

Inhaltsverzeichnis

Vorwort zur sechsten Auflage	VII
Vorwort zur Erstauflage	VIII
Danksagung	IX
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. Metamethodik als Ziel einer Modernen Juristischen Methodenlehre	4
a) Methodenlehre als Legitimations- und Argumentationslehre	4
b) Die Struktur dieses Werkes	5
c) Metamethodik als Sicherstellung kohärenter juristischer Argumentation	7
3. Juristische Methodenlehre als Schule Juristischen Denkens	8
a) Die Schulung Juristischen Denkens in der Juristischen Ausbildung	8
b) Juristisches Denken als Juristisches Begründen	9
4. Der Einfluss des europäischen Rechts auf die Rechtsfindung	10
a) Zum globalen Anspruch juristischer Argumentationsfiguren	10
b) Europa-Artikel und Mehrebenensystem	10
c) Der nationale Richter als Unionsrichter	11
II. Juristische Methoden als Legitimationslehre	12
1. Verfassungsrechtliche Anforderungen an eine richterliche Entscheidung	12
a) Das Gewaltenteilungsprinzip	12
b) Legalismus	13
c) Wesentlichkeitstheorie und Gesetzlichkeitsprinzip (nullum crimen sine lege)	13
2. Verfassungsrechtliche grundrechtsgleiche Rechte	14
a) Justizgewähranspruch, Rechtsverweigerungsverbot und Recht auf Entscheidung	14
b) Recht auf rechtliches Gehör und verfassungsrechtliche Begründungspflicht	15
c) Die Begründungspflicht auf europäischer Ebene	17
d) Verstoß gegen die Rechtsanwendungsgleichheit des Art. 3 Abs. 1 GG	18
3. Methodenlehre als Legitimationslehre zur Machtbegrenzung des Richters	18
a) Machtbegrenzung gegenüber dem Parlament	18
b) Machtbegrenzung gegenüber dem Bürger	19
c) Berechtigung des Richters zur Rechtsfortbildung (Art. 20 Abs. 3 GG)	19
4. Zum Begründungsstil und zur Zitierpraxis der Gerichte in Europa	22
a) Zum Urteils- und Zitierstil nationaler Gerichte	22
b) Zum Begründungsstil des EuGH	24

XI

Inhaltsverzeichnis

III. Methodenlehre als Argumentationslehre	25
1. Philosophie der Neuzeit: Zweifel und Begründung als Bestandteile (Juristischen) Denkens	25
2. Wahrheitsanspruch und die streitbaren Juristen	26
a) Die vermeintlich richtige Entscheidung: One-right-answer-thesis	26
b) Das Entscheiden nach einem festen Vorverständnis	27
c) Die Begründung einer vertretbaren Entscheidung	29
3. Zweck der Argumentationslehre	30
a) Widerlegbarkeit (Falsifizierung) falscher Ansichten	30
b) Begründung vertretbarer Ergebnisse	31
c) Synthese und die überzeugendste Lösung	32
4. Juristische Argumentationsfiguren	34
a) These, Prämisse und Argument	34
b) Die juristische Argumentationsfigur als Prämisse für eine These	35
c) Gewichtung von Argumentationsfiguren	35
d) Begriff der juristischen Argumentationsfigur	37
5. Juristisches Denken	38
a) Varianten Juristischen Denkens	38
b) Vertikales Denken: Deduktion, Induktion und Vorrang von höherrangigem Recht	38
c) Horizontales Denken: Vergleich und Abwägung	39
d) Komplexere Strukturen: Rechtsinnovation durch Abduktion	40
IV. Metamethodik und inhaltlicher Gerechtigkeitsanspruch	42
1. Juristische Methodenlehre und der Gerechtigkeitsanspruch	42
a) Das vermeintlich Ungerechte an der Methodenlehre (Rüthers)	42
b) Diskurstheorien	43
2. Rechtsfriede und Gerechtigkeit als Rechtsideen	43
a) Ausgleichende und verteilende Gerechtigkeit nach Aristoteles	43
b) Gerechtigkeit, Zweckmäßigkeit und Rechtssicherheit als Rechtsideen (Radbruch)	44
c) Menschenwürde und Rechtsgüterschutz	45
d) Sicherstellung von Freiheitsräumen	45
3. Juristische Methodenlehre als wertgebundene Argumentations- und Legitimationslehre	46
a) Menschenwürde und Radbruch'sche Formel	46
b) Der Rationalitätsanspruch der Juristischen Methodenlehre	47
c) Metamethodik und methodischer Gerechtigkeitsanspruch	48
d) Juristische Methodenlehre für Praxis und Wissenschaft – Künstliche Intelligenz	49
Zusammenfassung zu § 1	50
§ 2 Rechtsquellen	51
I. Recht und Rechtsquellen	52
1. Kriterien zur Umschreibung von Recht	52
a) Rechtsquellen und Rechtserkenntnisquellen	52
b) Geltung und Bindungswirkung	53
c) Rechtssätze als Sollensnormen	54
d) Akzeptanz, Sanktion und Vollzug von Gesetzen	55
2. Abgrenzung des Rechts zur Moral, Ethik und political correctness	56
a) Moral, Ethik und political correctness	56
b) Abgrenzung zum Recht	57
c) Die gegenseitige Beeinflussung von Moral und Recht	58
3. Gesetzesfolgenabschätzung und Wirkungskontrolle	59
a) In Deutschland	59
b) Auf europäischer Ebene	60

Inhaltsverzeichnis

II. Hierarchie von Rechtsquellen in Deutschland	61
1. Gesetze als Rechtsquelle in Deutschland	61
a) Abgrenzung und Überschneidung von öffentlichem und privatem Recht ...	61
b) Unterscheidung von Rechtsnormen: Gesetz, Verordnung und Satzung ...	62
2. Höherrangiges Recht: Der Stufenbau des Rechts und der <i>Lex-superior-Satz</i> als Kollisionsregel	63
3. Der Stufenbau des deutschen Rechts	64
a) Bundesrecht und Landesrecht	64
b) Kollision von Bundes- und Landesrecht (Artt. 31, 72 GG)	65
4. Geltung von Gesetzen	66
a) Bindungswirkung	66
b) Vorwirkung von Gesetzen	66
c) Rückwirkung von Gesetzen	67
III. Der heutige Stufenbau in Deutschland unter Einbeziehung des europäischen Rechts	69
1. Rechtssetzung in der EU	69
a) Die Europäische Union als supranationale Rechtsordnung	69
b) Zur Gewaltenteilung zwischen den Mitgliedstaaten und der EU	70
c) Subsidiaritätsprinzip und Verhältnismäßigkeitsgrundsatz als Kompetenzausübungsregeln	71
d) Europäische Rechtsquellen – Zur Unterscheidung von Primär-, Sekundär- und Tertiärrecht	71
e) Mindest- und Vollharmonisierung als Formen der Rechtsangleichung ...	73
2. Die autonome Auslegung des Europarechts und die Auslegung innerhalb der europäischen Normenhierarchie	74
a) Autonome Auslegung durch den EuGH	74
b) Normenhierarchie und primärrechtskonforme Auslegung des europäischen Rechts	75
3. Höherrangigkeit des Unionsrechts gegenüber dem nationalen Recht – Geltung und Anwendungsvorrang	78
a) Die monistische Perspektive des EuGH: unmittelbare Geltung des europäischen Rechts	78
b) Anwendungsvorrang des Unionsrechts	79
c) Die dualistische Perspektive des zweiten Senats des BVerfG: Identitätsvorbehalt und Ultra-vires-Kontrolle	81
d) Die Weiterentwicklung des Anwendungsvorrangs durch den EuGH: nationale Gestaltungsspielräume bei der Anwendung europäischen Rechts	84
e) Die Anwendung europäischer Grundrechte durch den ersten Senat des BVerfG	85
4. Die Anwendung des nationalen Rechts im Rahmen der Mindestharmonisierung	86
a) Die Anwendung des nationalen Rechts außerhalb des harmonisierten Bereichs	86
b) Die Rückweisungsklausel als Ausnahme zur autonomen Auslegung ...	87
c) Gestaltungsbereich und Zweifel über den Harmonisierungsgrad europäischer Richtlinien oder Verordnungen	87
d) Nochmals: Trennungs- und Überlappungsthese im Gestaltungsbereich ...	88
IV. Der heutige Stufenbau in Deutschland unter Einbeziehung des internationalen Rechts	89
1. Rechtsquellen auf internationaler Ebene	89
2. Die autonome Auslegung von internationalen Abkommen	89
3. Der Stufenbau des Völkerrechts	91
4. Völkerrecht und nationales Recht	91
a) Verhältnis des Völkerrechts zum Grundgesetz	91

Inhaltsverzeichnis

b) Verhältnis der EMRK zum Grundgesetz	92
V. Naturrecht	93
1. Zur Relevanz des Naturrechts	93
a) Gegner des Naturrechts	93
b) Historische Entwicklung des Naturrechts	94
c) Vermittelnde Ansicht: Enger Bereich des Naturrechts und weiter Bereich übergesetzlicher Rechtsprinzipien	94
2. Vorrang von Naturrecht gegenüber dem eindeutigen Unrechtsgesetz (Radbruch'sche Formel)	95
3. Positive Formen von Naturrecht	97
a) Naturrecht und Anthropologie	97
b) Rechtsideen und keine unmittelbare Subsumtion	97
Zusammenfassung zu § 2	98
§ 3 Sekundäre Rechtsquellen und Rechtserkenntnisquellen	99
I. Problemstellung: Rechts(erkenntnis)quellen neben primären Rechtsquellen?	100
1. Die bisherige dualistische Ansicht: enger Begriff der Rechtsquellen versus Rechtserkenntnisquelle	100
2. Der weite Rechtsquellenbegriff – vernetzte Rechtsstrukturen als Alternative zum Stufenbau des Rechts	101
3. Vermittelnde Ansicht: Die Lehre von den sekundären Rechtsquellen	103
a) Must-Sources, Should-Sources, May-Sources	103
b) Befassungspflicht, Vermutungswirkung und subsidiäre Befolgungspflicht	104
c) Umfang der Vermutungswirkung	105
4. Jenseits von Rechtspositivismus und Naturrecht	105
a) Rechtspositivismus (Kelsen) und der Methodendualismus	105
b) Erweiterung der Rechtsquellenlehre zur Methodenpolarität	106
II. Die Bedeutung des Richterrechts für die Rechtsfindung	106
1. Richterrecht als sekundäre Rechtsquelle	106
a) Befassungspflicht	106
b) Vermutungswirkung und subsidiäre Befolgungspflicht	107
c) Überzeugungskraft der Argumentation (Veritas)	107
d) Grundsatzentscheidungen und gefestigte Rechtsprechung als Argumentationsfiguren (Dauerhaftigkeit und Akzeptanz)	109
e) Argumentationsfiguren zur Hierarchie des Richterrechts (auctoritas)	109
2. Strenge Präjudizienbindung als rechtliche Ausnahme im deutschen Rechtskreis	110
a) Die <i>stare decisis rule</i> und <i>persuasive authorities</i> im anglo-amerikanischen Rechtskreis	110
b) Bindungswirkung von Entscheidungen des BVerfG	111
c) Bindungswirkung zwischen Gerichten	111
d) Bindungswirkung von EuGH-Entscheidungen	112
3. Die zeitliche Dimension der Bindungswirkung der Rechtsprechung	113
a) Zur Relativität der Bindungswirkung der Rechtsprechung	113
b) Rechtsprechungsänderung: Rechtssicherheit und Vertrauenschutz versus materielle Gerechtigkeit	113
c) Rechtsprechungsänderung durch den EuGH	116
4. Zur Rolle des Gewohnheitsrechts	116
a) Die Anerkennung von Gewohnheitsrecht durch die bisher herrschende Ansicht	116
b) Zur Überflüssigkeit von Gewohnheitsrecht als Rechtsfigur	117
III. Verwaltungsvorschriften, Rechtsvorschriften Privater und europäische Empfehlungen	118

Inhaltsverzeichnis

1. Verwaltungsvorschriften	118
a) Norminterpretierende und normkonkretisierende Verwaltungsvorschriften	118
b) Verwaltungsvorschriften als sekundäre Rechtsquellen	119
c) Vertrauensschutz des Bürgers	120
2. Rechtsnormen Privater und die Abgrenzung zu Allgemeinen Geschäftsbedingungen, Verträgen und soft law	121
a) Verrechtlichung privater Normen	121
b) Gesetzliche Vermutungswirkung	122
c) Entsprechenserklärung (<i>comply or explain</i>)	122
d) Konkretisierung von Generalklauseln durch private Regelwerke	123
3. Rechtsfolgen	124
a) Vermutungswirkung und ihre Voraussetzungen	124
b) Rechtssicherheit und Vertrauensschutz	124
4. Empfehlungen und Verwaltungsvorschriften des EU-Rechts	125
a) Vermutungswirkung für Empfehlungen und Verwaltungsvorschriften des EU-Rechts	125
b) Gesetzliche Beispiele der Befassungs- und Befolgungspflichten	126
IV. Die Bedeutung ausländischer Urteile für die Rechtsfindung	126
1. Die Pflicht zur rechtsvergleichenden Auslegung im Europarecht, im internationalen Einheitsrecht und im Völkerrecht	127
a) Internationales Privatrecht	127
b) Internationales Einheitsrecht (vgl. Art. 7 UN-Kaufrecht)	127
c) Grundrechte der EMRK	128
d) Der nationale Rechtsanwender als europäischer Rechtsanwender	128
2. Fallgruppen freiwilliger Rechtsvergleichung	129
3. Rechtsqualität ausländischer Urteile: Zwischen <i>persuasive authority</i> und bloßer Rechtserkenntnisquelle	131
4. Die Bedeutung der Rechtsvergleichung für den EuGH und den EGMR	132
a) Pflicht zur Rechtsvergleichung durch den EuGH	132
b) Freiwillige Rechtsvergleichung durch den EuGH	133
c) Rechtsvergleichung durch den EGMR	133
V. Rechtsliteratur	134
Zusammenfassung zu § 3	134

2. Teil. Auslegung

§ 4 Wortlaut, Systematik und Geschichte als klassische Auslegungsmethoden	137
I. Auslegung und Subsumtion	138
1. Deduktiver Syllogismus und Subsumtion	138
a) Die Subsumtion als logischer Schluss	138
b) Die Bausteintechnik	140
c) Wechselwirkung von Norm und Sachverhalt – Das Hin- und Herwandern des Blickes und die Fallnormtheorie	140
d) Das Entwickeln von Definitionen zur Konkretisierung von Tatbestandsmerkmalen	143
2. Der klassische Viererkanon	143
a) Die Begründung des Auslegungskanons durch <i>von Savigny</i>	143
b) Die heutige Bedeutung der vier Auslegungsarten und deren Bedeutung in einzelnen Mitgliedstaaten	145
c) Die Bedeutung des Auslegungskanons im europäischen und internationalen Recht	147
3. Die Kritik an den vier Auslegungsmethoden und dem Subsumtionsmodell ..	147

Inhaltsverzeichnis

4.	Auslegung, Konkretisierung und Rechtsfortbildung	148
a)	Auslegung, Konkretisierung und Rechtsfortbildung als Rechtsschöpfung ..	148
b)	Die Wortlautgrenze als Grenze zwischen Auslegung und Rechtsfortbildung	149
c)	Der fließende Übergang zwischen Auslegung und Rechtsfortbildung	150
d)	Folgerungen – die erhöhte Begründungslast	150
II.	Die grammatische Auslegung	150
1.	Die grammatische Auslegung als Beginn des Auslegungsprozesses	150
2.	Hilfsmittel zur Bestimmung eines eindeutigen und mehrdeutigen Wortlauts	151
a)	Legaldefinitionen, Vermutungen und Fiktionen als juristischer Sprachgebrauch des Gesetzgebers	153
b)	Normative und deskriptive Begriffe	154
c)	Enge (restriktive) und weite (extensive) Auslegung des Tatbestandsmerkmals	155
d)	Allgemeiner Sprachgebrauch	155
3.	Die Eindeutigkeitsregel des Wortlauts (Acte-clair-Doktrin, literal rule, textualism) als Auslegungsfigur	156
4.	Wortlautgrenze und Analogieverbot	157
a)	Die vier Ausformungen des Gesetzlichkeitsprinzips	157
b)	Das Analogieverbot (nullum crimen, nulla poena sine lege stricta)	158
c)	Das Verbot unbestimmter Strafgesetze (nullum crimen, nulla poena sine lege certa)	161
d)	Gewohnheitsrechtsverbot (nulla poena sine lege scripta)	162
e)	Das Verbot rückwirkender Bestrafung (nulla poena sine lege praevia)	163
5.	Die Bedeutung des Wortlauts für den EuGH	163
a)	Sprachenvergleich bei mehrsprachigen Rechtstexten	163
b)	Die Unterscheidung von juristischem und allgemeinem Sprachgebrauch durch den EuGH	164
c)	Der EuGH und die Wortlautgrenze im Straf- und Steuerrecht	165
III.	Die systematische Auslegung	165
1.	Bedeutung	165
a)	Das Ideal der widerspruchsfreien Rechtsordnung	165
b)	Systematische Auslegung im Stufenbau des Rechts	167
c)	Das äußere System des BGB – Begriffsjurisprudenz: Begriffspyramiden – Bausteintechnik – Verweisungen	168
d)	Das innere System des Gesetzes und die Wertungen des BGB	170
2.	Einzelne systematische Auslegungsfiguren	172
a)	Vergleich der Tatbestandsmerkmale einer Norm	172
b)	Stellung des Tatbestandsmerkmals innerhalb der Gliederung des Gesetzes	173
c)	Ausnahmen dürfen nicht erweiternd ausgelegt werden <i>(singularia non sunt extendenda)</i>	173
d)	Einheit der Rechtsordnung und Einheit der Verfassung	174
3.	Kollisionsregeln	175
a)	Das höhere Gesetz geht dem niedrigeren vor (lex superior derogat legi inferiori)	175
b)	Das spätere Gesetz geht dem früheren vor (lex posterior derogat legi priori)	176
c)	Das besondere Gesetz geht dem allgemeineren vor (lex specialis derogat legi generali)	176
4.	Die systematische Auslegung durch den EuGH	177
a)	Zur Rolle der Systematik	177
b)	Kollisionsregeln	177
c)	Ausnahmen sind eng auszulegen	177
d)	Weitere Argumentationsfiguren	178

Inhaltsverzeichnis

IV.	Die historische Auslegung	179
1.	Historische Auslegung im weiteren und engeren Sinne	179
a)	Relevanz und historische Auslegung im weiteren Sinne	179
b)	Begrifflichkeiten	180
c)	Vorläufernormen als Hilfsmittel für die historische Auslegung i.e.S.	180
d)	Kontinuität zwischen Vorgängernorm und jetziger Norm (droit constant)	180
e)	Verfassungstradition	181
2.	Der gesetzgeberische Wille in den Materialien der konkreten Norm	182
a)	Die genetische Auslegung	182
b)	Präambel und Programmsatz als gesetzesimmanente Materialien	182
c)	Amtliche Materialien im Gesetzgebungsverfahren als Hilfsmittel	183
d)	Historischer Wille, Mehrebenensystem und andere Vorbilder	184
3.	Zur Relevanz des historischen Willens	185
a)	Wille der Mehrheit der gesetzgeberischen Körperschaft versus individueller Wille	185
b)	Kontinuitätsargument: eindeutiger Wille gilt heute noch	186
c)	Bindungswirkung des subjektiven Willens	186
d)	Kumulation von genetischen Quellen	186
4.	Die Bedeutung der Gesetzesgeschichte für den EuGH	187
a)	Die Bedeutung der historischen Auslegung i.w.S. für den EuGH	187
b)	Kontinuität mit der Vorläufernorm als historische Auslegung i.e.S.	187
c)	Verfassungstradition als historische Auslegung i.e.S.	188
d)	Genetische Auslegung – Präambel und Erwägungsgründe als gesetzesimmanente Quellen	188
e)	Amtliche Materialien als Hilfsmittel der genetischen Auslegung	189
	Zusammenfassung zu § 4	190
	§ 5 Telos, Logik und folgenorientierte Auslegung	191
I.	Der Gesetzeszweck als teleologische Auslegung	192
1.	Zum Telos, der ratio legis	192
a)	Begriff	192
b)	Der Sinn und Zweck des Primär- und Sekundärrechts der EU	193
c)	Zur vermeintlichen Überflüssigkeit des Telos	193
d)	Das Telos als Prämisse	194
2.	Die Bestimmung des Gesetzeszwecks	195
a)	Interner Gesetzeszweck	195
b)	Ausdrücklicher oder konkludenter Normzweck	195
c)	Die Erwägungsgründe zur Präzisierung von Normtext und Regelungsziel	196
d)	Auslegungshilfen: In dubio pro libertate, pro consumente, favor laboris ..	197
3.	Interessenjurisprudenz und Wertungsjurisprudenz	197
a)	Von der Interessen- zur Wertungsjurisprudenz	197
b)	Unterscheidung zwischen interessenorientierter und teleologischer Auslegung	199
II.	Einzelne logische Argumentationsfiguren	200
1.	Verstoß gegen Denkgesetze	200
2.	Zirkelschluss (petitio principii)	201
a)	Der Zirkelschluss (<i>petitio principii</i>)	201
b)	Das <i>argumentum ex silentio</i>	203
3.	Sprung im Schließen (<i>saltus in concludendo</i>)	204
4.	Vermeidung einer Gesetzesumgehung	204
5.	Vermeidung von Regelungswidersprüchen, Normangleichung und Erhalt des Anwendungsbereichs einer Norm	205
6.	Einzelne Argumentationsfiguren des EuGH	207

Inhaltsverzeichnis

III. Folgenorientierte Auslegung	207
1. Begriff und Relevanz der folgenorientierten Auslegung	208
2. Grenzen der folgenorientierten Auslegung	208
3. Einzelne Argumentationsfiguren	209
a) Untragbarkeits- oder Absurditätsargument (<i>argumentum ad absurdum</i>) ..	209
b) Wirtschaftliche Betrachtung: Vermeidung einer Übermaßhaftung oder einer unbilligen Härte	211
c) Das Recht kümmert sich nicht um Kleinigkeiten (<i>de minimis non curat lex</i>)	214
d) Vermeidung schädlicher Effekte und Ermöglichung praktikabler Ergebnisse	215
e) Allgemeine Lebenserfahrung und empirische Untersuchungen	216
f) Normative Kraft des Faktischen	218
g) Akzeptanz der Entscheidung und herrschende Meinung	219
h) Versuch einer vermittelnden Rechtsansicht	220
4. Die folgenorientierte Argumentation des EuGH	221
a) Vermeidung absurder Ergebnisse (<i>argumentum ad absurdum</i>)	221
b) Effet utile	221
c) Die Entwicklung neuer Rechtsbehelfe	223
d) Das Recht kümmert sich nicht um Kleinigkeiten aus europäischer Sicht ..	223
e) Praktikables Ergebnis	224
IV. Ökonomische Analyse des Rechts	224
1. Zielsetzung und Methoden des <i>Law and Economics</i> -Ansatzes	224
a) Homo oeconomicus und Allokationseffizienz	224
b) Cost-benefit analysis und cheapest cost avoider	225
2. Grenzen des ökonomischen Ansatzes	227
a) Begrenzte Rationalität des Menschen (<i>bounded rationality</i>)	227
b) Verfassungsrechtliche Gesichtspunkte und Wertungen des Gesetzgebers ..	228
c) Unzureichende empirische Daten	229
3. Bedeutung für die juristische Methodenlehre	229
a) Relevanz für die juristische Rechtsanwendung	229
b) Kosten-Nutzen-Bewertung, cheapest cost avoider und Haftungsrecht ..	231
c) Haftungsrecht und Prävention	232
d) Informationsgefälle und cheapest cost avoider	234
e) Das Principal-Agent-Problem	235
f) Spieltheorie	235
4. Ökonomische Überlegungen des EuGH	236
a) Der Grundsatz einer offenen Marktwirtschaft	236
b) Binnenmarkt und effektiver Rechtsschutz	236
c) Ökonomische Fragestellungen im EU-Kartellrecht	236
Zusammenfassung zu § 5	237
§ 6 Teleologische Gegenfiguren und einfache Formen der Rechtsfortbildung	239
I. Teleologische Gegenfiguren zu Formalargumenten	240
1. Wortlaut	240
a) Ablehnung der Eindeutigkeitsregel	240
b) Juristischer Sprachgebrauch	242
c) Unmöglichkeit der reinen Wortlautauslegung	242
d) Rechtsfortbildung	242
2. Systematik	243
a) Korrektur der systematischen Stellung eines Tatbestandsmerkmals	243
b) Relativität der Rechtsbegriffe und gespaltene Auslegung	244
c) Weite Auslegung von Ausnahmen	247
d) Kollisionsregeln: Der Grundsatz der Alternativität verdrängt die Lex-specialis-Regel	249

Inhaltsverzeichnis

e) Relativierung des Lex-posterior-Satzes	249
f) Grundsätze in dubio pro libertate, pro consumente, favor laboris gelten nicht	249
3. Historische Auslegung	250
a) Diskontinuität im Rahmen der genetischen Auslegung: subjektiver Wille der Vorläufernorm gilt nicht mehr	250
b) Subjektiver Wille ist unklar, mehrdeutig oder widersprüchlich (Perplexität)	250
c) Maßgeblichkeit eines normativen, subjektiven Willens	251
d) Redaktionsversehen und berichtigende Auslegung	251
e) Die objektive Theorie	253
4. Telos, Folgenorientierung und ökonomische Analyse	254
a) Unlogisches Recht	254
b) Grenzen der folgenorientierten Auslegung und der ökonomischen Analyse	254
II. Subjektive versus objektive Theorie	256
1. Der Streitstand als Dauerbrenner der juristischen Methodenlehre	256
2. Die subjektive Theorie	257
a) Maßgeblichkeit des Willens des damaligen Gesetzgebers	257
b) Lücke nicht planwidrig – beredtes Schweigen des Gesetzgebers	258
c) Kritik an der subjektiven Theorie	258
3. Die objektive Theorie	259
a) Die Interpretation des Gesetzes in seinem zeitlichen Kontext	259
b) Das Gesetz ist klüger als der Gesetzgeber und Altern der Kodifikation – der ursprüngliche Regelungszweck passt nicht mehr	260
c) Dynamische Verfassungsinterpretation	260
d) Kritik an der objektiven Theorie	261
4. Die subjektiv-objektive Theorie als Vereinigungstheorie	262
5. Gegenfiguren aus europäischer und rechtsvergleichender Perspektive	263
a) Redaktionsversehen	263
b) Übersetzungsfehler als Redaktionsversehen	264
c) Die dynamische Auslegung des EuGH und EGMR	265
d) Die US-amerikanische Perspektive: textualism, purposivism versus living originalism	266
III. Einfache Formen der Rechtsfortbildung	267
1. Einzelanalogie (Gesetzesanalogie)	268
a) Das Ähnlichkeitsargument als Prämisse	268
b) Vier Prüfungsschritte zur Begründung der Einzelanalogie	269
c) Erst-Recht-Schluss und Unbilligkeit als Argumentationsfiguren	271
d) Zwei Varianten des Ähnlichkeitsvergleichs	273
e) Planwidrigkeit der Lücke und das Umgehungsargument	274
2. Teleologische Reduktion	275
a) Methodische Grundlagen	275
b) Vier Prüfungsschritte zur Begründung der teleologischen Reduktion	276
c) Unbilligkeit und argumentum ad absurdum als Argumentationsfiguren ..	277
3. Die schwierige Suche nach dem Telos	278
a) Die teleologische Extension bei Fehlen eines gesetzlichen Tatbestandsmerkmals	278
b) Mehrfache Regelungszwecke einer Norm	280
c) Mehrfache Regelungszwecke wegen höherrangigen Rechts	281
4. Der Streit über den Lückenbegriff	281
a) Die Lücke als fata morgana?	281
b) Der Lückenbegriff	281
c) Die planwidrige Lücke als Prämisse	282
d) Verdeckte Lücke und das Recht auf Vermeidung absurder Ergebnisse ..	283

Inhaltsverzeichnis

5. Gesamtanalogie (Rechtsanalogie)	283
a) Der verallgemeinerungsfähige Rechtssatz	283
b) Vier Prüfungsschritte zur Begründung der Gesamtanalogie	284
c) Stimmigkeit mit dem inneren System des Gesetzes	286
d) Die Ablehnung eines verallgemeinerungsfähigen Rechtssatzes	287
6. Einfache Formen der Rechtsfortbildung durch den EuGH	288
a) Zum Begriff der „Interprétation“	288
b) Einzelanalogie	289
c) Teleologische Reduktion	290
d) Unausfüllbare Lücken	290
e) Gesamtanalogie als Ausnahme	290
IV. Die Auslegung von Rechtsgeschäften und Verträgen	291
1. Ziel der Auslegung von Rechtsgeschäften und Verträgen	291
a) Auslegungsgrundsätze	291
b) Der Wille des Erklärenden und der Vertrauenschutz Dritter	292
2. Natürliche Auslegung	292
a) Nicht empfangsbedürftige Willenserklärungen	292
b) falsa demonstratio non nocet	293
3. Objektiv-normative Auslegung und einzelne Auslegungsgrundsätze	293
a) Auslegung nach dem Empfängerhorizont	293
b) Wortlaut, Systematik und Begleitumstände als Teil der Entstehungsgeschichte	294
c) Teleologische Auslegung – Interessenlage und Zweck einer Regelung	294
d) Verträge mit einem größeren Personenkreis	296
4. Ergänzende Vertragsauslegung	296
a) Abgrenzungen	296
b) Voraussetzungen der ergänzenden Vertragsauslegung	297
Zusammenfassung zu § 6	298

3. Teil. Konkretisierung und Konstruktion

§ 7 Konkretisierung von Recht durch Gesetzgeber, Verwaltung und Gerichte	301
I. Konkretisierung von Recht	301
1. Auslegung versus Konkretisierung	301
a) Die Auslegung als erster Arbeitsschritt	301
b) Konkretisierung und Konstruktion als weitere Arbeitsschritte	302
c) Methodische Figuren für die Juristische Innovation bei Konkretisierung und Konstruktion	303
2. Generalklauseln – Fluch oder Segen?	304
a) Generalklauseln und unbestimmte Rechtsbegriffe	304
b) Delegations-, Rechtsfortbildungs-, Flexibilitäts- und Rezeptionsfunktion von Generalklauseln	305
c) Generalklauseln im europäischen Recht	307
II. Konkretisierung durch den Gesetzgeber	307
1. Generalklauseln und Regelbeispiele im deutschen Recht	307
a) Systematische, historische und teleologische Auslegung	307
b) Legaldefinitionen und Regelbeispiele im Zivilrecht	308
2. Generalklauseln und Regelbeispiele im Strafrecht	309
a) Unbestimmte Rechtsbegriffe im Tatbestand	309
b) Regelbeispiele auf der Rechtsfolgenseite	310
3. Konkretisierung von Generalklauseln durch den europäischen Gesetzgeber ..	311
a) Legaldefinitionen und Regelbeispiele	311
b) Anhänge	311

Inhaltsverzeichnis

c) Abschließender oder offener Charakter gesetzlicher Konkretisierung	311
III. Konkretisierung durch die Verwaltung oder private Regelwerke	312
1. Konkretisierung durch Regelwerke	312
a) Gesetz und Rechtsverordnung	312
b) Verwaltungsvorschriften	313
c) Private Regelwerke	313
2. Regelwerke auf europäischer Ebene	313
IV. Die Vergleichsfallmethode als Konkretisierung durch die Gerichte	314
1. Die Ähnlichkeit zwischen Einzelanalogie und Vergleichsfallmethode	315
a) Die Vergleichsfallmethode im anglo-amerikanischen Recht	315
b) Das Denken von Fall zu Fall (Schluss vom Besonderen auf das Besondere)	316
c) Die Argumente im Rahmen der Vergleichsfallmethode	317
d) Die Bildung eines verallgemeinerungsfähigen Rechtssatzes durch die Kombination von Abduktion, Induktion und Deduktion	318
2. Die Bindungswirkung von Gerichtsentscheidungen	319
a) Das anglo-amerikanische Recht: tragende Gründe (<i>ratio decidendi</i>), sonstige Erwägungen (<i>obiter dictum</i>), distinguishing und overruling	319
b) Das deutsche Recht: tragende Gründe (<i>ratio decidendi</i>), sonstige Erwägung (<i>obiter dictum</i>), distinguishing und overruling	323
3. Die Vergleichsfallmethode des EuGH	325
4. Die rechtsvergleichende Methode und die Vergleichsfallmethode: Das „Wie“	325
a) Verpflichtende Rechtsvergleichung am Beispiel des Einheitsrechts und im europäischen Recht	325
b) Freiwillige Rechtsvergleichung	326
c) Rechtsvergleichung des EuGH und des EGMR	329
Zusammenfassung zu § 7	330
§ 8 Bewegliches System und Fallgruppen als Methoden der Konkretisierung	331
I. Juristische Kreativität und richterliche Dezision	331
1. Innovationen durch juristische Kreativität	331
a) Rechtsinnovationen	331
b) Richterliche Dezision	332
c) Process of discovery and process of justification	333
2. Die Legitimation von Rechtsinnovationen	334
a) Typen von Rechtsinnovationen – Konkretisierung und Konstruktion als Bereiche der Abduktion	334
b) Methodentransparenz und Rechtsinnovationen	336
c) Rechtsinnovation und die Grenzen zulässiger Rechtsfortbildung	336
d) Figuren der Juristischen Methodenlehre zur Begründung und Begrenzung von Rechtsinnovationen	336
3. Die Lehre von der Topik und Juristische Kreativität	337
a) Die Lehre von der Topik als Ausgangspunkt der Problemlösung	337
b) Topoi und Juristische Kreativität	338
c) Topoi, Rechtsdogmatik und Methodenlehre	339
d) Die Typenlehre	340
II. Das Bewegliche System	341
1. Grundsätzliches	341
a) Entdecker des Beweglichen Systems	341
b) Der Streit zur Relevanz eines Beweglichen Systems	342
c) Abschließende Bewertung	343
2. Anwendungsfälle im deutschen Recht	343

Inhaltsverzeichnis

a) Zurechnungskriterien zur Konkretisierung der Verkehrspflichten im Rahmen des § 823 Abs. 1 BGB	343
b) Die Zurechnungskriterien für die Sittenwidrigkeit gem. § 138 und § 826 BGB	345
c) Vorvertragliche und vertragliche Aufklärungspflichten	346
3. Anwendungsfälle im europäischen Recht	348
III. Fallgruppen zur Konkretisierung von Generalklauseln	348
1. Fallgruppen	348
a) Das Ziel einer Fallgruppe	348
b) Tatbestandsähnliche Voraussetzungen einer Fallgruppe	348
c) Chancen und Risiken	349
2. Fallgruppennormen im europäischen Recht	350
IV. Die Strukturierung von mehreren Zurechnungskriterien verschiedener Fallgruppen	351
1. Zurechnungskriterien verschiedener Fallgruppen als Bewegliches System	351
2. Das Entwickeln neuer Fallgruppen – ein Kommen und Gehen	353
3. Bildung einer neuen Fallgruppe im europäischen Recht	355
Zusammenfassung zu § 8	356
§ 9 Rechtsdogmatik und allgemeine Rechtsprinzipien	357
I. Allgemeine Rechtsprinzipien und Rechtsdogmatik	358
1. Der Nutzen der Rechtsdogmatik für die Juristische Methodenlehre	358
a) Ziele und Begriff der Rechtsdogmatik	358
b) Risiken der „Gebrauchsdogmatik“	359
c) Scheinbegründungen wie die „Natur der Sache“	361
2. Rechtsdogmatik und Juristische Methodenlehre	361
a) Verbindung von Rechtsdogmatik und Methodenlehre	361
b) Konkretisierung und Konstruktion als Argumentationsfiguren zur Einbindung der Rechtsdogmatik in die Methodenlehre	362
c) Vernetzung von Juristischer Methodenlehre und Rechtsdogmatik	363
3. Zur Differenzierung zwischen Rechtsidee, Rechtsprinzip und Rechtsinstitut	364
a) Rechtsideen als Werte	365
b) Rechtsprinzipien	365
c) Rechtsinstitute als Rechtssätze	366
II. Die Arbeit mit Rechtsprinzipien in der Fallbearbeitung	367
1. Die Begründung des Rechtsprinzips als erster Schritt: Rückgriff auf Gesetz oder Induktion	368
a) Die historische Ableitung von Rechtsprinzipien	368
b) Einzel- oder Gesamtanalogie	368
c) Abduktion und die verschiedenen Wege zur Begründung eines Rechtsprinzips	369
2. Konkretisierung von Rechtsprinzipien als notwendiger zweiter Schritt	370
a) Die Konkretisierung von Rechtsprinzipien zum Rechtssatz oder Rechtsinstitut	370
b) Die Konkretisierung durch Abwägung	370
III. Rechtsprinzipien im Zivilrecht: Herleitung und Konkretisierung der Privatautonomie	371
1. Induktive Herleitung von <i>pacta sunt servanda</i>	371
a) Vertragsfreiheit als Ausfluss der Willensfreiheit	371
b) Die Begründung der Vertragsbindung (<i>pacta sunt servanda</i>)	372
2. Vertragsfreiheit und vermeintlich widersprechende Rechtsprinzipien	373
a) Die umstrittene rechtsdogmatische Begründung des Kontrahierungszwangs	373

Inhaltsverzeichnis

b) Zur umstrittenen Preiskontrolle von Verträgen – die laesio enormis	374
c) Störung der Geschäftsgrundlage und clausula rebus sic stantibus	375
IV. Das Selbstbestimmungsrecht als Rechtfertigungsgrund verschiedener Rechtsinstitute	376
1. Ansätze in der Literatur	376
a) Privatautonomie und Vertragsgerechtigkeit	376
b) Das Prinzip des Sozialen und die Privatautonomie als Optimierungsgebot	377
c) Weitere Ansätze zur Begründung der Privatautonomie	378
2. Privatautonomie als Selbstbestimmung beider Parteien	378
a) Selbstbestimmung des Einzelnen und beiderseitige Selbstbestimmung	378
b) Die Herleitung des Selbstbestimmungsprinzips aus dem BGB und der Verfassung	379
c) Freiheitsbeschränkende Einschränkung der Selbstbestimmung als konkretisierender Maßstab für eine Korrektur des Vertrages	380
3. Die rechtsdogmatische Begründung der verschiedenen Rechtsinstitute mit dem fehlenden Selbstbestimmungsrecht	380
a) Kontrahierungszwang und fehlende Selbstbestimmung	380
b) Preiskontrolle gem. § 138 Abs. 1 BGB bei Verträgen, die stark freiheitsbeschränkend in die selbstbestimmte Lebensführung eingreifen ..	381
c) Freiheitsbeschränkende fehlende Äquivalenz als Störung der Geschäftsgrundlage	382
4. Die Konkretisierung und Begründung von Rechtsinstituten durch das Prinzip der Selbstbestimmung	383
V. Rechtsprinzipien auf europäischer Ebene	384
1. Herausforderungen bei der Ableitung von Prinzipien auf europäischer Ebene	384
a) Schwierigkeiten auf europäischer Ebene	384
b) Differenzierung zwischen Primär- und Sekundärrecht	385
2. Allgemeine Rechtsprinzipien im europäischen Recht	385
a) Vereinzelte Kodifizierung europäischer Rechtsprinzipien	385
b) Rückgriff auf die allgemeinen Rechtsgrundsätze oder Verfassungstraditionen der Mitgliedstaaten	385
c) Weitere Rechtsprinzipien des europäischen Zivilrechts	387
d) Der Einfluss eines europäischen Rechtsprinzips auf das nationale Recht ..	388
Zusammenfassung zu § 9	388
§ 10 Abwägung als Konstruktion	391
I. Abwägung im Öffentlichen Recht	392
1. Abwägung als Konstruktion	392
a) Konstruktion von „offenen“ Verfassungsnormen	392
b) Abwägung als Prozess zur Konkretisierung kollidierender Rechtsprinzipien	393
2. Die Struktur der Abwägung	395
a) Abwägungsauftrag und Auswahl der abwägungsrelevanten Gesichtspunkte	395
b) Abstrakte Gewichtung der Abwägungsgesichtspunkte	396
c) Konkrete Gewichtung im Einzelfall	396
d) Abwägungsvorgang im Einzelfall	397
3. Rechtsdogmatische Schlussfolgerungen aus der Abwägung	399
a) Zwischenschichten, Stufen, Leitbilder etc.	399
b) Zwingende Vorrangregel	401
c) Vermutungs- und Argumentationslastregel	402
d) Abwägungsregel und Verhältnismäßigkeitsgrundsatz	402
4. Die Prüfung von Grundrechten als gelungene Konstruktion von Recht	403

Inhaltsverzeichnis

II. Abwägung von Grundrechten	403
1. Sachlicher Schutzbereich des Grundrechts	404
2. Eingriff und Beeinträchtigungen	406
3. Rechtfertigung des Eingriffs (Schranke)	407
4. Grenzen der Einschränkbarkeit (Schranken-Schranke), insbesondere Verhältnismäßigkeit	409
III. Abwägung europäischer Grundrechte und Grundfreiheiten	414
1. Vergleich der Konkretisierung von Grundrechten und Grundfreiheiten	414
2. Europäische Grundrechte	415
a) Die Quellen europäischer Grundrechte	415
b) Rechtfertigung des Eingriffs (Schranken) und Verhältnismäßigkeit	417
3. Europäische Grundfreiheiten – Unterschiede zum deutschen Recht	417
a) Die Idee der Grundfreiheiten	417
b) Beschränkung der Grundfreiheiten und deren Rechtfertigung	418
c) Verhältnismäßigkeit	419
IV. Abwägung kollidierender Rechtsprinzipien im Zivilrecht	421
1. Widerstreitende Prinzipien im Zivilrecht	421
a) Vorrang eines Prinzips gegenüber dem anderen	421
b) Abwägung kollidierender Rechtsgüter im Zivilrecht	423
2. Die Abwägung von Rechtsprinzipien am Beispiel des Vertrags mit Schutzwirkung zugunsten Dritter	423
a) Tatbestandsähnliche Voraussetzungen der Rechtsprechung	423
b) Rechtsdogmatische Begründungsversuche	424
c) Der Ausgleich zwischen Nichtstörungsgebot und Vertragsfreiheit	425
3. Der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz im Zivilrecht	427
a) Die bejahende Rechtsansicht	427
b) Die grundsätzlich ablehnende Rechtsansicht	427
c) Vermittelnde Ansicht: begrenzte Anwendung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes im BGB	428
Zusammenfassung zu § 10	430

4. Teil. Vorrang durch Verfassungs- und Europarecht

§ 11 Verfassung als höherrangiges Recht	431
I. Die verschiedenen Funktionen der Verfassung	432
1. Grundrechte und Grundgesetz als objektive Wertordnung	432
a) Abwehrrechte gegenüber dem Staat	432
b) Das Grundgesetz als Wertordnung	433
c) Grundrechte als Schutzpflichten des Staates gegenüber dem Bürger	434
d) Übermaß- und Untermaßverbot	436
2. Wirkung der Grundrechte gegenüber Privaten	437
a) Lehre von der mittelbaren Drittewirkung	437
b) Lehre von der unmittelbaren Drittewirkung	438
c) Grundrechte als Schutzpflichten im Zivilrecht	440
3. Der Einfluss der Verfassung auf die Rechtsprechung	443
a) Das Fachgericht als Verfassungsgericht	443
b) Kontrolle der Rechtsprechung	444
c) Kontrolle des Gesetzgebers gem. Art. 100 Abs. 1 GG	444
II. Verfassungswidrigkeit und Argumentationsfiguren des Verfassungsrechts	445
1. Nichtigkeit eines verfassungswidrigen Gesetzes	445
2. Ausnahmen von der Nichtigkeit	446
a) Unvereinbarkeitserklärung und Anordnung der befristeten Fortgeltung der verfassungswidrigen Regelung	446

Inhaltsverzeichnis

b) Pflicht zur verfassungskonformen Auslegung	446
3. Umstrittene Argumentationsfiguren des Verfassungsrechts	447
a) Die unpräzise Verwendung der verfassungskonformen Auslegung durch das Bundesverfassungsgericht	447
b) Die Dreiteilung von verfassungsorientierter, verfassungskonformer Auslegung und verfassungskonformer Rechtsfortbildung	448
III. Die verfassungsorientierte Auslegung	448
1. Die verfassungsorientierte Auslegung als Auslegungsfigur	448
a) Der Meinungsstreit	448
b) Die verfassungsorientierte Auslegung als reine Argumentationsfigur	449
2. Die verfassungsorientierte Auslegung als einfache Abwägungsregel im Zivilrecht	450
a) Eigentumsfreiheit des Vermieters versus Rechte des Mieters	450
b) Eingriff in Unternehmen versus Meinungsfreiheit	451
IV. Verfassungskonforme Auslegung	451
1. Grundsatzfragen zur verfassungskonformen Auslegung	451
a) Die Begrifflichkeit nach den Vorgaben des Bundesverfassungsgerichts ..	451
b) Vorrang der Verfassung als eigenständige Auslegungsfigur	452
2. Verfassungskonforme Auslegung im Öffentlichen Recht	453
3. Verfassungskonforme Auslegung im Zivilrecht	454
a) Schutz von Rechtsgütern	454
b) Abwehr von übermäßigen Freiheitsbeschränkungen	454
V. Verfassungskonforme Rechtsfortbildung	456
1. Die widersprüchliche Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts	456
2. Die verfassungskonforme Rechtsfortbildung als Rechtsfigur	456
3. Fallgruppen zulässiger verfassungskonformer Rechtsfortbildung	457
a) Teleologische Reduktion	457
b) Schutz vor offensichtlichen Grundrechtsverletzungen des Betroffenen ..	458
c) Schutz anderer Grundrechte	461
4. Grenzen der verfassungskonformen Rechtsfortbildung bei Grundrechtsbeeinträchtigungen Dritter – der Streit der Verfassungssenate ..	461
a) Zweiter Senat: Rechtsfortbildung unabhängig von Grundrechtspositionen Dritter	462
b) Erster Senat: hohe Anforderungen an Rechtsfortbildung bei Beeinträchtigung von Grundrechtspositionen Dritter	463
c) Eigene Ansicht: unzulässige Rechtsfortbildung contra legem nur bei schwerer Grundrechtsbeeinträchtigung des Dritten	464
Zusammenfassung zu § 11	465
§ 12 Der Vorrang von Europarecht und Völkerrecht	467
I. Unmittelbare Anwendbarkeit als Voraussetzung des Anwendungsvorrangs	468
1. Zum Verhältnis von unmittelbarer Anwendbarkeit, Anwendungsvorrang und unionskonformer Auslegung	468
2. Unmittelbare Anwendbarkeit bzw. unmittelbare Wirkung europäischen Rechts (direct effect)	469
a) Voraussetzungen der unmittelbaren Wirkung (direct effect)	469
b) Der Anwendungsvorrang als Folge der unmittelbaren Wirkung	470
3. Drittewirkung des Primärrechts zwischen Privaten	470
a) Beispiele der unmittelbaren Drittewirkung gegenüber Privaten	470
b) Unmittelbare und mittelbare Drittewirkung sowie Schutzpflichten	471
c) Kombinationstheorie	472
II. Anwendungsvorrang und Pflicht zur unionskonformen Auslegung	472
1. Europäische Terminologie	472
2. Die zweistufige primärrechtskonforme Auslegung	473

Inhaltsverzeichnis

a) Primärrechtskonforme Auslegung des abgeleiteten Unionsrechts	473
b) Primärrechtskonforme Auslegung des nationalen Rechts	473
3. Verhältnis von Anwendungsvorrang und unionskonformer Auslegung	474
a) Die ungeklärten Grenzen der primärrechtskonformen Rechtsfortbildung	474
b) Die nationale Rechtsprechung zur primärrechtskonformen Rechtsfortbildung	475
III. Sekundärrecht: Verordnungen, Richtlinien, Empfehlungen	477
1. Vorrangwirkung von Verordnungen und verordnungskonforme Auslegung	477
2. Vorrangwirkung von Richtlinien und richtlinienkonforme Auslegung i.w.S.	477
a) Vertikale Wirkung von Richtlinien	477
b) Fehlende horizontale Drittewirkung von Richtlinien	479
3. Die horizontale richtlinienkonforme Auslegung i.e.S.	480
a) Richtlinienkonforme Auslegung als Auslegungsziel und Vermutungsregel	480
b) Wandel des Sprachgebrauchs	482
4. Die richtlinienkonforme Rechtsfortbildung	482
a) Die Vorgaben des EuGH zur richtlinienkonformen Rechtsfortbildung	482
b) Der Meinungsstreit zur richtlinienkonformen Rechtsfortbildung	484
c) Eigene weitere Ansicht – die richtlinienkonforme Rechtsfortbildung als Teil der nationalen Methodenlehre	485
d) Der Streit der Zivilrechtssenate über die Voraussetzungen der richtlinienkonformen Rechtsfortbildung	488
e) Die Contra-legem-Grenze als Grenze der richtlinienkonformen Rechtsfortbildung	490
5. Weitere Umsetzungsfragen von Richtlinien	493
a) Vorwirkung	493
b) Überschießende Umsetzung: richtlinienorientierte Auslegung versus gespaltene Auslegung	494
6. Befassungs- und subsidiäre Befolgungspflicht von Empfehlungen	496
7. Zusammenfassung	496
IV. Weitere Mittel zur Durchsetzung des Europäischen Rechts	497
1. Die Verpflichtung zur eindeutigen Umsetzung von Europäischem Recht	498
a) Transparenzgebot: Die Verpflichtung zur eindeutigen Umsetzung von Richtlinien	498
b) Anpassungspflicht von nationalen Gesetzen, die gegen Europarecht verstoßen	499
c) Pflicht zur effektiven Umsetzung von Richtlinien	499
2. Vorabentscheidungsverfahren und Vorlageverpflichtung gem. Art. 267 AEUV	500
a) Vorlagepflicht und Acte-clair-Doktrin	500
b) Rechtsfolgen bei Nichtbeachtung der Vorlageverpflichtung	501
3. Vertragsverletzungsverfahren gem. Art. 258 f. AEUV	502
4. Der unionsrechtliche Staatshaftungsanspruch	503
a) Herleitung und Anwendbarkeit	503
b) Voraussetzungen und Rechtsfolgen	504
V. Völkerrecht	505
1. Grundsatz der völkerrechtsfreundlichen Auslegung	505
2. Gemeinsamkeiten und Unterschiede	505
3. Bewertung	507
Zusammenfassung zu § 12	507

Inhaltsverzeichnis

5. Teil. Rechtsfrieden und Rechtssicherheit als Ziele der Juristischen Methodenlehre	
§ 13 Grenzen der Rechtsfortbildung	509
I. Die unsicheren Grenzen zulässiger Rechtsfortbildung	511
1. Die Grenzen zulässiger Rechtsfortbildung als Dauerstreit der Juristischen Methodenlehre	511
2. Folgen zulässiger oder unzulässiger Rechtsfortbildung	512
3. Methodischer Blindflug	512
a) Wider der verdeckten Rechtsfortbildung	512
b) Unklare Einzelfragen	513
4. Begriffsbestimmungen zur Grenze zulässiger Rechtsfortbildung	514
a) Bisherige Begrifflichkeiten: Gesetzesimmanente, gesetzesübersteigende Rechtsfortbildung und Rechtsfortbildung contra legem	514
b) Zur Neubestimmung der Begriffe: Rechtsfortbildung und Rechtsfortbildung contra legem	515
c) Weitere Differenzierungen	516
5. Ein Bewegliches System an Argumentationsfiguren zur Begründung einer zulässigen Rechtsfortbildung	517
II. Erster Schritt: Klassische Argumentationsfiguren	518
1. Eindeutigkeit und Offenheit des Wortlauts	518
2. Arbeiten am System – Lücke und geschlossenes System	518
a) Geschlossenes System und unzulässige Änderung der Grundkonzeption des Gesetzgebers	518
b) Zulässige Erweiterungen in einem offenen System	521
3. Wille des Gesetzgebers und der sich im Gesetz wiederfindende Wandel der Lebensverhältnisse (objektive Auslegung)	521
a) Relevanz des subjektiven Willens	521
b) Die Reaktion des Gesetzgebers auf die Rechtsprechung	522
c) Interpretationsmöglichkeiten auf ein Schweigen des Gesetzgebers	522
4. Der Zweck als Rechtfertigungsgrund einer Rechtsfortbildung	523
a) Der Zweck der Norm als Begründung der Rechtsfortbildung	523
b) Die Relevanz gewandelter Lebensverhältnisse für die Rechtsanwendung ..	523
III. Zweiter Schritt: Der Blick auf die Rechtsfolgen	524
1. Folgenorientierte Überlegungen bei der Rechtsfortbildung	524
2. Unbillige Härte bei offensichtlicher Rechtsschutzlücke und Untätigkeit des Gesetzgebers	524
a) Unbillige Härte bei offensichtlicher Rechtsschutzlücke	524
b) Die Untätigkeit des Gesetzgebers	526
c) Kein anderweitiger Rechtsschutz möglich	527
3. Konsens, rechtsvergleichende Bestätigung und Erhöhung der Rechtssicherheit	527
a) Konsens und die allgemeine Rechtsüberzeugung	527
b) Bestätigung durch ausländische Entscheidungen	528
c) Gesicherte Präjudizien und Rechtsdogmatik	528
d) Rechtsfortbildung erhöht Praktikabilität und Rechtssicherheit	529
IV. Dritter Schritt: Die Verfassung als höherrangiges Recht	530
1. Grundrechtsschutz des Verletzten und Grundrechtsbeeinträchtigung des Dritten	530
2. Grundrechtsbeeinträchtigungen und schützenswertes Vertrauen	530
3. Vertrauenschutz bei Rechtsprechungsänderung	532
4. Gesetzlichkeitsprinzip als Ausdruck des berechtigten Vertrauens des Bürgers	532
V. Vierter Schritt: Höherrangiges Europarecht und internationales Recht	533

Inhaltsverzeichnis

1. Die primärrechts- und verordnungskonforme Rechtsfortbildung	533
2. Richtlinienkonforme Rechtsfortbildung des nationalen Rechts und ihre Grenzen	533
3. Das Vertrauen des Einzelnen als Grenze zulässiger Rechtsfortbildung	534
VI. Fünfter Schritt: Kompetenzgrenzen	534
1. Gesetzesvorbehalt und die Kompetenz des Parlaments	534
a) Allgemeiner Gesetzesvorbehalt und Wesentlichkeitstheorie zugunsten des Gesetzgebers	534
b) Kein Gesetzesvorbehalt zulasten der Gerichte	536
2. Gewaltenteilung und die Grenzen der Gerichte	537
a) Unzulässige positive Sozialgestaltung und richterliche Selbstbeschränkung (judicial self-restraint)	537
b) Der Richter als politischer Akteur und Ersatzgesetzgeber	540
c) Unzulässige Rechtsgestaltung (judicial activism)	541
3. Konkretisierung und Rechtsfortbildung	542
a) Rechtsmethodik und Rechtsdogmatik als Mittel der Konkretisierung von Recht	542
b) Das Gebot der Rückverweisung an den Gesetzgeber	543
c) Zur Zulässigkeit von gesetzesergänzender oder gesetzeskorrigierender Rechtsfortbildung	544
4. Kompetenzstreitigkeit zwischen den Gerichten	545
a) Das BVerfG als Superrevisionsinstanz gegenüber Fachgerichten	545
b) Die Rolle des BVerfG im „Dialog der Gerichte“	546
c) Das Prinzip des institutionellen Gleichgewichts als Kompetenzgrenze des EuGH bei der Rechtsfortbildung	549
d) Ultra-vires-Kontrolle und konstruktives Kooperationsverhältnis	550
VII. Abwägung und Gewichtung von Argumentationsfiguren bei der Rechtsfortbildung	553
1. Vorrang-, Vermutungs- und Argumentationslastregel	553
2. Abwägungsregel	553
3. Zum Verhältnis des Fünf-Stufen-Systems zu den Abwägungsregeln	554
Zusammenfassung zu § 13	556
§ 14 Eine Moderne Juristische Methodenlehre	559
I. Auf dem Weg zu einer Modernen Methodenlehre	560
1. Klassische versus postmoderne Methodenlehre	560
2. Eine Moderne Methodenlehre	560
II. Die Fallhermeneutik als Teil der Juristischen Methodenlehre	561
1. Zur Wechselwirkung von Sachverhalt und Rechtsnorm	562
a) Bisherige Ansichten (Engisch, Fikentscher)	562
b) Die Normbereichslehre von F. Müller	562
2. Sachverhaltshermeneutik zur Ermittlung des Fallbereichs	563
a) Zur Notwendigkeit einer eigenen Sachverhaltshermeneutik	563
b) Vom Rohsachverhalt zum Sachverhalt: Recherchepflichten und Interviewing	564
c) Beibringungs- und Untersuchungsgrundsatz	566
3. Der Normbereich	568
a) Untersuchungsgrundsatz und Normbereich	568
b) Die Fallhermeneutik am Beispiel eines potentiellen Burkaverbotes	569
c) Maßstabbildung in den Entscheidungen des BVerfG	571
d) Normbereich im Zivilrecht	572
4. Die Wechselwirkung von Recht, Lebenswirklichkeit und Empirie	573
a) Zur Relevanz der Empirie	573
b) Spiralförmiger Diskurs zwischen Sachverhalt und Norm	574

Inhaltsverzeichnis

c) Entscheidungen unter Unsicherheiten	574
5. Gerichtliche Kontrolldichte gegenüber der Verwaltung	575
a) Gerichte als „Letztkonkretisierer“ der Verwaltung	575
b) Reduzierte Kontrolldichte bei Gestaltungs-, Beurteilungs- und Ermessensspielräumen der Verwaltung	575
c) Grenzen der begrenzten Kontrolldichte	577
III. Quellen der Juristischen Methodenlehre	577
1. Die Grundlagenfächer als Nachbardisziplinen	578
a) Rechtsgeschichte und der Wandel juristischer Methoden	578
b) Rechtsvergleichung	580
c) Rechtstheorie	580
d) Rechtssoziologie	581
2. Staatstheorie, Rechtsdogmatik und Rechtsphilosophie	581
a) Methodenlehre als Argumentations- und Legitimationslehre	581
b) Rechtsdogmatik und die Berührung zur Juristischen Methodenlehre	582
c) Rechtsphilosophie: Auf der Suche nach der gerechten Entscheidung	582
IV. Juristisches Denken und Vorgaben einer rationalen Begründung	584
1. Juristisches Denken	584
a) Strukturen Juristischen Denkens	584
b) Die methodischen Vorgaben des BVerfG und europäischer Gerichte	585
c) Vorgaben der Literatur zu den Grenzbereichen der Methodenlehre	586
d) Kritische Bewertung und eigene Ansicht	586
2. Die Falsifizierung einer unzureichenden juristischen Begründung als formale Vorgabe	587
a) Begründungsverzicht, Scheinbegründungen, Vorverständnis und Dezision	587
b) Methodenpluralismus	588
c) Ablehnung einfacher Stopp-Regeln	589
d) Unzulässige Beschränkung auf ein Falsifizieren	590
3. Kohärentes juristisches Begründen als Teil des Juristischen Denkens	591
a) Methodentransparenz zur Sicherstellung einer Plausibilitätskontrolle	591
b) Die Synthesis als überzeugendste Begründung	591
c) Begründungstiefe und kumulativer Methodeneinsatz	592
4. Inhaltliche Anforderungen an das Juristische Begründen	593
a) Zum Kanon von Argumentationsfiguren bei Auslegung, Konkretisierung und Konstruktion	593
b) Prüfungsfolgen als ein Mehr gegenüber einem Beweglichen System	594
c) Inhaltliche Anbindung und Rückanbindung an das Recht als Aufgabe der Juristischen Methodenlehre und der Rechtsdogmatik	594
V. Eine Juristische Metamethodik	596
1. Kohärente Entscheidungsbegründung als Ziel einer Metamethodik	596
a) Ziel der Metamethodik	596
b) Formale Bestandteile einer kohärenten Entscheidungsbegründung	597
c) Inhaltliche Anforderungen an eine kohärenten Entscheidungsbegründung	597
2. Sechsstufige Prüfungsfolge zur Rechtslösung	598
a) Sachverhaltshermeneutik und die relevanten Rechtsquellen	598
b) Savigny'scher Auslegungskanon und Folgenorientierung	599
c) Konkretisierung und Konstruktion	599
d) Prüfung von höherrangigem Recht	599
e) Rechtsfortbildung und ihre Grenzen	599
f) Billigkeitskontrolle und Richtigkeitsgewähr	600
3. Gewichtung von Argumentationsfiguren	601
a) Kategorien zur abstrakten Gewichtung der Argumentationsfiguren	601

Inhaltsverzeichnis

b) Die Argumentationsfiguren im konkreten Fall	604
c) Gesamtabwägung	604
4. Die Universalität zahlreicher juristischer Methoden	605
a) Bereichsspezifische, nationale oder globale Juristische Methodenlehre	605
b) Eckpunkte einer europäischen Methodenlehre	606
Zusammenfassung zu § 14	608
Statt eines Schlusswortes – Zum Wert der Juristischen Methoden	610
§ 15 Vertiefungsfälle	613
Anhang: Die wichtigsten Argumentationsfiguren	633
Rechtsprechungsübersicht	639
Stichwortverzeichnis	653