

Juristische Methodenlehre

Bearbeitet von
Von Prof. Dr. Thomas M. J. Möllers

2. Auflage 2019. Buch. XLVIII, 571 S. Hardcover (In Leinen)
ISBN 978 3 406 73178 5
Format (B x L): 16,0 x 24,0 cm

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

Zu [Leseprobe](#) und [Sachverzeichnis](#)

schnell und portofrei erhältlich bei

beck-shop.de
DIE FACHBUCHHANDLUNG

Die Online-Fachbuchhandlung beck-shop.de ist spezialisiert auf Fachbücher, insbesondere Recht, Steuern und Wirtschaft. Im Sortiment finden Sie alle Medien (Bücher, Zeitschriften, CDs, eBooks, etc.) aller Verlage. Ergänzt wird das Programm durch Services wie Neuerscheinungsdienst oder Zusammenstellungen von Büchern zu Sonderpreisen. Der Shop führt mehr als 8 Millionen Produkte.

Möllers
Juristische Methodenlehre

beck-shop.de
DIE FACHBUCHHANDLUNG

beck-shop.de
DIE FACHBUCHHANDLUNG

Juristische Methodenlehre

von

Dr. Thomas M.J. Möllers

o. Professor an der Universität Augsburg

2. Auflage
2019

beck-shop.de
DIE FACHBUCHHANDLUNG





www.beck.de

ISBN 978 3 406 73178 5

© 2019 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

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 zweiten Auflage

Die Vizepräsidentin am Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte *Angelika Nußberger* sagte jüngst in einem Interview zu ihrer Arbeit als Richterin: „Die Rechtswissenschaft ist im Wesentlichen eine Argumentationswissenschaft.“ (§ 1 Rn. 1). Juristische Entscheidungen werden akzeptiert, wenn sie gut begründet sind. Das Werk gibt dem Juristen mehr als 100 juristische Argumentationsfiguren an die Hand, die weltweit von Juristen verwendet werden, um eine juristische Entscheidung zu begründen. Das vorliegende Werk zielt folglich auf den Juristen, der überzeugen will, sei es als Richter, Anwalt oder als Jurist im Unternehmen oder in einer Behörde. Das Ziel einer rational gut begründeten juristischen Entscheidung gilt es natürlich auch an der Universität zu erlernen, als Doktorand oder als Student bei Haus- und Seminararbeiten oder der Lösung einer Klausur.

Die erste Auflage war nach wenigen Monaten vergriffen; ein Nachdruck nach gut einem Jahr ausverkauft; das Werk wird inzwischen von der Rechtsprechung zitiert. Trotz der kurzen Zeit seit der Erstauflage will das vorliegende Werk kein einfacher Nachdruck sein, denn die Juristische Methodenlehre lebt vom Dialog und der Auseinandersetzung mit widerstreitenden Ideen. Das Buch ist folglich aktualisiert um neuere Rechtsprechung und Rechtsliteratur. Vorträge und Konferenzen im In- und Ausland anlässlich der ersten Auflage, aber auch zahlreiche Buchbesprechungen bilden die Grundlage, um die Neuauflage mit einer Reihe von neuen Überlegungen zu bereichern. Aufbautechnisch wurde ein stringenter Gedankengang forciert, indem etwa die Ausführungen zur Legitimation vor die Argumentation (§ 1) und die Ausführungen zur Konkretisierung vor die Höherrangigkeit des Rechts gezogen wurden (4. Teil). Neu aufgenommen wurden weitere Definitionen zu elementaren Rechtsbegriffen (§ 1), Ausführungen zur Subsumtion (§ 4), zur Empirie (§ 5) und zur richtlinienkonformen Rechtsfortbildung (§ 8). Neu sind Ausführungen zur Konstruktion im 3. Teil, in welchem die Ausführungen zur Rechtsdogmatik, den Rechtsprinzipien (§ 9) und der Abwägung (§ 10) geschärft sowie die Grenzen der Rechtsfortbildung gezogen werden (§ 13). Dieser Gedankengang passt damit schlüssig zur Prüfungsfolge, die am Ende des Werkes steht. Neu eingefügt wurden auch Ausführungen zum Juristischen Denken und zu einer europäischen Methodenlehre (§ 14).

Die zweite Auflage erscheint zeitnah in englischer und chinesischer Sprache. Selbstredend freue ich mich über Anregungen und Kritik.

Augsburg, im Frühjahr 2019

Professor Dr. Thomas M.J. Möllers

beck-shop.de
DIE FACHBUCHHANDLUNG

Vorwort zu Erstauflage

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 Streitfalle – von dem *Gehalt der juristischen Argumentation überzeugt*.

Augsburg, im Sommer 2017

Professor Dr. Thomas M.J. Möllers

beck-shop.de
DIE FACHBUCHHANDLUNG

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. Besonders hilfreich waren auch zahlreiche Anregungen, die mich auf verschiedenen Wegen erreicht 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	VII
Grafiken	XXXIII
Abkürzungsverzeichnis	XXXV
Literaturverzeichnis	XLVII

1. Teil. Grundlagen – die Rechtsquellen

§ 1 Juristische Methodenlehre als Begründungs- und Legitimationslehre	1
I. Der Zweck der Juristischen Methodenlehre	2
1. Sinnerfassung eines juristischen Textes	2
2. Juristische Methodenlehre als postmoderne Methodenlehre – zum Inhalt des Werkes	3
a) Die postmoderne Methodenlehre als Kritik an der klassischen Methodenlehre	3
b) Eine Moderne Juristische Methodenlehre	4
c) Methodenlehre als Legitimations- und Argumentationslehre	4
d) Zur Notwendigkeit juristischer Interpretationsfiguren und juristischer Dogmatik	6
3. Der Einfluss des europäischen Rechts auf die Rechtsfindung	7
a) Europa-Artikel und Mehrebenensystem	7
b) Der nationale Richter als Unionsrichter	7
4. Die weltweite Relevanz von Argumentationsfiguren bei der Begründung juristischer Entscheidungen	8
a) Zum globalen Anspruch juristischer Argumentationsfiguren	8
b) Juristische Methodenlehre und Rechtsprechung	9
II. Juristische Methoden als Legitimationslehre	10
1. Verfassungsrechtliche Anforderungen an eine richterliche Entscheidung	10
a) Das Gewaltenteilungsprinzip	10
b) Legalismus	11
c) Wesentlichkeitstheorie und Gesetzlichkeitprinzip (nullum crimen sine lege)	11
d) Recht auf rechtliches Gehör und verfassungsrechtliche Begründungspflicht	12
e) Verstoß gegen die Rechtsanwendungsgleichheit des Art. 3 Abs. 1 GG	14
f) Die Begründungspflicht auf europäischer Ebene	14
2. Methodenlehre als Legitimationslehre zur Machtbegrenzung des Richters	15
a) Machtbegrenzung gegenüber dem Parlament	15
b) Machtbegrenzung gegenüber dem Bürger	15
c) Berechtigung des Richters zur Rechtsfortbildung (Art. 20 Abs. 3 GG)	16
3. Zum Begründungsstil und zur Zitierpraxis der Gerichte in Europa	19
a) Zum Urteils- und Zitierstil nationaler Gerichte	19
b) Zum Begründungsstil des EuGH	20
III. Methodenlehre als Argumentationslehre	21
1. Wahrheitsanspruch und die streitbaren Juristen	21
a) Die vermeintlich richtige Entscheidung: One-right-answer-thesis	21
b) Das Entscheiden nach einem festen Vorverständnis	22
c) Die Begründung einer vertretbaren Entscheidung	24

Inhaltsverzeichnis

2. Zweck der Argumentationslehre	25
a) Widerlegbarkeit falscher Ansichten	26
b) Begründung vertretbarer Ergebnisse	26
c) Offenheit, Kreativität und Synthese als Grundlage für überzeugende Lösungen	27
3. Juristische Argumentationsfiguren	29
a) These, Prämisse und Argument	29
b) Die juristische Argumentationsfigur als Prämisse für eine These	29
4. Zur Gewichtung von Argumentationsfiguren	30
a) Zwingende Vorrangregel	30
b) Vermutungsregel	31
c) Abwägungsregel	31
d) Argumentationslastregel	31
e) Begriff der juristischen Argumentationsfigur	32
IV. Zum inhaltlichen Gerechtigkeitsanspruch juristischer Methoden	33
1. Juristische Methodenlehre und der Gerechtigkeitsanspruch	33
a) Das vermeintlich Ungerechte an der Methodenlehre (Rüthers)	33
b) Diskurstheorien	33
2. Juristische Methodenlehre als wertgebundene Argumentations- und Legitimationslehre	34
a) Die Menschenwürde und das Naturrecht als letzter Geltungsgrund	34
b) Juristische Methodenlehre als rationale Begründungslehre zur Verhinderung ungerechter Ergebnisse	35
c) Juristische Methoden und der Anspruch der Rechtswissenschaft als Wissenschaft	35
3. 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
Zusammenfassung zu § 1	38
§ 2 Rechtsquellen	39
I. Recht und Rechtsquellen	40
1. Kriterien zur Umschreibung von Recht	40
a) Rechtsquellen und Rechtserkenntnisquellen	40
b) Geltung und Bindungswirkung	41
c) Rechtssätze als Sollensnormen	42
d) Sanktion und Vollzug von Gesetzen	43
2. Abgrenzung des Rechts zur Moral, Ethik und political correctness	44
a) Moral, Ethik und political correctness	44
b) Abgrenzung zum Recht	45
c) Die gegenseitige Beeinflussung von Moral und Recht	46
II. Hierarchie von Rechtsquellen in Deutschland	47
1. Gesetze als Rechtsquelle in Deutschland	47
a) Abgrenzung und Überschneidung von öffentlichem und privatem Recht ..	47
b) Unterscheidung von Rechtsnormen: Gesetz, Verordnung und Satzung ..	48
2. Höherrangiges Recht: Der Stufenbau des Rechts und der <i>Lex-superior-Satz</i> als Kollisionsregel	49
3. Der Stufenbau des deutschen Rechts	50
a) Bundesrecht und Landesrecht	50
b) Kollision von Bundes- und Landesrecht (Artt. 31, 72 GG)	50

Inhaltsverzeichnis

4. Gesetzesänderung, Rechtssicherheit und Vertrauensschutz	51
a) Begrifflichkeiten	52
b) Echte Rückwirkung/Rückbewirkung von Rechtsfolgen	52
c) Unechte Rückwirkung/tatbestandliche Rückanknüpfung	52
III. Der heutige Stufenbau in Deutschland unter Einbeziehung des europäischen Rechts	54
1. Europarecht als supranationales Recht	54
a) Das Recht der Europäischen Union als eigene Rechtsordnung	54
b) Europäische Rechtsquellen – Zur Unterscheidung von Primär-, Sekundär- und Tertiärrecht	55
c) Normenhierarchie und primärrechtskonforme Auslegung des europäischen Rechts	56
2. Die autonome Auslegung des Europarechts	59
a) Autonome Auslegung durch den EuGH	59
b) Ausnahmen zur autonomen Auslegung	59
c) Pflicht zur autonomen Auslegung durch den nationalen Rechtsanwender	60
3. Grundsatz der begrenzten Einzelermächtigung	60
a) Ausgangspunkt	60
b) Kompetenzarten	60
c) Kompetenzausübungsregeln	61
4. Höherrangigkeit des Unionsrechts gegenüber dem nationalen Recht	61
a) Die monistische Perspektive des EuGH: unmittelbare Geltung des europäischen Rechts	61
b) Anwendungsvorrang des Unionsrechts	62
c) Die dualistische Perspektive des BVerfG: unmittelbare Geltung aufgrund nationalen Verfassungsrechts	64
IV. Der heutige Stufenbau in Deutschland unter Einbeziehung des internationalen Rechts	65
1. Rechtsquellen auf internationaler Ebene	65
2. Die autonome Auslegung von internationalen Abkommen	66
3. Der Stufenbau des Völkerrechts	67
4. Völkerrecht und nationales Recht	67
a) Verhältnis des Völkerrechts zum Grundgesetz	67
b) Verhältnis der EMRK zum Grundgesetz	68
V. Naturrecht	70
1. Zur Relevanz des Naturrechts	70
a) Gegner des Naturrechts	70
b) Historische Entwicklung des Naturrechts	70
c) Vermittelnde Ansicht: Enger Bereich des Naturrechts und weiter Bereich übergesetzlicher Rechtsprinzipien	71
2. Vorrang von Naturrecht gegenüber dem eindeutigen Unrechtsgesetz (Radbruch'sche Formel)	72
3. Positive Formen von Naturrecht	73
a) Naturrecht und Anthropologie	73
b) Rechtsideen und keine unmittelbare Subsumtion	73
Zusammenfassung zu § 2	74
§ 3 Sekundäre Rechtsquellen und Rechtserkenntnisquellen	75
I. Problemstellung: Rechts(erkenntnis)quellen neben primären Rechtsquellen?	76
1. Die bisherige dualistische Ansicht: enger Begriff der Rechtsquellen versus Rechtserkenntnisquelle	76

Inhaltsverzeichnis

2. Der weite Rechtsquellenbegriff – vernetzte Rechtsstrukturen als Alternative zum Stufenbau des Rechts	78
3. Vermittelnde Ansicht: Die Lehre von den sekundären Rechtsquellen	80
a) Befassungspflicht, subsidiäre Befolgungspflicht und Vermutungswirkung	80
b) Umfang der Vermutungswirkung	82
4. Jenseits von Rechtspositivismus und Naturrecht	82
a) Rechtspositivismus (Kelsen) und der Methodendualismus	82
b) Erweiterung der Rechtsquellenlehre zur Methodenpolarität	82
II. Die Bedeutung des Richterrechts für die Rechtsfindung	83
1. Zur Rolle des Gewohnheitsrechts	83
2. Lehre von den sekundären Rechtsquellen	84
a) Befassungs- und Befolgungspflichten sowie Ablehnung von Gewohnheitsrecht	84
b) Rechtsprechungsänderung: Rechtssicherheit und Vertrauensschutz versus materielle Gerechtigkeit	85
c) Rechtsprechungsänderung durch den EuGH, Rechtssicherheit und Vertrauensschutz	88
3. Strenge Präjudizienbindung als rechtliche Ausnahme im deutschen Rechtskreis	88
a) Die <i>stare decisis rule</i> und <i>persuasive authorities</i> im anglo-amerikanischen Rechtskreis	88
b) Bindungswirkung von Entscheidungen des BVerfG	89
c) Bindungswirkung zwischen Gerichten	89
d) Bindungswirkung von EuGH-Entscheidungen	90
III. Verwaltungsvorschriften, Rechtsvorschriften Privater und europäische Empfehlungen	91
1. Verwaltungsvorschriften	91
a) Norminterpretierende und normkonkretisierende Verwaltungsvorschriften	91
b) Verwaltungsvorschriften als sekundäre Rechtsquellen	92
c) Vertrauensschutz des Bürgers	92
2. Rechtsnormen Privater und die Abgrenzung zu Allgemeinen Geschäftsbedingungen, Verträgen und soft law	93
a) Verrechtlichung privater Normen	93
b) Gesetzliche Vermutungswirkung	93
c) Entsprechenserklärung (<i>comply or explain</i>)	94
d) Konkretisierung von Generalklauseln durch private Regelwerke	95
3. Rechtsfolgen	95
a) Vermutungswirkung und ihre Voraussetzungen	95
b) Rechtssicherheit und Vertrauensschutz	96
4. Empfehlungen und Verwaltungsvorschriften des EU-Rechts	97
a) Vermutungswirkung für Empfehlungen und Verwaltungsvorschriften des EU-Rechts	97
b) Gesetzliche Beispiele der Befassungs- und Befolgungspflichten	97
IV. Die Bedeutung ausländischer Urteile für die Rechtsfindung	98
1. Die Pflicht zur rechtsvergleichenden Auslegung im Europarecht, im internationalen Einheitsrecht und im Völkerrecht	98
a) Internationales Privatrecht	98
b) Internationales Einheitsrecht (vgl. Art. 7 UN-Kaufrecht)	99
c) Grundrechte der EMRK	99
d) Der nationale Rechtsanwender als europäischer Rechtsanwender	100
2. Fallgruppen freiwilliger Rechtsvergleichung	100

Inhaltsverzeichnis

3. Rechtsqualität ausländischer Urteile: Zwischen persuasive authority und bloßer Rechtserkenntnisquelle	103
4. Die Bedeutung der Rechtsvergleichung für den EuGH und den EGMR	103
a) Pflicht zur Rechtsvergleichung durch den EuGH	103
b) Freiwillige Rechtsvergleichung durch den EuGH	104
c) Rechtsvergleichung durch den EGMR	104
V. Rechtsliteratur	105
Zusammenfassung zu § 3	105

2. Teil. Auslegung

§ 4 Wortlaut, Systematik und Geschichte als klassische Auslegungsmethoden	107
I. Auslegung und Subsumtion	108
1. Deduktiver Syllogismus und Subsumtion	108
a) Die Subsumtion als logischer Schluss	108
b) Die Bausteintechnik	110
c) Wechselwirkung von Norm und Sachverhalt – Das Hin- und Herwandern des Blickes und die Fallnormtheorie	110
d) Das Entwickeln von Definitionen zur Konkretisierung von Tatbestandsmerkmalen	113
2. Der klassische Viererkanon	113
a) Die Begründung des Auslegungskanons durch <i>von Savigny</i>	113
b) Die heutige Bedeutung der vier Auslegungsarten und deren Bedeutung in einzelnen Mitgliedstaaten	115
c) Die Bedeutung des Auslegungskanons für den EuGH	116
3. Die Kritik an den vier Auslegungsmethoden und dem Subsumtionsmodell ..	117
4. Auslegung, Konkretisierung und Rechtsfortbildung	118
a) Auslegung, Konkretisierung und Rechtsfortbildung als Rechtsschöpfung	118
b) Die Wortlautgrenze als Grenze zwischen Auslegung und Rechtsfortbildung	119
c) Der fließende Übergang zwischen Auslegung und Rechtsfortbildung	119
d) Folgerungen – die erhöhte Begründungslast	119
II. Die grammatische Auslegung	119
1. Die grammatische Auslegung als Beginn des Auslegungsprozesses	119
2. Hilfsmittel zur Bestimmung eines eindeutigen und mehrdeutigen Wortlauts	120
a) Legaldefinitionen, Vermutungen und Fiktionen als juristischer Sprachgebrauch des Gesetzgebers	122
b) Normative und deskriptive Begriffe	123
c) Enge (restriktive) und weite (extensive) Auslegung des Tatbestandsmerkmals	124
d) Allgemeiner Sprachgebrauch	124
3. Die Eindeutigkeitsregel des Wortlauts (Acte-clair-Doktrin, literal rule, textualism) als Auslegungsfigur	125
4. Wortlautgrenze und Analogieverbot	126
a) Die vier Ausformungen des Gesetzlichkeitsprinzips	126
b) Das Analogieverbot (nullum crimen, nulla poena sine lege stricta)	127
c) Das Verbot unbestimmter Strafgesetze (nullum crimen, nulla poena sine lege certa)	129
d) Gewohnheitsrechtsverbot (nulla poena sine lege scripta)	131
e) Das Verbot rückwirkender Bestrafung (nulla poena sine lege praevia)	131

Inhaltsverzeichnis

5. Die Bedeutung des Wortlauts für den EuGH	132
a) Der Wortlaut bei mehrsprachigen Rechtstexten	132
b) Die Unterscheidung von juristischem und allgemeinem Sprachgebrauch durch den EuGH	133
c) Der EuGH und die Wortlautgrenze im Straf- und Steuerrecht	133
III. Die systematische Auslegung	134
1. Bedeutung	134
a) Das Ideal der widerspruchsfreien Rechtsordnung	134
b) Systematische Auslegung im Stufenbau des Rechts	136
c) Das äußere System des BGB – Begriffsjurisprudenz: Begriffspyramiden – Bausteintechnik – Verweisungen	136
d) Das innere System des Gesetzes und die Wertungen des BGB	139
2. Einzelne systematische Auslegungsfiguren	140
a) Vergleich der Tatbestandsmerkmale einer Norm	140
b) Stellung des Tatbestandsmerkmals innerhalb der Gliederung des Gesetzes ..	141
c) Ausnahmen dürfen nicht erweiternd ausgelegt werden (<i>singularia non sunt extendenda</i>)	142
d) Einheit der Rechtsordnung und Einheit der Verfassung	142
3. Kollisionsregeln	144
a) Das höhere Gesetz geht dem niedrigeren vor (lex superior derogat legi inferiori)	144
b) Das spätere Gesetz geht dem früheren vor (lex posterior derogat legi priori)	144
c) Das besondere Gesetz geht dem allgemeineren vor (lex specialis derogat legi generali)	144
4. Die systematische Auslegung durch den EuGH	145
a) Zur Rolle der Systematik	145
b) Kollisionsregeln	145
c) Ausnahmen sind eng auszulegen	146
d) Weitere Argumentationsfiguren	146
IV. Die historische Auslegung	147
1. Historische Auslegung im weiteren und engeren Sinne	147
a) Relevanz und historische Auslegung im weiteren Sinne	147
b) Begrifflichkeiten	148
c) Vorläufernormen als Hilfsmittel für die historische Auslegung i.e.S.	148
d) Kontinuität zwischen Vorgängernorm und jetziger Norm (droit constant)	149
e) Verfassungstradition	149
2. Der gesetzgeberische Wille in den Materialien der konkreten Norm	150
a) Die genetische Auslegung	150
b) Präambel und Programmsatz als gesetzesimmanente Materialien	150
c) Amtliche Materialien im Gesetzgebungsverfahren als Hilfsmittel	151
d) Wille der Mehrheit der gesetzgeberischen Körperschaft versus individueller Wille	153
e) Kontinuitätsargument: eindeutiger Wille gilt heute noch	153
f) Kumulation von genetischen Quellen	153
3. Die Bedeutung der Gesetzesgeschichte für den EuGH	154
a) Die Bedeutung der historischen Auslegung i.w.S. für den EuGH	154
b) Kontinuität mit der Vorläufernorm als historische Auslegung i.e.S.	154
c) Verfassungstradition als historische Auslegung i.e.S.	155
d) Genetische Auslegung – Präambel und Erwägungsgründe als gesetzesimmanente Quellen	155
e) Amtliche Materialien als Hilfsmittel der genetischen Auslegung	155
Zusammenfassung zu § 4	157

Inhaltsverzeichnis

§ 5 Telos, Logik und folgenorientierte Auslegung	159
I. Der Gesetzeszweck als teleologische Auslegung	160
1. Zum Telos, der ratio legis	160
a) Begriff	160
b) Der Sinn und Zweck des Primär- und Sekundärrechts der EU	161
c) Zur vermeintlichen Überflüssigkeit des Telos	162
d) Das Telos als Prämisse	162
2. Die Bestimmung des Gesetzeszwecks	163
a) Interner Gesetzeszweck	163
b) Ausdrücklicher oder konkludenter Normzweck	164
c) Auslegungshilfen: <i>In dubio pro libertate, pro consumente, favor laboris</i>	164
3. Interessenjurisprudenz und Wertungsjurisprudenz	165
a) Von der Interessen- zur Wertungsjurisprudenz	165
b) Unterscheidung zwischen interessenorientierter und teleologischer Auslegung	166
II. Einzelne logische Argumentationsfiguren	167
1. Verstoß gegen Denkgesetze	167
2. Zirkelschluss (petitio principii)	168
a) Der Zirkelschluss (petitio principii)	169
b) Das argumentum ex silentio	171
3. Sprung im Schließen (saltus in concludendo)	171
4. Vermeidung einer Gesetzesumgehung	172
5. Vermeidung von Regelungswidersprüchen, Normangleichung und Erhalt des Anwendungsbereichs einer Norm	173
6. Einzelne Argumentationsfiguren des EuGH	174
III. Folgenorientierte Auslegung	174
1. Begriff und Relevanz der folgenorientierten Auslegung	175
2. Grenzen der folgenorientierten Auslegung	175
3. Einzelne Argumentationsfiguren	176
a) Vermeidung absurdor oder unpraktikabler Ergebnisse (<i>argumentum ad absurdum</i>)	176
b) Wirtschaftliche Betrachtung: Vermeidung einer Übermaßhaftung oder einer unbilligen Härte	178
c) Das Recht kümmert sich nicht um Kleinigkeiten (<i>de minimis non curat lex</i>)	180
d) Vermeidung schädlicher Effekte und Ermöglichung praktikabler Ergebnisse	182
e) Allgemeine Lebenserfahrung und empirische Untersuchungen	183
f) Normative Kraft des Faktischen	184
g) Akzeptanz der Entscheidung und herrschende Meinung	185
h) Dynamische Interpretation der Verfassung	186
i) Versuch einer vermittelnden Rechtsansicht	187
4. Die folgenorientierte Argumentation des EuGH	187
a) Vermeidung absurdor Ergebnisse (<i>argumentum ad absurdum</i>)	187
b) Effet utile	187
c) Dynamische Auslegung und die Entwicklung neuer Rechtsbehelfe	189
d) Das Recht kümmert sich nicht um Kleinigkeiten aus europäischer Sicht	190
e) Praktikables Ergebnis	191
IV. Ökonomische Analyse des Rechts	191
1. Zielsetzung und Methoden des <i>Law and Economics</i> -Ansatzes	191
a) Homo oeconomicus und Allokationseffizienz	191
b) Cost-benefit analysis und cheapest cost avoider	192

Inhaltsverzeichnis

2. Grenzen des ökonomischen Ansatzes	193
a) Begrenzte Rationalität des Menschen (<i>bounded rationality</i>)	194
b) Verfassungsrechtliche Gesichtspunkte und Wertungen des Gesetzgebers	194
c) Unzureichende empirische Daten	195
3. Bedeutung für die juristische Methodenlehre	195
a) Relevanz für die juristische Rechtsanwendung	195
b) Kosten-Nutzen-Bewertung, <i>cheapest cost avoider</i> und Haftungsrecht	196
c) Haftungsrecht und Prävention	198
d) Informationsgefälle und <i>cheapest cost avoider</i>	199
e) Das Principal-Agent-Problem	201
f) Spieltheorie	201
4. Ökonomische Überlegungen des EuGH	202
a) Ökonomische Fragestellungen im EU-Kartellrecht	202
b) Binnenmarkt und effektiver Rechtsschutz	202
Zusammenfassung zu § 5	203
§ 6 Teleologische Gegenfiguren und einfache Formen der Rechtsfortbildung	205
I. Teleologische Gegenfiguren zu Formalargumenten	206
1. Wortlaut	206
a) Ablehnung der Eindeutigkeitsregel	206
b) Juristischer Sprachgebrauch	208
c) Unmöglichkeit der reinen Wortlautauslegung	208
d) Rechtsfortbildung	208
2. Systematik	208
a) Korrektur der systematischen Stellung eines Tatbestandsmerkmals	208
b) Relativität der Rechtsbegriffe und gespaltene Auslegung	209
c) Weite Auslegung von Ausnahmen	213
d) Kollisionsregeln: Der Grundsatz der Alternativität verdrängt die Lex-specialis-Regel	214
e) Relativierung des Lex-posterior-Satzes	214
f) Grundsätze in <i>dubio pro libertate, favor laboris, pro consumente etc.</i> gelten nicht	215
3. Historische Auslegung	215
a) Diskontinuität im Rahmen der genetischen Auslegung: subjektiver Wille der Vorläufernorm gilt nicht mehr	215
b) Subjektiver Wille ist unklar, mehrdeutig oder widersprüchlich (Perplexität)	216
c) Maßgeblichkeit eines normativen, subjektiven Willens	216
d) Redaktionsversehen	217
e) Die objektive Theorie	218
4. Telos, Folgenorientierung und ökonomische Analyse	219
a) Unlogisches Recht	219
b) Grenzen der folgenorientierten Auslegung und der ökonomischen Analyse	219
II. Subjektive versus objektive Theorie	221
1. Der Streitstand als Dauerbrenner der juristischen Methodenlehre	221
2. Die subjektive Theorie	222
a) Maßgeblichkeit des Willens des damaligen Gesetzgebers	222
b) Lücke nicht planwidrig – beredtes Schweigen des Gesetzgebers	223
c) Kritik an der subjektiven Theorie	223
3. Die objektive Theorie	224
a) Die Interpretation des Gesetzes in seinem zeitlichen Kontext	224

Inhaltsverzeichnis

b) Das Gesetz ist klüger als der Gesetzgeber und Altern der Kodifikation – der ursprüngliche Regelungszweck passt nicht mehr	224
c) Natur der Sache	225
d) Kritik an der objektiven Theorie	226
4. Die subjektiv-objektive Theorie als Vereinigungstheorie	227
5. Subjektive und objektive Auslegung	228
a) Aus der Sicht des EuGH	228
b) Die US-amerikanische Perspektive: textualism, purposivism versus living originalism	228
III. Einfache Formen der Rechtsfortbildung	229
1. Teleologische Reduktion	229
a) Methodische Grundlagen	229
b) Vier Prüfungsschritte zur Begründung der teleologischen Reduktion	230
c) Unbilligkeit und argumentum ad absurdum als Argumentationsfiguren	232
2. Der Streit über den Lückenbegriff	233
a) Die Lücke als fata morgana?	233
b) Die planwidrige Lücke als Prämisse	233
c) Die verschiedenen Formen der Lücke	234
3. Einzelanalogie (Gesetzesanalogie)	235
a) Methodische Grundlagen – das Ähnlichkeitsargument (argumentum a simile)	235
b) Vier Prüfungsschritte zur Begründung der Einzelanalogie	236
c) Erst-Recht-Schluss und Unbilligkeit als Argumentationsfiguren	238
d) Zwei Varianten des Ähnlichkeitsvergleichs	240
e) Planwidrigkeit der Lücke und das Umgehungsargument	241
4. Gesamtanalogie (Rechtsanalogie)	242
a) Methodische Grundlagen	242
b) Vier Prüfungsschritte zur Begründung der Gesamtanalogie	242
c) Die Stimmigkeit mit dem inneren System des Gesetzes als Argumentationsfigur zur Begründung der Planwidrigkeit der Lücke	244
5. Einfache Formen der Rechtsfortbildung auf europäischer Ebene	247
a) Zum Begriff der „Interpretation“	247
b) Teleologische Reduktion	247
c) Einzelanalogie	247
d) Gesamtanalogie und das Entwickeln neuer Rechtsinstitute	248
IV. Die schwierige Suche nach dem Telos	249
1. Fehlende Anknüpfung an ein Tatbestandsmerkmal	249
2. Mehrfache Regelungszwecke	250
Zusammenfassung zu § 6	251

3. Teil. Konkretisierung

§ 7 Konkretisierung von Recht durch Gesetzgeber, Verwaltung und Gerichte	253
I. Konkretisierung von Recht	253
1. Auslegung versus Konkretisierung	253
a) Die Auslegung als erster Arbeitsschritt	253
b) Die Konkretisierung als erforderlicher zweiter Arbeitsschritt	254
2. Generalklauseln – Fluch oder Segen?	255
a) Generalklauseln und unbestimmte Rechtsbegriffe	255
b) Delegations-, Rechtsfortbildungs-, Flexibilitäts- und Rezeptionsfunktion von Generalklauseln	256
c) Generalklauseln im europäischen Recht	258

Inhaltsverzeichnis

II. Konkretisierung durch den Gesetzgeber	258
1. Generalklauseln und Regelbeispiele im deutschen Recht	258
a) Systematische und teleologische Auslegung	258
b) Legaldefinitionen und Regelbeispiele im Zivilrecht	259
2. Generalklauseln und Regelbeispiele im Strafrecht	260
a) Unbestimmte Rechtsbegriffe im Tatbestand	260
b) Regelbeispiele auf der Rechtsfolgenseite	261
3. Konkretisierung von Generalklauseln durch den europäischen Gesetzgeber	262
a) Legaldefinitionen und Regelbeispiele	262
b) Anhänge	262
c) Abschließender oder offener Charakter gesetzlicher Konkretisierung	263
III. Konkretisierung durch die Verwaltung oder private Regelwerke	263
1. Deutsches Recht	263
a) Gesetz und Rechtsverordnung	263
b) Verwaltungsvorschriften	264
c) Private Regelwerke	264
2. Europäisches Recht	264
IV. Die Vergleichsfallmethode als Konkretisierung durch die Gerichte	266
1. Die Ähnlichkeit zwischen Einzelanalogie und Vergleichsfallmethode	266
a) Die Vergleichsfallmethode im anglo-amerikanischen Recht	266
b) Das Denken von Fall zu Fall (Schluss vom Besonderen auf das Besondere)	266
c) Die Argumente im Rahmen der Vergleichsfallmethode	268
d) Die Bildung eines verallgemeinerungsfähigen Rechtssatzes durch die Kombination von Induktion und Deduktion	269
2. Bindungswirkung von Gerichtsentscheidungen	270
a) Das anglo-amerikanische Recht: tragende Gründe (ratio decidendi), sonstige Erwägungen (obiter dictum), distinguishing und overruling	270
b) Das deutsche Recht: tragende Gründe (ratio decidendi), sonstige Erwägung (obiter dictum), distinguishing und overruling	273
3. Die Vergleichsfallmethode des EuGH	275
4. Einzelne Argumentationsfiguren zum Richterrecht	275
a) Grundsatzentscheidungen und gefestigte Rechtsprechung als Argumentationsfiguren	275
b) Argumentationsfiguren zur Hierarchie des Richterrechts	276
5. Die rechtsvergleichende Methode: Das „Wie“	276
a) Verpflichtende Rechtsvergleichung am Beispiel des Einheitsrechts und im europäischen Recht	277
b) Freiwillige Rechtsvergleichung	277
c) Rechtsvergleichung des EuGH und des EGMR	279
Zusammenfassung zu § 7	281
§ 8 Bewegliches System, Fallgruppen und Fallgruppenvergleich als Methoden der Konkretisierung	283
I. Das Bewegliche System	284
1. Grundsätzliches	284
a) Entdecker des Beweglichen Systems	284
b) Der Streit zur Relevanz eines Beweglichen Systems	285
c) Abschließende Bewertung	285
2. Anwendungsfälle im deutschen Recht	286
a) Zurechnungskriterien zur Konkretisierung der Verkehrspflichten im Rahmen des § 823 Abs. 1 BGB	286

Inhaltsverzeichnis

b) Die Zurechnungskriterien für die Sittenwidrigkeit gem. § 138 und § 826 BGB	288
c) Vorvertragliche und vertragliche Aufklärungspflichten	289
3. Anwendungsfälle im europäischen Recht	290
II. Fallgruppen zur Konkretisierung von Generalklauseln	291
1. Fallgruppen	291
a) Das Ziel einer Fallgruppe	291
b) Tatbestandsähnliche Voraussetzungen einer Fallgruppe	291
c) Chancen und Risiken	292
2. Fallgruppennormen im europäischen Recht	293
III. Die Strukturierung von mehreren Zurechnungskriterien verschiedener Fallgruppen	293
1. Zurechnungskriterien verschiedener Fallgruppen als Bewegliches System	294
2. Das Entwickeln neuer Fallgruppen – ein Kommen und Gehen	296
3. Bildung einer neuen Fallgruppe im europäischen Recht	298
Zusammenfassung zu § 8	298
§ 9 Rechtsdogmatik und allgemeine Rechtsprinzipien	299
I. Allgemeine Rechtsprinzipien und Rechtsdogmatik	300
1. Der Nutzen der Rechtsdogmatik für die Juristische Methodenlehre	300
a) Elemente, Ziele und Begriff der Rechtsdogmatik	300
b) Risiken der „Gebrauchsdogmatik“	301
2. Rechtsdogmatik und Juristische Methodenlehre	302
a) Verbindung von Rechtsdogmatik und Methodenlehre	302
b) Konkretisierung und Konstruktion als Argumentationsfiguren zur Einbindung der Rechtsdogmatik in die Methodenlehre	303
c) Die Vorteile der Verbindung von Methodenlehre und Rechtsdogmatik	304
3. Zur Differenzierung zwischen Rechtsidee, Rechtsprinzip und Rechtsinstitut	306
a) Rechtsideen als Werte	306
b) Rechtsprinzipien	306
c) Rechtsinstitute als Rechtssätze	307
II. Die Arbeit mit Rechtsprinzipien in der Fallbearbeitung: Begründung und Konstruktion des Rechtsprinzips	308
1. Die Begründung des Rechtsprinzips als erster Schritt: Rückgriff auf Gesetz oder Induktion	308
a) Die historische Ableitung von Rechtsprinzipien	308
b) Einzel- oder Gesamtanalogie	308
c) Verschiedene Wege zur Begründung eines Rechtsprinzips	309
2. Konkretisierung von Rechtsprinzipien als notwendiger zweiter Schritt	310
a) Die Konkretisierung von Rechtsprinzipien zum Rechtssatz oder Rechtsinstitut	310
b) Die Konkretisierung durch Abwägung	311
III. Rechtsprinzipien im Zivilrecht: Herleitung und Konkretisierung der Privatautonomie	312
1. Induktive Herleitung von <i>pacta sunt servanda</i>	312
a) Vertragsfreiheit als Ausfluss der Willensfreiheit	312
b) Die Begründung der Vertragsbindung (<i>pacta sunt servanda</i>)	313
2. Vertragsfreiheit und vermeintlich widersprechende Rechtsprinzipien	314
a) Die umstrittene rechtsdogmatische Begründung des Kontrahierungszwangs	314
b) Zur umstrittenen Preiskontrolle von Verträgen – die <i>laesio enormis</i>	315
c) Störung der Geschäftsgrundlage und <i>clausula rebus sic stantibus</i>	316

Inhaltsverzeichnis

IV. Das Selbstbestimmungsrecht als Rechtfertigungsgrund verschiedener Rechtsinstitute	317
1. Ansätze in der Literatur	317
a) Privatautonomie und Vertragsgerechtigkeit	317
b) Die Privatautonomie als Optimierungsgebot	318
c) Weitere Ansätze zur Begründung der Privatautonomie	319
2. Privatautonomie als Selbstbestimmung beider Parteien	319
a) Selbstbestimmung des Einzelnen und beiderseitige Selbstbestimmung	319
b) Die Herleitung des Selbstbestimmungsprinzips aus dem BGB und der Verfassung	320
c) Freiheitsbeschränkende Einschränkung der Selbstbestimmung als konkretisierender Maßstab für eine Korrektur des Vertrages	320
3. Die rechtsdogmatische Begründung der verschiedenen Rechtsinstitute mit dem fehlenden Selbstbestimmungsrecht	321
a) Kontrahierungzwang und fehlende Selbstbestimmung	321
b) Preiskontrolle gem. § 138 Abs. 1 BGB bei Verträgen, die stark freiheitsbeschränkend in die selbstbestimmte Lebensführung eingreifen ..	322
c) Freiheitsbeschränkende fehlende Äquivalenz als Störung der Geschäftsgrundlage	323
4. Die Konkretisierung und Begründung von Rechtsinstituten durch das Prinzip der Selbstbestimmung	324
V. Rechtsprinzipien auf europäischer Ebene	325
1. Herausforderungen bei der Ableitung von Prinzipien auf europäischer Ebene	325
a) Schwierigkeiten auf europäischer Ebene	325
b) Differenzierung zwischen Primär- und Sekundärrecht	325
2. Allgemeine Rechtsprinzipien im europäischen Recht	325
a) Vereinzelte Kodifizierung europäischer Rechtsprinzipien	325
b) Rückgriff auf die allgemeinen Rechtsgrundsätze oder Verfassungstraditionen der Mitgliedstaaten	326
c) Weitere Rechtsprinzipien des europäischen Zivilrechts	327
d) Der Einfluss eines europäischen Rechtsprinzips auf das nationale Recht ..	328
Zusammenfassung zu § 9	328
§ 10 Abwägung als Konstruktion	331
I. Abwägung im Öffentlichen Recht	332
1. Abwägung als Konstruktion	332
a) Konstruktion von „offenen“ Verfassungsnormen	332
b) Abwägung als Prozess zur Konkretisierung kollidierender Rechtsprinzipien	333
2. Die Struktur der Abwägung	334
a) Abwägungsauftrag und Auswahl der abwägungsrelevanten Gesichtspunkte	334
b) Abstrakte Gewichtung der Abwägungsgesichtspunkte	336
c) Konkrete Gewichtung im Einzelfall	336
d) Abwägungsvorgang im Einzelfall	336
3. Rechtsdogmatische Schlussfolgerungen aus der Abwägung	337
a) Zwischenschichten, Stufen, Leitbilder etc.	337
b) Zwingende Vorrangregeln	338
c) Vermutungs- und Argumentationslastregeln	339
d) Abwägungsregel und Verhältnismäßigkeitsgrundsatz	340
4. Die Prüfung von Grundrechten als gelungene Konstruktion von Recht	340
II. Abwägung von Grundrechten	341
1. Sachlicher Schutzbereich des Grundrechts	341

Inhaltsverzeichnis

2. Eingriff und Beeinträchtigungen	343
3. Rechtfertigung des Eingriffs (Schranke)	344
4. Grenzen der Einschränkbarkeit (Schranken-Schranke), insbesondere Verhältnismäßigkeit	346
III. Abwägung europäischer Grundrechte und Grundfreiheiten	350
1. Vergleich der Konkretisierung von Grundrechten und Grundfreiheiten	350
2. Europäische Grundrechte	351
a) Die Quellen europäischer Grundrechte	351
b) Rechtfertigung des Eingriffs (Schranken) und Verhältnismäßigkeit	352
3. Europäische Grundfreiheiten – Unterschiede zum deutschen Recht	352
a) Die Idee der Grundfreiheiten	352
b) Beschränkung der Grundfreiheiten und deren Rechtfertigung	353
c) Verhältnismäßigkeit	354
IV. Abwägung kollidierender Rechtsprinzipien im Zivilrecht	356
1. Widerstreitende Prinzipien im Zivilrecht	356
a) Vorrang eines Prinzips gegenüber dem anderen	356
b) Abwägung kollidierender Rechtsgüter im Zivilrecht	357
2. Die Abwägung von Rechtsprinzipien am Beispiel des Vertrags mit Schutzwirkung zugunsten Dritter als Rechtsinstitut widerstreitender Rechtsprinzipien	358
a) Tatbestandsähnliche Voraussetzungen der Rechtsprechung	358
b) Rechtsdogmatische Begründungsversuche	358
c) Der Ausgleich zwischen Nichtstörungsgebot und Vertragsfreiheit	359
3. Der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz im Zivilrecht	361
a) Die bejahende Rechtsansicht	361
b) Die grundsätzlich ablehnende Rechtsansicht	362
c) Vermittelnde Ansicht: begrenzte Anwendung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes im BGB	363
Zusammenfassung zu § 10	364

DIE FACHBUCHHANDLUNG

4. Teil. Vorrang durch Verfassungs- und Europarecht

§ 11 Verfassung als höherrangiges Recht	365
I. Die verschiedenen Funktionen der Verfassung	366
1. Grundrechte und Grundgesetz als objektive Werteordnung	366
a) Abwehrrechte gegenüber dem Staat	366
b) Das Grundgesetz als Werteordnung	367
c) Grundrechte als Schutzpflichten des Staates gegenüber dem Bürger	367
d) Übermaß- und Untermaßverbot	369
2. Wirkung der Grundrechte gegenüber Privaten	369
a) Lehre von der unmittelbaren Drittewirkung	369
b) Lehre von der mittelbaren Drittewirkung	370
c) Grundrechte als Schutzpflichten	371
3. Der Einfluss der Verfassung auf die Rechtsprechung	372
a) Das Fachgericht als Verfassungsgericht	372
b) Kontrolle der Rechtsprechung	373
c) Kontrolle des Gesetzgebers gem. Art. 100 Abs. 1 GG	374
II. Verfassungswidrigkeit und Argumentationsfiguren des Verfassungsrechts	375
1. Nichtigkeit eines verfassungswidrigen Gesetzes	375
2. Ausnahmen von der Nichtigkeit	375
a) Unvereinbarkeitserklärung und Anordnung der befristeten Fortgeltung der verfassungswidrigen Regelung	375
b) Pflicht zur verfassungskonformen Auslegung	376

Inhaltsverzeichnis

3. Umstrittene Argumentationsfiguren des Verfassungsrechts	377
a) Die unpräzise Verwendung der verfassungskonformen Auslegung durch das Bundesverfassungsgericht	377
b) Die Dreiteilung von verfassungsorientierter, verfassungskonformer Auslegung und verfassungskonformer Rechtsfortbildung	377
III. Die verfassungsorientierte Auslegung	378
1. Die verfassungsorientierte Auslegung als Auslegungsfigur	378
a) Der Meinungstreit	378
b) Die verfassungsorientierte Auslegung als reine Argumentationsfigur	378
2. Die verfassungsorientierte Auslegung als einfache Abwägungsregel im Zivilrecht	380
a) Eigentumsfreiheit des Vermieters versus Rechte des Mieters	380
b) Eingriff in Unternehmen versus Meinungsfreiheit	380
IV. Verfassungskonforme Auslegung	381
1. Grundsatzfragen zur verfassungskonformen Auslegung	381
a) Die Begrifflichkeit nach den Vorgaben des Bundesverfassungsgerichts	381
b) Vorrang der Verfassung als eigenständige Auslegungsfigur	382
2. Verfassungskonforme Auslegung im Öffentlichen Recht	382
3. Verfassungskonforme Auslegung im Zivilrecht	383
a) Schutz von Rechtsgütern	383
b) Abwehr von übermäßigen Freiheitsbeschränkungen	384
V. Verfassungskonforme Rechtsfortbildung	386
1. Die widersprüchliche Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts	386
2. Die verfassungskonforme Rechtsfortbildung als Rechtsfigur	386
3. Fallgruppen zulässiger verfassungskonformer Rechtsfortbildung	387
a) Teleologische Reduktion	387
b) Schutz vor offensichtlichen Grundrechtsverletzungen des Betroffenen	388
c) Schutz anderer Grundrechte	390
4. Grenzen der verfassungskonformen Rechtsfortbildung bei Grundrechtsbeeinträchtigungen Dritter – der Streit der Verfassungssenate	390
a) Zweiter Senat: Rechtsfortbildung unabhängig von Grundrechtspositionen Dritter	391
b) Erster Senat: hohe Anforderungen an Rechtsfortbildung bei Beeinträchtigung von Grundrechtspositionen Dritter	392
c) Eigene Ansicht: unzulässige Rechtsfortbildung contra legem nur bei schwerer Grundrechtsbeeinträchtigung des Dritten	393
Zusammenfassung zu § 11	394
§ 12 Der Vorrang von Europarecht und Völkerrecht	397
I. Unmittelbare Anwendbarkeit als Voraussetzung des Anwendungsvorranges	398
1. Zum Verhältnis von unmittelbare Anwendbarkeit, Anwendungsvorrang und unionskonformer Auslegung	398
2. Unmittelbare Anwendbarkeit bzw. unmittelbare Wirkung europäischen Rechts (direct effect)	399
a) Voraussetzungen der unmittelbaren Wirkung (direct effect)	399
b) Der Anwendungsvorrang als Folge der unmittelbaren Wirkung	400
3. Drittirkung des Primärrechts zwischen Privaten	400
a) Beispiele der unmittelbaren Drittirkung gegenüber Privaten	400
b) Unmittelbare und mittelbare Drittirkung sowie Schutzpflichten	401
c) Kombinationstheorie	402

Inhaltsverzeichnis

II. Anwendungsvorrang und Pflicht zur unionskonformen Auslegung	402
1. Europäische Terminologie	402
2. Die zweistufige primärrechtskonforme Auslegung	403
a) Primärrechtskonforme Auslegung des abgeleiteten Unionsrechts	403
b) Primärrechtskonforme Auslegung des nationalen Rechts	403
3. Verhältnis von Anwendungsvorrang und unionskonformer Auslegung	404
a) Die ungeklärten Grenzen der primärrechtskonformen Rechtsfortbildung	404
b) Die nationale Rechtsprechung zur primärrechtskonformen Rechtsfortbildung	405
III. Sekundärrecht: Verordnungen, Richtlinien, Empfehlungen	407
1. Vorrangwirkung von Verordnungen und verordnungskonforme Auslegung	407
2. Vorrangwirkung von Richtlinien und richtlinienkonforme Auslegung i.w.S.	407
a) Vertikale Wirkung von Richtlinien	407
b) Fehlende horizontale Drittirkung von Richtlinien	408
3. Die horizontale richtlinienkonforme Auslegung i.e.S.	410
a) Richtlinienkonforme Auslegung als Vermutungsregel	410
b) Wandel des Sprachgebrauchs	411
4. Die richtlinienkonforme Rechtsfortbildung	412
a) Die Vorgaben des EuGH zur richtlinienkonformen Rechtsfortbildung	412
b) Der Meinungsstreit zur richtlinienkonformen Rechtsfortbildung	413
c) Eigene weitere Ansicht – die richtlinienkonforme Rechtsfortbildung als Teil der nationalen Methodenlehre	415
d) Die Anerkennung der richtlinienkonformen Rechtsfortbildung durch die Rechtsprechung	418
e) Die <i>Contra-legem</i> -Grenze als Grenze der richtlinienkonformen Rechtsfortbildung	419
5. Weitere Umsetzungsfragen von Richtlinien	422
a) Vorwirkung	422
b) Überschießende Umsetzung: richtlinienorientierte Auslegung versus gespaltene Auslegung	422
6. Befassungs- und subsidiäre Befolgungspflicht von Empfehlungen	424
7. Zusammenfassung	425
IV. Weitere Mittel zur Durchsetzung des Europäischen Rechts	426
1. Die Verpflichtung zur eindeutigen Umsetzung von Europäischem Recht	426
a) Transparenzgebot: Die Verpflichtung zur eindeutigen Umsetzung von Richtlinien	426
b) Anpassungspflicht von nationalen Gesetzen, die gegen Europarecht verstossen	427
c) Pflicht zur effektiven Umsetzung von Richtlinien	428
2. Vorabentscheidungsverfahren und Vorlageverpflichtung gem. Art. 267 AEUV	428
a) Vorlagepflicht und <i>Acte-claire</i> -Doktrin	428
b) Rechtsfolgen bei Nichtbeachtung der Vorlageverpflichtung	429
3. Der unionsrechtliche Staatshaftungsanspruch	429
a) Herleitung und Anwendbarkeit	429
b) Voraussetzungen und Rechtsfolgen	430
4. Die Rückforderung unionsrechtswidriger Beihilfen	431
V. Völkerrecht	431
1. Grundsatz der völkerrechtsfreundlichen Auslegung	431

Inhaltsverzeichnis

2. Gemeinsamkeiten und Unterschiede	432
3. Bewertung	433
Zusammenfassung zu § 12	433

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

§ 13 Grenzen der Rechtsfortbildung	435
I. Die unsicheren Grenzen zulässiger Rechtsfortbildung	437
1. Die Grenzen zulässiger Rechtsfortbildung als Dauerstreit der Juristischen Methodenlehre	437
2. Folgen zulässiger oder unzulässiger Rechtsfortbildung	438
3. Methodischer Blindflug	438
a) Wider der verdeckten Rechtsfortbildung	438
b) Unklare Einzelfragen	439
4. Begriffsbestimmungen zur Grenze zulässiger Rechtsfortbildung	440
a) Bisherige Begrifflichkeiten: Gesetzesimmanente, gesetzesübersteigende Rechtsfortbildung und Rechtsfortbildung contra legem	440
b) Lückenfüllendes, gesetzeskonkretisierendes, gesetzesvertretendes und gesetzeskorrigierendes Richterrecht	441
c) Zur Neubestimmung der Begriffe: Rechtsfortbildung und Rechtsfortbildung contra legem	441
5. Argumentationsfiguren zur Vermeidung einer unzulässigen Rechtsfortbildung	442
II. Erster Schritt: Klassische Argumentationsfiguren	443
1. Eindeutigkeit und Offenheit des Wortlauts	443
2. Arbeiten am System – Lücke und geschlossenes System	444
a) Geschlossenes System und unzulässige Änderung der Grundkonzeption des Gesetzgebers	444
b) Zulässige Erweiterungen in einem offenen System	446
3. Wille des Gesetzgebers und der sich im Gesetz wiederfindende Wandel der Lebensverhältnisse (objektive Auslegung)	447
a) Relevanz des subjektiven Willens	447
b) Die Reaktion des Gesetzgebers auf die Rechtsprechung	447
c) Interpretationsmöglichkeiten auf ein Schweigen des Gesetzgebers	447
4. Der Zweck als Rechtfertigungsgrund einer Rechtsfortbildung	448
a) Der Zweck der Norm als Begründung der Rechtsfortbildung	448
b) Die Relevanz gewandelter Lebensverhältnisse für die Rechtsanwendung	448
III. Zweiter Schritt: Der Blick auf die Rechtsfolgen	449
1. Folgenorientierte Überlegungen bei der Rechtsfortbildung	449
2. Unbillige Härte bei offensichtlicher Rechtsschutzlücke und Untätigkeit des Gesetzgebers	449
a) Unbillige Härte bei offensichtlicher Rechtsschutzlücke	449
b) Die Untätigkeit des Gesetzgebers	451
c) Kein anderweitiger Rechtsschutz möglich	451
3. Konsens, rechtsvergleichende Bestätigung und Erhöhung der Rechtssicherheit	452
a) Konsens und die allgemeine Rechtsüberzeugung	452
b) Bestätigung durch ausländische Entscheidungen	453
c) Praktikabilität und Rechtssicherheit	453

Inhaltsverzeichnis

IV. Dritter Schritt: Die Verfassung als höherrangiges Recht	454
1. Grundrechtsschutz des Verletzten und Grundrechtsbeeinträchtigung des Dritten	455
2. Grundrechtsbeeinträchtigungen und schützenswertes Vertrauen	455
3. Vertrauenschutz bei Rechtsprechungsänderung	457
4. Gesetzlichkeitsprinzip als Ausdruck des berechtigten Vertrauens des Bürgers	457
V. Vierter Schritt: Höherrangiges Europarecht und internationales Recht	458
1. Die primärrechts- und verordnungskonforme Rechtsfortbildung	458
2. Richtlinienkonforme Rechtsfortbildung des nationalen Rechts und ihre Grenzen	458
3. Das Vertrauen des Einzelnen als Grenze zulässiger Rechtsfortbildung	458
VI. Fünfter Schritt: Kompetenzgrenzen	459
1. Gewaltenteilung und die Grenzen der Gerichte	459
a) Gewaltenteilung, Gesetzesvorrang und richterliche Selbstbeschränkung (judicial self-restraint)	459
b) Ausnahmen	461
c) Der Richter als Ersatzgesetzgeber	461
d) Unzulässige Rechtsgestaltung (judicial activism) gegenüber dem Gesetzgeber	462
2. Gesetzesvorbehalt und die Kompetenz des Parlaments	463
a) Allgemeiner Gesetzesvorbehalt und Wesentlichkeitstheorie zulasten des Gesetzgebers	463
b) Kein Gesetzesvorbehalt zulasten der Gerichte	464
3. Kompetenzstreitigkeit zwischen den Gerichten	465
a) Das BVerfG als Superrevisionsinstanz gegenüber Fachgerichten	466
b) Die Rolle des BVerfG im „Dialog der Gerichte“	466
c) Das Prinzip des institutionellen Gleichgewichts als Kompetenzgrenze des EuGH bei der Rechtsfortbildung	469
4. Konkretisierung und Rechtsfortbildung	470
a) Rechtsmethodik und Rechtsdogmatik als Mittel der Konkretisierung von Recht	470
b) Konstruktion und Grenzen der Rechtsfortbildung	471
VII. Abwägung und Gewichtung verschiedener Argumentationsfiguren im Rahmen der Rechtsfortbildung	472
1. Vorrang-, Vermutungs- und Argumentationslastregeln	472
2. Abwägungsregeln	473
3. Zum Verhältnis des Fünf-Stufen-Systems zu den Abwägungsregeln	473
Zusammenfassung zu § 13	475
§ 14 Eine moderne Juristische Methodenlehre	477
I. Auf dem Weg zu einer Modernen Methodenlehre	478
1. Klassische versus postmoderne Methodenlehre	478
2. Eine Moderne Methodenlehre	478
II. Erweiterung der Juristischen Methodenlehre um die Fallhermeneutik	479
1. Zur Wechselwirkung von Sachverhalt und Rechtsnorm	480
a) Bisherige Ansichten (Engisch, Fikentscher)	480
b) Die Normbereichslehre von F. Müller	480
2. Sachverhaltshermeneutik zur Ermittlung des Fallbereichs	481
a) Zur Notwendigkeit einer eigenen Sachverhaltshermeneutik	481
b) Vom Rohsachverhalt und Sachverhalt: Recherchepflichten und Interviewing	482

Inhaltsverzeichnis

c) Die Darstellung des Sachverhalts durch die Gerichte	484
d) Die Fallhermeneutik am Beispiel eines potentiellen Burkaverbotes	485
3. Der Normbereich	488
a) Maßstabbildung in den Entscheidungen des BVerfG	488
b) Stellungnahme	489
III. Juristische Kreativität und Juristisches Denken	491
1. Postmoderne Methodenlehre: Rechtserkenntnis versus Rechtsschöpfung	491
a) Innovationen und juristische Entdeckungen	491
b) Grenzen der systematisch-deduktiven Entscheidungsbegründung und der Abwägung	492
c) Dezisionismus und die Paradoxie des Entscheidens	493
2. Juristische Kreativität – process of discovery	493
3. Die Lehre von der Topik und Juristische Kreativität	494
a) Die Lehre von der Topik als Ausgangspunkt der Problemlösung	494
b) Topoi und Juristische Kreativität	495
c) Topoi, Rechtsdogmatik und Methodenlehre	496
d) Die Typenlehre	497
4. Juristisches Denken als Teil einer Modernen Methodenlehre	498
a) Zum Umgang mit unbekannten Problemen – Der Rationalitätsanspruch der Methodenlehre	498
b) Denkstrukturen einer Modernen Methodenlehre	499
c) Die Begrenzung der Kreativität durch Methodenlehre und Rechtsdogmatik	499
d) Die Schulung Juristischen Denkens in der Juristischen Ausbildung	500
IV. Quellen der Juristischen Methodenlehre	500
1. Die Grundlagenfächer als Nachbardisziplinen	501
a) Rechtsgeschichte und der Wandel juristischer Methoden	501
b) Rechtsvergleichung	503
c) Rechtstheorie	503
d) Rechtssoziologie	503
2. Staatstheorie, Rechtsdogmatik und Rechtsphilosophie	504
a) Methodenlehre als Argumentations- und Legitimationslehre	504
b) Rechtsdogmatik und die Berührungen zur Juristischen Methodenlehre	504
c) Rechtsphilosophie: Auf der Suche nach der gerechten Entscheidung	505
V. Prüfungsfolge und Rangverhältnis der Argumentationsfiguren als Bausteine einer Metamethodik	506
1. Methodenchaos und Methodenpluralismus	507
a) Die Lehre vom pragmatischen Methodenpluralismus	507
b) Rationalitätsanspruch durch die Vorgabe einer zwingenden Prüfungsfolge	508
2. Sechs Prüfungsschritte bei der Rechtslösung	509
a) Erster Schritt: Sachverhaltshermeneutik	509
b) Zweiter Schritt: Der Savigny'sche Auslegungskanon und die folgenorientierte Auslegung	509
c) Dritter Schritt: Konkretisierung von Generalklauseln	510
d) Vierter Schritt: Prüfung von höherrangigem Recht	510
e) Fünfter Schritt: Rechtsfortbildung und ihre Grenzen	510
f) Sechster Schritt: Billigkeitskontrolle und Richtigkeitsgewähr	511
3. Die viergliedrige Gewichtung der Argumentationsfiguren	511
a) Strikte Vorrangregeln	512
b) Vermutungsregeln	513

Inhaltsverzeichnis

c) Argumentationslastregeln	514
d) Abwägungsregeln eines Beweglichen Systems	515
4. Schlussfolgerungen	515
a) Eine europäische Juristische Methodenlehre als Ziel oder die Vielfalt unterschiedlicher juristischer Methoden	515
b) Kombinationstheorie und Gewichtung	517
c) Jenseits des Systems und der einfachen Deduktion	517
Zusammenfassung zu § 14	519
Statt eines Schlusswortes – Zum Wert der Juristischen Methoden	520
§ 15 Vertiefungsfälle	523
Anhang: Die wichtigsten Argumentationsfiguren	539
Rechtsprechungsübersicht	545
Stichwortverzeichnis	555

beck-shop.de
DIE FACHBUCHHANDLUNG