung	437
III. Sekundärrecht: Verordnungen, Richtlinien, Empfehlungen	439
1. Vorrangwirkung von Verordnungen und verordnungskonforme Auslegung	439
2. Vorrangwirkung von Richtlinien und richtlinienkonforme Auslegung i. w. S.	439
a) Vertikale Wirkung von Richtlinien	439
b) Fehlende horizontale Drittwirkung von Richtlinien	440
3. Die horizontale richtlinienkonforme Auslegung i. e. S.	442
a) Richtlinienkonforme Auslegung als Auslegungsziel und Vermutungsregel	442
b) Wandel des Sprachgebrauchs	443
4. Die richtlinienkonforme Rechtsfortbildung	444
a) Die Vorgaben des EuGH zur richtlinienkonformen Rechtsfortbildung ...	444
b) Der Meinungsstreit zur richtlinienkonformen Rechtsfortbildung	445
c) Eigene weitere Ansicht – die richtlinienkonforme Rechtsfortbildung als Teil der nationalen Methodenlehre	447
d) Die Anerkennung der richtlinienkonformen Rechtsfortbildung durch die Rechtsprechung	450
e) Die Contra-legem-Grenze als Grenze der richtlinienkonformen Rechtsfortbildung	451
5. Weitere Umsetzungsfragen von Richtlinien	454
a) Vorwirkung	454
b) Überschießende Umsetzung: richtlinienorientierte Auslegung versus gespaltene Auslegung	455
6. Befassungs- und subsidiäre Befolgungspflicht von Empfehlungen	456
7. Zusammenfassung	457
IV. Weitere Mittel zur Durchsetzung des Europäischen Rechts	458
1. Die Verpflichtung zur eindeutigen Umsetzung von Europäischem Recht	458
a) Transparenzgebot: Die Verpflichtung zur eindeutigen Umsetzung von Richtlinien	458
b) Anpassungspflicht von nationalen Gesetzen, die gegen Europarecht verstoßen	459

Inhaltsverzeichnis

c) Pflicht zur effektiven Umsetzung von Richtlinien	460
2. Vorabentscheidungsverfahren und Vorlageverpflichtung	
gem. Art. 267 AEUV	460
a) Vorlagepflicht und Acte-clair-Doktrin	460
b) Rechtsfolgen bei Nichtbeachtung der Vorlageverpflichtung	461
3. Vertragsverletzungsverfahren gem. Art. 258 f. AEUV	463
4. Der unionsrechtliche Staatshaftungsanspruch	464
a) Herleitung und Anwendbarkeit	464
b) Voraussetzungen und Rechtsfolgen	464
V. Völkerrecht	465
1. Grundsatz der völkerrechtsfreundlichen Auslegung	465
2. Gemeinsamkeiten und Unterschiede	466
3. Bewertung	468
Zusammenfassung zu § 12	468

5. Teil. Rechtsfrieden und Rechtssicherheit als Ziele der Juristischen Methodenlehre

§ 13 Grenzen der Rechtsfortbildung	469
I. Die unsicheren Grenzen zulässiger Rechtsfortbildung	471
1. Die Grenzen zulässiger Rechtsfortbildung als Dauerstreit der Juristischen Methodenlehre	471
2. Folgen zulässiger oder unzulässiger Rechtsfortbildung	472
3. Methodischer Blindflug	472
a) Wider der verdeckten Rechtsfortbildung	472
b) Unklare Einzelfragen	473
4. Begriffsbestimmungen zur Grenze zulässiger Rechtsfortbildung	474
a) Bisherige Begrifflichkeiten: Gesetzesimmanente, gesetzübersteigende Rechtsfortbildung und Rechtsfortbildung contra legem	474
b) Lückenfüllendes, gesetzeskonkretisierendes, gesetzvertretendes und gesetzeskorrigierendes Richterrecht	475
c) Zur Neubestimmung der Begriffe: Rechtsfortbildung und Rechtsfortbildung contra legem	476
5. Argumentationsfiguren zur Vermeidung einer unzulässigen Rechtsfortbildung	477
II. Erster Schritt: Klassische Argumentationsfiguren	477
1. Eindeutigkeit und Offenheit des Wortlauts	477
2. Arbeiten am System – Lücke und geschlossenes System	478
a) Geschlossenes System und unzulässige Änderung der Grundkonzeption des Gesetzgebers	478
b) Zulässige Erweiterungen in einem offenen System	480
3. Wille des Gesetzgebers und der sich im Gesetz wiederfindende Wandel der Lebensverhältnisse (objektive Auslegung)	481
a) Relevanz des subjektiven Willens	481
b) Die Reaktion des Gesetzgebers auf die Rechtsprechung	481
c) Interpretationsmöglichkeiten auf ein Schweigen des Gesetzgebers	481
4. Der Zweck als Rechtfertigungsgrund einer Rechtsfortbildung	482
a) Der Zweck der Norm als Begründung der Rechtsfortbildung	482
b) Die Relevanz gewandelter Lebensverhältnisse für die Rechtsanwendung ..	482
III. Zweiter Schritt: Der Blick auf die Rechtsfolgen	483
1. Folgenorientierte Überlegungen bei der Rechtsfortbildung	483
2. Unbillige Härte bei offensichtlicher Rechtsschutzlücke und Untätigkeit des Gesetzgebers	483

Inhaltsverzeichnis

a) Unbillige Härte bei offensichtlicher Rechtsschutzlücke	483
b) Die Untätigkeit des Gesetzgebers	485
c) Kein anderweitiger Rechtsschutz möglich	486
3. Konsens, rechtsvergleichende Bestätigung und Erhöhung der Rechtssicherheit	486
a) Konsens und die allgemeine Rechtsüberzeugung	486
b) Bestätigung durch ausländische Entscheidungen	487
c) Praktikabilität und Rechtssicherheit	487
IV. Dritter Schritt: Die Verfassung als höherrangiges Recht	489
1. Grundrechtsschutz des Verletzten und Grundrechtsbeeinträchtigung des Dritten	489
2. Grundrechtsbeeinträchtigungen und schützenswertes Vertrauen	489
3. Vertrauensschutz bei Rechtsprechungsänderung	491
4. Gesetzlichkeitsprinzip als Ausdruck des berechtigten Vertrauens des Bürgers	491
V. Vierter Schritt: Höherrangiges Europarecht und internationales Recht	492
1. Die primärrechts- und verordnungskonforme Rechtsfortbildung	492
2. Richtlinienkonforme Rechtsfortbildung des nationalen Rechts und ihre Grenzen	492
3. Das Vertrauen des Einzelnen als Grenze zulässiger Rechtsfortbildung	492
VI. Fünfter Schritt: Kompetenzgrenzen	493
1. Gesetzesvorbehalt und die Kompetenz des Parlaments	493
a) Allgemeiner Gesetzesvorbehalt und Wesentlichkeitstheorie zugunsten des Gesetzgebers	493
b) Kein Gesetzesvorbehalt zulasten der Gerichte	494
2. Gewaltenteilung und die Grenzen der Gerichte	496
a) Gewaltenteilung, Gesetzesvorrang und richterliche Selbstbeschränkung (judicial self-restraint)	496
b) Der Richter als Ersatzgesetzgeber und das BVerfG als politisches Gericht	498
c) Unzulässige Rechtsgestaltung (judicial activism) gegenüber dem Gesetzgeber	500
3. Konkretisierung und Rechtsfortbildung	500
a) Rechtsmethodik und Rechtsdogmatik als Mittel der Konkretisierung von Recht	500
b) Das Gebot der Rückverweisung an den Gesetzgeber	501
c) Zur Zulässigkeit von gesetzesergänzender oder gesetzeskorrigierender Rechtsfortbildung	502
4. Kompetenzstreitigkeit zwischen den Gerichten	503
a) Das BVerfG als Superrevisionsinstanz gegenüber Fachgerichten	503
b) Die Rolle des BVerfG im „Dialog der Gerichte“	504
c) Das Prinzip des institutionellen Gleichgewichts als Kompetenzgrenze des EuGH bei der Rechtsfortbildung	507
d) Kooperationsverhältnis, Ultra-vires-Kontrolle und Wege aus der Sackgasse	508
VII. Abwägung und Gewichtung verschiedener Argumentationsfiguren im Rahmen der Rechtsfortbildung	511
1. Vorrang-, Vermutungs- und Argumentationslastregel	511
2. Abwägungsregel	511
3. Zum Verhältnis des Fünf-Stufen-Systems zu den Abwägungsregeln	511
Zusammenfassung zu § 13	513
§ 14 Eine Moderne Juristische Methodenlehre	515
I. Auf dem Weg zu einer Modernen Methodenlehre	516
1. Klassische versus postmoderne Methodenlehre	516

Inhaltsverzeichnis

2. Eine Moderne Methodenlehre	516
II. Die Fallhermeneutik als Teil der Juristischen Methodenlehre	517
1. Zur Wechselwirkung von Sachverhalt und Rechtsnorm	518
a) Bisherige Ansichten (Engisch, Fikentscher)	518
b) Die Normbereichslehre von F. Müller	518
2. Sachverhaltshermeneutik zur Ermittlung des Fallbereichs	519
a) Zur Notwendigkeit einer eigenen Sachverhaltshermeneutik	519
b) Vom Rohsachverhalt zum Sachverhalt: Recherchepflichten und Interviewing	520
c) Beibringungs- und Untersuchungsgrundsatz	523
3. Der Normbereich	524
a) Untersuchungsgrundsatz und Normbereich	524
b) Die Fallhermeneutik am Beispiel eines potentiellen Burkaverbotes	524
c) Maßstababbildung in den Entscheidungen des BVerfG	527
d) Stellungnahme	528
III. Richterliche Dezision und Juristische Kreativität	530
1. Richterliche Dezision	530
a) Dezisionismus und die Paradoxie des Entscheidens	530
b) Process of discovery and process of justification	531
2. Juristische Kreativität durch juristische Innovationen	531
a) Grenzen der systematisch-deduktiven Entscheidungsbegründung und der Abwägung	531
b) Innovationen und juristische Entdeckungen	532
3. Die Lehre von der Topik und Juristische Kreativität	533
a) Die Lehre von der Topik als Ausgangspunkt der Problemlösung	533
b) Topoi und Juristische Kreativität	534
c) Topoi, Rechtsdogmatik und Methodenlehre	535
d) Die Typenlehre	536
IV. Prüfungsfolge und Gewichtung als Bausteine einer Metamethodik	537
1. Methodenpluralismus	537
a) Pragmatischer Methodenpluralismus und Methodenchaos	537
b) Die Metamethodik als Antwort auf den Rationalitätsanspruch Juristischen Denkens	539
2. Prüfungsfolge zur Begründung der Rechtslösung	539
a) Erster Schritt: Sachverhaltshermeneutik	539
b) Zweiter Schritt: Deduktion – Der Savigny'sche Auslegungskanon und die folgenorientierte Auslegung	540
c) Dritter Schritt: Konkretisierung und Konstruktion	540
d) Viertes Schritt: Prüfung von höherrangigem Recht	540
e) Fünfter Schritt: Rechtsfortbildung und ihre Grenzen	540
f) Sechster Schritt: Billigkeitskontrolle und Richtigkeitsgewähr	541
3. Gewichtung von Argumentationsfiguren	542
a) Strikte Vorrangregeln	543
b) Vermutungsregel	544
c) Abwägungsregel eines Beweglichen Systems	544
d) Argumentationslastregel	545
e) Die differenzierte Gewichtung juristischer Argumente	546
f) Gewichtung juristischer Argumente und Auslegungsziel	546
V. Quellen der Juristischen Methodenlehre	548
1. Die Grundlagenfächer als Nachbardisziplinen	548
a) Rechtsgeschichte und der Wandel juristischer Methoden	548
b) Rechtsvergleichung	550
c) Rechtstheorie	550
d) Rechtssoziologie	551

Inhaltsverzeichnis

2. Staatstheorie, Rechtsdogmatik und Rechtsphilosophie	551
a) Methodenlehre als Argumentations- und Legitimationslehre	551
b) Rechtsdogmatik und die Berührung zur Juristischen Methodenlehre	552
c) Rechtsphilosophie: Auf der Suche nach der gerechten Entscheidung	552
VI. Eine Moderne Methodenlehre als Schule Juristischen Denkens	554
1. Zum Legitimations- und Rationalitätsanspruch – Methodenlehre als Garant Juristischen Denkens	554
2. Denkstrukturen einer Modernen Methodenlehre	555
3. Elemente rationalen Begründens	556
a) Kumulativer Methodeneinsatz	556
b) Methodentransparenz	557
c) Metamethodik: Gewichtung und Prüfungsfolge der Argumentationsfiguren	557
4. Unzulässige Begründungsdefizite	558
a) Richterliche Dezision und Vorverständnis	558
b) Begründungsverzicht, Scheinbegründungen und Methodenpluralismus ..	558
c) Jenseits des Systems und der einfachen Deduktion	558
5. Auf dem Weg zu einer europäischen Juristischen Methodenlehre	560
a) Eine Juristische Methodenlehre für alle juristischen Teildisziplinen	560
b) Eckpunkte einer europäischen Methodenlehre	560
Zusammenfassung zu § 14	561
Statt eines Schlusswortes – Zum Wert der Juristischen Methoden	563
§ 15 Vertiefungsfälle	565
Anhang: Die wichtigsten Argumentationsfiguren	583
Rechtsprechungsübersicht	589
Stichwortverzeichnis	601

**Beck-shop.de**
DIE FACHBUCHHANDLUNG